

Año 7 | Volumen 7 / Núm. 2 | septiembre, 2024

OMNIA

DERECHO Y SOCIEDAD

Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas

SECCIÓN ESPECIAL:

A TREINTA AÑOS DE LA
REFORMA CONSTITUCIONAL
ARGENTINA (1994-2024)



e-ISSN 2618-4699


EUCASA
ESCUELA UNIVERSITARIA CATÓLICA DE SALTA

SUMARIO

Editorial

Omar Carranza

INVESTIGACIONES

El derecho alimentario desde una perspectiva de Derechos Humanos
María Donato

Comentario al fallo del Tribunal Constitucional de España sobre la
implementación de la eutanasia
Juan Ruggieri

Derecho nacional y derecho internacional: cuatro siglos de convergencias
y divergencias
Gustavo E. Barbarán

El revés de la trama sobre el debate de la última palabra jurisdiccional.
¿Repliegue de la protección multinivel de los derechos fundamentales?
Paula Soledad Suárez

El Consejo de la Magistratura a 30 años de la reforma constitucional de
1994. ¿Puede la Inteligencia Artificial mejorar el funcionamiento de los
sistemas de selección de jueces inferiores en Argentina?
Adrián Federico Ambroggio

Repensar el hábeas data: Análisis de los desafíos y oportunidades en la era digital
Fátima López Poletti

JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA

El derecho de adoptar de las familias de acogida
Martín Ignacio Cimino

La reforma constitucional y sus límites. Casos "Fayt" y "Schiffrin"
Ignacio Colombo Murúa

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SALTA
(UCASAL)

OMNIA. Derecho y Sociedad
Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas
Vol. 7 - No. 2 | septiembre de 2024

CONSEJO EDITOR

Director: Ab. Omar Carranza / Facultad de Ciencias Jurídicas de la UCASAL

Secretario: Mg. Lic. Victor F. Toledo / Facultad de Ciencias Jurídicas de la UCASAL

Dra. Úrsula Basset / Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina / Miembro del Comité Directivo de la International Academy of the Jurisprudence of the Family

Dra. Cecilia Blanco / Facultad de Ciencias de la Comunicación de la Universidad Nacional de Córdoba - Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales (CIJS)

Dr. Fernando Charria García / Universidad Externado de Colombia

Mg. Jaime Alfonso Cubides Cárdenas / Grupo Persona, Instituciones y Exigencias Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia

Dr. Mariano Gialdino / Centro de Estudios e Investigaciones Laborales (CEIL) - CONICET

Ab. Juan Carlos Pérsico / Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata y Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica de La Plata / Instituto de Derecho Internacional Público del Colegio de Abogados de La Plata (CALP)

Lic. Alejandro Gabriel Safarov / Licenciatura en Relaciones Internacionales de la Universidad Católica de Santiago del Estero

Dra. Irene Vasilachis de Gialdino / Centro de Estudios e Investigaciones Laborales (CEIL) - CONICET

e-ISSN 2618-4699

Domicilio editorial: Campus Universitario Castañares - 4400 Salta - Argentina

Tel.: (54-387) 4268609

E-mail: revistaomnia@ucasal.edu.ar

web: <http://revistas.ucasal.edu.ar/index.php/RO>

www.ucasal.edu.ar/eucasa

COMITÉ EVALUADOR

Ab. Carlos Manuel Abrach Fernández / Universidad Nacional de Rosario – Universidad Católica Argentina
cmaf@abrach.com.ar

Dr. Agustín Eugenio Acuña / Ministerio Pupilar y de Defensa de Tucumán
agustin.eugenio.acuna@gmail.com

Ab. Pedro A. Caminos / Universidad de Buenos Aires
pedrocaminos@gmail.com

Esp. Laura Julieta Casas / Universidad Nacional de Tucumán
julietacasas@yahoo.com.ar

Ab. Nicolás Egües / Universidad Nacional de Cuyo - Universidad de Mendoza
nicoegues@hotmail.com

Ab. Germán Marcelo Farina / Universidad Nacional de Cuyo
ger_farina89@hotmail.com

Dr. Oscar Flores / Universidad Nacional de Tucumán
oflorestuc@gmail.com

Dr. Diego Furnari / Universidad Católica de La Plata
diegomartin.furnari@ucalpvirtual.edu.ar

Dra. Eliana Mabel González / Universidad Católica Argentina
elianamgonzalez@hotmail.com

Ab. María del Milagro Herrera / Poder Judicial de Salta
mili259@hotmail.com

Dr. Jorge Nicolás Lafferriere / Universidad Católica Argentina
nicolas_lafferriere@uca.edu.ar

Mg. Leandro Martínez / Universidad de Buenos Aires
leandromartinez@hotmail.com

Mg. Magalí Miranda / Universidad Nacional de Córdoba – Universidad Católica de Córdoba
ab.magalimiranda@gmail.com

Dra. Eliana María Rodríguez / Universidad del Norte Santo Tomás de Aquino
eliana.rodriguez@unsta.edu.ar

Dr. Christian Sommer / Universidad Católica de Córdoba
csommer@ucc.edu.ar

Dr. Marcelo Trucco / Universidad Nacional de Rosario – Universidad Católica Argentina
marceloftrucco@gmail.com

OMNIA

DERECHO Y SOCIEDAD

Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas

Vol. 7 - No. 2 | septiembre de 2024



EUCASA

EDICIONES UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SALTA



Omnia. Derecho y Sociedad es la revista científica de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica de Salta, Argentina, creada en el año 2018 y publicada bajo el sello EUCASA (Ediciones Universidad Católica de Salta) (<http://revistas.ucasal.edu.ar/index.php/RO>)

Es una publicación de periodicidad semestral que reúne colaboraciones que versan sobre temas de ciencias jurídicas, políticas y sociales. Se recogen en ella artículos científicos, ensayos, textos sobre jurisprudencia y doctrina y reseñas de libros. Todos ellos son sometidos a un proceso de evaluación por pares externos. Todos los escritos son inéditos y de carácter original.

La revista ha sido incorporada al Catálogo 2.0 de Latindex (folio 29156) y está indexada también por LatinRev. Mediante resolución del CONICET (RESOL-2021-1295-APN-DIR#CONICET) de fecha 10 de agosto de 2021, ha sido incorporada al Núcleo Básico de Revistas Científicas Argentinas por el término de 3 (tres) años.

Su nombre, *Omnia*, obedece a dos razones. En primer lugar, se trata de una publicación que involucra a todas las carreras que se imparten en la Facultad —Abogacía, Lic. en Relaciones Internacionales, Lic. en Criminológica, Lic. en Seguridad, Perito en Accidentología y Martillero Público y Corredor Inmobiliario—. En segundo lugar, se busca dar cabida al más amplio abordaje de los temas de interés de la revista. La denominación, *Derecho y Sociedad*, define un contenido disciplinar propio de las ciencias sociales.

Esta publicación ha sido creada con el fin de promover la divulgación del conocimiento generado en la Facultad de Ciencias Jurídicas como producto de sus funciones sustantivas de investigación, docencia y extensión, así como favorecer la construcción de vínculos con otras instituciones nacionales e internacionales.

OMNIA. Derecho y Sociedad cuenta con las siguientes secciones: "Investigaciones", que reúne resultados parciales o finales de proyectos de investigación o ensayos académicos; "jurisprudencia y doctrina", que recoge análisis de sentencias judiciales y aportes doctrinarios de publicistas reconocidos y "reseñas de libros", en la que se realizan comentarios de libros de relevancia para la temática abordada por la revista.

Es una revista de acceso abierto publicada bajo licencia *Creative Commons* Atribución-NoComercial-CompartirIgual. Es decir que todo su contenido está libremente disponible sin cargo para usos lícitos por los usuarios, sin autorización previa del autor o del editor. Los autores retienen, sin embargo, el derecho a ser adecuadamente citados.

La responsabilidad sobre las opiniones vertidas en los textos y sobre el respeto a la propiedad intelectual corresponde a los autores.

e-ISSN 2618-4699

OMNIA. Derecho y Sociedad is the scientific journal of the Faculty of Legal Sciences of the Universidad Católica de Salta, Argentina, created in 2018 and published under the EUCASA seal (Ediciones Universidad Católica de Salta).

It is a biannual publication that gathers collaborations on topics of legal, political and social sciences. It contains scientific articles, essays, texts on jurisprudence and doctrine and book reviews. All of them are subjected to an external peer evaluation process. All writings are unpublished and original.

The journal has been incorporated into Latindex Catalog 2.0 (folio 29156) and is also indexed by LatinRev. By resolution of CONICET (RESOL-2021-1295-APN-DIR#CONICET) dated august 10, it has been incorporated into the Basic Nucleous of Argentine Scientific Journal for a term of 3 (three) years.

The name of journal, *Omnia*, is due to two reasons. In the first place, it is a publication that involves all the careers that are taught in the Faculty -Law, International Relations Degree, Criminal Law Degree, Security Degree, Accidentology Expert and Public Hammer and Real Estate Broker. Second, it seeks to reflect the broader treatment of the issues of interest. The denomination, *Law and Society*, defines a disciplinary content of the social sciences.

This publication has been created with the purpose of promoting the dissemination of the knowledge generated in the Faculty of Legal Sciences as a product of its substantive functions of research, teaching and extension, as well as favoring the construction of links with other national and international institutions.

OMNIA. Derecho y Sociedad has the following sections: "Investigations", which gathers partial or final results of research projects or academic essays; "Jurisprudence and doctrine", which includes analysis of court decisions and doctrinal contributions from recognized publicists and "book reviews", in which comments are made on books of relevance to the issue addressed by the magazine.

It is an open access magazine published under the *Creative Commons* Attribution-NonCommercial-Share-Alike license. In other words, all of its content are freely available free of charge for lawful use by users, without prior authorization from the author or publisher. The authors retain, however, the right to be properly cited.

The responsibility for the opinions expressed in the texts and on the respect for intellectual property lies with the authors.

e-ISSN: 2618-4699

Sumario

Editorial..... 7

Omar Carranza

INVESTIGACIONES

El derecho alimentario desde una perspectiva de Derechos Humanos 13

Right to food from a human rights perspective

María Donato

Comentario al fallo del Tribunal Constitucional de España sobre la implementación de la eutanasia33

Commentary on the ruling of the Constitutional Court in Spain concerning the adoption of euthanasia

Juan Ruggieri

JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA

El derecho de adoptar de las familias de acogida 55

The right to adopt for foster families

Martín Ignacio Cimino

SECCIÓN ESPECIAL: A TREINTA AÑOS DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL ARGENTINA (1994-2024)

INVESTIGACIONES

Derecho nacional y derecho internacional: cuatro siglos de convergencias y divergencias71

National law and International law: four centuries of convergences and divergences

Gustavo E. Barbarán

El revés de la trama sobre el debate de la última palabra jurisdiccional.

¿Repliegue de la protección multinivel de los derechos fundamentales? 95

The plot twist on the the last jurisdictional word debate.

Withdrawal of the multi-level protection of fundamental rights?

Paula Soledad Suárez

El Consejo de la Magistratura a 30 años de la reforma constitucional de 1994. ¿Puede la Inteligencia Artificial mejorar el funcionamiento de los sistemas de selección de jueces inferiores en Argentina?..... 117
The Judicial Council 30 years after the 1994 constitutional reform. Can Artificial Intelligence improve the functioning of the selection systems for lower judges in Argentina?

Adrián Federico Ambroggio

Repensar el hábeas data: Análisis de los desafíos y oportunidades en la era digital 139
Rethinking habeas data: Analysis of the challenges and opportunities in the digital age

Fátima López Poletti

JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA

La reforma constitucional y sus límites. Casos “Fayt” y “Schiffrin” 159
The constitutional reform and its limits. “Fayt” y “Schiffrin” cases

Ignacio Colombo Murúa

Estimados lectores:

Es un gusto presentar un nuevo número de *Omnia. Derecho y Sociedad*. En esta oportunidad, por primera vez desde su creación, la revista cuenta con una sección especial pensada para conmemorar el trigésimo aniversario de la reforma constitucional argentina de 1994.

Un acontecimiento de tamaña relevancia no podía pasar inadvertido por nuestra publicación cuya temática responde a los lineamientos de la Facultad de Ciencias Jurídicas.

El pasado 24 de agosto se cumplieron 30 años del juramento de la reforma constitucional efectuada en el año 1994. La enmienda al texto histórico se basó en acuerdos políticos que procuraron lograr coincidencias básicas, explicando el por qué y para qué, de la reforma, que, si bien no modificó la primera parte de la constitución, tenía fundamentalmente como objeto la atenuación del presidencialismo, el fortalecimiento e independencia del poder judicial, la función de control del congreso de la nación y el afianzamiento del federalismo.

A 30 años de su vigencia, parece un tiempo prudencial para analizar y verificar -como lo hacen los autores de los trabajos que se publican en este número de nuestra revista-, si los objetivos de la reforma se cumplieron o si, al menos, se está en buen camino hacia su realización.

Cabe destacar elogiosamente la férrea voluntad del legislador constituyente en la búsqueda de consensos políticos que otorguen legitimidad a la labor de enmienda de la constitución, superando diferencias ideológicas, partidarias, conflictos y discordias.

Más allá del esfuerzo preconstituyente y constituyente de los protagonistas que elaboraron la reforma, la etapa post constituyente o de "realismo constitucional" muestra el incumplimiento de muchas de las modificaciones realizadas, en consonancia con nuestra frágil cultura y sentimiento constitucional.

Ante el producto normativo gestado, ahora es deber y responsabilidad que gobernantes y gobernados se aboquen a darle vigencia efectiva y real al renovado texto constitucional, evitando quedar atrapados en la simple conformidad de contar con normas constitucionales actualizadas y modernas, pero que no se cumplen ni se respetan acabadamente.

De no cambiar dicho comportamiento, sobrevendrán nuevas frustraciones por la inobservancia de los derechos a la vida, la dignidad, la justicia, la libertad, la igualdad, la solidaridad, los derechos humanos y la tolerancia, como valores que pretendió consolidar la reforma de 1994 y que pueden quedar desplazados a un sentir y opinión descreída que impedirá recomponer en paz una mejor y necesaria convivencia político-social.

Este número cuenta, entonces, con una parte que refleja los aportes de autores e investigadores cuyos trabajos abordan diferentes temáticas relevantes para nuestra revista, y otra parte referida de manera específica a la reforma constitucional.

El artículo "El derecho alimentario desde una perspectiva de Derechos Humanos", de María Donato, expresa de manera detallada las dificultades para garantizar el derecho

alimentario como un derecho humano fundamental, así como los desafíos que esto conlleva. Además, propone un conjunto de posibles acciones tendientes a asegurar el cumplimiento de la obligación.

Juan Ruggieri, en el trabajo titulado “Comentario al fallo del Tribunal Constitucional de España sobre la implementación de la eutanasia”, explora con profundidad el concepto de dignidad humana y su relación con el final de la vida ahondando en las distintas posturas, teniendo en consideración la sentencia del Tribunal Constitucional de España que se expidió sobre la constitucionalidad de la Ley Orgánica 3/2021.

En el artículo “El derecho de adoptar de las familias de acogida”, Martín Cimino analiza con rigurosidad el fallo “C. A. M s/ Medidas precautorias - Familia” de la Sala E de la Cámara Nacional Civil, e invita a pensar si es posible anteponer las exigencias legales de forma —como la inscripción previa ante el Registro de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos— por sobre la realidad afectiva de un niño o niña. Concretamente, defiende la posibilidad de que una familia de acogida pueda acceder a una adopción cuando se ha formado un vínculo evidente que los consolide como tal.

En la sección dedicada a los treinta años de la reforma constitucional argentina, Gustavo Barbarán, en su trabajo “Derecho nacional y derecho internacional: cuatro siglos de convergencias y divergencias”, explica el cambiante derrotero de la recepción del derecho internacional en el derecho interno argentino y el papel que tuvo al respecto la Corte Suprema de Justicia de la Nación antes de la reforma de 1994 y la solución que ésta ha brindado.

Paula Suárez, en “El revés de la trama sobre el debate de la última palabra jurisdiccional. ¿Repliegue de la protección multinivel de los derechos fundamentales?” analiza la cuestión

de los tratados internacionales sobre derechos humanos que han sido incorporados a nuestro derecho positivo interno mediante el artículo 75 inciso 22 de la Constitución nacional y la correspondiente protección multinivel de los derechos fundamentales dentro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y, específicamente, las discrepancias que han surgido en los últimos tiempos para dilucidar quiénes son los jueces que deben intervenir en última instancia para resolver ciertas controversias que se plantean cuando un Estado está adherido a diversos tratados.

En “El Consejo de la Magistratura a 30 años de la reforma constitucional de 1994. ¿Puede la Inteligencia Artificial mejorar el funcionamiento de los sistemas de selección de jueces inferiores en Argentina?”, Federico Ambroggio aborda un tema crítico en la Constitución nacional, como son las falencias que persisten en el sistema pese a la creación de este instituto e indaga sobre la posibilidad de que la inteligencia artificial (IA) contribuya a mejorar algunos de dichos problemas, reduciendo la discrecionalidad y los sesgos humanos.

El trabajo de Fátima López Poletti, “Repensar el hábeas data: Análisis de los desafíos y oportunidades en la era digital”, también aborda la dimensión tecnológica de una cuestión crucial como es el *hábeas data*, que está garantizada por la Constitución nacional y que fue incorporada en la última reforma. Específicamente, la autora describe cada una de las etapas de este instituto y evalúa la labor de la Convención Constituyente de 1994, su reglamentación, las implicancias procesales y, finalmente, examina la protección de los datos personales en la era digital.

Finalmente, el artículo “La reforma constitucional y sus límites. Casos ‘Fayt’ y ‘Schiffrin’”, cuyo autor es Ignacio Colombo Muría, reflexiona sobre los límites a las reformas cons-

titucionales y cuál es el tema concreto que motivó tantos vaivenes y conflictos a la hora de interpretar y aplicar nuestra Constitución reformada, analizando de manera meticulosa los casos "Fayt" y "Schiffirin".

Agradecemos a los autores que han colaborado en esta edición, así como también a los evaluadores quienes, generosamente, dedican su tiempo a revisar los artículos y hacer sugerencias que enriquecen esos trabajos. Es-

pecialmente queremos reconocer al Instituto de Derecho Constitucional de la Universidad Católica de Salta sin cuya asistencia no podríamos haber concretado la sección dedicada a la reforma constitucional

Una vez más, invitamos a quienes tengan interés en la publicación de artículos a contactarse con nuestra revista, a efectos de ir conformando las futuras ediciones.

El director

Investigaciones



El derecho alimentario desde una perspectiva de derechos humanos¹

The right to food from a human rights perspective

María Donato²

Resumen

El presente trabajo tiene como objetivo el análisis del derecho alimentario como derecho humano fundamental.

En tal sentido, abordaremos su análisis desde una perspectiva de derecho humano, tal como lo prevén los diferentes instrumentos internacionales que se refieren al derecho alimentario de niñas, niños y adolescentes, personas adultas mayores, personas con discapacidad y aquellas personas que por alguna situación en particular se encuentren en estado de vulnerabilidad social o económica y no puedan procurarse el sustento por sí mismas.

Bajo esa línea observaremos las dificultades que propone la efectivización y garantía de este derecho humano fundamental y los desafíos que implica. En este orden de ideas desarrollaremos la temática de la responsabilidad internacional del Estado en la materia de conformidad con los mencionados instrumentos internacionales.

Por último, nos referiremos al conjunto de medidas posibles tanto en el plano internacional como en el plano interno para asegurar el cumplimiento de la obligación.

Abstract

The objective of this work is to analyze the right to food as a fundamental human right.

In this sense, we will approach its analysis from a human rights perspective, as provided for in the different international instruments that refer to the right to food of children and adolescents, the elderly people with disabilities and those people who, due to a particular situation, are in a state of social or economic vulnerability and cannot provide for their own sustenance.

Under this line we will observe the difficulties that the implementation and guarantee of this fundamental human right proposes and the challenges it implies. In this order of ideas, we will develop the topic of the international responsibility of the State in the matter in accordance with the aforementioned international instruments.

Finally, we will refer to the set of possible measures at the international and domestic levels to ensure compliance with the obligation.

Analyzing the right to food from this perspective opens up a range of possibilities and requires answers in accordance with the complexity of the issue.

Derecho/ Artículo científico

Citar: Donato, M. (2024). El derecho alimentario desde una perspectiva de los derechos humanos. *Omnia. Derecho y sociedad*, 7 (2), pp. 13-32.

¹ Este artículo se enmarca en el proyecto de investigación que se desarrolla en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Católica de La Plata (UCALP), denominado "Incumplimiento de la obligación alimentaria. Medidas para asegurar su efectivo cumplimiento", aprobado por Resolución Rectoral 1630/23 de la Universidad Católica de La Plata (UCALP), del cual la autora es directora. Participan del proyecto como investigadora la profesora María Angélica Sánchez del Río y las estudiantes de la carrera de grado Agustina Barreda, Freda Nuevas, Aldana Lidia Paéz Vanni y Giuliana Belén Nuevas.

² Universidad Nacional de La Plata. Universidad Católica de La Plata.

Analizar el derecho alimentario desde esta perspectiva nos abre un abanico de posibilidades y requiere respuestas acordes con la complejidad que esta cuestión plantea.

Palabras claves: alimentos - derechos humanos - normativa - tutela - responsabilidad - obligaciones del Estado

Keywords: food - human rights - normative - guardianship - responsibility - State obligations.

INTRODUCCIÓN

El derecho alimentario, derecho fundamental para acceder a todo lo necesario para la subsistencia y el desarrollo, encuentra diversos obstáculos en su efectivización o cumplimiento. Ello así, atento a la falta de perspectiva sobre este como un derecho humano básico, lo que implica perder de vista la trascendencia del derecho alimentario y su jerarquía frente a otros conflictos que se suscitan. Dada su naturaleza de derecho humano, se relativizan las diferencias propias entre cada proceso (civil, familia), debiendo otorgársele una necesaria celeridad, eficacia y de garantía al momento de su aplicación por su condición de tal.

En este artículo se abordará el derecho alimentario desde una perspectiva de derechos humanos a partir de la incorporación de diferentes instrumentos internacionales ratificados por nuestro país, Argentina, que nos invitan a reflexionar sobre la importancia de este derecho y la garantía de cumplimiento que impone su carácter de tal.

El marco convencional nos propone el desafío de profundizar e ir más allá del proceso tradicional para adentrarnos al principio de la progresividad de los derechos, su efectividad y la tutela judicial efectiva.

De esta manera, el marco convencional se presenta como una herramienta primordial para la protección de este derecho humano fundamental.

El Estado, al suscribir tratados internacionales, compromete su responsabilidad internacional, por lo que es función de este garantizar el cumplimiento del marco convencional tanto por el compromiso asumido en el plano internacional como para asegurar el cumplimiento de esta obligación en el plano interno.

Desde esta mirada haremos un recorrido de los instrumentos internacionales referidos a la temática, tratando de definir el carácter y alcance de este derecho, y la responsabilidad estatal en la garantía de cumplimiento de este derecho en el plano convencional, así como las diferentes medidas que pueden llevarse a cabo para su efectivización.

EL DERECHO ALIMENTARIO COMO DERECHO HUMANO FUNDAMENTAL

Los derechos humanos

A la hora de abordar una definición de lo que se entiende por derechos humanos no podemos dejar de advertir que no existe un concepto unívoco, sino que por medio de las definiciones doctrinarias o de organismos internacionales se ha podido perfilar la noción.

Teniendo en cuenta esta previa advertencia de la imprecisión del término, observamos que en algunos casos se enfatiza en la condición de persona; persona que posee estos derechos por su propia naturaleza y dignidad, es decir, que los derechos humanos son aquellos que le son

inherentes por su condición de tal y no por una concesión de la comunidad política. En otros casos se ha entendido que son aquellos que concretan en cada momento histórico las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, los cuales deben ser reconocidos positivamente por el orden jurídico nacional e internacional, dándole a estos un carácter no solo temporal sino político. Asimismo, se ha sostenido que son los que corresponden a la persona por esencia, simultáneamente en su vertiente corpórea, espiritual y social, y que deben ser reconocidos y respetados por todo poder o autoridad y toda norma jurídica positiva; pero que ceden en su ejercicio ante las exigencias del bien común, dotándoles esta concepción de una cierta relatividad. Se ha afirmado, también, que son expectativas no previstas con claridad en alguna norma jurídica, incluso se los llega a identificar con los “derechos morales”; que son aquellos imprescindibles para poder conducir una vida digna y auténticamente humana, y constituyen el elemento fundamental de un Estado constitucional democrático de derecho (Carpizo, 2011).

Frente a esta indefinición conceptual, existe al menos mayor coincidencia en el término de derechos fundamentales que, a criterio de diversos autores, son aquellos que están recogidos en el texto constitucional y en los tratados internacionales, son los derechos humanos constitucionalizados. De manera tal que los derechos fundamentales serían aquellos derechos humanos que han adquirido recepción efectiva en el derecho positivo. En tal sentido se afirma que su propia denominación indica la prioridad axiológica y su esencialidad en relación con la persona humana; que son los derechos humanos que se plasman en derecho positivo vigente, son las normas que protegen cualquier aspecto fundamental que afecte el desarrollo integral de la persona en una comunidad de

individuos libres y, en caso de infracción, existe la posibilidad de poner en marcha el aparato coactivo del Estado; que son un sistema de valores objetivos dotados de unidad de sentido con interdependencia normativa, cuyo disfrute efectivo exige garantizar mínimos de bienestar económico para que se pueda participar en la vida comunitaria (Carpizo, 2011).

Coincidentemente con esa concepción, Ferrajoli (1998) expresa que son “derechos fundamentales” todos aquellos derechos subjetivos que corresponden a “todos” los seres humanos en cuanto dotados del estatus de personas, o de ciudadanos o de personas capaces de obrar.

Por su parte, y en el ámbito del derecho internacional público, la Organización de las Naciones Unidas (ONU) ha expresado que los derechos humanos son los derechos que tenemos básicamente por existir como seres humanos, no están garantizados por ningún Estado. Estos derechos universales son inherentes a todos nosotros, con independencia de la nacionalidad, el género, el origen étnico o nacional, el color, la religión, el idioma o cualquier otra condición. Varían desde los más fundamentales —el derecho a la vida— hasta los que dan valor a nuestra vida, como los derechos a la alimentación, a la educación, al trabajo, a la salud y a la libertad (Naciones Unidas, s.f.).

En similar sentido, el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) afirma que los derechos humanos son normas que reconocen y protegen la dignidad de todos los seres humanos. Estos derechos rigen la manera en que los individuos viven en sociedad y se relacionan entre sí, al igual que sus relaciones con el Estado y las obligaciones del Estado hacia ellos (UNICEF, s.f.)

De conformidad con lo expuesto, estamos en condiciones de afirmar que los Derechos Humanos son aquellos que se reconocen a todo ser humano, de manera universal, por su

carácter de tal y que son inherentes a su dignidad humana, operando así como una limitación al ejercicio del poder estatal.

Responsabilidad del Estado en caso de incumplimiento

El artículo 53 de la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados define al *ius cogens* como aquella “(...) norma imperativa de derecho internacional general (...)” conceptualizándola en ese mismo artículo como “(...) una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”.

Partiendo de dicha base podemos advertir que la suscripción (y ratificación) de tratados internacionales genera en el Estado parte la obligación de cumplir con las cláusulas a que se hubo comprometido.

Los tratados internacionales, como fuente primordial del derecho internacional, consisten en mecanismos adecuados para resolver pacíficamente las controversias que hubiera entre los países, y a su vez para dotar de herramientas jurídicas frente a situaciones que exceden las fronteras de uno o varios Estados y que resultan de interés para la comunidad internacional.

La responsabilidad del Estado por el incumplimiento o la violación de un tratado de derechos humanos implicará que el Estado podrá ser denunciado ante los tribunales nacionales o internacionales por violaciones de derechos humanos, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), tri-

bunal que podrá emitir fallos que obliguen al Estado a rendir cuentas y tomar medidas para remediar cualquier daño causado por sus acciones u omisiones.

De conformidad con lo precedentemente expuesto, en el marco del Pacto de San José de Costa Rica se observan consecuencias jurídicas cuando incurre el Estado parte en la violación de las obligaciones generales, de carácter *erga omnes*, de respetar y hacer respetar —garantizar— las normas de protección y de asegurar la efectividad de los derechos allí consagrados en toda circunstancia y respecto de toda persona, mencionados en los arts. 1.1 y 2 del referido documento internacional. Una consecuencia de la violación a las disposiciones convencionales ratificadas es la necesidad de “adecuar” o, lo que es lo mismo, “amoldar” o “adaptar” las disposiciones del derecho interno a los tratados (art. 2, Pacto de San José) (Hitters, 2015).

En el marco del mencionado pacto, los Estados parte han reconocido la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, organismo que se pronunciará en el caso si existe responsabilidad internacional del Estado parte y cuando se considere en el caso concreto que se hubo violado algún derecho consagrado por la Convención.

En esa tesitura, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que la responsabilidad internacional del Estado surge en el momento mismo de la ocurrencia de un hecho —acto u omisión— ilícito internacional imputable a dicho Estado, en violación de sus obligaciones adquiridas en virtud de un tratado de derechos humanos³.

En tal sentido, y de conformidad con el artículo 67 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), el fallo de la Corte

³ Véase voto razonado del juez A. A. Cançado Trindade (2006), párrafos 30 y 31, caso del penal Miguel Castro Castro vs. Perú.

Interamericana será definitivo e inapelable. En consecuencia, conforme el artículo 68 de la Convención, los Estados parte se obligan a dar cumplimiento a las sentencias de la Corte en los casos que sean parte, la cual puede ejecutarse conforme a la normativa procesal interna del Estado en cuestión para la ejecución de sentencias contra el Estado.

La Corte Interamericana en la sentencia puede imponer medidas de reparación (por ejemplo, la inmediata la libertad, o la reincorporación a un empleo o la restitución de una cosa o bien), y medidas de investigación, juzgamiento y condena, garantizando a las presuntas víctimas y o sus familiares un debido proceso con derecho a conocer la verdad sobre los hechos ocurridos y perseguir la condena de los responsables⁴.

Asimismo, se ha ordenado la readecuación normativa para llenar un vacío legal, cuando en el caso dicho vacío implique el incumplimiento de obligaciones establecidas en la Convención⁵.

En el ámbito del sistema de naciones unidas de protección de derechos humanos, de conformidad a la Resolución 60/147 aprobada por la Asamblea General (AG) del 16 de diciembre de 2005, sobre Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las Víctimas de Violaciones Graves de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a Interponer Recursos y Obtener Reparaciones, se establece que las condenas por responsabilidad respecto de un Estado parte podrían consistir en:

Reparación a las víctimas: el Estado está obligado a proporcionar reparación a las víctimas o familiares de violaciones de derechos humanos. Tal reparación podrá consistir en

una indemnización por el daño sufrido, como la pérdida de ingresos, la pérdida de bienes, la pérdida de oportunidades económicas, los daños morales, etc.

Restitución: restablecimiento de los derechos de la víctima o familiares, como la restitución de la libertad, el restablecimiento del empleo, la devolución de los bienes, el regreso al lugar de residencia.

Rehabilitación: acceso a servicios médicos y psicológicos, así como asistencia jurídica y social.

Satisfacción: se debe incluir el cese de las violaciones, la búsqueda de la verdad, la búsqueda de la persona desaparecida o de sus restos, la recuperación, el nuevo entierro de los restos, las disculpas públicas, las sanciones judiciales y administrativas, los memoriales y las conmemoraciones y el reconocimiento del daño causado.

Garantías de no repetición: reformas legales, políticas y prácticas para prevenir futuras violaciones.

Responsabilidad internacional: los Estados pueden ser objeto de sanciones y presiones diplomáticas por parte de la comunidad internacional. Organismos como las Naciones Unidas pueden intervenir y hacer recomendaciones, emitir resoluciones condenatorias y, en casos graves, imponer sanciones.

Reformas institucionales: el Estado puede ser obligado a realizar reformas institucionales y legales para garantizar que las violaciones de derechos humanos no se repitan. Esto puede incluir cambios en la legislación, la formación de las fuerzas de seguridad, y la creación de mecanismos de supervisión y rendición de cuentas.

De acuerdo con lo expuesto, las obliga-

⁴ Como por ejemplo en el caso *Bulacio vs. Argentina*, sentencia de 18 de septiembre de 2003.

⁵ Véase caso *Fornerón e hija vs. Argentina*, sentencia del 27 de abril de 2012; caso *Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina*, sentencia del 1 de septiembre de 2020.

ciones establecidas en los tratados internacionales suscriptos por los Estados generan obligaciones internacionales que, en caso de ser incumplidas, pueden derivar en diversas sanciones de distintas características teniendo en cuenta la naturaleza del derecho vulnerado y la extensión del daño.

La responsabilidad del Estado en materia de derechos humanos es un principio fundamental del derecho internacional y nacional, que asegura que los gobiernos sean responsables de proteger y respetar los derechos de todas las personas bajo su jurisdicción.

El derecho a la alimentación

El derecho alimentario es aquel derecho que posee todo individuo a obtener todo lo que necesita para vivir y desarrollarse en plenitud. En tal sentido, el derecho a una alimentación integral incorpora el concepto de dignidad humana, como un mínimo indispensable para el desarrollo de la persona como individuo, y comprende además el derecho a una vivienda adecuada, el derecho a la salud y el derecho a la educación.

El derecho alimentario, por su naturaleza, implica la necesidad de su reconocimiento y efectivización de manera ágil y adecuada, pues su privación importa *per se* la supresión de todo el resto de los derechos humanos, ya que sin una nutrición, vivienda, educación y salud adecuada se vuelven utópicos todos los demás.

El derecho alimentario resulta un derecho humano, y así lo han reconocido numerosos tratados internacionales que Argentina ha ratificado, y que poseen jerarquía constitucional de conformidad con lo dispuesto por el artículo 75 inc. 22 de la Constitución nacional (CN). Forman parte del llamado bloque de constitucionalidad, que impone a los organismos de gobierno su observación y aplicación,

razón por la cual el Estado tiene la obligación de adoptar todas las medidas apropiadas para su cumplimiento y deberá adecuar su derecho interno para dar estricta observancia a estas mandas convencionales.

En el párrafo subsiguiente enumeraremos aquellos instrumentos internacionales que consagran al derecho alimentario como derecho humano.

Marco convencional

Así como mencionamos *supra* la jerarquía constitucional que otorga el citado art. 75 inc. 22 de la CN a diversos tratados de derechos humanos, en el inc. 23 establece que corresponde al Congreso legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de niñas, niños y adolescentes, mujeres, personas adultas mayores y personas con discapacidad.

Destacamos los siguientes tratados:

La Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del hombre (1948), que en su artículo 30 expresa:

Deberes para con los hijos y los padres. Toda persona tiene el deber de asistir, alimentar, educar y amparar a sus hijos menores de edad, y los hijos tienen el deber de honrar siempre a sus padres y el de asistirlos, alimentarlos y ampararlos cuando estos lo necesiten.

La Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), que en su artículo 25, dispone:

1. Toda persona tiene derecho a un nivel de

vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad. 2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), que en su artículo 11, expresa:

Los Estados parte del Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados parte tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento.

La Convención Americana de Derechos Humanos (1969) que en su artículo 17.4 (Protección a la Familia) establece:

... los Estados parte deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hi-

jos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.

Asimismo, en el artículo 19 (Derechos del Niño) dispone que “todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.

Y el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1988) —Protocolo de San Salvador—, en su artículo 12 (Derecho a la Alimentación) prevé:

1. Toda persona tiene derecho a una nutrición adecuada que le asegure la posibilidad de gozar del más alto nivel de desarrollo físico, emocional e intelectual. 2. Con el objeto de hacer efectivo este derecho y a erradicar la desnutrición, los Estados parte se comprometen a perfeccionar los métodos de producción, aprovisionamiento y distribución de alimentos, para lo cual se comprometen a promover una mayor cooperación internacional en apoyo de las políticas nacionales sobre la materia.

También expresa en el artículo 15 b. (Derecho a la Constitución y Protección de la Familia) que “se debe garantizar a los niños una adecuada alimentación, tanto en la época de lactancia como durante la edad escolar.” Y por último, en el artículo 17 a. (Protección de los Ancianos) estipula: “proporcionar instalaciones adecuadas, así como alimentación y atención médica especializada a las personas de edad avanzada que carezcan de ella y no se encuentren en condiciones de proporcionársela por sí mismas”.

La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979), en su artículo 12 garantiza los servicios apropiados en relación con el emba-

razo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario, y asegurándole una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia.

La Convención sobre los Derechos del Niño (1989) en el artículo 6.2. expresa que “los Estados parte garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño”. En tal sentido, el artículo 24 dispone:

1. Los Estados parte reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. 2. Los Estados Parte asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para: c) Combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud mediante, entre otras cosas, la aplicación de la tecnología disponible y el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medioambiente.

En la misma línea, el artículo 27, expresa:

1. Los Estados parte reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social. 27.2. A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño. 27.3. Los Estados parte, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y otras personas responsables

por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda.

La Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad (2006), en su artículo 28 (Nivel de vida adecuado y protección social) preceptúa: “1. Los países que firman la Convención aceptan que las personas con discapacidad tienen derecho a un buen nivel de vida. Tienen derecho a tener casa, alimento y ropas adecuadas”.

La Opinión Consultiva 16 (1999), de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el párrafo 115, señala que este conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados ha formado el *corpus iuris* del derecho internacional de los derechos humanos. Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el derecho internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones. Por lo tanto, la Corte IDH debe adoptar un criterio adecuado para considerar la cuestión sujeta a examen en el marco de la evolución de los derechos fundamentales de la persona humana en el derecho internacional contemporáneo.

Los Estados tienen la obligación de garantizar las condiciones necesarias para evitar que se produzcan violaciones al derecho a la vida, que comprende no solo el derecho de todo ser humano de no ser privado de ella arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna⁶.

Con esta enunciación podemos contem-

⁶ Al respecto, véase caso Villagrán Morales y otros vs. Guatemala. Fondo —1/1999— Párrafo 144.

plar el *corpus iuris* de derecho internacional vigente en la materia y, a su vez, la interpretación que han hecho de ellos los diversos organismos internacionales respecto de las garantías comprendidas en dichos instrumentos internacionales.

El principio de progresividad y efectividad de los derechos

En este marco de protección convencional desarrollado *supra* se configura el derecho alimentario como un derecho humano y ello, de conformidad con el principio de progresividad de los derechos, supone el gradual progreso para lograr el pleno cumplimiento de los derechos reconocidos en el ordenamiento, en consonancia con el principio de efectividad de los derechos, que junto al principio *pro persona* impone al juzgador el deber de preferir la norma que proteja en mayor medida a la persona para la satisfacción integral de sus derechos.

En este sentido, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el artículo 2.1 dispone:

... cada uno de los Estados parte se compromete a adoptar medidas especialmente económicas y técnicas hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos allí reconocidos.

En este sentido, la Observación General 3 (1990) del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el párrafo 9, dispone que la principal obligación en lo que atañe a resultados que se refleja en el párrafo 1 del artículo 2 es la de adoptar medidas “para lograr progresivamente (...) la plena efectividad

de los derechos reconocidos [en el Pacto]”. La expresión “progresiva efectividad” se usa con frecuencia para describir la intención de esta frase. El concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve período de tiempo. El hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo o, en otras palabras, progresivamente, se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo. Por una parte, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otra parte, la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general —en realidad, la razón de ser— del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados parte con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga.

Por su parte, el artículo 1 del Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos —Protocolo de San Salvador—, dispone que

... los Estados parte se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica

y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el Protocolo.

En ese orden de ideas, la Convención Americana en el artículo 29.b, expresa que ninguna disposición de la Convención puede ser interpretada para “limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados parte”.

Asimismo, la Convención sobre los Derechos del Niño en el artículo 4 expresa que

... los Estados parte adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados parte adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional.

La Opinión Consultiva 17, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el párrafo 81, ha expuesto que el pleno ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales de los niños se ha relacionado a las posibilidades del Estado obligado, el cual debe realizar el mayor esfuerzo, de manera constante y deliberada, para asegurar el acceso de los niños a esos derechos y a su disfrute, evitando retrocesos y demoras injustificadas y asignando a este cumplimiento los mayores recursos disponibles.

Con esta base normativa debemos comprender los alcances y el significado del derecho alimentario, teniendo en cuenta las particulari-

dades de cada caso y las limitaciones y posibilidades de cada Estado parte conforme su grado de desarrollo, los recursos que posee, sus condiciones especiales y demás cuestiones. Pero siempre teniendo en mira el objetivo de lograr que se efectivice el derecho alimentario, a sabiendas de que su incumplimiento importará una violación a un derecho humano fundamental.

El derecho a una alimentación adecuada. Responsabilidad del Estado

La Observación General 12 (1999) del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales señala las principales cuestiones que considera de importancia en relación con el derecho a una alimentación adecuada. Al preparar esta observación general se atiende a la solicitud formulada por los Estados miembros durante la Cumbre Mundial sobre la Alimentación para que se definieran mejor los derechos relacionados con la alimentación que se mencionan en el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y a la invitación especial que se hizo al Comité para que prestara atención especial al Plan de Acción de la Cumbre y continuase vigilando la aplicación de las medidas concretas que se estipulaban en el citado artículo.

En tal sentido, el Comité afirmó que el derecho a una alimentación adecuada está inseparablemente vinculado a la dignidad inherente de la persona humana y es indispensable para el disfrute de otros derechos humanos consagrados en la Carta Internacional de Derechos Humanos. Es también inseparable de la justicia social, pues requiere la adopción de políticas económicas, ambientales y sociales adecuadas, en los planos nacional e internacional, orientadas a la erradicación de la pobreza y al disfrute de todos los derechos humanos por todos (Observación General 12, párrafo 4).

El derecho a la alimentación adecuada se ejerce cuando todo hombre, mujer o niño, ya sea solo o en común con otros, tiene acceso físico y económico en todo momento a la alimentación adecuada o a los medios para obtenerla. El derecho a la alimentación adecuada tendrá que alcanzarse progresivamente. No obstante, los Estados tienen la obligación básica de adoptar las medidas necesarias para mitigar y aliviar el hambre tal como se dispone en el párrafo 2 del artículo 11, incluso en caso de desastre natural o de otra índole (Observación General 12, párrafo 6).

La responsabilidad del Estado por el incumplimiento del derecho a la alimentación se fundamenta en la normativa y los principios del derecho internacional descriptos anteriormente. Según estos documentos, los Estados tienen la obligación de respetar, proteger y cumplir el derecho a la alimentación adecuada para todos sus ciudadanos.

La índole de las obligaciones jurídicas de los Estados parte se enuncia en el artículo 2 del Pacto y se ha tratado en la Observación General 3 del Comité. La principal obligación es la de adoptar medidas para lograr progresivamente el pleno ejercicio del derecho a una alimentación adecuada. Ello impone la obligación de avanzar lo más rápidamente posible para alcanzar ese objetivo. Cada uno de los Estados parte se compromete a adoptar medidas para garantizar que toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción tenga acceso al mínimo de alimentos esenciales suficientes, inoctrinos y nutritivamente adecuados para protegerla contra el hambre (párrafo 14).

El derecho a la alimentación adecuada, al igual que cualquier otro derecho humano, impone tres tipos o niveles de obligaciones a los Estados parte: las obligaciones de respetar, proteger y de cumplir o realizar (Observación General 13, párrafo 15).

La obligación de respetar implica que los Estados tienen que proteger el acceso existente de las personas a los alimentos y los medios de obtenerlos. La obligación de proteger el derecho a la alimentación requiere que los Estados protejan el ejercicio, por parte de las personas, de su derecho a la alimentación contra las violaciones por terceras partes (por ejemplo, otros individuos, grupos, empresas privadas u otras entidades). Un Estado debe además tener en cuenta sus obligaciones jurídicas internacionales con respecto al derecho a la alimentación al concertar acuerdos con otros Estados o con organizaciones internacionales. La obligación de cumplir incorpora tanto una obligación de facilitar como una obligación de suministrar. La obligación de cumplir (facilitar) significa que los Estados deben ser proactivos para reforzar el acceso de las personas a los recursos y a los medios para asegurar su medio de vida, y el derecho de usarlos, incluida la salud alimentaria.

Cuando las personas o los grupos no pueden, por razones que escapan a su control, ejercer el derecho a la alimentación por los medios a su alcance, los Estados tienen la obligación de cumplir (suministrar); por ejemplo, mediante la prestación de asistencia alimentaria o la garantía de redes de seguridad social para los más desvalidos y para las víctimas de desastres naturales o de otro orden.

De conformidad con lo expuesto, la Observación General 12 se ocupa de las violaciones del derecho a la alimentación, que pueden producirse por actos directamente realizados por los Estados como por otras instituciones insuficientemente reguladas por estos. Se entiende por violado el derecho a la alimentación cuando un Estado, teniendo capacidad, no garantiza la satisfacción de, al menos, el nivel mínimo esencial necesario para estar protegido contra el hambre (Observación General 12, párrafos 17 y 19).

Toda persona o grupo que sea víctima de una violación del derecho a la alimentación debe tener derecho a acceder a recursos judiciales adecuados o a otros recursos apropiados en los planos nacional e internacional. Por ello es importante la incorporación en el orden jurídico interno de los instrumentos internacionales que reconocen el derecho a la alimentación, ya que entonces a los tribunales se les facilitará el juzgamiento de tales violaciones (Observación General 12, párrafos 32 y 33).

Asimismo, el Estado tiene la obligación de adoptar las medidas apropiadas para el tratamiento de las enfermedades, tener un calendario de vacunación, brindar atención médica a mujeres embarazadas, combatir la desnutrición, proporcionar suministro de alimentos adecuados, y abastecer a la población de agua potable. Estas obligaciones son primordiales para brindar condiciones de vida adecuadas para la efectiva satisfacción de derechos, en particular cuando se trata de niñas, niños, adolescentes, personas adultas mayores, personas con discapacidad y otras personas en situación de vulnerabilidad.

La responsabilidad del Estado en materia alimentaria puede llevarse a cabo por diversas vías, a saber:

Judicial: los ciudadanos pueden recurrir a los tribunales nacionales o internacionales para reclamar el incumplimiento del derecho a la alimentación.

Administrativa: las instituciones nacionales de derechos humanos y otras entidades administrativas pueden investigar y recomendar soluciones para asegurar el cumplimiento de este derecho.

Internacional: organismos internacionales, como el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, entre otros, pueden evaluar y recomendar acciones correctivas a los Estados.

Asimismo, se pueden establecer mecanismos de reparación, como medidas correctivas (implementación de políticas y programas que aseguren el acceso a alimentos) o bien de compensación (indemnización a las víctimas del incumplimiento del derecho a la alimentación); asimismo, reformas estructurales (cambios en leyes y políticas para prevenir futuros incumplimientos).

La responsabilidad del Estado es un componente fundamental para garantizar el derecho a la alimentación y requiere un enfoque multidimensional que involucre la legislación, la política pública y la participación activa de la comunidad.

De esta manera, las obligaciones internacionales que pesan sobre los Estados parte en materia alimentaria tienen características activas en tanto y en cuanto el Estado no debe limitarse a reconocer y permitir el acceso sino que debe garantizar una serie de medidas positivas, mediante políticas públicas tanto para remover los obstáculos que encuentren las personas para alcanzar el goce de este derecho, como para suministrarlo en casos particulares, cuando por razones extremas (guerras, sequías, u otros desastres naturales, o bien por situaciones económicas críticas) sea necesario suplir al individuo en tal circunstancia para asegurarle el acceso a la alimentación adecuada, derecho que, como se dijera, es el presupuesto de otros derechos humanos, como el acceso a la educación, a la salud, o al desarrollo, entre otros.

El principio de la tutela judicial efectiva

La normativa convencional descripta adquiere fundamental importancia a la hora de cumplimentar el principio de la tutela judicial efectiva reforzada, con la que cuentan los colectivos para quienes está destinada la cuestión alimentaria.

La defensa jurisdiccional del derecho alimentario se enmarca en el concepto del principio de la tutela judicial efectiva, en sus tres dimensiones: el acceso a la justicia, el desarrollo del proceso y la ejecución de la sentencia. Comprende el derecho a concurrir ante los tribunales y obtener una sentencia útil, a un control judicial suficiente sobre lo actuado en sede administrativa, a un juez natural e imparcial, a la eliminación de trabas que afectan el acceso a la jurisdicción, a obtener tutelas cautelares, a ser oído, a producir prueba y apelar, a la ejecución oportuna de la sentencia, al desarrollo de un proceso en un plazo razonable, a contar con asistencia letrada, et cetera (Rosales Cuello et al., 2014).

El pleno goce de los derechos económicos, sociales y culturales, en general, y del derecho a la alimentación, en particular, implica que el Estado garantice el acceso a una tutela judicial efectiva a toda víctima de una violación a estos derechos para lograr la satisfacción de sus demandas (Cenicacelaya, 2020).

En este orden de ideas, es obligación del Estado también prever una serie de herramientas procesales válidas para que la persona tenga acceso de manera ágil y eficaz a este derecho alimentario. De nada sirve su consagración legal tanto en los instrumentos internacionales como en el derecho interno si, a la hora del quebrantamiento de dicho régimen legal, el proceso termina siendo un nuevo obstáculo para su acceso amplio y adecuado. Por ello, de conformidad con el concepto de debido proceso adjetivo, el Estado debe contar con normativa adecuada para garantizar de la manera más amplia y urgente el goce de este derecho.

De conformidad con lo expuesto anteriormente, este acceso a la jurisdicción mediante herramientas procesales eficaces debe comprender además la existencia de mecanismos ágiles para evitar que, una vez obtenida la sen-

tencia, no se dilate su cumplimiento, transformando así en letra muerta la resolución judicial al no prever medios efectivos para su ejecución.

Responsabilidad subsidiaria de los Estados en materia de derecho alimentario

El Estado posee asimismo una responsabilidad subsidiaria, por su obligación de garantizar que las personas que tienen el deber legal de proporcionar alimentos lo hagan efectivamente. Este tema es relevante en situaciones donde el deudor alimentario no cumple con su deber, planteándose entonces la posibilidad de que el Estado asuma una responsabilidad solidaria.

La obligación alimentaria es un deber legal que deriva de las relación de parentesco, entre cónyuges, uniones convivenciales, o bien reposa sobre la responsabilidad parental. Esta obligación tiene por finalidad asegurar el bienestar básico de las personas que no pueden sustentarse por sí mismas.

El Estado tiene un rol fundamental en la regulación, supervisión y, en ciertos casos, en la ejecución de medidas para hacer efectiva la obligación alimentaria. Dicho rol comprende desde el dictado de leyes que definan claramente el alcance de las obligaciones alimentarias hasta los mecanismos para efectivizar el cumplimiento, así como la creación de sistemas para monitorear e identificar casos de incumplimiento. Incluye también el acceso a la justicia, en términos de tutela judicial efectiva, y establecer mecanismos que permitan garantizar la obligación.

El Estado puede ser considerado responsable si no brinda procedimientos judiciales eficientes para hacer cumplir las órdenes de alimentos, o bien si tiene un retardo injustificado en la ejecución de decisiones judiciales relacionadas con la obligación alimentaria, en particular cuando el pedido proviene para niñas, niños o adolescentes, personas adultas mayores o

personas con discapacidad, donde el incumplimiento de la obligación alimentaria los coloca en situación de vulnerabilidad extrema.

En tal sentido es dable destacar que las medidas coercitivas llevadas a cabo respecto al deudor, en los casos de incumplimiento, han sido muy efectivas para desalentar dichas conductas renuentes, evitando su reiteración. En ese orden de ideas se han dispuesto medidas tales como la suspensión de licencias, los embargos de salarios o las restricciones para salir del país, la prohibición de acceso al empleo público, etc.

Existen algunos proyectos presentados en el Congreso de la Nación que prevén la creación de un fondo de garantía para cubrir los pagos de alimentos cuando el deudor no cumple. El Estado, a través de estos fondos, adelanta los pagos al acreedor alimentario y luego persigue al deudor por el reembolso. Este fondo ya existe en otros países como España, en las comunidades de Valencia y Cataluña.

La responsabilidad del Estado en el ámbito de las obligaciones alimentarias es fundamental para garantizar la efectividad de dicha obligación. Implica no solo la creación de un marco legal adecuado, sino también la implementación de mecanismos eficaces que aseguren el cumplimiento de estas obligaciones, protegiendo así a colectivos vulnerables y asegurando su bienestar.

Obligaciones entre los Estados de la tutela del derecho alimentario

En este punto trataremos el caso del reclamo alimentario, que tiene conexión con el extranjero ya sea porque el domicilio de residencia de algunas de las partes —acreedor o deudor alimentario— se encuentre en otro Estado; ya sea porque el deudor alimentario tenga bienes en el extranjero para asegurar el pago de la cuota alimentaria.

Puede ocurrir que los miembros de una familia residan en diferentes países, por lo que resulta fundamental poder dar solución a este tipo de situaciones.

En este sentido, se ha sostenido que la existencia de un deudor alimentario, o del patrimonio de este, en un Estado diferente de aquel en donde debe cumplir con su obligación nos enfrenta a un caso frecuente de la vida cotidiana; un caso de suma importancia tanto desde el punto de vista humano como jurídico (Rapallini, 20092010).

La norma aplicable, en caso de que se encuentren involucradas niñas, niños o adolescentes, será la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (artículo 27.4) que dispone que los Estados parte tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera por el niño, tanto si viven en el Estado parte como si viven en el extranjero. En particular, cuando la persona que tenga la responsabilidad financiera por el niño resida en un Estado diferente de aquel en que resida el niño, los Estados parte promoverán la adhesión a los convenios internacionales o la concertación de dichos convenios, así como la concertación de cualesquiera otros arreglos apropiados.

Esta normativa será la guía que tendremos a la vista, en articulación con el principio del interés superior del niño.

Existen dos convenciones específicas que han sido ratificadas por la República Argentina: la Convención de las Naciones Unidas para la Obtención de Alimentos en el Extranjero, de Nueva York en 1956, ratificada por nuestro país en 1972, que vincula a la Argentina con distintos países del mundo, y la Convención Interamericana de Derecho Internacional Privado (CIDIP IV) suscripta en Montevideo, en 1989, sobre obligaciones alimentarias, ratificada por

nuestro país en el año 2002 y que vincula a la Argentina con países de Latinoamérica.

Los tratados de Montevideo de 1889 (artículo 14) y de 1940 (artículo 18) sobre derecho civil, han caído en desuso por la aplicación de la CIDIP IV, en virtud del principio de temporalidad. Hay otro tratado sobre obligaciones alimentarias internacionales como el de La Haya de 1973, pero no se encuentra ratificado por la República Argentina.

Asimismo, contamos con los artículos 2629 (que se refiere a la jurisdicción) y 2630 (que se refiere al derecho aplicable) del Código Civil y Comercial (CCyC) a los que podemos recurrir cuando no resulta de aplicación ningún tratado. El Código Civil y Comercial ha consagrado al reclamo de alimentos internacionales en una dimensión autónoma. Se consagra también una jurisdicción concurrente pero no tan amplia como la CIDIP IV. Si bien no implica que pueda iniciarse la demanda en cualquier Estado, la jurisdicción puede ampliarse con el foro de necesidad de conformidad al art. 2602 del CCyC.

El juez competente será el del domicilio o residencia del deudor o acreedor alimentario, o bien los jueces del país en el cual el deudor tenga bienes y si hubiere convenios alimentarios podrán ser competentes los jueces del lugar de ejecución de ese convenio alimentario.

En cuanto al derecho aplicable, el art. 2630 del CCyC establece que el derecho a alimentos se rige por el derecho del domicilio del acreedor o del deudor alimentario, el que a juicio de la autoridad competente resulte más favorable al interés del acreedor alimentario. Nuestro derecho tiene amplios beneficios, como por ejemplo extender la obligación alimentaria de pago hasta los 21 años e incluso hasta los 25 años si el acreedor alimentario estudia y se dedica exclusivamente a estudiar, motivo por el cual resultará más beneficioso ajustarse a la normativa Argentina en este caso.

Convención de Nueva York sobre obtención de alimentos en el extranjero

La Convención sobre reconocimiento y ejecución en el extranjero de la obligación de prestar alimentos (1956) plantea en su preámbulo lo urgente de la solución del problema humanitario originado por la situación de las personas sin recursos que tienen derecho a obtener alimentos de otras que se encuentran en el extranjero. Ello así, considerando que el ejercicio en el extranjero de acciones sobre la prestación de alimentos o la ejecución en el extranjero de decisiones relativas a la obligación de prestar alimentos importa grandes dificultades legales y de orden práctico. Por ello resulta fundamental agilizar los trámites judiciales, estableciendo medios conducentes, previendo reglas y mecanismos claros que permitan la celeridad en la obtención de alimentos en el extranjero.

La Convención instituye un sistema de cooperación internacional por medio del cual se pueden llevar adelante audiencias de conciliación y se puede obtener el acuerdo de una cuota voluntaria de alimentos.

La finalidad de la Convención es facilitar a la persona que demanda alimentos su obtención por parte de las personas que tengan la obligación de suministrarlos. Ambas partes deben encontrarse en cualquiera de los países que hayan suscrito la Convención. Se instituye la designación de una autoridad central, que va a depender de cada Estado, que es la que va a colaborar con las partes en la obtención de esa cuota. En el caso de la República Argentina, la autoridad central que interviene es el Ministerio de Justicia, la Dirección de Asuntos Jurídicos, el Área de Cooperación Internacional.

Se inicia con una presentación al estilo de una demanda de alimentos, que se remite por correo electrónico, donde se hace un breve

relato de los hechos, mencionando cuáles son los ítems que componen la cuota alimentaria, cuál sería el monto pretendido; se aporta la prueba acerca del caudal económico del obligado a pagar alimentos, y toda otra prueba que se intente hacer valer.

Luego debe ratificarse la presentación en una entrevista, a fin de verificar la veracidad de todos los datos allí consignados. Posteriormente se pondrá en contacto con la autoridad central del Estado del deudor alimentario, ya sea porque tenga domicilio o residencia o porque tenga sus bienes allí y entre las dos autoridades centrales van a intentar llegar a un acuerdo acerca del monto de la cuota de alimentaria y de la forma de pago.

Si se llega a un acuerdo, este debe ser presentado para su homologación ante el juez del domicilio del deudor alimentario y a continuación viene la etapa del pago de la cuota alimentaria (que es un aspecto negativo que tiene la Convención).

La Convención utiliza en el artículo 1 los términos “encontrarse” (una persona que se encuentra) o “estar sujeta a la jurisdicción” de otra parte contratante. Es decir, que se podría aplicar a los casos en los que el alimentante se domicilie en un Estado contratante, y el alimentado en otro Estado contratante.

Ahora bien, la expresión “estar sujeto” a la jurisdicción de un Estado contratante podría admitir la aplicación de la Convención cuando el demandado posea bienes en dicho Estado (aunque no se domicilie o residencie), si la ley de ese Estado lo sujeta a su jurisdicción por tener allí una propiedad (Fresnedo de Aguirre, 2003).

Por ser un reclamo alimentario, este cuenta con el beneficio de gratuidad. Si se requiere la apostilla, se canaliza por el Ministerio de Justicia por medio de la cancillería. Ahora bien, si hay que traducir algún documento, la parte que reclama debe abonar la traducción, desnaturali-

zando de esta manera el principio de gratuidad.

Con respecto a la ley aplicable, el artículo 6.3 dispone que será la del deudor alimentario, es decir que se debe analizar lo que establece su legislación, quiénes son los legitimados activos para el reclamo de la cuota alimentaria, hasta qué edad tendrían beneficio para percibir una cuota alimentaria, que ítems estarían incluidos en esa cuota alimentaria, etc. En concreto, se debe analizar el derecho de la parte más fuerte de la relación jurídica.

Si bien se autoriza al Ministerio de Justicia a gestionar los exhortos por vía diplomática, el trámite resulta muy burocrático, ya que para averiguar se exige que se canalice por medio de los canales oficiales, con las dificultades que ello implica.

En cuanto a la transferencia de fondos, resulta un poco dificultoso por las disposiciones internas que tiene nuestro país, donde el depósito en moneda extranjera luego es convertido a la moneda oficial, e incluso los costos de las transferencias internacionales son a cargo de quien recibe los alimentos.

Este convenio de cooperación internacional, si bien no define todas las cuestiones, resulta un instrumento útil ante la necesidad de reclamar el cobro de alimentos cuando las partes se encuentran en diferentes Estados contratantes.

Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias

La Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias (1989), en su artículo 1 establece como su objeto la determinación del derecho aplicable a las obligaciones alimentarias, así como de la competencia y de la cooperación procesal internacional, cuando el acreedor de alimentos tenga su domicilio o residencia habitual en un Estado parte y el deudor de alimentos tenga su domicilio o residencia

habitual, bienes o ingresos en otro Estado parte.

Un aspecto beneficioso es que incluye el foro del patrimonio, que significa que se va a poder iniciar la demanda ante el juez del domicilio o residencia del acreedor o del deudor alimentario, es decir, este convenio es más amplio que el de Nueva York. Además, podrá iniciarse la demanda ante el juez del país donde el deudor tenga bienes y este foro implica que el juez que intervenga va a tener directa intermediación con los bienes a ejecutar en el caso de no pago voluntario de la cuota alimentaria.

Otro aspecto beneficioso es el derecho aplicable. Se va a poder aplicar no solo el derecho del domicilio o residencia del deudor, sino también el derecho del domicilio o residencia del acreedor. Esto conecta con la parte más débil de la relación. La jurisdicción es concurrente pero además es flexible, lo cual significa que se va a poder iniciar la demanda en cualquier Estado que pueda llegar a tener conexión con el caso.

La Convención se aplica a las obligaciones alimentarias respecto de niñas, niños y adolescentes, por su calidad de tales. Asimismo se extenderá a quien habiendo cumplido la edad de 18 años continúe siendo acreedor de prestaciones alimentarias de conformidad a la legislación aplicable, y a las que se deriven de las relaciones matrimoniales entre cónyuges o quienes hayan sido tales.

El derecho de niñas, niños y adolescentes a percibir la cuota alimentaria es un imperativo constitucional y convencional derivado del principio del interés superior, por lo que es necesario que existan normas que tutelen de manera diferenciada sus derechos.

La Convención contempla, además, a quien a raíz de un matrimonio o de su disolución necesite de una cuota alimentaria, en determinadas situaciones en las cuales uno de sus integrantes pueda encontrarse en una situación de vulnerabilidad.

Esta Convención no incluye una etapa previa, por lo que no es posible recurrir a la autoridad central y que esta interceda y concilie y actúe como mediadora con la otra autoridad central para la fijación de una cuota alimentaria voluntaria, sino que prevé solamente un proceso estrictamente judicial.

Ambas Convenciones se pueden combinar, siempre y cuando los países firmantes sean los mismos, es decir, hayan ratificado la Convención de Nueva York y la CIDIP IV.

Se puede utilizar la etapa previa ante el Ministerio de Justicia para, en esa mediación, fijar una cuota voluntaria de alimentos; si no es posible, se cierra esa etapa. Y luego invocar la CIDIP IV porque tiene un foro concurrente y flexible que permite plantear la demanda en Argentina a pesar de que aquí no esté ni el domicilio, ni la residencia, ni los bienes del deudor alimentario. Incluso por aplicación de la cláusula de compatibilidad, que remite a las prácticas más favorables, se evita la etapa judicial de Nueva York, donde el caso quedaría sometido a la jurisdicción del deudor alimentario.

En cuanto a la notificación al obligado al pago, esta resulta dificultosa dado que se realiza vía exhorto internacional o diplomático; entonces puede ocurrir que se fije la audiencia sin prever el plazo y los tiempos que irroga la notificación. La notificación por otros medios, como por ejemplo vía WhatsApp, es muy útil porque acelera los tiempos.

Con respecto a las transferencias, estas tienen los mismos inconvenientes que la Convención de Nueva York.

Existe un proyecto presentado en la Cámara de Diputados de la Nación, Expediente 5187D2015, en el cual se solicita se otorgue a la CIDIP IV jerarquía constitucional, incorporándose al bloque constitucional del artículo 75 inciso 22. Hoy la Convención posee una jerarquía inferior a los tratados reconocidos en

este artículo, pero superior a las leyes, ello de conformidad de con lo dispuesto en el artículo 75 inciso 22 y 24 de la Constitución nacional.

Otorgar jerarquía constitucional a un tratado internacional implica la necesidad del Estado de reconocer que el contenido de ese tratado se encuentra al mismo nivel que la Constitución, asumiendo el compromiso de garantizar la efectividad de tal contenido, el cual, si no se cumple, generará responsabilidad ante los organismos internacionales.

Estas dos convenciones de cooperación internacional, si bien poseen sus inconvenientes (la primera por no definir juez competente y ley aplicable; la segunda, si bien resuelve estas cuestiones, resulta más compleja su interpretación) tienden a cumplir con lo expresado anteriormente respecto de la previsión de herramientas procesales eficaces para garantizar el acceso a la justicia, ya que implican soluciones a las dificultades propias de los procesos que se entablan entre sujetos que se encuentran en distintas jurisdicciones, debiendo primar para la resolución del caso concreto el principio que resulte más favorable al interés del alimentando y en los casos que el derecho alimentario esté destinado a niñas, niños y adolescentes, se reforzará con el principio que resulte más favorable a niñas, niños y adolescentes.

CONCLUSIONES

El derecho alimentario constituye un derecho humano fundamental vinculado a la dignidad humana, indispensable para la satisfacción integral de otros derechos humanos.

Su efectivización en términos de derecho humano implica una obligación reforzada en cabeza de los Estados y, por ello, impone la necesidad de contar con herramientas ági-

les para el reconocimiento y el cumplimiento efectivo de tal obligación.

Analizar el derecho alimentario desde esta perspectiva nos abre un abanico de posibilidades y requiere respuestas acordes con la complejidad que esta cuestión plantea, invitando a reflexionar sobre la importancia de este derecho, repensando prácticas judiciales y profesionales para fortalecerlo.

El derecho alimentario entendido como derecho humano refleja el compromiso del Estado para garantizar que todos los individuos tengan la oportunidad de vivir con dignidad y pleno respeto a sus derechos humanos. Es por ello que la imposición de sanciones legales por el incumplimiento refuerza la seriedad con la que se aborda la protección de estos derechos fundamentales, así como el compromiso del Estado parte con las obligaciones contraídas en los tratados internacionales.

Las buenas prácticas en las presentaciones judiciales o en las resoluciones jurisdiccionales requieren la invocación de esta normativa, de conformidad con los estándares convencionales establecidos en instrumentos internacionales suscriptos por nuestro país a los que se les ha dado jerarquía constitucional en el art. 75 Inc. 22 de la carta magna. Impone a los organismos de gobierno su observación y aplicación, de manera tal que todos los poderes del Estado, en el ámbito de sus respectivas competencias, deben propender a lograr una efectiva transformación social, de acuerdo con los parámetros antes mencionados.

El Estado, al ratificar estos instrumentos internacionales con contenido de Derechos Humanos, adquiere responsabilidades en virtud de las cuales se compromete a garantizar la efectividad del derecho alimentario a través de medidas apropiadas, siendo pasible de sanciones en caso de vulneración o incumplimiento, o bien de responder ante los organismos de los tratados.

Las convenciones referidas a la cooperación internacional brindan herramientas para garantizar la efectividad de su cumplimiento, teniendo en cuenta el principio que resulte más favorable al interés del alimentando.

Es de vital importancia tratar al derecho alimentario como un derecho humano cuyo incumplimiento importa la violación de un derecho fundamental. Su jerarquía constitucional impone, a la hora de plantear judicialmente su reconocimiento o alcance, allanar el camino al beneficiario para su protección u obtención, teniendo en cuenta la naturaleza del derecho en juego.

Los operadores judiciales, así como los organismos administrativos competentes de los Estados, tienen en tal sentido un extenso marco normativo del cual disponer medidas urgentes y positivas en pos del aseguramiento de este derecho. El marco convencional es amplio y variado, otorgándonos herramientas para garantizar la efectividad de este derecho humano fundamental.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Bidart Campos G. (2000a). *Manual de la Constitución reformada*. Ediar.
- (2000b). Las fuentes del derecho constitucional y el principio pro homine. En Bidart Campos, G. y Gil Domínguez, A. (Coords.), *El derecho constitucional del Siglo XXI, Diagnóstico y Perspectivas*. Ediar.
- Carpizo J. (2011). Los derechos humanos: naturaleza, denominación y características. *Cuestiones constitucionales* (25), 3-29.
- Cenicacelaya M. (2020). *Hambre y alimentación: un enfoque de derechos humanos*. Id SAIJ: DACF200177.
- Couture E. (1997). *Fundamentos del derecho procesal civil*. Depalma.
- Falcón, Enrique M. (2007). *Tratado de derecho procesal civil y comercial*. Tomo VII. RubinzalCulzoni.
- Fresnedo de Aguirre C. (2003). Obligaciones de alimentos. En Fernández Arroyo D. P., *Derecho internacional privado de los estados del Mercosur*. Ed. Zavalía.
- Ferrajoli, L. (2007). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Trotta.
- Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) (s.f.). ¿Qué son los derechos humanos? <https://www.unicef.org/es/convencion-derechos-nino/que-son-derechos-humanos>
- Galli Fiant M. (2019). *Alimentos y tutela judicial efectiva. ejecución de la sentencia de alimentos*. La Ley. Cita online: AR/DOC/176/2019.
- Hitters, J. C. (2015). Responsabilidad del Estado por violación de tratados internacionales. *Revista Pensamiento Penal*.
- Loyarte D. (2017). Efectividad del reclamo alimentario. Cuestiones procesales: progresos y asignaturas pendientes en el derecho argentino. *Revista de Derecho de Familia*, 78. Cita online: AR/DOC/3422/2017.
- Lloveras, N. y Salomón, M. (2009). *El derecho de familia desde la Constitución nacional*. Universidad de Buenos Aires.
- Naciones Unidas (s.f.). ¿Qué son los derechos humanos? <https://www.ohchr.org/es/what-are-human-rights>
- Pizarro R. (1996). *Daño Moral. La reforma constitucional de 1994 y los derechos humanos*. Ediciones Hammurabi.
- Rapallini L. E. (2009-2010). Cobro de alimentos en el extranjero: Prolegómenos y estado actual del Convenio de La Haya sobre cobro de alimentos para los niños y otros miembros de la familia y de su Protocolo sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias. *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, (49). UNLP.

María Donato

Rosales Cuello R. y Marino, T. (2014). *Regulación legal de la tutela judicial efectiva y el debido proceso. ¿Es posible esa regulación dentro del Código Civil?* La Ley. AR/DOC/3211/2014.

Vinuesa, R. (1990). La reforma constitucional y el derecho internacional [conferencia], en *Reforma constitucional*. Banco de la Ciudad de Buenos Aires: Buenos Aires.

Jurisprudencia. Corte Interamericana de Derechos Humanos

Caso Villagrán Morales y otros vs. Guatemala. Fondo, 19/1 1/1999, Serie C n.º 63.

Caso *La última tentación de Cristo vs. Chile*, Sentencia del 05 de febrero de 2001, Serie C, n.º 73.

Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Sent. sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 26 de septiembre de 2006 Serie C n.º 154.

Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 25 de noviembre de 2006. Serie C n.º 160.

María Donato

Perfil académico y profesional: Abogada por la Universidad Nacional de La Plata (UNLP). Especialista en Derecho de Familia por la UNLP. Directora de posgrados de la Universidad Católica de La Plata (UCALP). Investigadora y docente de grado y posgrado en la UCALP y UNLP. Se especializa en temas vinculados al derecho de familia, niñez, adolescencia y género. Trayectoria completa disponible en <https://linktr.ee/mariadonato>.

maria.donato@ucalp.edu.ar

Identificador ORCID: 0009-0009-0380-3232



Comentario al fallo del Tribunal Constitucional de España sobre la implementación de la eutanasia¹

Commentary on the ruling of the Constitutional Court in Spain concerning the adoption of euthanasia

Juan Francisco Ruggieri²

Resumen

El presente trabajo tiene como objetivo explorar en profundidad el concepto de dignidad humana y su relación con el final de la vida, teniendo en consideración la sentencia del Tribunal Constitucional de España, que declaró la constitucionalidad de la Ley Orgánica 3/2021. Dicha ley regula la eutanasia en todo el territorio español. Esta resolución fue resultado del recurso de inconstitucionalidad 4057-2021, interpuesto por diputados del grupo parlamentario Vox contra dicha ley y, subsidiariamente, contra trece preceptos contenidos en ella.

Se busca contrastar los distintos fundamentos aplicados por los magistrados que integran el Tribunal en sus respectivos votos. Por consiguiente, será de gran relevancia para lograr alcanzar una conclusión fundamentada, exponer tesis doctrinarias divergentes, relativas a la concepción y el alcance del principio de dignidad de la persona humana, y a la implementación de la eutanasia.

El objetivo final de este comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional es el de contribuir al debate sobre la dignidad humana y el final de la vida, cuestionando la compatibilidad de la implementación de la

Abstract

The paper aims to explore in depth the concept of human dignity and its relationship with the end of life, taking into consideration the ruling of the Constitutional Court of Spain, which declared the constitutionality of Organic Law 3/2021. That law regulates euthanasia throughout the Spanish territory. This ruling was the result of the constitutional appeal 4057-2021, filed by deputies of the parliamentary group Vox against the aforementioned law and, subsidiarily, against thirteen provisions contained therein.

The objective is to contrast the different foundations applied by the judges of the Court in their respective votes. Therefore, in order to reach a well-founded conclusion, it will be of utmost significance to present divergent doctrinal theses regarding the conception and scope of the principle of human dignity, and the implementation of euthanasia.

The ultimate goal of this commentary on the Constitutional Court's ruling is to contribute to the debate on human dignity and the end of life, questioning the compatibility of the implementation of

Derecho/ Artículo científico

Citar: Ruggieri, J. F. (2024). Comentario al fallo del Tribunal Constitucional de España sobre la implementación de la eutanasia. *Omnia. Derecho y sociedad*, 7 (2), pp. 33-52.

¹ Este trabajo se realiza en el marco del proyecto IUS "El derecho argentino ante la vulnerabilidad del paciente terminal" (Facultad de Derecho, Universidad Católica Argentina), aprobado por Res. VRI 05/22 de la Facultad de Derecho, Universidad Católica Argentina. El director del proyecto es el doctor Nicolás Laferriere.

² Universidad Católica Argentina

eutanasia con respecto a los principios constitucionales y convencionales en juego.

Palabras claves: eutanasia - dignidad - persona humana - Tribunal Constitucional - España

euthanasia with constitutional and conventional principles.

Keywords: euthanasia - dignity - human person - Constitutional Court - Spain

INTRODUCCIÓN: PRESENTACIÓN DE LA SENTENCIA

El 24 de marzo de 2021 se aprobó en España la Ley Orgánica 3/2021, que regula la eutanasia en todo su territorio. Frente a esto, en junio de ese mismo año, el partido político Vox presentó un recurso judicial de inconstitucionalidad contra la ley en su conjunto y subsidiariamente contra trece preceptos contenidos en ella. El 22 de marzo de 2023 el Tribunal Constitucional rechazó el recurso y declaró la constitucionalidad de la Ley Orgánica 3/2021. Fue declarada constitucional y la eutanasia considerada como un derecho fundamental por voto de la mayoría y un concurrente, con la disidencia de los magistrados Enrique Arnaldo Alcubilla y Concepción Espejel Jorquera.

El voto de la mayoría tiene como eje principal la interpretación y el alcance del derecho a la vida, entendiéndolo como relativo y que no incluye el derecho a morir. En adición, considera la existencia de un derecho fundamental emergente, que reconoce la autodeterminación de la propia muerte en contextos eutanásicos, partiendo de los principios constitucionales de la dignidad y la integridad personal, tanto física como moral. Por otro lado, los votos disidentes plantean la inconsistencia en la consideración de la eutanasia como un derecho fundamental, ya que este va en contra de la libertad, la vida y el derecho del sujeto de vivir con dignidad el proceso de morir. A su vez, la magistrada Concepción Espejel Jorquera plantea la problemática social que derivará de esta práctica a largo plazo, producto del costo mayor que tienen los

cuidados paliativos en relación con la eutanasia, siendo este factor determinante en la voluntariedad del paciente.

En este trabajo nos proponemos investigar y profundizar en la dignidad como principio utilizado para argumentar en cuestiones vinculadas con el final de la vida humana. Para ello, primero ofreceremos un marco teórico con el fin de comparar las distintas posturas divergentes, para luego verificar su aplicación en esta sentencia. De esta manera, analizaremos el voto de la mayoría y posteriormente nos concentraremos en el conflicto entre valores constitucionales que derivan de esta posición y su contradicción con los tratados internacionales firmados por España, instrumentos que protegen los derechos humanos y las libertades fundamentales. Tenemos así, como objeto de este trabajo, poder contrastar los distintos votos de los miembros del Tribunal Constitucional y lograr alcanzar una conclusión fundamentada.

POSTURAS DIVERGENTES EN TORNO A LA DIGNIDAD

Para comprender el marco teórico en el que se debate la eutanasia, consideramos oportuno presentar dos visiones contrapuestas sobre la dignidad humana y cómo ellas se vinculan con la protección de las personas y su derecho a la vida. Será igual de relevante en este apartado contrastar el modo por el cual ambas posturas opuestas simbolizan el valor, el alcance y la concepción de la personalidad

humana como instrumento para sustentar sus respectivas posturas acerca de la dignidad.

Peter Singer es un reconocido filósofo utilitarista, que promueve y avala la legalización y expansión de la eutanasia en los distintos países del mundo, entre otros proyectos. Fiel a su visión filosófica, repiensa el valor de la vida como el de la muerte, y promueve el derrumbe de nuestra ética tradicional, tal y como titula en una de sus obras. Es tanto en este escrito como en *Ética práctica* (1993), otro de sus libros, donde Singer plantea su postura. Presenta, de esta forma, durante los distintos capítulos de sus libros, acontecimientos y decisiones médicas como fundamento para cuestionar la concepción de la dignidad humana. Es así como, de acuerdo con su posición, el autor alude constantemente a la existencia de distintas clases de seres humanos, y que no todos deberían ser reconocidos como personas y, por ende, tampoco contar con los mismos derechos. Para Singer será persona quien cumpla una serie de características, tales como la racionalidad, la autonomía, y la conciencia de sí misma, “los recién nacidos carecen de estas características. Por lo tanto, acabar con su vida no puede equipararse a matar a un ser humano normal, o a cualquier otro ser con conciencia propia” (Singer, 1993, p. 142). En el extracto citado se ve notoriamente cómo Singer sugiere una distinción entre seres humanos. Quienes cuenten con una serie de características que él mismo determinó podrán ser considerados seres humanos normales; de lo contrario, no podrán gozar de los mismos derechos y su muerte no tendrá el mismo impacto. Es decir, el autor propone que la concepción de persona quede limitada únicamente a aquellos seres humanos que cuenten con ciertas capacidades mentales, excluyendo de esta categoría a todos aquellos restantes. “Bajo su visión, este filósofo asume un lineamiento que autoriza

la eliminación de personas por no presentar los atributos que él considera necesarios para lograr dicho estatus ontológico” (Banti, 2022, p. 39). A partir de esta conclusión se advierte con mayor claridad que la corriente filosófica utilitarista, profesada por este autor, ratifica la dignidad en su sentido funcional como medio para justificar su planteo, puesto que mantiene un vínculo estrecho con respecto a la autonomía de la voluntad, correspondiente a toda persona capaz de tomar decisiones sobre su cuerpo. Sin embargo, excluye del goce de esta dignidad a todos aquellos seres humanos que carezcan de determinados atributos, y “este planteamiento abre la posibilidad a considerar que existen vidas indignas de ser vividas, porque conllevan sufrimiento, vulnerabilidad o dependencia” (Tudela y Guillem-Tatay, 2023). Esta visión marca un notorio distanciamiento con relación a la concepción de dignidad ontológica, en razón de que esta promueve su titularidad a toda persona por el mero hecho de ser. Ello conlleva inevitablemente a enfrentar una distopía basada en una construcción social selectiva, fundada en desigualdades arbitrarias y derechos fundamentales atribuibles solo a un único sector.

Explícitamente, Singer evidencia su posición disruptiva en contra de los valores tradicionales, principios morales y éticos universales. De allí que la segunda postura que quisiéramos presentar sea la que concibe a la dignidad humana desde una perspectiva realista, en línea con las enseñanzas de Tomás de Aquino. La distinción entre estas posturas opuestas se centra *a priori* en su concepción y alcance de la dignidad de la persona humana. A diferencia de la filosofía utilitarista profesada por Singer, la tesis tomista considera que “el hombre es persona por su alma creada por Dios” (Fuentes, 2006, p. 25), lo que conlleva que todo ser humano cuente con derechos funda-

mentales por el solo hecho de tener alma y, por ende, ser persona. En este marco, la declaración emitida por la Congregación para la Doctrina de la Fe, *lura et bona*, sobre la eutanasia (1980) afirmó lo siguiente:

La vida humana es el fundamento de todos los bienes, la fuente y condición necesaria de toda actividad humana y de toda convivencia social. Si la mayor parte de los hombres creen que la vida tiene un carácter sacro y que nadie puede disponer de ella a capricho, los creyentes ven a la vez en ella un don del amor de Dios, que son llamados a conservar y hacer fructificar.

En este mismo sentido vemos cómo “la dignidad de la persona humana se funda en los aspectos ontológicos y morales, concebidos desde su comprensión como unidad sustancial de alma y cuerpo en la cual las facultades del alma, inteligencia y voluntad, posibilitan la libertad humana” (Martínez Zepeda, 2012, p. 156). En contraste con la posición que contempla la personalidad humana con base en una acepción social y, por ende, viéndose su dignidad limitada a solo aquellos seres humanos que gocen de capacidad para tomar decisiones sobre su cuerpo; la bioética funda la concepción de dignidad humana de manera ontológica y universal a todos los seres humanos por el solo hecho de ser personas, tomando como base al alma, atributo concebido por Dios e inherente a todo hombre por igual.

A los fines de esta investigación, tienen igual relevancia los conceptos de persona y dignidad reconocidos en los distintos textos legales y en

la ley suprema de España. El concepto jurídico de persona está contenido en el artículo 30 de su Código Civil: “La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno”. En cuanto a la dignidad humana, la Constitución del país europeo considera en su artículo 10, inc. 1, que la “dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”. Estos extractos suponen un reconocimiento de la personalidad humana a todo ser humano por igual, desde el momento de su nacimiento³, desde que adquiere de modo inherente la dignidad, entre otros derechos fundamentales inviolables. Por ende, implica un deber del Estado garantizar a su población el pleno goce y protección de todos sus derechos humanos. Estos extractos, que constituyen las fuentes del derecho español, ineludiblemente se contraponen con la visión sobre la personalidad humana fundada en una acepción meramente social que tiene como objetivo validar la práctica de la eutanasia.

POSTURAS DIVERGENTES EN TORNO A LA IMPLEMENTACIÓN DE LA EUTANASIA

a) Postura a favor de la eutanasia

Singer promueve una postura pro-eutanasia, basándose en su filosofía utilitarista, que analiza a lo largo del capítulo titulado “Quitar la vida: los seres humanos” (Singer, 1993).

³ No ingresamos en este trabajo en el debate en torno a la protección debida al ser humano desde la concepción. Entendemos que desde ese momento ya existe una persona con dignidad, merecedora de protección jurídica. De hecho, el artículo 29 del Código Civil español dispone: “El nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente”.

De esta forma el filósofo comienza refiriéndose a esta práctica, definiéndola según su concepción moderna: “Acabar con la vida de los que padecen enfermedades incurables, con gran dolor y angustia, por el bien de los que mueren y para ahorrarles más sufrimiento o angustia” (p. 137). A raíz de esto, distingue distintos tipos de eutanasia y desarrolla sus justificaciones, entre ellas, la voluntaria, la involuntaria y la no voluntaria. La primera es descrita como aquella “que se lleva a cabo a petición de la persona que va a morir” (p. 138). Singer afirma que esta clase de eutanasia se basa en la autonomía y libre decisión de los pacientes, por lo cual se garantiza que se actuó de acuerdo con su voluntad. En cuanto a la eutanasia involuntaria, Singer la reconoce cuando “la persona que muere tiene capacidad para consentir su propia muerte, pero no lo hace, bien porque no le preguntan; bien debido a que cuando se le pregunta decide seguir viviendo” (p. 140). A su vez, agrega que en la realidad práctica se presenta con muy poca frecuencia, dado que requiere de una gran cantidad de supuestos y condiciones para poder ser llevada a cabo. Este siniestro acto únicamente podrá ser considerado eutanasia de contar con la motivación, del que mate, de acabar con el sufrimiento insostenible del paciente. Finalmente, la eutanasia no voluntaria es la presente en casos en donde la persona, “no es capaz de entender la elección entre la vida y la muerte” (p. 140), y por ende el paciente no expresa la petición ni el rechazo a recibir el suicidio asistido. Singer destaca que en la generalidad de los casos de los pacientes que son sometidos a esta última clase de eutanasia, estos no tienen capacidad real de sufrir a causa de su estado. Sobre esta base reflexiona sobre la legitimidad de su empleo. ¿Realmente la muerte se lleva a cabo por el bien del paciente? ¿O por el bien de la familia, y el ahorro de recursos médicos limitados del Estado?

En primer lugar, Singer incluye dentro de la eutanasia no voluntaria a las situaciones de niños recién nacidos con graves discapacidades y de personas mayores que sufren de incapacidad intelectual grave desde el nacimiento. En ambos casos, el individuo nunca ha podido elegir entre la vida o la muerte. Entran dentro de su ámbito de aplicación, también, las personas que han tenido previamente la capacidad para tomar la decisión, pero la perdieron. El filósofo, entonces, intenta justificar este tipo de eutanasia centrándose en los recién nacidos como ejemplo aplicable a otros casos. Tomando como punto de partida para su argumento que el recién nacido carece de los atributos para poder ser considerado persona —tales como la racionalidad, la autonomía, y la conciencia de sí mismo—, Singer sostiene: “acabar con su vida no puede equipararse a matar a un ser humano normal o a cualquier otro ser con conciencia propia” (p. 142). Esta postura radical propone, por ende, diferenciar a las personas por sus cualidades y capacidades. Y con base en esta distinción, quitarles a quienes el autor pretende como seres humanos no normales sus derechos personalísimos; ya que dejarían de ser innatos, perpetuos, necesarios, esenciales, oponibles, de categoría autónoma e inherentes a su persona, por el solo hecho de encontrarse en una situación de mayor vulnerabilidad. Siendo entonces el derecho a la vida de algunos seres humanos más valioso que el de otros. A raíz de esta conclusión, el filósofo utilitarista continúa fundamentando que en caso de que los padres no deseen que su hijo viva, el derecho a buscar la felicidad de los padres precede sobre el derecho de la vida de un niño recién nacido con discapacidades graves, dado que no son seres racionales ni conscientes de sí mismos. Proponiendo, de esta forma, que los principios de maldad que rigen para matar animales deban ser aplicados también

en este caso. Singer finalmente concluye avallando que la facultad de adquirir el derecho a la vida debe darse de forma desigual según las condiciones del sujeto, por más que todos sean seres humanos: “los argumentos más plausibles a la hora de atribuir a un ser el derecho a la vida son aplicables solamente si existe conciencia de sí mismo como ser que existe en el tiempo” (p. 143). Siguiendo esta línea argumental, el utilitarismo propone que de no existir razones extrínsecas para mantener con vida al niño cuyas condiciones de salud grave imposibiliten un balance en el que la felicidad predomine sobre la infelicidad, se deberá evitar su sufrimiento presente y futuro ayudándolo a morir. Esta corriente filosófica se apoya mucho en el aborto para justificar la moralidad de su postura, considerando que la única distinción con las convicciones moralmente aceptadas es solo un factor temporal: el nacimiento. A su vez, el enfoque utilitarista, del que Peter Singer es partidario, se justifica con el principio de remplazabilidad. En el caso hipotético de que una familia únicamente desee tener un solo hijo, y este nazca con condiciones médicas graves o con discapacidades que dificultan innegablemente su vida —pero que con un cuidado adecuado y medios suficientes su vida puede ser feliz con bastante probabilidad—, este enfoque ético considera que el bebé podría igualmente ser asesinado, en el caso de que en el futuro sus padres tengan otro hijo libre de estas condiciones, siendo el primero reemplazado en favor del segundo, que no hubiera nacido de mantener con vida al niño discapacitado. Este infanticidio intenta ser justificado a raíz de la búsqueda de la maximización de la felicidad, suponiendo que las perspectivas de una vida feliz serán mayores para un niño sin condiciones médicas graves. De esta forma Singer finaliza su justificación acerca de la eutanasia no voluntaria, adaptan-

do la corriente expuesta a los casos de personas que han tenido previamente la capacidad para tomar la decisión, pero la perdieron. El filósofo considera que no existe distinción real con respecto a los recién nacidos discapacitados, ya que ambos carecen de autonomía, conciencia propia y racionalidad, por lo que su vida no tiene valor intrínseco.

En cuanto a la eutanasia voluntaria, Singer encuentra una serie de razones para justificar su implementación. Comienza entonces comprendiendo al suicidio asistido por consentimiento verdadero del paciente como un beneficio para la persona que muere, argumentando que esta práctica es funcional para poner fin a su dolor. Luego agrega, tomando como ejemplo la implementación de la eutanasia en los Países Bajos: “La disponibilidad de la eutanasia trajo consigo bienestar sin la necesidad de aplicar la eutanasia” (p. 152). Respalda su afirmación con un estudio llevado a cabo por el Gobierno nacional holandés, que concluyó que un alto porcentaje de los pacientes que desean tener la seguridad de poder acceder a la eutanasia, posteriormente no la peticionan. Siguiendo esta línea argumental, Singer finaliza haciendo alusión a la facultad de las personas de poder renunciar a los derechos adquiridos, y termina reconociendo el conflicto presente entre derechos de ser reconocida la eutanasia como tal. Principalmente, yendo en contra del derecho a la vida y su preservación; contemplando entonces la necesidad de renunciar a uno para ejercer el otro. A raíz de esto, busca refundar su opinión apoyándose en el principio de autonomía, que invita a considerar que todos los agentes racionales son libres de tomar sus propias decisiones a lo largo de la vida: “si los agentes racionales eligiesen de forma autónoma morir, entonces el respeto a la autonomía nos llevaría a prestarles nuestra ayuda” (p. 152). Con estos argumentos Peter Singer justifica la

implementación de la eutanasia voluntaria, y su comprensión como derecho del paciente en las condiciones planteadas.

Finalmente, el autor se aboca a la explicación de la eutanasia involuntaria mostrando un absoluto rechazo, ya que considera que no existe razón moral para justificarla.

Singer luego contempla la doctrina de los actos y las omisiones con relación a la eutanasia activa (por acción) y a la eutanasia pasiva (por omisión). Mientras que la primera supone tomar medidas para terminar con el sufrimiento, y por ende la vida del paciente, la eutanasia pasiva propone abandonar el tratamiento médico para terminar con el sufrimiento, de modo que la vida finalice según su curso natural. El autor de esta forma reflexiona: “¿Por qué es malo matar, y dejar morir no lo es?” (p. 163). Ante esta discusión moral, Singer afirma ser partidario del enfoque consecuencialista de la ética, es decir, tanto la acción como la omisión llevan al mismo resultado, la muerte. La única distinción es el dolor y el sufrimiento del paciente. Con base en esto, enfatiza la importancia de la eutanasia activa.

Por todo lo expuesto, podemos interpretar que el autor abandona la ética tradicional sobre la santidad de la vida, teniendo noción de los posibles riesgos que esto puede causar. De este modo, considera únicamente aceptable la práctica de la eutanasia en los casos en los que a los seres humanos que se les quita la vida carecen de capacidad para discernir entre su propia existencia o no existencia (eutanasia no voluntaria), o bien en los casos en que las personas sí tienen la capacidad de elegir entre su propia vida o muerte, y toman una decisión informada y voluntaria a favor del suicidio asistido (eutanasia voluntaria). A su vez, tras la inminente muerte próxima, Singer es partidario de llevar a cabo la eutanasia de forma activa, indolora y eficaz.

b) Postura en contra de la eutanasia

John Finnis, un reconocido filósofo tomista, defensor de la inviolabilidad del derecho a la vida, también presenta su postura acerca de la eutanasia, tomando como ejemplo su implementación en Holanda. Con base en las estadísticas del país (1990) sobre el empleo de esta práctica para poner fin a la vida, reconoce la existencia de distintas clases de eutanasia. Mientras que, por un lado, Finnis acuerda con la definición de John Keown (1995) sobre la eutanasia voluntaria, “la terminación de la vida por parte de alguien que no sea la persona en cuestión, a solicitud de esta última” (p. 420); por otro lado, complementando la visión de Dworkin, Finnis interpreta a la eutanasia no voluntaria como “la administración de un medicamento con el propósito explícito de acelerar el fin de la vida sin la solicitud explícita del paciente” (Finnis, 1998, p. 1139). En cuanto al concepto de eutanasia involuntaria, es acertada la definición elegida por Singer, a la cual se hizo referencia en el apartado anterior de este trabajo. Sin embargo, a diferencia de la visión utilitarista, la doctrina tomista considera que la eutanasia consiste en el acto de matar a otro que se encuentra en condiciones vulnerables. La vida humana, desde esta última posición, es entendida desde su carácter sacro, debiendo ser protegida bajo cualquier circunstancia. Más aún, si se trata de una persona humana en estado de vulnerabilidad. Es por ello que no se admite justificación alguna a su práctica, independientemente del tipo de eutanasia elegida para ser consumada.

Analizando los datos de la estadística de los Países Bajos, Finnis advierte el alto porcentaje de casos de eutanasia no voluntaria directa, es decir, casos en los que el tratamiento se retiró o se retuvo con el propósito primario de acortar la vida sin la expresa voluntad del paciente.

Otro punto relevante sobre el cual enfatizar es que la postura favorable a la ley de eutanasia no tiene como real intención la aceleración o determinación de la propia muerte sino, en cambio, buscar la liberación de cargas no deseadas e intervenciones en el propio cuerpo, incluso si la muerte es una consecuencia previsible. La problemática a raíz de esto surge al existir pacientes que abusan de esta ley y actúan de forma contraria a su propósito, atentando contra su propia vida al acelerar su muerte. Consecuentemente debemos plantearnos ¿en qué casos una persona puede acceder a la eutanasia y bajo qué condiciones?

Aquí Finnis (1998) distingue otro conflicto: ¿el paciente adquiere la posibilidad de ponerle fin a su vida por razón de la opinión de un grupo limitado de personas que lo consideren suficientemente enfermo, suficientemente deprimido, o suficientemente grave e incurable? Este argumento demuestra lo inherentemente inciertas y difíciles que son estas evaluaciones, a base de juicios decisivos. Pero en contextos eutanásicos, ¿la vida puede incluso depender del mismo paciente, que no cuenta con plena voluntad racional producto de su extremo dolor, siendo movido por factores emocionales? De ser así, la eutanasia conllevará el ser empleada con subjetividad en cada caso en concreto y, por ende, la imposibilidad de ser aplicada en misma medida y de igual forma en todas las ocasiones.

De cualquier manera, ¿de qué derecho surge la posibilidad del paciente de exigir la terminación de su vida? ¿Del derecho a la integridad? ¿Del derecho a la autonomía? ¿O del derecho a la dignidad? En este marco, el autor considera que, de existir un derecho a elegir acelerar la muerte, este indudablemente colisionará con el derecho a elegir no ser asesinado. En este sentido, la Declaración emitida por

la Congregación para la Doctrina de la Fe, *Iura et bona*, sobre la eutanasia (1980), expresa la siguiente afirmación:

Nadie además puede pedir este gesto homicida para sí mismo o para otros confiados a su responsabilidad ni puede consentirlo explícita o implícitamente. Ninguna autoridad puede legítimamente imponerlo ni permitirlo. Se trata en efecto de una violación de la ley divina, de una ofensa a la dignidad de la persona humana, de un crimen contra la vida, de un atentado contra la humanidad.

A su vez, se incluye dentro de esta argumentación que el paciente que lo exige no cuenta con la voluntad real de ponerle fin a su vida por medio de esta práctica, sino que, por el contrario, carece de verdadero discernimiento a causa de la enfermedad que está transitando, su angustia o dolor agónico.

Desde el punto de vista jurídico, la filosofía tomista considera absoluto el derecho a la vida de todas las personas humanas, en calidad de tal, independiente de los atributos con los que cuente. Por consecuencia, la existencia de una ley que regule, restrinja o permita la disposición del derecho a la vida, implica un conflicto normativo con respecto a los derechos humanos consagrados en disposiciones constitucionales e instrumentos internacionales con igual jerarquía.

Otro factor a tener en cuenta son las condiciones de trabajo de los profesionales de la salud. En este sentido, Finnis (1998) reconoce que pueden interferir en el actuar del médico, con relación a la preservación de la vida del paciente,

... [l]os límites a los reembolsos hospitalarios en función de la duración de la estancia y del diagnóstico, la caída de los ingresos

hospitalarios, y la necesidad social de asignar dinero para la salud puede influir en las decisiones de los médicos al pie de la cama. (Finnis, 1998, p. 1139)

Sin embargo, por más que se preste mayor atención a las condiciones laborales de los médicos y se complemente con un seguimiento continuo, siempre requerirá de menor esfuerzo para el profesional brindar un medicamento que acabe con la vida del paciente, que acompañar al paciente a lo largo del proceso por medio de cuidados paliativos. En este mismo sentido, podría pensarse el factor económico, que atenta en contra la voluntad del paciente al momento de tomar su decisión. Se demuestra aquí que el fundamento a favor de la eutanasia, en razón de garantizar el derecho a la autonomía y la libre decisión, se ve condicionado por las circunstancias de extremo sufrimiento que padece el paciente, pudiendo verse condicionado su juicio y voluntad.

En cuanto a la posición de Singer (1993), que ratifica la implementación de la eutanasia como remedio para terminar con el sufrimiento del paciente, la filosofía tomista contraargumenta con la existencia de distintas alternativas que permiten aliviar el sufrimiento, como los cuidados paliativos, acompañando así en el tramo final de su vida.

Finnis (1998) finalmente concluye, considerando todos los conflictos presentados, que un Estado que reconoce la eutanasia como derecho y la legítima iría en contra de los valores del respeto justo e igualitario hacia las personas en su libertad y su búsqueda de felicidad y vida, lo que conlleva una sociedad injusta. Ello a causa de que la vida humana no puede depender de la determinación de la ciencia médica ni del mundo del derecho, porque esto derivaría en un subjetivismo ético social. En dicha sociedad, la verdad y los valores morales

no serán objetivos, universales ni absolutos, y la ordenación jurídica se logrará únicamente mediante normas positivas obligatorias. Esto con base en que los valores morales son determinados por la mayoría de la sociedad y estos pueden variar según cada una, desvinculando de esta manera a la moral de la justicia.

Es Santiago Legarre, autor, abogado y profesor de Derecho Constitucional en la Universidad Católica Argentina (UCA), quien advierte a partir de esta última conclusión de Finnis la existencia de preceptos intra-morales, deducibles de principios morales universales, arraigados de esta forma al derecho natural. Es a partir de estos preceptos que se llevan a cabo interpretaciones para ser aplicadas como fundamento de leyes positivas. Sin embargo, la ley tiene como finalidad lograr el bien público, por lo cual tendrá únicamente en cuenta los preceptos morales que sean cuestiones de bien público. Es de esta forma que, si bien la ley natural resulta como fuente de la ley positiva, esta a su vez es condicionada por las distintas circunstancias que promovieron su sanción, pudiendo ser la interpretación de los principios morales meramente una aproximación. En referencia a esto, Finnis en su artículo académico "Coexisting Normative Orders? Yes, but No" (2012) considera que es necesario reconocer o negar la validez y legitimidad de cada ley positiva con relación al presupuesto moral que toma como referente.

En adición a lo ya expuesto, la racionalidad, la autonomía, o la conciencia de uno mismo no son criterios válidos para determinar quién es considerado persona humana y quién no, ni para justificar la legitimidad de quitarle la vida a otra. La vida de toda persona humana es única y cuenta con un valor intrínseco, en razón de que fue creada por Dios, independientemente de los atributos con los que disponga, o su estado de salud.

En cuanto a la Ley Orgánica 3/2021 aprobada en España el 24 de marzo de 2021, cabe mencionar la nota y los comentarios dirigidos a este texto legal, recitados por la Iglesia católica, a través de la Conferencia Episcopal Española (2021). En primer lugar, y haciendo alusión a una de las tantas conclusiones que John Finnis contempla en sus distintos textos, se aborda una crítica vinculada a la amplia población que cumple con los requerimientos necesarios para recibir la práctica de la eutanasia, “enfermedad grave e incurable: la que por su naturaleza origina sufrimientos físicos o psíquicos constantes e insoportables sin posibilidad de alivio que la persona considere tolerable, con un pronóstico de vida limitado, en un contexto de fragilidad progresiva” (Conferencia Episcopal Española, 2021). Como fue tratado anteriormente, delimitar los casos de aplicación legal de una práctica que vulnera el derecho a la vida del paciente en términos tan genéricos, constituye una irresponsabilidad legislativa enorme que provoca inevitablemente el subjetivismo ético, tanto en su acepción social como en la individual, desvinculando así a la verdad y a los valores morales de su objetividad, universalidad y absolutismo. En lo que refiere a la acepción social, ni los legisladores, los jueces o incluso el equipo médico, deberían poder determinar cuándo el pronóstico de vida del paciente es limitado y se procedería a su eventual muerte asistida. Del mismo modo sucede en la acepción individual, ya que, al dejarlo en manos de cada individuo, su posición se verá condicionada a efectos del dolor, agonía y angustia, producto de la enfermedad que está transitando y que limita su verdadero discernimiento. En este sentido, la Conferencia (2021) consideró que, a pesar de contar con autonomía personal a ningún hombre le corresponde elegir el momento de su muerte: “la vida es digna porque

tiene su origen y destino en Dios. El carácter trascendente de la vida, como el de la libertad, se muestra en que no podemos renunciar dignamente a ninguna de las dos”.

Otro enfoque en el que hace hincapié la Conferencia Episcopal (2021) es que la ley no solo despenaliza la práctica de la eutanasia, sino que también la reconoce como una prestación sanitaria ordinaria, garantizada por el Sistema Nacional de Salud con carácter universal y gratuito. A pesar de esto, será registrada como muerte natural, lo que la institución eclesiástica consideró como acto de hipocresía e intento de ocultamiento, “como si de algo ilegal o inconfesable se tratase”, pero dejando de ser delito y propagando su práctica públicamente.

DISCUSIÓN EN TORNO A LA DIGNIDAD COMO RECURSO ARGUMENTATIVO DE LA SENTENCIA

Según lo explicado al momento de presentar el fallo bajo análisis, el Tribunal Constitucional de España es un órgano colegiado e integrado por doce miembros, cuya función se limita a la de analizar normas desde un sentido general, para resolver si son congruentes con la Constitución. Entre los funcionarios intervinientes que constituyen el voto mayoritario en la sentencia sobre eutanasia se diferencian primeramente nueve de ellos, quienes emitieron un voto en conjunto, del voto concurrente formulado por la magistrada María Luisa Callejón. En cuanto a los votos restantes, estos corresponden a los doctores Enrique A. Alcubilla y Concepción Espejel Jorquera, quienes formularon disidencias a la resolución del Tribunal.

En este apartado se buscará contrastar ambas posturas opuestas, partiendo de sus respectivos argumentos fundados en el principio de la dignidad humana.

a) Argumento de la mayoría

El voto mayoritario resolvió la desestimación del recurso de inconstitucionalidad, presentado por un bloque de diputados, contra la Ley Orgánica 3/2021 en su conjunto y subsidiariamente contra trece preceptos contenidos en ella; reconociéndose así la autodeterminación de la propia muerte en contextos eutanásicos como un derecho fundamental. Esta resolución fue adoptada por los doctores Cándido Conde-Pumpido Tourón, Inmaculada Montalbán Huertas, Ricardo Emíquez Sancho, Ramón Sáez Valcárcel, María Luisa Segoviano Astaburuaga, César Tolosa Tribiño, Juan Carlos Campo Moreno, Laura Díez Bueso. Por su parte, María Luisa Balaguer Callejón optó por diferenciarse de la argumentación presentada por sus pares, pero formuló la propia en un mismo sentido.

El pronunciamiento a favor de la constitucionalidad de la ley emitido por el voto de la mayoría funda sus bases en la idea de que la autonomía y el consentimiento informado del paciente han propiciado una ampliación de los contenidos del derecho fundamental a la integridad física y moral, el libre desarrollo de la personalidad y el principio de dignidad humana. A su vez, esta argumentación utiliza como sustento normativo a la evolución cultural, moral y jurídica que se ha producido en las últimas décadas en la sociedad española y en las de su entorno. Se trata de una evolución que ha afectado a los valores asociados a la persona, a su existencia y a su capacidad de decidir en libertad sobre su vida, sobre su salud y sobre el final de su existencia. Así, esta legislación garantiza un espacio de mayor libertad de decisión de la persona en el proceso de conclusión de su vida (Tribunal Constitucional de España, 2023, p. 48).

Para reflejar esta suerte de evolución, primeramente se toma en cuenta la modificación del Código Penal efectuada en el año 1995,

la cual atenúa notoriamente el presupuesto fáctico de la cooperación o ejecución de la eutanasia activa directa. Mientras que, a su vez, se despenalizaron otras conductas, como la interrupción de tratamientos destinados a mantener la vida y la aplicación de tratamientos paliativos que aceleraban el proceso de la muerte. En este sentido, la sentencia también cita a la Ley 41/2002, en conjunto con el Convenio de Oviedo de 1997, ratificado por España en 1999. Ambos instrumentos normativos reconocen como nuevos derechos la facultad del paciente de decidir libremente, después de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles y negarse a recibir tratamiento, independientemente de que ponga en riesgo su integridad, su salud, o incluso su vida. Se adecua así con las interpretaciones doctrinarias del art. 15 de la Constitución Española (CE), donde se ampara el derecho fundamental a la integridad, y se lo caracteriza como un derecho de autodeterminación que tiene por objeto el propio sustrato corporal (Sentencia del Tribunal Constitucional [STC] 154/2002, de 18 de julio, Fundamento Jurídico [FJ] 9). Por otro lado, como medio de fundamentación se alude a la múltiple jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), tomándose como doctrina del órgano internacional cuatro puntos principales:

- a) El derecho a la vida no incluye el derecho a morir.
- b) El derecho al respeto de la vida privada comprende el derecho a decidir cómo y cuándo poner fin a la propia vida, siempre que la persona sea capaz de decidir libremente sobre esta cuestión y actuar en consecuencia.
- c) El derecho al respeto de la vida privada no es absoluto y debe sopesarse con los intereses concurrentes, en especial con las obligaciones positivas de protección del Estado derivadas del derecho a la vida,

que exigen la tutela de las personas vulnerables frente a acciones que puedan poner en peligro su vida.

d) Los Estados disponen de un amplio margen de apreciación sobre la manera de lograr el equilibrio entre derechos.

Finalmente, se invocan diversos artículos de la Constitución Española para concluir la fundamentación normativa de esta postura, tal y como lo es la dignidad humana (art. 10 CE), el valor superior de la libertad (art. 1.1 CE), la libertad ideológica y de conciencia (art. 16 CE) o el derecho a la intimidad (art. 18.1 CE).

Sobre la base de las distintas fuentes del derecho español consultadas, el Tribunal Constitucional opta por cambiar su doctrina sobre la absolutización del derecho a la vida, basándose en la incidencia de la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad, principios que la doctrina de este órgano contempla como “la base de nuestro sistema de derechos fundamentales” (2005). El Tribunal cae en cuenta de la observación de Peter Singer sobre el inevitable conflicto de derechos que crearía la implementación de la eutanasia voluntaria y su concepción como derecho. De este modo, al relativizar y regular el derecho a la vida, se comprende que el voto mayoritario ponderó la autonomía condicionada y la libertad viciada del paciente, por sobre el derecho fundamental a la vida. Esta elección es defendida, reconceptualizando el valor de la dignidad, la integridad y el libre desarrollo de la personalidad. Es a partir de su múltiple jurisprudencia que el Tribunal comprende a la dignidad como “un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás” (1985). Mientras que el libre desarrollo de la personalidad es interpretado

como la protección de “la configuración autónoma del propio plan de vida” (2010). En congruencia con lo expuesto, se plantea también que la facultad de autodeterminación consciente y responsable de la propia vida cristaliza principalmente en el derecho fundamental a la integridad física y moral (art. 15 CE). Este derecho protege la esencia de la persona como sujeto con capacidad de decisión libre y voluntaria, resultando vulnerado cuando se mediatiza o instrumentaliza al individuo, olvidando que toda persona es un fin en sí mismo. En suma, el voto de la mayoría considera que, al abordarse el alcance de los deberes de protección del Estado sobre el derecho a la vida, debe interpretarse en conjunto con todos los otros preceptos constitucionales señalados, ya que inciden en la vida misma del individuo. Luego de todo lo expuesto, este apartado ratifica la legitimidad del Estado de restringir el derecho a la vida, cuando este implique una violación a otros principios constitucionales.

Seguidamente, la Corte comprende que la dignidad está reconocida a todas las personas con carácter general, pero cuando el intérprete constitucional trata de concretar su contenido no puede ignorar el hecho obvio de la especificidad de las situaciones trágicas de sufrimiento personal extremo, provocadas por enfermedades graves incurables o profundamente incapacitantes. Asimismo, el argumento de la mayoría considera que la dignidad humana en su sentido ontológico se ve afectada con la concurrencia de una situación de sufrimiento personal extremo por causas médicas irreversibles y objetivamente contrastables, calificada por el legislador como “contexto eutanásico”. En este marco, frente al reclamo de los recurrentes sobre la violación de los artículos 43, 49 y 50 de la Constitución Española, que parten del principio de dignidad y contemplan el deber del Estado de lle-

var a cabo políticas públicas para garantizar el derecho a la salud y la protección de las personas más vulnerables, el Tribunal lo desestima considerándolo improcedente. El órgano se pronuncia en este sentido justificando que “el legislador ha introducido la prestación de ayuda para morir ante lo que bien puede llamarse el fracaso —al cabo ineluctable— de la ciencia médica en sanar al enfermo o aliviar su sufrimiento”. Este argumento reconoce la constitucionalidad de la práctica de la eutanasia por la mera imposibilidad fáctica de la disciplina médica de sanar al enfermo o aliviar su sufrimiento. Quizás incluso lejos de garantizar una muerte digna, el Tribunal pareciera pretender que los profesionales de la salud alarguen la vida de la persona en situación terminal de modo exagerado, configurando un modo de distanasia. Bajo nuestra interpretación, fundamentar la legitimidad de la eutanasia en razón de que existen enfermedades graves e incurables, y que ello podría vulnerar la dignidad del paciente en el tramo final de su vida, es un contrasentido. Interpretamos que seguir esa consideración sería encontrarlos inexorablemente en una disyuntiva en la que se vislumbra una inevitable elección entre dos alternativas desfavorables para el paciente durante la terminación de su vida, desamparando totalmente la dignidad de la persona humana. Lejos de comprender lo plasmado, los magistrados que consolidan este voto mantienen como hipótesis que asistir a una persona en el tramo final de su vida sin que sufra y sin alargar su vida exageradamente, es decir, garantizar la muerte digna, constituye “un final indigno y doloroso de la vida”. Por el contrario, adjudican como derecho fundamental a la autodeterminación de la propia muerte en contextos eutanásicos. Aparentemente el Tribunal remite su postura a la visión utilitarista que profesa Singer so-

bre la dignidad de la persona humana, considerando que aquel que cuente con dolor o padecimiento producto de una enfermedad grave e incurable por la ciencia médica, deberá tener en consideración la posibilidad de ponerle fin a su vida, dado que ya dejó de tener la dignidad que santo Tomás, por el contrario, cree que le corresponde a toda persona por el mero hecho de ser.

En adición a lo ya expuesto, los recurrentes manifestaron que la Ley solamente podría ser constitucional si previamente se le hubiese garantizado al paciente el acceso a los cuidados paliativos que precisase, ya que podría en algunos casos llegar a atenuar total o parcialmente sufrimientos que solo si llegaran a ser percibidos como constantes e intolerables permitirían abrir paso, junto con otras condiciones, a aquella prestación. La sentencia descarta esta oposición, primeramente, porque considera que los cuidados paliativos no constituyen una alternativa en todas las situaciones de sufrimiento en las que opera el nuevo derecho de autodeterminación de la muerte eutanásica. Se reafirma nuevamente que la Ley cuenta con sustento constitucional dado que remite no solo a la libertad, sino también a la dignidad de la persona. Por ende, para el Tribunal las alegaciones de los recurrentes constituyen una restricción injustificada del emergente derecho de autodeterminación, resultando incompatible con el respeto a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad.

Finalmente, el Tribunal Constitucional finaliza considerando que no procederá el control judicial previo porque no remite a una exigencia constitucional, y porque someter un derecho personalísimo a la necesaria autorización de un juez o al ejercicio de un derecho de opinión o de veto de familiares o amigos sería contrario a la libertad y dignidad del sujeto. Dicha consideración, que vagamente busca evi-

tar el subjetivismo ético social advertido por Finnis, contradice en sí misma la estructura de este argumento. Si acaso se intenta proteger este nuevo derecho de la acepción que los jueces o allegados al paciente pudieran tener en contra de él, ¿cuál es el motivo por el cual los legisladores, o incluso el mismo equipo médico, puedan definir cuándo ponerle fin a la vida del paciente? Al margen del subjetivismo social expuesto, se busca absolutizar la libertad del paciente, a tal punto que incluso cuando su voluntad se ve condicionada por la situación extrema que padece, se priorizan sus valores morales para decidir si desea acelerar su muerte, consolidándose así un subjetivismo ético individual viciado por las mismas condiciones que lo ofrecen.

En cuanto al voto concurrente de la doctora Balaguer Callejón, se reflejan diferencias en relación con la argumentación de la mayoría, pero mantiene el mismo sentido, por lo que cabe integrarlo en este apartado. La magistrada comienza reflexionando sobre la progresiva reducción del poder estatal, presente en las últimas décadas, ejercido a la ciudadanía en diversas formas de control sobre el cuerpo. Es así como esta tendencia comenzó despenalizando distintas formas de anticoncepción, al igual que la interrupción voluntaria del embarazo, para llegar a la despenalización de conductas relacionadas con el proceso de finalización de la vida, primero con la regulación de los cuidados paliativos y actualmente con la despenalización de la eutanasia activa directa. La doctora Balaguer Callejón considera que esta pérdida de poder estatal se justifica con el reconocimiento de la dignidad humana, “que sobrepone la capacidad de determinación individual sobre la propia vida a la facultad del Estado para ejercer control sobre concretas opciones vitales”. En esta línea argumental, la magistrada discrepa

del uso que el voto de la mayoría le asigna a la dignidad. Considera que fue utilizado de manera meramente instrumental en la sentencia, sin ahondar en el contenido de este principio, lo que implica bajo su punto de vista un error de argumentación, ya que podría suponer tanto un sustento para negar la intervención del Estado en la decisión de poner fin a la vida propia como para sostener la necesaria intervención del Estado en la materialización de esa decisión. Es así como la doctora sugiere interpretar la noción de dignidad como “un principio jurídico autónomo vinculado a la necesidad de hacer inteligible a la persona humana, siempre y en todo caso, frente a quienes detentan el poder”. Con el fin de que el sustento para defender su postura tenga mayor rigidez al momento de invocar el principio de dignidad reconocido expresamente en el artículo 10.1 de la Constitución Española, la magistrada continúa su voto comprendiendo que la noción de dignidad vinculada con la adopción de decisiones autónomas por parte de la persona humana no tiene como objeto únicamente limitar el control del Estado sobre el individuo, sino que también busca reconocer que existen obligaciones de hacer por parte del Estado para asegurar el pleno ejercicio de la autonomía individual, como lo es la prestación de ayuda para morir. Fundamento este también utilizado por Singer para legitimar el empleo de la eutanasia voluntaria. Es con base en todo lo expuesto, que la magistrada Balaguer Callejón considera de carácter constitucional el contenido de la Ley Orgánica 3/2021, partiendo del supuesto de que la eutanasia es un modo de garantizar la muerte digna de la persona humana debiendo ser por ello “reconocida como una nueva faceta del derecho a la vida como elemento indisoluble de la dignidad humana” (Tribunal Constitucional de España, 2023, p. 141).

b) Argumento de la minoría

En relación con los votos en disidencia, estos son integrados por los doctores Enrique A. Alcubilla y Concepción Espejel Jorquera, quienes aportan distintas visiones acerca de la importancia de proteger y garantizar la dignidad, la libertad y la vida, derechos de los que goza todo el pueblo español. Estos principios encuentran sustento en la Constitución Española, siendo reconocidos en los artículos 10, 15 y 17. Es precisamente por la incongruencia que presenta la ley con relación a la carta magna que ambos magistrados votaron en este sentido. Yendo en contra, también, de los instrumentos internacionales de derechos humanos firmados por España (art 3; 30 Declaración Universal de los Derechos Humanos [DUDHNU]; art. 2; 17; 18 Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales [CPDHLF]). En esta línea argumental se lo considera al Tribunal Constitucional como incompetente para decretar nuevos derechos fundamentales por medio de la resolución de un recurso, ya que excede sus funciones y ello requeriría una reforma constitucional.

La argumentación presentada por el jurista Alcubilla parte de la incompetencia en la facultad de este órgano de reconocer nuevos derechos fundamentales, como lo es la autodeterminación de la propia muerte en situaciones eutanásicas, resultante del derecho a la libertad (1.1 CE), la integridad física y moral (art. 15 CE), manifestándose por medio de los principios de la dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad (art. 10.1 CE) en contraposición con el derecho fundamental a la vida. Más allá de las competencias del Tribunal, este voto hace énfasis en que “ninguno de los textos internacionales de derechos humanos reconoce un derecho a disponer de la propia vida” (Tribunal Constitucional de España, 2023, p. 151), y que previo

a la sanción de la Ley Orgánica 3/2021 precedía por sobre todo el derecho del sujeto a vivir con dignidad el proceso de morir, hipótesis que parece alejarse de la resolución del Tribunal.

Por su parte, la doctora Espejel Jorquera aborda su argumentación en disidencia con lo resuelto por el voto de la mayoría, a partir de que, bajo su consideración, el incipiente derecho a la autodeterminación de la propia muerte infringe los distintos instrumentos internacionales en materia de derechos humanos. En este sentido, la magistrada observa cómo la argumentación del voto mayoritario omite cualquier referencia al derecho comparado o a las resoluciones de otros Tribunales Constitucionales. La pluralidad de los Estados que conforman el Consejo de Europa no cuentan con regulación legal para ejercer la eutanasia, pero sí constan de jurisprudencia en contra de esta práctica. A su vez, durante la fundamentación del voto, se advierte la notoria parcialidad con la cual el pleno del Tribunal interpreta las sentencias que cita, llegando incluso a tergiversar su *holding*. Más allá de lo ya expuesto, la magistrada Espejel Jorquera discrepa de la resolución frente a las alegaciones de los recurrentes relativas a garantizar la disponibilidad efectiva de los cuidados paliativos en primera instancia, con el objeto de minimizar la práctica de la eutanasia; oposición que fue vigorosamente rechazada por el Tribunal, considerando que iría en contra de los principios de dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad, que conforme con la interpretación del Tribunal, son fundamentos esenciales de la Ley Orgánica 3/2021. Por ende, de acuerdo con la sentencia, las alegaciones de los recurrentes constituyen una restricción injustificada del emergente derecho de autodeterminación. En primer lugar, la magistrada contempla la inconsistencia lógica de este nuevo derecho, partiendo de que el paciente en su situación extrema puede no

estar en condiciones óptimas para ejercer su autonomía individual. Pese a lo cual, si se ofrece la eutanasia como única salida a la situación de sufrimiento y dolor que afronta el paciente, inevitablemente su voluntad estará condicionada. Por otra parte, al reconocerse que existen vías alternas de liberar del sufrimiento a la persona, desaparece la muerte como única opción, lo que excluye el principio de necesidad en el juicio de proporcionalidad. Al realizar este análisis, hay que tomar en consideración el factor económico como gran determinante en la decisión del paciente. En este sentido, siendo que los cuidados paliativos, como medio para mitigar el dolor, cuentan con un costo mayor que el suicidio asistido, se vería afectada la voluntad de la persona. Al margen del evidente condicionamiento que sufre el paciente, la magistrada sigue la interpretación de la Conferencia Episcopal: el valor de la vida es irrenunciable dignamente, porque tiene origen y destino en Dios.

Frente a esta reflexión, la doctora Espejel Jorquera se cuestiona por qué, si la resolución considera como derecho fundamental a la autodeterminación de la propia muerte en contextos eutanásicos, no se les da igual jerarquía a los cuidados paliativos; siendo que son un medio efectivo para atenuar el sufrimiento del paciente, ni siquiera se busca darles una efectiva disponibilidad. A modo de conclusión de este razonamiento, la magistrada invita a pensar si realmente son las alegaciones de los recurrentes relativas a facilitar el acceso a los cuidados paliativos como primera alternativa lo que constituye, según se expresa en la resolución, una restricción injustificada tanto de la libertad como de la dignidad de la persona; o bien lo es el emergente derecho a la autodeterminación de la propia muerte en contextos eutanásicos, resultando incompatible con el respeto a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad.

CONCLUSIONES

A lo largo de este trabajo se han examinado las posturas divergentes acerca de la absolutización de la vida, el valor de la dignidad, la simbolización de la personalidad humana y la implementación de la eutanasia. En este sentido, se presentan las siguientes conclusiones:

Dentro de los autores referenciados en este trabajo, quizás una de las posturas más disruptivas y radicales acerca de los contenidos tratados pertenece a Peter Singer. No obstante, consideramos que su posición se contradice con su propio fundamento. Por un lado, defiende la eutanasia voluntaria con base en la capacidad de la persona de disponer sobre su propio derecho a la vida, partiendo del ejercicio de la autonomía y la libre decisión del paciente. Pero, por otro lado, ratifica la implementación de la eutanasia no voluntaria, cuando en estas condiciones la persona carece de esta facultad. Llamativamente, a pesar de desarrollar una posición opuesta, John Finnis coincide con una de las reflexiones de Singer: de existir un derecho a elegir acelerar la muerte, este indudablemente colisionará con el derecho a la vida. La diferencia doctrinaria parte de cómo los autores interpretan el alcance del derecho a la vida. Mientras que Singer, desde una visión incompleta relativiza el derecho a la vida, dando lugar a que otros derechos puedan oponerle y que el Estado tenga capacidad de regularlo; Finnis acertadamente plantea el valor absoluto del derecho a la vida, apoyándose en la idea de que la vida humana no puede depender de la determinación de la ciencia médica ni del mundo del derecho. De lo contrario existiría el riesgo de constituir un subjetivismo ético social, en donde la verdad y los valores morales serán determinados por la mayoría de la sociedad, poniendo en peligro nuestro bien

más importante, la vida. Adhieren a esta visión, tanto los legisladores recurrentes como los magistrados Alcubilla y Espejel Jorquera. Los accionantes defienden que el derecho a la vida goza de carácter absoluto, y que por ende el Estado tiene el deber de limitarse a proteger la vida, incluso contra la voluntad de su titular, ya que este derecho no incluye un derecho a la propia muerte. En sintonía, los magistrados que formularon su voto en sentido disidente expusieron que la dignidad no se pierde en contextos eutanásicos, sino que, por el contrario, garantizar esta práctica resultaría incompatible con el respeto a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad. En conformidad con lo expuesto, la visión de la Conferencia Episcopal Española se pronuncia a favor de la indisponibilidad del derecho a la vida, ofreciendo a la muerte digna como opción. Tal como desarrolló Finnis, esta institución de la Iglesia católica considera que ni los legisladores, los jueces o incluso el equipo médico deberían poder determinar cuándo el pronóstico de vida del paciente es limitado y procedería su eventual muerte asistida. Tampoco debería recaer esta decisión sobre el mismo individuo, siendo que su posición se encuentra condicionada por efecto de la enfermedad que transita, limitando así su verdadera voluntad. De acuerdo con el voto de la doctora Espejel Jorquera, nos preguntamos: ¿realmente podría fundarse el nuevo derecho a la autodeterminación de la propia muerte en el precepto constitucional de la libertad de la persona, cuando esta se encuentra en estado de vulnerabilidad? Nuestra respuesta es negativa. El acto voluntario se integra por los elementos de discernimiento, intención y libertad y, a falta de uno de ellos, el acto carece de esta valoración. Siendo que la persona en el tramo final de su vida se encuentra condicionada por el factor económico, social-familiar,

y el mismo dolor o sufrimiento propio de la enfermedad que padece, inevitablemente se verá afectada su voluntad. Sobre todo, si se trata de decisiones de tal magnitud como lo es la elección de acelerar su propia muerte y renunciar al derecho a la vida. De modo que es cuestionable si la eutanasia, en cualquiera de sus acepciones, cuenta con la voluntad real de la persona humana.

La postura en contra de la eutanasia plantea que la única forma de garantizar la terminación de la vida terrenal en sintonía con el principio de dignidad, en su sentido ontológico, es mediante la muerte digna de la persona humana, es decir, asistiendo al paciente en el tramo final de su vida, ofreciéndole los medios ordinarios para que no sufra ni se prolongue su vida exageradamente. Por el contrario, la visión que adhiere con la eutanasia, equívocamente sugiere crear un derecho a elegir acelerar la muerte, llevándose puesta así todas las fuentes del derecho; ya que infringe los instrumentos internacionales, la jurisprudencia y la doctrina defensora del valor absoluto del derecho a la vida, la dignidad en su sentido ontológico y la libertad. A su vez, crea un conflicto de derechos que busca ser remediado al interpretar como parte del derecho a la vida el derecho a la autodeterminación de la propia muerte. Esta contradicción, que asemeja a una paradoja como recurso literario, supone reconocer la existencia de un derecho, auto-proclamado fundamental, que se contraponga con los propios derechos personalísimos reconocidos en todos los instrumentos internacionales. La situación se agrava aún más cuando se advierte que este conflicto de derechos ni siquiera debe rebajarse a los casos concretos para evaluar sus respectivas condiciones, sino que genera una divergencia de puro derecho. Más allá de la incongruencia lógica y jurídica que supone este análisis, es grave considerar

a la eutanasia como un derecho fundamental, conceptualizándola como garantía de la dignidad funcional y la autonomía de la voluntad, existiendo otros medios que realmente las propician sin atentar contra derechos personalismos, entre ellos se destacan los cuidados paliativos. Curiosamente, la resolución del Tribunal considera que facilitar el acceso a los cuidados paliativos como primera alternativa constituye una restricción injustificada tanto de la libertad como de la dignidad de la persona que desea acelerar su muerte.

En suma, la eutanasia restringe desmedidamente derechos y garantías constitucionales, habiendo otras medidas legales alternativas, como lo es la muerte digna en congruencia con los cuidados paliativos, que respetan y satisfacen la terminación de la vida conforme a la dignidad de la persona humana, sin infringir con otros derechos. Precede así, de forma incondicional, el principio de la muerte digna sobre el emergente derecho a la autodeterminación de la propia muerte en contextos eutanásicos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Banti, E. N. (2022). ¿Es el hombre? La respuesta antropológica de Peter Singer. *Vida y Ética*, 23(1), 35-56. <https://revistas.uca.edu.ar/index.php/VyE/article/view/4187>
- Código Civil de España. Art. 30.
- Conferencia Episcopal Española. (2021). *Eutanasia: no hay enfermos incurables*. <https://www.conferenciaepiscopal.es/interesa/eutanasia/>
- Constitución Española. Art. 10, inc. 1.
- Finnis, J. M. (2012). Coexisting Normative Orders? Yes, but No. *American Journal of Jurisprudence*, 57(1), 111-117. https://works.bepress.com/john_finnis/71/
- (1998). Euthanasia, Morality, and Law. *Loyola of Los Angeles Law Review*, 31(4), 1123-1146. https://works.bepress.com/john_finnis/2/
- Fuentes, M. A. (2006). *Principios fundamentales de la bioética*. Textos de Estudio.
- Sagrada Congregación para la Doctrina de la Fe (1980). *Declaración lura et bona sobre la eutanasia*.
- Keown, J. (1995). Euthanasia in the Netherlands: Sliding down the Slippery Slope. *Notre Dame J.L. Ethics & Pub. Policy*, 9(2), 407-448. <https://scholarship.law.nd.edu/ndjlepp/vol9/iss2/3/>
- Lafferriere, J. N. (2 de abril de 2023). España: el Tribunal Constitucional avala la constitucionalidad de la ley de Eutanasia. *Centro de Bioética, Persona y Familia*. <https://centrodebioetica.org/espana-el-tribunal-constitucional-avala-la-constitucionalidad-de-la-ley-de-eutanasia/>
- Ley Orgánica 3/2021. Regulación de la eutanasia. 24 de marzo de 2021. BOE N.º 72 (España).
- Martínez Zepeda, J. P. (2012). La dignidad de la persona humana en santo Tomás de Aquino. Una lectura moral acerca de la ansiedad. *Intus-Legere Filosofía*, 6(1), 141-158.
- Singer, P. (1993). Quitar la vida: los seres humanos, en *Ética práctica* (pp. 137-169). Cambridge University Press.
- Tribunal Constitucional de España (2023). Recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Orgánica 3/2021, 22/03/2023. https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensa-Documentos/NP_2023_024/STC%20RI%204057-21%20Y%20VOTOS.pdf
- (2010). Cuestión de inconstitucionalidad 8821-2005, 29/10/2010. <https://www.boe.es/boe/dias/2010/10/29/pdfs/BOE-A-2010-16548.pdf>
- (2005). Conflicto positivo de compe-

tencia 4215/1996, 18/08/2005. <https://www.boe.es/boe/dias/2005/08/18/pdfs/T00103-00114.pdf>

——— (1985). Recurso previo de inconstitucionalidad número 800/1983, 18/05/1985. <https://www.boe.es/boe/dias/1985/05/18/pdfs/T00010-00025.pdf>

Tudela, J. y Guillem-Tatay, D. (23 de marzo de 2023). *La polémica postura de Peter Singer sobre el va-*

lor de la vida humana, reconocida con un premio. Observatorio de Bioética UCV. <https://www.observatoriobioetica.org/2023/03/la-polemica-postura-de-peter-singer-sobre-el-valor-de-la-vida-humana-reconocida-con-un-premio/41515#:~:text=Singer%20otorga%20m%C3%A1s%20dignidad%20y,y%20a%20la%20capacidad%20de%20sentir.>

Juan Francisco Ruggieri

Perfil académico y profesional: Estudiante avanzado de abogacía en la Universidad Católica Argentina (UCA). Integrante del proyecto IUS “El derecho argentino ante la vulnerabilidad del paciente terminal”, desarrollado en la Facultad de Derecho de la UCA.

Juanruggieri15@gmail.com

Identificador ORCID: 0009-0001-2904-1709

Jurisprudencia y Doctrina



El derecho a adoptar de las familias de acogida

The right to adopt for foster families

Martín Ignacio Cimino¹

Resumen

El presente análisis del fallo “C. A. M s/ Medidas precautorias - Familia” expte. 86054/2017 de la Sala E de la Cámara Nacional Civil (07.6.2021) es una propuesta para pensar si es posible anteponer las exigencias legales de forma —como la inscripción previa ante el Registro de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos— por sobre la realidad afectiva de un niño. Concretamente, en el caso de estudio se defiende la posibilidad de que una familia de acogida pueda acceder a una adopción de aquel que tiene en tránsito a su cuidado cuando, por el excesivo paso del tiempo, se ha formado un vínculo evidente que los consolida como familia. No puede anteponerse la letra de una ley nacional a principios convencionales y naturales, como es el interés superior del niño y el derecho de todo ser humano a que el Estado respete y proteja a su familia. Unidad social, la familia, que nace de una realidad afectiva y preexiste a su reconocimiento legal. Ya ha afirmado la Suprema Corte de Buenos Aires que “(...) si el niño se instrumentaliza para preservar una supuesta intangibilidad del orden que fija el Registro, se invierten los valores, consagrándose el interés superior del Registro, no del niño”.

Palabras claves: adopción - familias de acogida - familias de tránsito - familias solidarias

Abstract

This analysis of the judgement “C. A. M s/ Precautionary measures - Family” file 86054/2017 of the Chamber E of the Civil National Court (June 7, 2021) proposes to consider whether it is possible to prioritize legal formal requirements — such as the prior registration in the Registry of Applicants for Guardianship with Purposes of Adoption — over over the emotional reality of a child. Specifically, in the case under study, the possibility for a foster family being able to adopt the child in their temporary care is defended when, due to the excessive passage of time, a clear bond has been formed that consolidates them as a family. The letter of a national law cannot be prioritized over conventional and natural principles, such as such as the best interest of the child and the right of every human being for the State to respect and protect his or her family. This is a social unit, the family, which originates from an emotional reality and precedes its legal recognition. The Supreme Court of Buenos Aires has already stated that “(...) if the child is instrumentalized to preserve a supposed intangibility of the order established by the Registry, the values are inverted, consecrating the superior interest of the Registry, not of the child”.

Keywords: adoption - foster families - transit families - supportive families

Derecho/ Jurisprudencia y doctrina

Citar: Cimino, M. I. (2024). El derecho a adoptar de las familias de acogida. *Omnia. Derecho y sociedad*, 7 (2), pp. 55-66.

¹ Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires.

INTRODUCCIÓN

La protagonista de toda esta historia, la niña AMC, nace el día 30 de octubre de 2017. Tres años, siete meses y ocho días antes del fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Ciudad de Buenos Aires que será objeto del presente análisis².

Surge del propio resolutorio de la Alzada y de la instancia inferior que, ocurridos apenas 23 días de nacida, nuestra protagonista ingresó al Hospital General de Agudos J. M. Ramos Mejía de Bella Vista, en la provincia de Buenos Aires. Se encontraba con bajo peso y un retraso de crecimiento, lo que fue advertido por los profesionales y derivó en la intervención del Consejo de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes. Como resultado, se dispuso una medida excepcional de protección el día 23 de noviembre de 2017. Por dicho procedimiento AMC es separada de su madre biológica y queda internada en el Servicio de Neonatología del hospital; comienza un proceso judicial que legaliza y prorroga, luego, dicha medida.

El citado Consejo solicitó la colaboración de la fundación "F. A." de Bella Vista y ubicó a una familia de acogida a los fines de que la niña evitara la institucionalización y pudiera aguardar, en tránsito, a que se resolviera su situación judicial en la casa particular de los voluntarios.

Bajo esta figura es que el día 7 de diciembre de 2017, con tan solo 38 días de vida, AMC ingresó a la vivienda del matrimonio MPM y MAI, quienes la recibieron por ser parte del programa de familias de la fundación mencionada.

A partir de entonces el proceso en la justicia nacional avanzó con tiempos mucho más largos de los previstos en la norma. Recordemos que el Código Civil y Comercial de la Na-

ción (CCyC) establece en su artículo 607 inc. c, para dichas medidas excepcionales, un plazo máximo de 180 días. Ese tiempo se cumplió el día 22 de mayo de 2018. Sin embargo, fueran cuales fueran los motivos del retraso de la administración, la mencionada medida cesó el día 13 de noviembre de 2020 por resolución de la Cámara Nacional. Es decir, dos años y casi seis meses después del tiempo establecido, momento en el que dictó el estado de adoptabilidad de AMC al encontrarse agotadas todas las instancias y estrategias tendientes a regresar a la niña con su familia biológica.

Mientras tanto, la niña llevaba ya casi tres años al cuidado de la familia de acogida. Por ese motivo, el día 20 de noviembre de 2020 el matrimonio conformado por MPM y MAI inició ante el juzgado interviniente un incidente con pedido de medida cautelar solicitando la prohibición de innovar con relación a la situación judicial de la niña AMC.

Lo que desencadenó que el día 2 de diciembre de 2020, cuando restaban apenas 10 días para que se cumplieran los tres años de acogida, AMC fuera retirada abruptamente de la vivienda del matrimonio y llevada a una nueva familia de tránsito, para que continuara esperando que la justicia seleccionara unos pretensos adoptantes del Registro Nacional de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos.

El día 24 de diciembre de 2020, después del despojo, la juez de primera instancia rechazó el pedido de restitución requerido por los guardadores y los instó a no interferir en la adopción de AMC. Esta resolución fue apelada por el matrimonio y confirmada por la Cámara, cinco meses después, el día 07 de junio de 2021³.

Ínterin al proceso en segunda instancia, el 19 de marzo de 2021, la juez de grado había

² Véase Cámara Nacional Civil, Sala E - "C. A. M s/ Medidas precautorias - Familia" expte. 86054/2017 - 7.6.2021.

³ Ídem.

ordenado cesar a los agraviados con la difusión por cualquier medio de prensa y comunicación de toda información que involucrara a la niña, siendo que para ese tiempo MPM y MAI ya habían hecho público su desesperado pedido.

En ese contexto la Alzada resolvió confirmar, en lo que fuera materia de agravios, la resolución dictada el día 24 de diciembre de 2020, en todo cuanto fue objeto de agravio. Para llegar a dicho decisorio hacen un estricto recuento de todas y cada una de las leyes aplicables al caso por las cuales —obviamente— una familia de acogida está claramente impedida por la norma para requerir la adopción de un niño a su cuidado bajo esta figura. La cuestión central del planteo de los agraviados es el pedido de inconstitucionalidad del art. 611 del CCyC:

Guarda de hecho. Prohibición. Queda prohibida expresamente la entrega directa en guarda de niños, niñas y adolescentes mediante escritura pública o acto administrativo, así como la entrega directa en guarda otorgada por cualquiera de los progenitores u otros familiares del niño. La transgresión de la prohibición habilita al juez a separar al niño transitoria o definitivamente de su pretense guardador, excepto que se compruebe judicialmente que la elección de los progenitores se funda en la existencia de un vínculo de parentesco, entre estos y el o los pretensos guardadores del niño. Ni la guarda de parental deben ser considerados a los fines de la adopción.

Cierto es que el caso de las familias de acogida podría asimilarse a una variante de la guarda judicial que, si bien no es estrictamente concedida por un juez, aquella es otorgada por el órgano del Poder Ejecutivo competente (en el caso de autos, el Consejo de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes) y luego todo

el procedimiento, incluida la guarda, es “legalizado” y supervisado por el Poder Judicial.

Recordamos que se ha dicho que el acogimiento familiar es aquella

... práctica que lleva a un sujeto niño, adolescente o adulto a convivir como miembro transitorio o definitivo de otra familia que no es en la cual nació. El grupo acogedor recibe a este miembro haciéndose responsable de su cuidado, sin mediar vinculación filiatoria. Esto quiere decir que, al ingresar a la familia que lo acoge, no adquiere el carácter legal de hijo. (Luna, 2005)

Sería justo decir que los camaristas debieron fallar cuando la niña ya fue separada de la familia de tránsito y mientras aquella ya se encontraba vinculándose con unos pretensos adoptantes que accedieron por el registro respectivo. No es un detalle dicha coyuntura de AMC, siendo que ya está en marcha un nuevo vínculo afectivo y hacer lugar al recurso implica un nuevo despojo.

Como ya se anticipó en el comienzo, la propuesta aquí es pensar si en el caso de autos se ha hecho la mayor justicia y, para definir aquello, habremos primero de entender bajo qué norte debe decidirse una cuestión como la del caso.

EL INTERÉS SUPERIOR DE AMC

Nos encontraremos entonces con el interés superior del niño. Este principio se ha calificado como piedra fundamental del derecho de los infantes (Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina [CSJN], 2008) y se encuentra previsto en el art. 3 de la Convención Sobre los Derechos del Niño, tratado incorporado a nuestro bloque constitucional por el art. 75 inc. 22 de la Constitución. Para nuestro ordenamiento se ha en-

tendido a aquel como “la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos” de los menores (Ley 26061, art. 3).

Al respecto, la Corte ha ayudado a interpretar dicha definición para su aplicación práctica en diferentes pronunciamientos, remarcando siempre que la consideración primordial del interés del niño viene tanto a orientar como a condicionar la decisión de los magistrados llamados al juzgamiento de casos que los involucran, proporcionando un parámetro objetivo que permite resolver las cuestiones en las que están comprendidos los menores, debiendo atenderse primordialmente a aquella solución que les resulte de mayor beneficio⁴. Y que,

... lejos de presentarse como un concepto abstracto y vacío de contenido, el principio de interés superior del niño constituye un vocablo que estará delineado y definido por la necesidad de satisfacción integral de los derechos fundamentales de aquel, dado que de lo que se trata es de alcanzar la máxima certidumbre respecto del modo como mejor se satisface ese interés. (CSJN, 2023)

Básicamente este principio obliga a los jueces a decidir lo mejor para el niño, aunque eso afecte derechos de otros; otros que no sean niños. Estos “otros” son todos: el Estado, sus progenitores o cualquier sujeto de derecho “no niño” que en su paso se cruce. Claro está, con los matices y limitaciones de cada caso.

Ante esto, la primera pregunta que nos surge es si los magistrados de las dos instancias del caso han decidido conforme a lo que era mejor para AMC o simplemente se han definido por aplicar la ley.

LA ADOPCIÓN COMO MEDIO DE FORMACIÓN DE UNA FAMILIA

El instituto Adopción, además, no escapa a lo ya dicho. Este lugar del derecho fue consagrado —en el paradigma actual— únicamente para satisfacer el interés de quien es adoptado. La adopción no es ni un consuelo para los que no tienen hijos, como antiguamente se conceptuaba, por cuanto está pensada en función de estos y no de quienes la pretenden, ni una mera ficción ya que el vínculo que establece se basa en una afectividad plena, que tiene un sólido anclaje en el “amor”, que es la esencia del concepto de familia y el elemento que nutre y vitaliza este básico agregado humano⁵.

Como vemos, ya se ha entendido que en el centro de toda cuestión está el niño y que la formación de una familia para ese niño debe construirse desde la afectividad (el amor) y no desde una ficción legal que le emplace una filiación con un desconocido. De ese razonamiento proviene la necesidad de una adaptación progresiva del niño con los pretensos adoptantes previa a la sentencia de adopción.

Ese período previo —la guarda con fines de adopción— es tanto una adaptación como un proceso de acercamiento en el que deberán nacer los lazos socioafectivos que sostendrán los vínculos filiales que se inscribirán posteriormente. Ningún juez debe dictar una sentencia de adopción entre un niño y unos adoptantes que no hayan —al tiempo del pronunciamiento— logrado crear un lazo afectivo en el proceso previo. Nadie puede negar el factor “amor” en la construcción de una familia, incluso de las que se construyen dentro del sistema judicial.

⁴ Véase CSJN Fallos: 342:459, voto del juez Maqueda y voto de la jueza Medina; y 341:1511 Disidencia del juez Maqueda.

⁵ Véase Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires (SCJBA), “E., A. G. y M. A. J. s/Solicitud de Adopción Plena” – 18.4.2018 - Runzal *Online*, RC J 2804/18.

Lleva aquello a retomar entonces lo dicho más arriba y a pensar si se ha valorado —en el caso de estudio— al amor como pieza fundamental por sobre cualquier disposición ritual que enmarque al sistema de adopción nacional.

Adoptar es el acto de amor de regalar una familia a quien no la tiene (Francisco, 2016). Y no solo en la adopción se ha hablado de “amor” (socioafectividad), la voluntad procreacional puede ser definida como el deseo de tener un hijo o hija sostenido por el amor filial que emerge de la construcción subjetiva de las personas (Gil Domínguez, 2014).

Podemos entender entonces que es el “amor” el elemento de fondo que cimenta a toda forma de familia. Por ello, no parece sensato oponer a la socioafectividad cuestiones de forma. Incluso más, para ponderar aquellas cuestiones de forma hay que tener presente que los vínculos entre los seres humanos no nacen de las inscripciones filiatorias de los registros de las personas, sino de la realidad afectiva entre estos. Una familia existe incluso aunque el registro respectivo no la tenga anotada como tal. Visto así, parece obvia la conclusión defendida. Si la familia preexiste al registro, la inscripción sirve únicamente para su publicidad y no para su constitución. Tanto, que en el caso puntual de la adopción el efecto de la sentencia es retroactivo a la fecha en que comienza la guarda, lo que refuerza que el vínculo filial no nace en la sentencia judicial, sin perjuicio de que no es reconocido por el ordenamiento sin ella (art. 618 CCyC).

Si ya existía ese “amor” que empujó al matrimonio del caso a solicitar que no lo desprendieran de AMC, ¿por qué no podría pensarse —en esta línea— que la niña ya había construido una “familia”? Una que no estaba reconocida, pero que tenía derecho a serlo. No es razonable entender al sistema de adopción como un mecanismo que permita destruir una familia

no formal anterior para construir otra posterior “procesalmente correcta”. No es el sentido de la adopción destruir familias para construir otras, sin importar las circunstancias burocráticas que rodean a estas. Más aún, no es el mayor y mejor interés de AMC despojarla de los afectos que ya formó para hacerle conocer afectos nuevos. Recordemos que el fallo simplemente explica que dichos nuevos afectos —a diferencia de los anteriores— sí cumplirán con los formalismos legales, siendo ello el motivo de tan crucial decisorio para AMC. Nada se dice sobre cómo ese requisito cumplido responde mejor al superior interés de la niña.

LA INSCRIPCIÓN PREVIA ANTE EL REGISTRO DE ASPIRANTES A GUARDAS CON FINES ADOPTIVOS

Marisa Herrera explica en su libro que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ya se ha expedido respecto al valor que entiende otorgar a tal recaudo legal, y así dijo que:

A los fines del otorgamiento de una guarda con fines de adopción, el requisito de la inscripción en el Registro Único de Aspirantes no puede constituirse en un requerimiento a tener en cuenta con rigor estrictamente ritual (...) debe ser interpretado y aplicado con arreglo al principio rector, a la piedra fundamental en que reposa la protección integral de los derechos del niño, cuál es el interés superior de este, que orienta y condiciona toda decisión de los tribunales de todas las instancias, incluyendo a la Corte Suprema. (Herrera, 2020)

Es decir, ha otorgado mayor valor a la idoneidad y aptitud evidenciadas a través de los lazos socioafectivos ya desarrollados entre los niños, niñas y adolescentes y sus guardadores,

por sobre las exigencias del requisito formal. Claras fueron las palabras del máximo tribunal de la provincia de Buenos Aires al respecto: “Si se instrumentaliza al niño para preservar una supuesta intangibilidad del orden que fija el Registro se invierten los valores y lo que en definitiva se consagra es el interés superior del Registro y no el de la criatura” (Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires [SCJBA], 2003). En el mismo sentido se ha repetido varias veces la Corte de nuestro país poniendo siempre la inscripción registral por debajo de la realidad afectiva del menor involucrado⁶.

Es justo admitir, sin embargo, que las redactoras del Código en el comentario del artículo 600 del CCyC (escrito por De la Torre), del Tratado de Derecho de Familia dirigido por Kemelmajer de Carlucci, Herrera y Lloveras, hacen una fuerte defensa del requisito de la inscripción previa ante el Registro, pero se concluye en dicha defensa con una definición que desnuda la grieta en dicha rigidez:

...la exigencia del registro tiene, entre otras finalidades, el poner a disposición de los jueces una herramienta de integración interdisciplinaria para llevar adelante tan compleja tarea de la mejor manera posible y a los fines de evitar conflictos de extrema gravedad, como son los casos de devoluciones. (De la Torre, 2019).

Si tan primordial es evitar esas “devoluciones” de “extrema gravedad”, ¿no es posible pensar en acceder a peticiones como la que aquí se ha rechazado? Cabe decir que esas frustraciones existen por adaptaciones deficientes que no alcanzan a formar un vínculo sólido. ¿Cuál podría ser la probabilidad de que devuelvan a AMC si ese vínculo ya existe al

momento de decidir y es tan sólido que empuja a desafiar el *status quo* legal? Cárdenas ya ha señalado que la adopción por los “hogares de tránsito” muy pocas veces terminan en una disrupción (devolución del adoptado) (Cárdenas, 2005).

LAS GUARDAS DE HECHO DE LAS FAMILIAS DE ACOGIDA

Sabido es que el artículo 611 en su versión final modificó la redacción original del Anteproyecto de Reforma que admitía como supuesto de excepción a la prohibición de guarda de hecho la existencia de una relación afectiva previa entre progenitores y guardadores, en modo coherente a la regulación del art. 7.º de la Ley 26061 y art. 7.º de su Decreto Reglamentario 415/2006. Esa excepción permitía contemplar las situaciones legítimas nacidas a la luz del principio de afectividad, en el marco de decisiones genuinas entre personas rodeadas de un vínculo que legitimaría las decisiones adoptadas, en escenarios de inexistencia de delitos, de vulneración de derechos o de manejos espurios. (Fernández, 2019)

Sin embargo, finalmente se ha decidido por no incluir a la socioafectividad, tan reivindicada aquí, entre las posibles guardas de hecho toleradas. Sobre la necesidad de volver a la redacción original ya se han oído varias voces. Tal fue el caso de la conclusión unánime de la Comisión 6 de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil.

Pero dicho supuesto no encaja con el de las familias de acogida, quienes voluntariamente participan desinteresadamente en

⁶ Véase 344:2901, 331:2047 voto de Argibay.

ONG o fundaciones para cumplir una tarea por demás altruista. Reciben a niños desamparados de forma lícita y en cumplimiento de la ley, siguiendo un estricto control desde el momento mismo de su inscripción.

Y, por supuesto, dichas familias acogen al niño a sabiendas que dicho cuidado será transitorio; pero ¿puede alguien culparlas por qué nazca amor de aquello? ¿Cuál es la responsabilidad del Estado en la formación de dicho afecto “ilícito” por demorar años en arribar a un pronunciamiento que la ley prevé en 180 días?

Claro está que el interés de dichos acogedores se encuentra subordinado al interés del menor. Pero dicha prelación no cancela su realidad, por lo que el juez debe ponderar también su necesidad ante un decisorio y solo callarlo si es contrario al del niño. Pero para el caso de que pueda satisfacerse el derecho de todos, ¿por qué no considerar una solución amplia? ¿No es la Justicia “la perpetua y constante voluntad dar a cada uno su propio derecho”⁷? De otro modo sería darle lo suyo solo a los preferidos por la ley.

No hay que olvidar aquí que la propia Convención sobre los Derechos del Niño protege derechos de los adultos vinculados al niño en su artículo 3 e incluye en esa consagración a “otras personas responsables de él ante la ley” (Convención sobre los Derechos del Niño [CDN], Ley 23849⁸), lo que puede interpretarse como abarcante de las familias de acogida.

¿Por qué una convención sobre los derechos de los niños protege a los adultos? Porque entiende que no es plena y eficaz la protección a los infantes si no se garantiza a los adultos de los que aquellos dependen el pleno acceso al ejercicio de sus derechos de

crianza. El Estado debe estar allí para que los adultos cumplan sus obligaciones con el infante, pero también para tutelar el goce de los derechos de aquellos sobre el niño, que no son más que la otra cara de los propios derechos del niño.

Por supuesto que, en caso de conflicto, será siempre el interés superior del niño el imperativo rector; pero si para un caso puede coincidir el derecho de aquellos con el de los demás involucrados, no puede el juez “mirar para otro lado”.

Siempre que no se vea disminuido el derecho del menor, el juez debe respetar también el derecho de los adultos. Y en ello se incluyen a los padres de acogida. Y, por supuesto, el superior interés de AMC es tener una familia que le garantice crecer con pleno goce de sus derechos. Lo que no surge de la explicación de los jueces es de qué modo eso se afecta al permitir que esa familia continúe siendo la de MPM y MAI.

LA IDEA EN EL CONTEXTO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

El mencionado artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño no es el único que aplica la tesis planteada. En el artículo 5 de dicho texto se establece:

Los Estados parte respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente

⁷ Domicio Ulpiano, jurisconsulto romano (170-228 d. C), expresa tal definición en el *Digestum*, 1. 1. tit. 1. 10; Santo Tomás la cita en la *S. Theol.*, II-II. q. 58. a. 3.

⁸ CDN, Ley 23849 - Incorporado a la Constitución Nacional por art. 75 inc. 22.

del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención. (Organización de las Naciones Unidas [ONU], 1989)

Vemos que incorpora la obligación de los Estados de respetar las responsabilidades, los derechos y los deberes de “la familia ampliada o de la comunidad según establezca la costumbre local, los tutores y otras personas encargadas legalmente del niño”, dando así una idea amplia de familia y permitiendo contemplar derechos de otros referentes del niño que no sean sus padres.

En la Observación General n.º14 de la ONU, en su punto 59, puede leerse:

La familia es la unidad fundamental de la sociedad y el medio natural para el crecimiento y el bienestar de sus miembros, en particular de los niños (preámbulo de la Convención). El derecho del niño a la vida familiar está protegido por la Convención (art. 16). El término “familia” debe interpretarse en un sentido amplio que incluya a los padres biológicos, adoptivos o de acogida o, en su caso, a los miembros de la familia ampliada o la comunidad, según establezca la costumbre local (art. 5). (ONU, 2013)

En su punto 60:

Prevenir la separación familiar y preservar la unidad familiar son elementos importantes del régimen de protección del niño, y se basan en el derecho recogido en el artículo 9, párrafo 1, que exige “que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando (...) tal separación es

necesaria en el interés superior del niño”. Asimismo, el niño que esté separado de uno o de ambos padres tiene derecho “a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño” (art. 9, párr. 3). Ello también se aplica a cualquier persona que tenga el derecho de custodia, los tutores legales o habituales, los padres adoptivos y las personas con las que el niño tenga una relación personal estrecha. (ONU, 2013)

Asimismo, en el Código Civil y Comercial de la Nación, en su art. 607, se sostiene que “[l]a declaración judicial de la situación de adoptabilidad no puede ser dictada si algún familiar o referente afectivo del niño, niña o adolescente ofrece asumir su guarda o tutela y tal pedido es considerado adecuado al interés de este”.

En la reglamentación de la Ley 26061, artículo 7 de la Ley 415/06: “(...) Podrá asimilarse al concepto de familia, a otros miembros de la comunidad que representen para la niña, niño o adolescente, vínculos significativos y afectivos en su historia personal como así también en su desarrollo, asistencia y protección (...)”.

Proyecto de ley:

Cuando el caso testigo de AMC estaba en segunda instancia a la espera de una resolución, el día 19 de marzo de 2021 los diputados Maximiliano Ferraro, Mariana Stilman, Juan Manuel López y Alicia Terada presentaron en la Cámara de Diputados el proyecto de ley 0832-D-2021 que introduce el art. 611 bis al CCyC:

Ningún niño, niña y/o adolescente podrá permanecer al cuidado de personas sin vínculo de parentesco por un plazo mayor a seis meses. Vencido ese plazo sin que se hubiere podido ejercer la revinculación del niño, niña y/o adolescente con su familia biológica o

demostrado el desinterés de los mismos por el niño, niña y/o adolescente, el juez competente deberá disponer un nuevo lugar de residencia transitorio distinto del anterior, salvo que mediante resolución fundada decidiera extender de manera excepcional, el plazo máximo previsto, basado en la existencia de un orden fundante en el ámbito donde se encuentre el menor y considerando que su posible traslado sería perjudicial para su evolución biopsicoespiritual, debiendo arbitrar las medidas necesarias para otorgarle al menor una familia definitiva en el lapso más breve posible. En caso que por cualquier circunstancia el niño, niña y/o adolescente permaneciere en forma pacífica e ininterrumpida más de veinticuatro meses al cuidado de las mismas personas y se hubiera conformado un vínculo familiar indisoluble cuya ruptura configure la vulneración de los derechos del niño, niña y/o adolescente, daño psicológico, afectación espiritual relevante, o interferencia a su proyecto de vida, el juez, previo oír la voz y opinión del menor, podrá otorgarle a esas personas la guarda con fines de adopción si estas la solicitaren, para lo cual el juez ordenará con plazo perentorio que el guardador se inscriba en el registro de adoptantes correspondiente. Cumplido este requisito el juez resolverá de conformidad con las prescripciones previstas en el art. 613. (Cámara de Diputados de la Nación, 2021)

Hasta el día de hoy dicho proyecto continúa sin tratamiento del pleno de la Cámara Baja.

ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES

A lo largo de la investigación que ha significado este trabajo nos hemos encontrado con varios fallos y decisorios judiciales que han

aceptado la posibilidad de una adopción por parte de personas no inscriptas en el registro, fundamentado en el vínculo afectivo previo que el niño formó con ellos, sin que preexistiera parentesco. Nos hemos propuesto mencionarlos sin explicarlos, simplemente a modo ilustrativo y a fin de graficar en este texto que esta postura no es una descabellada bandera sostenida en soledad:

1. L. G. M. s/Control de legalidad, Juzgado Nacional Civil en lo Civil N.º 8 (15.7.2016).
2. R. M. C. y D. J. S. s/Guarda con fines de Adopción, Juzgado de Familia y Penal de Menores de Villaguay, Entre Ríos (8.11.2016).
3. C., J. G. s/Control de legalidad, Juzgado Civil y Comercial, Conc., Fam., Inst., Menores y Faltas de Cura Brochero, Córdoba (27.3.2017).
4. Autoridad de Infancia Provincial s/Petición de medida excepcional, Juzgado de Familia N.º 2 de Río Gallegos, Santa Cruz (11.7.2017).
5. G. R. I. s/ adopción - acciones vinculadas, Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Dolores (6.7.2021).
6. B. E. M. s/Reservado s/Adopción s/Casa-ción, Corte Suprema de Justicia de la Nación (21.10.2021).
7. V.L.S.E. S/ Guarda con fines de adopción, Juzgado de Familia N.º 3 de San Isidro (26.4.22).

CONCLUSIONES

Nada de lo aquí escrito pretende desvirtuar la figura de la familia de acogida, útil y necesario recurso que está previsto para el único fin de evitar la institucionalización de los niños mientras están judicializados; solidaria tarea que debe ejercitarse con la vista clara en su carácter transitorio. No obstante, lo cierto es que las realidades humanas no son rígidas como la ley, y que es necesario que el juez matice ante el caso concreto.

Surge de los elementos traídos que el apartamiento —en casos excepcionales— del fin temporal de estas familias no significa una vulneración de los principios convencionales y constitucionales, ni mucho menos del derecho natural. Y que incluso más, dicha flexibilización del reglamento positivo puede significar la única solución que respete aquello.

AMC, nuestra protagonista, tenía apenas tres años cuando fue sacada de la única familia que conocía y tenía. Debe resultarnos difícil de aceptar, a esta altura del análisis, y no empatizar con la petición legítima de MPM y MAI.

Los jueces deberán pensar para el futuro qué pasa con aquellos niños que se encuentran sin filiación vigente (declarado su estado de adoptabilidad) y que no poseen ni conocen otra familia más que la que los acoge en tránsito. Familia con la que han creado un vínculo que han sostenido durante todo un traumático proceso judicial, en general por demás excedido en plazos, sin soltarlos nunca. Voluntarios que han demostrado aptitud para mantenerlos sanos y queridos durante todo ese período.

No se nos ocurre que exista otro fundamento más que anteponer —erróneamente— la ley positiva por sobre el derecho para justificar la separación de estos.

Quién puede pensar que el nido donde AMC ha concebido todos sus recuerdos hasta los tres años no es su familia, si dicho grupo se encuentra unido por el afecto.

No puede un juez limitarse a aplicar la ley y no analizar la realidad concreta del niño en cuestión. No es razonable oponer a la evidente realidad un formalismo legal por el cual se seleccionan postulantes ¿Quién puede objetar el amor?

Es perfectamente posible realizar todas las evaluaciones necesarias a la familia de acogida para que al momento de dictar sentencia de guarda con fines de adopción tenga por cum-

plido todos los requisitos que se exigen. No hay orden público afectado en alterar dicho ritual cuando el interés del niño está en juego. Es el deber de los magistrados en estos casos defender el interés del niño y no el de la ley positiva.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Cámara de Diputados de la Nación (2021). Proyecto de ley. Expediente 0832-D-2021, “Código Civil y Comercial de la Nación. Incorporación del artículo 611 bis, sobre Adopción”, (firmado por María Lucila Lehmann, Maximiliano Ferraro, Mariana Stilman, Juan Manuel López, Alicia Terada). Trámite Parlamentario N.º 16. Fecha de presentación: 19.3.2021.
- Cámara Nacional Civil, Sala E - “C, A. M. s/ Medidas precautorias - Familia” expte. 86054/2017 - 07.6.2021
- Cárdenas, E. J. (2005). *Hogares de Tránsito y Guarda para Adopción ¿Compartimentos comunicados o estancos?* Thomson Reuters-La Ley.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (CSJN) - G., M. G. s/Protección de persona”. 16.9.2008
- Fallos: 342:459, voto del juez Maqueda y voto de la jueza Medina; y 341:1511 Disidencia del juez Maqueda.
- “D., H. C. y otros” - 20.4.23
- De la Torre, N. (2019). Comentario al art. 600. En Kemelmajer de Carlucci, Aída, Herrera, Marena y Lloveras, Nora, *Tratado de Derecho de Familia* (Tomo III). Rubinzal-Culzoni. P. 181.
- Francisco (19 de marzo 2016). *Exhortación apostólica postsinodal Amoris laetitia*. Jubileo extraordinario de la Misericordia.
- Fernández, S. E. (2019). CCyC explicado. En Lorenzetti R. L *Derecho de Familia*, Tomo II. Rubinzal-Culzoni. P. 77.

- Gil Domínguez, A. (2014). *La voluntad procreacional como derecho y orden simbólico*. Editorial Ediar. P. 13.
- Herrera, M. (2020). *Código Civil y Comercial explicado*, Tomo II, Rubinzal-Culzoni. Pp. 39-40.
Ley 26.06, art. 3, 28.9.2005
- Luna, M. (2005). *Vínculos en la infancia. Nuevas contribuciones al acogimiento familiar*. Grupo Editorial Lumen-Humanitas p. 113
- Organización de las Naciones Unidas (1989). *Convención sobre los Derechos del Niño*.
<https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>
- (2013). Observación General n.º 14. Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires (SCJBA). “E., A. G. y M. A. J. s/Solicitud de Adopción Plena” - 18.4.2018 - Runzal *Online*, RC J 2804/18
- (2.4.2003). R., L. A. y D., A. C. *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2004III-75 y ss.

Martín Ignacio Cimino

Perfil académico y profesional: Abogado especialista en derecho de familia. Funcionario del Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires. Maestrando en la Maestría de Derecho Civil de la Universidad Austral.

martincimino@hotmail.com

Identificador ORCID: 0009-0001-6401-0270

**Sección especial: a treinta años de la reforma
constitucional argentina (1994-2024)**

Investigaciones



Derecho nacional y derecho internacional: cuatro siglos de convergencias y divergencias¹

National law and International law: four centuries of convergences and divergences

Gustavo Enrique Barbarán²

Resumen

Este trabajo analiza la interacción entre derecho y política internacionales desde el surgimiento de los Estados, sus interferencias y contradicciones. En esa percepción se considera la efectividad del “orden” de Westfalia, que acomodó la vida internacional en función del equilibrio de poderes, manifestado incluso en el sistema de Naciones Unidas. Siendo el Estado y el derecho internacional creación europea, se expondrá la necesidad de nuevas “reglas de juego” para superar aquel viejo esquema etnocéntrico con uno acorde a una fase geopolítica multipolar. Se centrará la atención en los principios de derecho internacional, la cuestión de su fragmentación y del *soft law*. Se abordará también el cambiante derrotero de la recepción del derecho internacional en el derecho interno argentino, y el papel que tuvo al respecto la Corte Suprema de Justicia de la Nación antes de la reforma de 1994. Por último, se presentarán algunas conclusiones provisorias.

Palabras claves: orden de Westfalia - Estado y derecho internacional - multipolaridad - principios de derecho internacional - sistema de Naciones Unidas - jerarquía normativa constitucional

Abstract

This work analyzes the interaction between international law and politics since the emergence of States, their interferences and contradictions. Under this perception, the effectiveness of the Westphalian “order” is considered, which accommodated international life according to the balance of powers, manifested even in the United Nations system. Since the State and international law are European creations, the need for new “rules of the game” will be presented to overcome that old ethnocentric scheme with one in line with a multipolar geopolitical phase. Attention will focus on the principles of international law, the issue of its fragmentation and softlaw. The changing course of the reception of international law in Argentine domestic law will also be addressed, and the role that the Supreme Court of Justice of the Nation had in this regard before the 1994 reform. Finally, some provisional conclusions will be presented.

Keywords: order of Westphalia - State and international law - multipolarity - principles of international law - United Nations System - constitutional hierarchy of norms

Derecho/ Ensayo científico

Citar: Barbarán, G. E. (2024). Derecho nacional y derecho internacional: cuatro siglos de convergencias y divergencias. *Omnia. Derecho y sociedad*, 7 (2), pp. 71-94.

¹ El presente trabajo es la versión actualizada de una disertación del autor titulada *¿Crisis del derecho internacional?*, efectuada el 13 de junio de 2014, en el marco del Seminario Interinstitutos ¿Internacionalización del Derecho Constitucional o constitucionalización del Derecho Internacional?, organizado por el Instituto de Derecho Internacional y el Instituto de Derecho Constitucional, ambos de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica de Salta.

² Profesor emérito de la Universidad Católica de Salta.

INTRODUCCIÓN

La Reforma Constitucional de 1994³ zanjó una discusión —envuelta en vaivenes jurisprudenciales— sobre la incorporación del derecho internacional (DI) en el derecho interno argentino. Fin de la discusión. No obstante, ¿quién asegura cómo se adaptará el *Discreto civilizador de naciones*, tan bien descrito por M. Koskenniemi (2005) en su libro con ese título, a la era de la multipolaridad?

El veterano “orden westfaliano” está cuestionado por su insuficiencia para encarar los desafíos de este cuarto de siglo. ¿Habrá nuevas “reglas de juego” de alcance mundial? De ser así, ¿en qué ámbitos se definirían? ¿Está en condiciones la comunidad internacional de afrontar un proceso de cambio visionario, fiable y duradero, solo revisando integralmente la Carta de las Naciones Unidas (CONU) siguiendo el procedimiento de su art. 109? ¿Es suficiente?

Un reordenamiento global en varios polos tampoco está confirmado como nuevo orden, sino acaso en compleja etapa transicional bastante desordenada y violenta⁴. En nuestro impreciso mundo las transiciones pueden durar decenios; de allí la conveniencia de una seguridad colectiva que exprese un nuevo equilibrio de poderes, piedra angular de un orden inter-

nacional respetuoso del sistema estatocéntrico basado en igualdad soberana, integridad territorial, autodeterminación, y demás principios erigidos con el paso del tiempo acompañando la convivencia entre los pueblos de la Tierra. Como se advierte, tal premisa implica para este autor la persistencia del Estado nacional.

No somos los únicos; hay variantes. El analista F. Pietro Arellano (2023) ha considerado que la guerra en Ucrania impactó en la estructura del orden internacional, provocando “una fortísima sacudida en las placas tectónicas del sistema de relaciones internacionales, cuya modificación parece inevitable” y señala que ello “no tiene por qué conducir a un modelo nuevo o, mejor dicho, inédito”; antes bien, habría que volver la mirada a un proceso equilibrador como el de Westfalia (con cuatro siglos sobre sus espaldas). Los hechos actuales, arguye, conducen a un concepto muy recorrido en las relaciones internacionales, esto es, “el multipolarismo, como elemento antagónico del multilateralismo, con el que se aspiraba a establecer una gobernanza mundial pacífica y bonancible, propósito que la fuerza de los acontecimientos ha tirado por tierra” (Pietro Arellano, 2023)⁵.

Por su parte, A. Remiro Brotóns analizó con atención las entretelas generadas entre sociedad y derecho internacional —en el “Es-

³ La Convención Constituyente deliberó en la ciudad de Santa Fe desde el 25 de mayo al 22 de agosto de 1994; la nueva Constitución nacional se juró en el Palacio San José, Entre Ríos, el 24 de agosto y el 15 de diciembre se aprobó por Ley 24430.

⁴ Ucrania, Gaza, Sudán, Etiopía, Oriente Próximo en general, regiones del Sahel y Nagorno-Karavaj, Azerbaiyán, Afganistán, Myanmar, Taiwán, Haití, y sigue la lista. Véase Crisis Group, *10 conflictos para tener en la mira en 2024*, 1 de enero 2024, disponible en <https://www.crisisgroup.org/es/global/10-conflicts-watch-2024>.

⁵ Pietro Arellano (2023, pp. 4-5) citando a otro autor, agrega: “No existe en esta sociedad un poder central o supremo, sino que el poder se ha ido descentralizando, distribuyendo entre grupos que lo monopolizan en sus respectivos territorios o áreas geoestratégicas de influencia. No obstante, por la propia necesidad de la convivencia, las comunidades políticas o los Estados, principalmente, han ido estableciendo, a través del diálogo y el consentimiento, reglas e instituciones comunes para mantener dichos acuerdos —un orden jurídico internacional—, como el de respetar la soberanía de los Estados, o las declaraciones de independencia, el cumplir los acuerdos contraídos y el poner ciertos límites al ejercicio de la fuerza (...)”. En tales instancias andamos.

tudio preliminar” de su *Curso general* (2010, pp. 6061)—, los desafíos que ambos afrontan desde inicios del siglo XXI: “La sociedad internacional es original y básicamente la sociedad de los Estados soberanos e independientes en situación de yuxtaposición”. En ese marco, el DI cuenta con un “elevado índice de observancia espontánea, mayor incluso que la del estándar medio de los derechos estatales (...)”. Y si bien sostiene que el universalismo de la sociedad y el derecho internacional es irrenunciable, no hay gobernación sin Estados, de donde la estabilidad mundial se fortificaría “mejorando la calidad de sus instituciones, legitimando su soberanía como un haz de competencias y servicios” para los habitantes de cada país.

Las citas elegidas de estos autores españoles de vasta trayectoria académica compendian el escenario actual en el cual se entrecruzan derecho, sociedad y política. Los Estados nacionales —pese a todo— continúan siendo sujetos y actores principales del derecho y la política internacionales y, por ello, el mundo requiere un orden jurídico que les garantice paz y seguridad.

Todo ello ocurre mientras el fenómeno de la globalización parece “regionalizarse” con implicancias socioeconómicas, políticas y de seguridad. En efecto, no solo las grandes economías industriales se repliegan para favorecer su mercado interno, mantener fuentes laborales, acceder al crédito y a proveedores con mayor rapidez y facilidad: la economía cedió terreno a la política exterior en función de necesidades geopolíticas (PisaniFerry, 2011).

Parece aún lejana una *civitas maxima* que reemplace el orden interestatal, pese a las

amenazas y desafíos que los Estados afrontan desde hace décadas, lo cual no implica desentendernos de amenazas endógenas y exógenas incluidos otros actores internacionales —nocivos, algunos de ellos— que les disputan abiertamente cuotas de poder. No se nos escapa que “equilibrio de poder” es un concepto retráctil, tan debatido como sospechado, pero finalmente imprescindible para acomodar las cargas entre derecho y orden mundial.

En su conocido y polémico libro, F. Fukuyama desarrolló “la idea de una historia universal” (1992, p. 93), fundamentado en I. Kant, G. Hegel y A. Kojève. No es del caso profundizar ahora la rigurosidad con que esos tres importantes filósofos reflexionaron respecto de una teoría de historia universal, dando pie al propio Fukuyama para sustentar el “fin de la historia”. Los tres pensadores citados nacieron en épocas diferentes pero en Occidente, cultivados en la gran tradición filosófica continental; o sea, observaron el mundo desde su obligado emplazamiento eurocéntrico, que los tuvo de protagonistas en ese imprescindible campo del saber humano y desde sus respectivas circunstancias.

Pero, como arguye Fukuyama (1992, p. 113), “la noción de que la historia tenga sentido, sea direccional, progresiva o simplemente comprensible, es extraña a las principales corrientes de pensamiento de nuestro tiempo”. En este tiempo tan fascinante como desafiante, pareciera que los argumentos para justificar el supuesto fin de la historia, concebida a “lo occidental”, no alcanzan para explicar el mundo multipolar y —por ende— imaginar nuevas reglas de juego⁶. Posiblemente ha llegado un momento en que necesitaremos más filósofos,

⁶ El modelo del Estado industrial, quintaesencia de la economía capitalista, ha sido controvertido como justificante del triunfo definitivo de la democracia liberal, ha sido contundentemente controvertido por autores como HaJon Chang en *Retirar la escalera. La estrategia del desarrollo en perspectiva histórica* (Catarata IUDCUCM, 2004) y Marcelo Gullo en *La insubordinación fundante. Breve historia de la construcción del poder de las naciones* (Ed. Biblos/Politeia, 2014).

historiadores y quizás geógrafos que abogados y economistas, para encontrarle un rumbo y un destino a la civilización humana en la instancia abierta a principios del siglo XXI.

NACIMIENTO, AUGE Y CRISIS DEL DERECHO INTERNACIONAL

El derecho internacional, reiteremos, impulsó el relacionamiento generalizado entre pueblos desde que se abrió paso el principio de soberanía como ordenador de la política interna e internacional, dando origen al Estado tal como lo concebimos en lo esencial hasta hoy (independencia, integridad territorial, jurisdicción exclusiva, autodeterminación, en la base).

Nacimiento

Desde el siglo XVI, la historia universal coincide con el itinerario de países que se hicieron cada vez más poderosos en lo económico y militar, necesitados por ende de normas para estabilizar las complejas y no siempre pacíficas vicisitudes a las que aventuraban; normas que en última instancia les garantizaran su propia existencia.

De allí que Estado y derecho internacional evolucionaran en paralelo, ajustándose a los cambios experimentados por el conjunto de la comunidad internacional, impulsados por descubrimientos geográficos suscitados por avances científicos y tecnológicos dinámicos y eficientes.

En la teocracia universal cristiana identificada en el Sacro Imperio Romano Germánico,

de poder centralizado al extremo, no había posibilidad de soberanías. G. Jellinek (1954), un clásico entre muchos, sostuvo empero que la soberanía se moldeó en aquella época, en la fragua de las luchas por el poder entre reyes y papas, señores feudales y reyes, reyes entre sí, señores de la guerra entre sí. Un largo proceso madurativo de una cierta conciencia política que crecía sin prisa y sin pausa.

Entrada ya la modernidad, los evocados acuerdos de Westfalia —negociados minuciosamente entre enero y octubre de 1648— han representado un rotundo punto de inflexión en Occidente: reorganizaron el insostenible sistema de poder imperialfeudal y apuntalaron el despliegue y primacía de Europa, iniciado a fines del siglo XV (Stoye, 1971)⁷. Comenzaba así una era eurocéntrica de proyección mundial, cuya crisis terminal acaecería en la segunda década del siglo XX.

Tras siete años de intensas negociaciones diplomáticas, la paz westfaliana suturó la primera guerra civil europea (Galán Martín, 2015), reordenó el mapa continental iniciando una armonía basada en la libertad religiosa, el respeto a la integridad territorial derivada de los principios de soberanía y autodeterminación; asimismo, introdujo el principio de equilibrio de poderes (político, militar, económico) entre potencias europeas y un mecanismo para asegurarlos mediante conferencias diplomáticas. En consecuencia, junto con el Estado moderno, nació el derecho internacional de impronta positivista: un *ius inter gentium* remplazaba al inicial *ius gentium*⁸.

⁷ Modelados en el primer Tratado de Múnster de mayo de 1648, entre las siete provincias de los Países Bajos y España, para poner fin a ochenta años de guerra en Flandes (1568-1648); un segundo Tratado de Múnster, suscripto el 24 de octubre de ese año entre el Sacro Imperio, Francia y Suecia y sus aliados, y el Tratado de Osnabrück entre el Imperio y Suecia y aliados protestantes, poniendo fin a otros treinta años de guerra motivada por la reforma protestante, firmado también aquel 24 de octubre.

⁸ Los teólogos de la Escuela de Salamanca —Vitoria, Suárez, De Soto, Alcalá— fueron sustituidos por abogados especialistas en derecho público, quienes dejaron atrás el iusnaturalismo teológico para especular desde el iusnaturalismo racionalista —Grocio, Puffendorf, Vattel—. Renacimiento e Ilustración terminaron de cerrar el círculo ideológico que formateó al Estado.

En esa larga evolución, la doctrina de los autores fue seleccionando antiguos principios recogidos en distintos sistemas jurídicos internos —derecho romano, principalmente— para trasladarlos al ámbito del DI. Tratados, costumbre y principios generales del derecho fueron considerados sus fuentes principales, consignadas en el art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (CIJ)⁹.

El DI se conformó igualmente con reglas provenientes del derecho público estatal¹⁰, incorporadas en las respectivas jurisdicciones internas y reconocidas con rango de “principios fundamentales de la vida de relación internacional”, según la denominación de L. Podestá Costa (1979, cap. III); la mayoría de ellos son derivaciones del principio de soberanía, sin cuyo cendrado respeto no habría Estado, tales los de independencia, no intervención en asuntos internos, igualdad jurídica, jurisdicción exclusiva, defensa propia, respeto y colaboración mutuos.

Con los años, dichas reglas obtuvieron rango de principios de derecho internacional; no se consideran fuentes del DI y son obligatorios en tanto los recepten en tratados o provengan de una práctica general y reiterada. Tal el caso de seis de los siete principios menciona-

dos en el art. 2 de la CONU, ampliados por la Resolución 2625 de la Asamblea General de las Naciones Unidas (AG) XXV de 1970 (igualdad soberana, cumplimiento de buena fe de las obligaciones internacionales, no uso de la fuerza, solución pacífica de controversias, cooperación internacional, libre determinación), considerados principios de derecho internacional *general*, o sea normas de *ius cogens*¹¹, imprescindibles para sostener un mínimo orden público internacional.

De todos modos, las normas establecidas en tratados son fuente principalísima del derecho internacional, porque están sostenidas por la voluntad soberana de los Estados. Asimismo, los principios generales del derecho reconocidos en los principales ordenamientos nacionales y los principios de derecho internacional nunca impidieron la emersión de nuevas reglas¹², en función de la *opinio iuris sive necessitatis*, o sea, la convicción de su obligatoriedad, elemento central de la costumbre siempre presente en la evolución del derecho internacional clásico y por eso fuente principal.

En suma, el derecho internacional fue una creación intelectual y política europea porque el Estado moderno nació en Europa con

⁹ “Artículo 38.1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes; b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas (...)”.

¹⁰ Los autores considerados “creadores” del derecho internacional, todos europeos, eran abogados expertos en derecho público de sus respectivos países y litigaban en defensa de los intereses de sus gobiernos. El debate entre H. Grocio y J. Selden sobre *mare liberum o mare clausum* es un arquetipo (Barbarán, 2016).

¹¹ El art. 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969) define así: “Tratados que estén en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*ius cogens*). Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter” (Rey CaroSalas, 2006, p. 111).

¹² Por caso, los principios del reciente derecho internacional ambiental y el derecho humanitario, por citar algunas ramas del tronco central, el derecho internacional.

basamento en la tradición filosófica, jurídica y moral grecoromana y judeocristiana, expandido a todo el mundo mediante las conquistas y colonizaciones de espacios vacíos, ocupados o semiocupados por nativos. Para Verdross (1974), sostén del iusnaturalismo racionalista, los sujetos del DI “deben comportarse según lo prescriben los principios generales del derecho y las normas del derecho convencional y consuetudinario que sobre la base de aquellos se establezcan”. Esto significa que el DI positivo depende de principios jurídicos que son su presupuesto; por eso, más que una norma fundamental, el DI y la comunidad internacional que lo aplica necesitan “una trama de normas fundamentales”, identificables tanto en sentido formal como material.

Hoy como ayer, cualquier Estado, al programar su política externa, tiene conciencia de los principios de derecho internacional general, cuya violación generará automáticamente su responsabilidad internacional.

Auge

El DI tuvo un reconocible período de auge después del determinante año 1945¹³, revitalizado el multilateralismo generado desde los órganos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) a nivel general, y en diversas organizaciones internacionales en particular,

promovido por el indispensable principio de cooperación internacional.

Profusas reuniones en congresos diplomáticos o en órganos asamblearios, dentro y fuera del marco de la ONU, potenciaron la aparición y renovación de reglas internacionales pensadas inicialmente para administrar la posguerra. En ese clima de época se trataba de asegurar la estabilidad mundial mediante el derecho y difícil tarea resultó, finalmente, contrabalancear las tensiones de la Guerra Fría con normas jurídicas previstas en memorandos de entendimiento, tratados o en resoluciones declarativas.

Mucho de lo logrado se debió al proceso de desarrollo progresivo y codificación del derecho internacional¹⁴, función asignada a la Asamblea General de las Naciones Unidas por el art. 13.1a de la Carta, por intermedio de la Comisión de Derecho Internacional¹⁵ (Ruda, 2010). Esta decisión promovió un revalorizado estudio y reflexión iusinternacionalista, apuntando a revisar —e incluso redefinir— el derecho internacional en procura de una convivencia pacífica, sólida y factible, aventando los fantasmas de las guerras de agresión.

En ese tiempo inicial del sistema de la ONU, recopilar normas dispersas sobre distintas materias relacionadas con la práctica de los Estados, en una comunidad internacional cada vez más imbricada, contribuiría a la seguridad

¹³ Concluye la Segunda Guerra Mundial, nace la Organización de las Naciones Unidas (ONU), inicia el proceso de descolonización y Estados Unidos utiliza energía atómica con fines militares.

¹⁴ La idea no era nueva; ya se había intentado en la Conferencia para la Codificación del Derecho Internacional, celebrada en La Haya en 1930, bajo auspicio de la Sociedad de las Naciones, sin resultados concretos. La Comisión de Derecho Internacional de la ONU definió al desarrollo progresivo como “la preparación de proyectos de convenciones sobre temas que no hayan sido regulados todavía por el derecho internacional o respecto a los cuales los Estados no hayan aplicado en la práctica, normas suficientemente desarrolladas”; y a la codificación como “la más precisa formulación y sistematización de las normas del derecho internacional en materias en las que ya existía amplia práctica de los Estados, así como precedentes y doctrinas”.

¹⁵ La actividad de la Asamblea General (AG) se complementa con órganos subsidiarios: comisiones, comités, consejos, grupos de trabajo y juntas. La Comisión —VI— de Derecho Internacional fue creada por la Resolución 174 (AG II) y se integra con veinticinco juristas versados en derecho internacional.

jurídica en las relaciones interestatales codificando el derecho internacional en los casos en que sea posible. Desarrollo progresivo y codificación del derecho internacional se presentan, pues, como las dos caras de la moneda: expresan la naturaleza evolutiva del derecho internacional y, a la vez, la necesidad de los Estados y organizaciones internacionales de contar con reglas precisas y confiables.

Así, se lograron tratados relevantes como la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas (1961), la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (1963), la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (1969), las Convenciones de Viena sobre Sucesión de Estados en Materia de Tratados (1978) y en Materia de Bienes, Archivos y Deudas de Estado (1983), la Convención de Jamaica sobre Derecho Internacional del Mar (1982); en otro orden, los cuatro convenios de Ginebra de 1949 y sus protocolos adicionales I y II de 1977, compiladores del Derecho Internacional Humanitario¹⁶, el Estatuto de Roma, constitutivo de la Corte Penal Internacional de 1998 (Rey CaroSalas, 2006). Todos esos instrumentos son producto de la línea de desarrollo progresivo y codificación, más allá de las ratificaciones y adhesiones que recibieron de los distintos países conforme a la política externa de cada cual.

Un párrafo para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Técnicamente no corresponda considerar este decisivo aspecto

del derecho internacional como una “codificación”. En todo caso ha sido consecuencia, por etapas, de la sinrazón humana y luego de decenas de millones de muertos. También en el ámbito de las Naciones Unidas y de organismos regionales se fue perfeccionando un mecanismo protectorio universal que —entre declaraciones, convenciones y protocolos adicionales— alcanza una treintena (Cestaro TorresRueda, como se cita en Barbarán, 2018, tít. II cap. II), trabajosamente elaborado en múltiples conferencias diplomáticas¹⁷. Como se sabe, varios de esos tratados tienen igual jerarquía que la propia Constitución argentina.

El encaje entre derecho y política internacional se exhibe con el empantanamiento de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) para acordar en materia tan sensible como la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, hasta el día de hoy confinada en un “proyecto de artículos”¹⁸, pero sin miras de convocatoria de una conferencia diplomática para su aprobación. El principio de responsabilidad es un principio general del derecho (y por tanto, fuente de derecho internacional), mediante el cual todo acto ilícito contrario a una obligación jurídica ocasionado por un sujeto de derecho le origina a este la obligación de reparar las consecuencias perjudiciales; asimismo opera en caso del que el sujeto tenga personalidad jurídica internacional. Otra vez el derecho confronta con la política,

¹⁶ Ese largo camino se inició en Ginebra, en agosto de 1864, impulsado por el filántropo suizo Henri Dunant y la Cruz Roja Internacional. Para mayor información véase <https://www.icrc.org/es/document/los-convenios-de-ginebra-de-1949-y-sus-protocolos-adicionales>.

¹⁷ De ello derivó un sistema protectorio que a su vez generó órganos como el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en la órbita del Consejo Económico y Social, o la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ambos con capacidad de requerir informes y hacer recomendaciones a los Estados parte.

¹⁸ Ese proyecto fue aprobado por el Comité de Redacción de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) en 2001. Véase <https://legal.un.org/ilc/reports/2001/spanish/chp4.pdf>. En el derecho internacional clásico, el tema se analizaba cuando se infería un daño a las personas o bienes extranjeros en el territorio de un Estado. La salida de ese estrecho marco implicó considerar las causas, modalidades y efectos de la violación de una obligación internacional.

pues la problemática de la responsabilidad es central en cualquier orden jurídico. Piénsese en las consecuencias que acarrearán, por caso, los crímenes de guerra o de lesa humanidad que a diario ocurren en conflictos internos o internacionales aún activos.

La Comisión ha encarado también la intrincada problemática de las normas imperativas de derecho internacional general —*ius cogens*—, ya aludidas (véase nota 9). En efecto, en su 73° **período de sesiones de 2022, se presentó un proyecto de conclusiones con anexo aprobados por su Comité de Redacción sobre “Identificación y consecuencias jurídicas de las normas imperativas de derecho internacional general”**¹⁹, cuyo objetivo es proteger valores fundamentales de la comunidad internacional “universalmente aplicables y jerárquicamente superiores a otras normas de derecho internacional” (Conclusión 2). Los temas consignados en el anexo dan la pauta de su dimensión: prohibición de la agresión, prohibición del genocidio, prohibición de crímenes de lesa humanidad, normas básicas de derecho internacional humanitario, prohibición de la discriminación racial y del *apartheid*, prohibición de la esclavitud y de la tortura, derecho a la libre determinación. Estos son los nuevos rumbos del derecho internacional cuya codificación dependerá como siempre de la buena voluntad política de los Estados.

De todos modos, en la práctica de la cooperación interestatal, multidimensional por definición, es mucho más lo que se cumple e interpreta de buena fe que los incumplimientos de acuerdos y compromisos celebrados. Tratados bilaterales o multilaterales de todo tipo y objeto constituyen la pragmática de la política ex-

terior y diplomacia de los Estados, dondequiera que estos se ubiquen geográficamente. De ese modo, no se hace más que honrar la vieja regla *pacta sunt servanda* en que prima la inmanente voluntad soberana de los gobiernos contratantes²⁰.

Crisis

Así dicho, cabe considerar ahora las vicisitudes del derecho y política internacionales en los críticos años 90, o sea, en la década misma de la reforma constitucional argentina.

En apenas un bienio, 1989-1991, la política mundial dio una vuelta de tuerca a causa de la reunificación alemana, la implosión de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS), la disolución de la Federación Yugoslava y la Guerra del Golfo Pérsico por la invasión de Irak a Kuwait. Autoconvencida, la Casa Blanca aprovechó para inaugurar “su” momento unipolar con argumentos de F. Fukuyama (1992): ganaron los buenos, fin de la historia.

Mutaciones estructurales en los Balcanes —Croacia, Bosnia Herzegovina y Kosovo— y, una década después, la “Primavera Árabe” iniciada en Túnez en diciembre de 2010, fueron conflictos que desbordaban las respectivas fronteras nacionales e impactaban en regiones hiperestésicas del mundo. Los mecanismos de seguridad colectiva de la ONU —establecidos en los capítulos VI y VII de la Carta— resultaban insuficientes para la misión conferida. El esquema westfaliano de equilibrio de poderes, centralizado por las grandes potencias occidentales, tornaba al mundo más imprevisible.

La profusa doctrina producida en círculos intelectuales y políticos de los países centrales centraba sus expectativas en el multilateralismo

¹⁹ Disponible en <https://www.iri.edu.ar/wp-content/uploads/2022/08/a2022derintDoc2CDIius-cogens-proyecto.pdf>.

²⁰ Los tratados suscriptos entre Estados u organizaciones internacionales se registran en la Secretaría General de la ONU por transparencia y seguridad jurídica. Se agrupan en volúmenes disponibles en <https://treaties.un.org>.

como mecanismo estabilizador de conflictos con las reglas existentes, pero sin sopesar que el eje geopolítico venía girado paulatinamente —desde los años 70— del Atlántico a la cuenca del Indopacífico; mientras, seguían pendientes desafíos insolubles expresados en conflictos armados de baja intensidad, pobreza terminal, hambrunas, crisis sanitaria, desastres ambientales, corrupción estructural y crisis de legitimidad política en la mayoría de las sociedades.

La dispersión o distribución del poder en distintos polos geopolíticos no parece que se encauce mediante un poder mundial centralizado, como fase superior diluyente del Estado nacional. Y en este punto resulta ineludible referirnos a la globalización, imbricación universal insoslayable, con consecuencias inmediatas y mediatas en el plano socioeconómico; y también jurídico, pues si el Estado está en crisis, también lo estará el derecho internacional.

Para Zlata Drnas (2012) el término se aplica a “las interacciones y flujos transnacionales de tipo comercial, económico, financiero, tecnológico, científico, comunicacional entre otros”, proceso que

... no posee actores definidos, internacionalmente responsables; sus bases ordenativas no se hallan en el acuerdo de los estados, carece de tratados internacionales formales; no cuenta con un sistema orgánico de funcionamiento; se centra en interacciones entre individuos y sociedades de variado tipo de distintas partes del mundo; elude la conformación de instituciones observadoras de sus movimientos transfronterizos (...); traspasa las fronteras de los estados con su solo poderío económico, financiero, de comunicaciones, de información y de transporte (...), vaciando o debilitando la autoridad de los Estados en numerosos ámbitos de gobierno.

Drnas advierte, entonces, tres líneas que apuran un nuevo orden jurídicopolítico universal: del constitucionalismo internacional, que prevé la reforma y adecuación de la Carta de las Naciones Unidas a los tiempos que corren; del derecho administrativo global, apuntando a un orden flexible basado en instituciones acotadas, redes transnacionales y procedimientos que oscilan entre lo público y lo privado, y del pluralismo global, sin jerarquías normativas, negadora del derecho internacional, al que presenta como un fenómeno social multidimensional que debe alimentarse del diálogo entre actores, no necesariamente Estados, con intereses comunes. Estas variantes de sociedad posestatal es inducida por círculos promotores del “globalismo”, una suerte de ciudadanía multicultural y transnacional que se moviliza por todo el planeta, interpelando la gobernabilidad internacional dada la afectación parcial de la soberanía estatal. Esta percepción (una postura ideológica, al fin), interpela las competencias soberanas apuntando a un sistema internacional centrado más en el individuo que en el Estado.

Por su parte, Jiménez García (2010) señala dos paradojas de la globalización (en tanto hecho o suceso histórico, más que ideología) que no deben pasar desapercibidas. En primer lugar, el fenómeno de movilidad de personas y bienes desde y hacia todas partes, que ha producido la uniformidad creciente de la vida social a escala planetaria; pero también —por razones diversas— ha producido una fragmentación jurídica evidente (cuya explicación se halla más en la antropología y sociología que en el derecho), dando lugar al surgimiento de esferas de acción y estructuras especializadas relativamente autónomas. En segundo lugar, el derecho internacional clásico (sospechado de doble rasero y por eso cuestionado) es la única herramienta que *in extremis* resuelve complejas problemáticas que los Estados por

sí solos no están en condiciones de resolver (cambio climático, pueblos originarios, recursos naturales amenazados o escasos, actividades delictivas globales, etc.). Por eso, Jiménez García entiende que el DI atraviesa una “fase posontológica”, en la cual no se cuestiona tanto la existencia del ordenamiento jurídico internacional cuanto su legitimidad y justicia.

En este escenario global se advierte la tensión entre un provocado orden supranacional y el comportamiento habitual de los Estados de conservar lo que se tiene y conseguir lo que se carece, sea petróleo, litio o agua. Esto se aprecia en las problemáticas de los espacios polares, de la selva amazónica, el acceso al agua, la contaminación de los mares o la transición energética, para lo cual no existen normas jurídicas eficaces para encarar una solución.

En el capítulo “Sociedad y derecho internacional”, Remiro Brotóns (2010), analizando la eficacia del DI y su universalidad en un mundo globalizado, entiende que el derecho internacional se halla en un cruce de caminos:

De lo que hoy se trata, pues, es de reforzar al Estado, mejorando la calidad de sus instituciones, legitimando su soberanía como un haz de competencias y servicios que ha de prestar a los individuos, recalcando su responsabilidad principal en la satisfacción de los fines sociales.

El DI regula las relaciones entre Estados y de estos con organizaciones internacionales, e igualmente influye en la organización estatal interna por vía directa (los tratados) o indirecta (fallos de tribunales, laudos arbitrales, resoluciones o recomendaciones de organizaciones internacionales). El segundo aspecto llevó a F. Orrego Vicuña (2004) a preguntarse si impor-

ta todavía el consentimiento de los Estados en una sociedad global. En efecto, el autor chileno entiende que el orden jurídico internacional tiene como objetivo central “garantizar la coexistencia de intereses distintos en la comunidad de naciones”, pero a la vez advierte que “las funciones compartidas en la creación del derecho no significan que pueda eliminarse el consentimiento de los Estados” (Orrego Vicuña, 2004).

Desde una percepción más disruptiva, el DI también está acosado por un neonegacionismo, que —desde una perspectiva sociológica— sigue cuestionando la vigencia y competencia de un derecho carente de legislador y de tribunal obligatorio.

La doctrina *ius* internacionalista ha expresado su inquietud por el futuro del DI en el informe de la Comisión de Derecho Internacional de la Asamblea General, *Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional*²¹. Su párrafo 243 textualmente expone:

La fragmentación del mundo social internacional adquiere significado jurídico al ir acompañada de la aparición de normas o conjuntos de normas, instituciones jurídicas y esferas de prácticas jurídicas especializadas y relativamente autónomas. Lo que antes aparecía regido por el derecho internacional general se ha convertido en campo de operaciones para sistemas especializados tales como el derecho mercantil, el derecho de los derechos humanos, el derecho ambiental, el derecho del mar, el derecho europeo, e incluso conocimientos tan especializados como el derecho de las inversiones o el derecho internacional de los refugiados, cada uno de los cuales posee sus propios principios e instituciones.

²¹ Disponible en <https://legal.un.org/ilc/reports/2006/spanish/chp12.pdf>

El citado M. Koskenniemi, presidente de la Comisión encargada de elaborar el documento mencionado, señaló tres modalidades de interpretación respecto de la fragmentación, reflejadas además en jurisprudencia de tribunales internacionales y decisiones de tribunales arbitrales: 1. el conflicto entre diferentes concepciones o interpretaciones del derecho general; 2. el conflicto que se produce cuando un órgano especial se desvía del derecho general por la aplicación de un derecho especial; 3. cuando ramas especializadas del derecho se oponen entre sí.

En principio, los derechos especiales no debieran ocasionar mayor inquietud mientras respondan al derecho internacional público en su teoría general. El cuestionamiento surge cuando se trata de regímenes autónomos con valores propios, los cuales —según Z. Drnas (2012)— no solo construyen e interpretan su propia normativa sino que proveen un método propio para resolver controversias entre partes. Esta fragmentación ha sido abordada desde distintos ángulos, y va desde corrientes que entienden al DI como un derecho residual, hasta las que lo niegan. Esas perspectivas obligan a reflexionar nuevamente sobre la finalidad del derecho internacional en tanto fenómeno sociojurídico.

Otra cuestión que concentra igual prevención doctrinaria es la referida al *soft law* (derecho “blando”) y las nuevas perspectivas del DI.

Para M. del Toro Huerta (2006), la expresión fue acuñada originariamente para distinguir entre las proposiciones de *lege lata* (derecho vigente) y de *lege ferenda* (derecho futuro), antes que diferenciar las variaciones normativas entre lo vinculante y no vinculante, describiendo

“la existencia de fenómenos jurídicos caracterizados por carecer de fuerza vinculante, aunque no carentes de efectos jurídicos o al menos con cierta relevancia jurídica”. Tal concepto interfiere la visión tradicional positivista del DI, que sigue empeñando esfuerzos para brindar seguridad jurídica a los Estados. Este autor, citando a P. Weil, entiende que el “derecho blando” se convirtió en patología del sistema internacional²². Aprensión no menor, pues pone en duda la vigencia del consentimiento de los Estados en la sociedad global, tal como advirtiera Orrego Vicuña (2004).

Julio Barberis, también citado en el trabajo de Toro Huerta, señala entre los principales contenidos del *soft law*:

... a. las normas que se encuentran en proceso de formación y aún no han adquirido validez jurídica; b. las normas jurídicas de contenido difuso o vago, en las que resulta difícil precisar si sus disposiciones han sido cumplidas o no debidamente; c. las normas emanadas de las resoluciones en la Asamblea General de las NU²³ y de algunas organizaciones regionales, en acuerdos políticos entre los gobiernos, en los *gentlemen's agreements*, en ciertos códigos de conducta, en declaraciones conjuntas de presidentes o cancilleres, en directivas adoptadas por consensos en conferencias internacionales que en conjunto formarían un orden jurídico intermedio. (Barberis, como se cita en Toro Huerta, 2006)

A la lista se agregan las recomendaciones e informes adoptados por organizaciones internacionales en conferencias multilaterales (por

²²Weil justificaba su aprensión porque el derecho emanado de organismos internacionales —particularmente las resoluciones declarativas— altera la naturaleza del ordenamiento internacional en tanto derecho de cooperación entre entidades soberanas.

²³Naciones Unidas.

ejemplo, las conferencias de Estocolmo 1972 y Río 1992, recopiladoras de principios de derecho internacional ambiental, o la Organización Mundial de la Salud —OMS— con la erradicación del cigarrillo), textos de tratados que no han entrado en vigor, declaraciones interpretativas de tratados, acuerdos no normativos, acuerdos políticos, códigos de conducta. De tal manera, Barberis también pone en duda la validez del concepto *soft law* pues, en definitiva, se trata de normas en proceso de creación o consolidación de normas.

En suma, el *soft law* expresaría intereses políticos concretos para otorgar obligatoriedad a actos y resoluciones que benefician intereses particulares, ya que en definitiva esa normativa blanda depende de la relación de fuerzas entre los Estados negociadores. Cabe decir además que, en la problemática del derecho blando incide la manera en que se expresa la jerarquía normativa del DI. Hay una especie de contraposición en el modelo derivado de la teoría tradicional de las fuentes del DI y el otro modelo que presupone un sistema internacional “escalonado y continuo donde existe una normatividad relativa o variable” (Barberis, como se cita en Toro Huerta, 2006).

Por eso los estudios sobre *soft law* rediscuten la cuestión de las fuentes del DI más allá del art. 38 del Estatuto de la CIJ, pues no poseería carácter taxativo y por ello parece razonable aceptar cualquier otra regla producida por otro mecanismo distinto en el ámbito del derecho blando. Del mismo modo, también hay que reconocer que el estudio clásico del art. 38 implica una concepción estática del DI, pese a que la política internacional y las reglas de juego que esta genera forman parte de un proceso dinámico que nunca termina de cerrar.

En definitiva, el derecho resumido en la expresión *soft law* refiere a reglas de menor relevancia jurídica que no son vinculantes, pero

que producen efectos y repercuten tanto en el desarrollo y aplicación del DI como en el ámbito interno de los Estados.

DERECHO INTERNACIONAL Y DERECHO INTERNO

Un orden jurídico interno —o internacional— funciona en tanto sea legítimo. La legitimidad se asienta en valores del derecho público estatal —como justicia y legalidad—; legitimidad y justicia, a su vez, deben estar orientadas a promover el bien común para que el círculo cierre virtuoso.

Esa base común se asienta en el principio elemental de soberanía estatal *ad intra* y *ad extra*. La característica central de un régimen soberano es su independencia de toda dominación externa, la cual por sí sola no alcanza sin asumir los principios de identidad, integridad territorial, jurisdicción exclusiva, libre determinación, atributos esenciales de soberanía que Podestá Costa (1979) catalogó —como se expuso arriba— dentro de los derechos de los Estados (y sus deberes correspondientes, aclaremos de paso).

La disputa entre derecho interno y derecho internacional se reacomoda cuando asumimos que, en realidad, nunca hubo soberanía estatal *absoluta*, más allá de que se la invocara como artilugio de poder. Bástenos pensar en el mar territorial y el derecho de paso inocente, la libertad de sobrevuelo, la responsabilidad por daños transfronterizos, la atribución de “patrimonio común de la humanidad”, la delegación de competencias y de jurisdicción a organismos supranacionales, y tantos ejemplos semejantes.

Las reglas de juego nacionales no ofrecen mayores complicaciones pues están identificadas y compiladas en cada Constitución nacional, más allá del nivel de observancia y respeto que cada pueblo le dispense. En el caso de una

comunidad internacional abierta a todos los países del mundo, el DI provee reglas de juego de otra dimensión, cuyo basamento común es —en última instancia, trátase de Estados Unidos o de Haití— la concordancia con los valores raigales de los sistemas estatales en general, que están en el ADN del derecho internacional.

La relación entre el DI y los derechos internos fue durante mucho tiempo de contrapunto y expresa en buena medida la evolución —en cierto modo “independiente”— de la comunidad internacional y de las estructuras generadas en función de acuerdos intergubernamentales, que impactan de hecho en la política internacional. De esta apreciación devino el debate entre dualismo y monismo, que no podremos explayar en esta ocasión²⁴.

La incidencia del DI, en tanto conjunto de normas jurídicas que rige las relaciones entre sujetos con personalidad jurídica internacional a los cuales está destinado (Estados y organizaciones internacionales), se verifica en dos planos obvios: a) el interestatal, cuando un Estado requiere a otro el cumplimiento de obligaciones en el plano de relaciones recíprocas y cualquiera sea el asunto, desde fijar un límite a reparar un perjuicio, aunque se carezca de un órgano judicial obligatorio con facultad para imponer —llegado el caso— una conducta imperativa; b) el nacional, en la medida en que todos los ordenamientos jurídicos del mundo poseen mecanismos de recepción del derecho que estos mismos contribuyeron a erigir en conjunto, manifestando su voluntad en obligarse con otros pares que adoptaron el mismo tratado, lo ratificaron o adhirieron a él.

En ese plano nacional, las posiciones varían en cuanto al modo de incorporar el DI al derecho interno, lo cual se concretó de manera especial en las constituciones europeas posSegunda Guerra, acompañando el proceso de unificación regional; y también más tarde en las iberoamericanas una vez recuperado el estado de derecho hacia los años 80.

Para aproximar al asunto, el jurista italiano B. Conforti (1995) registra dos procedimientos, uno ordinario de adaptación (las normas internacionales se reformulan dentro del Estado), otro especial o de reenvío (los órganos encargados de la adaptación se limitan a ordenar la observancia de las normas internacionales).

Así, dada su facultad exclusiva en materia de política exterior, el Poder Ejecutivo Nacional (PEN) negocia y firma el tratado; a su tiempo el Congreso de la Nación lo aprueba o rechaza del modo previsto en los incisos 22 y 24 del art. 75 de la Constitución nacional (CN). Esa aprobación legislativa autorizará al PEN a ratificar el acuerdo; depositado el instrumento de ratificación del modo previsto en el tratado, recién entonces el país quedará obligado como Estado parte.

Los artículos mencionados en el cuadro siguiente involucran a los tres poderes federales respecto de las relaciones externas, razón por la cual la recepción de un tratado en el derecho nacional implica un *acto federal complejo*. Algunos mantienen su redacción original, aunque la numeración cambiara en 1994 respecto de las atribuciones del Congreso y del Poder Ejecutivo.

²⁴Para el monismo kelseniano, por ejemplo, el orden jurídico internacional comprende también a todos los órdenes jurídicos nacionales; los dualistas, por su lado, entendían que el derecho nacional y el derecho internacional son dos órdenes jurídicos independientes entre sí, que regulan materias diferentes y poseen fuentes diferentes.

| Cuadro 1. Comparación entre Constitución de 1853/1860 y Reforma de 1994* | |
|---|---|
| Constitución de 1853/1860 | Reforma de 1994 |
| <i>Declaración de derechos y garantías</i> | <i>Declaración de derechos y garantías</i> |
| Art. 27 Política internacional | Art. 27 Política internacional (id. redacción) |
| Art. 31 Supremacía de la CN | Art. 31 Supremacía de la CN (id. redacción) |
| <i>Atribuciones del Congreso</i> | <i>Atribuciones del Congreso</i> |
| Art. 69 inc. 19: aprobar y desechar tratados con potencias extranjeras | Art. 75 inc. 22: tratados y concordatos, demás tratados y convenciones sobre derechos humanos (DD. HH.) Art. 75 inc. 24: tratados de integración |
| <i>Atribuciones del Poder Ejecutivo</i> | <i>Atribuciones del Poder Ejecutivo</i> |
| Art. 86 inc. 14: Política Exterior Art. 86 inc. 18 | Art. 99 inc. 11 (id. redacción) Art. 99 inc. 15 |
| | <i>Gobiernos de provincias</i> Art. 124 |
| <i>Atribuciones del Poder Judicial</i> | <i>Atribuciones del Poder Judicial</i> |
| Art. 100 | Art. 116 |

Fuente: Normas de la Constitución Nacional referidas a las relaciones con “potencias” extranjeras, en su redacción original (1853/1860) y actual (1994). Elaboración propia.

Eventualmente le corresponderá a la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) resolver en caso de impugnación de inconstitucionalidad de un tratado, si este vulnerase los principios de derecho público a que alude el art. 27 de la CN²⁵. Esta norma establece límites a las facultades de conducción de las relaciones externas por el PEN, aunque el posible

cuestionamiento no afectará su vigencia internacional y sin perjuicio de la responsabilidad internacional del Estado en caso de incumplimiento.

Entre 1853 y 1963 no hubo mayores divergencias sobre el rango constitucional de los acuerdos internacionales, pues no se discutía la jerarquía normativa prevista en el art. 31²⁶,

²⁵ “Artículo 27.- El Gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución”. Tal percepción ya estaba contenida en la fórmula argentina de arbitraje, expuesta por nuestra delegación en la Segunda Conferencia de la Paz, La Haya, 1907: el sometimiento a un arbitraje de controversias sobre cualquier naturaleza no debe afectar los principios fundamentales de las constituciones de cada país (Rey Caro, 1995).

²⁶ “Art. 31.- Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto de 11 de noviembre de 1859”.

equiparando las leyes de la nación dictadas por el Congreso y los tratados: como recuerda Rey Caro (1995, p. 12), el concepto de soberanía estatal dominaba “toda la filosofía político-constitucional del siglo XIX”.

Con el transcurso del tiempo, la CSJN debió adaptar sus decisiones atendiendo cambios políticos, sociales y económicos producidos en casi todos los países que incidían en las políticas internas²⁷. El proceso de unificación europea, por caso, desde el acuerdo constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero de 1951 hasta la creación de la Unión Europea en 1992 (justo coincidente con aquel bienio crítico), probablemente sea clara referencia a las mutaciones originadas por la limitación consentida de la soberanía en aquel contexto mundial, al habilitarse la delegación de competencias en órganos supranacionales.

Los fallos más estudiados y comentados, directamente relacionados con la interpretación de la jerarquía normativa del derecho argentino fueron, por orden temporal: *Merk Química Argentina c/ Gobierno de la Nación* (CSJN, 09/06/1948, fallos 211:162-227); *Pedro Ferrera c/ Nación Argentina* (CSJN, 24/08/1945, fallos 202:353); *Martín y Cía. SA c/ Administración Gral. de Puertos* (CSJN, 06/11/1963, fallos 257:99); *M. A. Edmekdjian c/ G. Sofovich* (CSJN, 07/ 07/ 1992, fallos 315-1492); *FIBRACA Constructores SCA c/ Comisión Técnica Mixta de Salto Grande* (CSJN, 07/07/1993) y *Cafés “La Virginia” S.A. s/ Apelación* (por denegación de petición) (CSJN, 13/10/94)²⁸.

A partir de la reforma, la redacción de artículos e incisos sobre la materia examinada quedó definida de este modo en la reforma constitucional:

Art. 75 inc. 22: “Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes” (primer párrafo). El segundo párrafo se refiere a los tratados de derechos humanos incorporados “en las condiciones de su vigencia”, a los cuales se les concede jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de la CN y deben entenderse “complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos” (o sea, la parte dogmática completa); esos tratados solo pueden denunciarse con las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

El art. 75 inc. 24 plantea otro supuesto: “Aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales: a) en condiciones de reciprocidad e igualdad; b) que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes”. Los tratados de integración pueden celebrarse con países latinoamericanos o con Estados extraregionales, en cuyo caso cambia el quórum requerido: mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, en el primer caso; en el segundo mayoría absoluta de los miembros presentes

²⁷ Sucedió con las dos grandes guerras, la salida de Rusia del mundo capitalista, la crisis de Wall Street, los Acuerdos de Bretton Woods, la creación de Naciones Unidas, la Guerra Fría, el perseverante proceso de unidad europea, la emergencia de China como economía capitalista y el giro del eje político mundial a la cuenca del Indopacífico, etc., todas situaciones que incidieron con vigor en las relaciones internacionales y repercutieron en los posicionamientos políticos de cada país.

²⁸ Resúmenes disponibles en <https://www.studocu.com/es-ar/document/universidad-catolica-de-salta/derecho-internacional-publico/relaciones-d-interno-derecho-internacional/7604996>, y en numerosos otros sitios de Internet. Toda la doctrina constitucionalista argentina los ha trabajado en profundidad, a ella remitimos.

de cada Cámara para declarar la conveniencia de su aprobación; transcurridos ciento veinte días del acto declarativo, será necesaria la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara para su aprobación. En ambos casos la denuncia del tratado requiere aprobación previa de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Resumiendo: todos los tratados que son práctica habitual de las relaciones externas argentinas, incluso los de integración, aprobados por el Congreso Nacional, poseen jerarquía superior a las leyes; con lo cual la equiparación entre ley y tratado del art. 31 de la CN, cuya redacción —recuérdese— no fue modificada, ha sido superada en función de los argumentos consagrados por la jurisprudencia de la CSJN desde el caso Sofovich en adelante. En cambio, los tratados sobre derechos humanos mencionados en el inc. 22 del art. 75 integran el *bloque de constitucionalidad* porque así lo decidió el constituyente; los tratados de derechos humanos suscriptos y aprobados en adelante requerirán el quórum previsto en ese inciso para alcanzar tal jerarquía.

En cuanto a las atribuciones del Poder Ejecutivo, el art. 99 inc. 11 mantiene la facultad exclusiva del PEN de manejo de las relaciones exteriores: “Concluye y firma tratados, concordatos y otras negociaciones requeridas para el mantenimiento de buenas relaciones con las organizaciones internacionales y las naciones extranjeras”, manteniendo en esencia lo que disponía el antiguo art. 86 inc. 11 de la CN.

Respecto de las atribuciones provinciales, el nuevo art. 124 reordena, simplifica y aclara lo previsto en los antiguos artículos 107 y 108.

Así, en primer lugar, se reitera la facultad de las provincias para celebrar *tratados parciales* entre sí con una fórmula más amplia: “crear regiones para el desarrollo económico y social y establecer órganos para el cumplimiento de sus fines”. A nuestro entender esa pauta es un modo de volver a las fuentes, ya que el concepto de región ha sido preexistente al de provincias en nuestra organización territorial e institucional, lúcidamente advertido en su momento por Juan Álvarez (1966, cap. 1). En segundo lugar, el mismo artículo establece que las provincias “podrán también celebrar acuerdos internacionales”²⁹, en tanto: a) no sean incompatibles con la política exterior de la Nación, b) no afecten facultades delegadas al Gobierno Federal, c) no afecten el crédito público de la Nación (Gelli, 2013, pp. 609 y ss.). Cabe señalar que en los dos supuestos —antes, 1853; ahora, 1994— se prescribe “con conocimiento del Congreso Nacional”, a cuyo respecto remitimos a la doctrina constitucionalista que todavía le da vueltas al asunto.

Como signo de estos tiempos, varias de nuestras provincias —Salta entre ellas— mantienen fluida actividad internacional en las esferas de sus competencias constitucionales (comercio, turismo, salud, educación, medio ambiente). Resta decir que reconocida la facultad exclusiva del Gobierno federal en el manejo de los asuntos externos, nada impide que las provincias tengan una visión del mundo y de nuestras relaciones exteriores en la era de la multipolaridad. Por ello, después de idas y venidas, el 10 de septiembre de 2020 se creó —por Decreto Presidencial 741— el Consejo Federal de Relaciones Exteriores y Comercio

²⁹La redacción incluye la palabra “convenio” para acotar esa facultad, pues un tratado está reservado al PEN. Sin embargo, el art. 2.1.a de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados define: “Se entiende por ‘tratado’ un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados (...) y cualquiera sea su denominación particular”.

Internacional, cuyas actividades constan en su página oficial³⁰.

Z. Zeraoui (2011), en un sustancioso trabajo, entiende que esto ha ocurrido por la complejización de las relaciones internacionales, lo cual explica que municipios y áreas metropolitanas establezcan relaciones directas con sus pares de regiones vecinas, asumiendo de hecho funciones asignadas a los poderes ejecutivos nacionales. La práctica del “hermanamiento” de ciudades se inscribe en esa línea, más allá de su buen aprovechamiento.

Esa habilitación institucional en Argentina —y en aquellos países cuyas cartas magnas lo prevén— ha generado un ámbito de análisis jurídicopolítico, la *paradiplomacia*; esto es, la actividad internacional que despliegan unidades subnacionales en determinados procesos de integración.

Es el caso de la Zona de Integración del Centro Oeste Sudamericano (ZICOSUR)³¹. La actividad generada en esa vasta superficie nació por iniciativa de empresarios de la subregión, necesitados de impulsar el comercio internacional; con el tiempo se institucionalizó, generando una actividad tal que la mayoría de los miembros de ZICOSUR ha instituido oficinas de relaciones internacionales en sus respectivas jurisdicciones, sin perjuicio del tratamiento institucional específico de cada país³².

N. Oddone, F. Rubiolo y M. Calvento (2020) han realizado un importante aporte en esta materia, verificando que la práctica de la paradiplomacia ha sido frecuente en gobiernos locales, subregionales y regionales, tanto nacionales (por ejemplo, Norte Grande, Cuyo, Región Patagónica) como internacionales³³. Esa actividad de un modo u otro incide en la política exterior y, por ende, en las relaciones internacionales. De tal modo, la teoría, sus fundamentos y método, se fue conformando a partir de casos puntuales hasta incluirla en planes de estudios de grado y posgrado. Al fin y al cabo, practicar una paradiplomacia eficaz requiere los conocimientos y habilidades propios de un diplomático de carrera; aunque en otra escala, desde luego.

En suma, la asociación de ciudades y municipios, la creación de redes de cooperación descentralizada son de mucha ayuda en especial para países con organización institucional unitaria. “Se viene gestando —dice por caso Cusipuma (2010)— una dimensión localglobal de las relaciones internacionales, cuya complejidad requiere de un tratamiento especial para evitar el conflicto entre los diferentes niveles de gobierno sobre su conducción exterior”.

Señalemos, también, que la lúcida doctrina constitucionalista argentina (Bidart Campos, 2000, entre tantos) analizó a fondo las

³⁰ Disponible en <https://www.cancilleria.gob.ar/es/consejo-federal-de-relaciones-exteriores-y-comercio-internacional>. P. Curvale (2019) lo plantea como un ámbito de cooperación descentralizada de la Cancillería argentina en articulación con las provincias “en un marco de federalización”, que no es —todavía— un “federalismo de concertación” propugnado por el maestro Pedro J. Frías.

³¹ ZICOSUR reunía originalmente a todos los departamentos paraguayos, dos departamentos del sur peruano, los del este boliviano, las tres primeras regiones chilenas, estados del sur amazónico brasileño y las provincias del Norte Grande Argentino (Barbarán, 2018), integrantes de la denominada Área de Capricornio.

³² Por caso, las constituciones de Argentina y Paraguay están más preparadas para encarar procesos integrativos que las de Bolivia, Brasil y Uruguay.

³³ Red de Mercociudades; relacionamiento entre estados norteamericanos y provincias canadienses de la costa del Pacífico norte; entre ciudades mexicanas y norteamericanas de la región del Golfo de México. Estas actividades se potenciaron en Europa con la creación de la Asociación de Regiones Fronterizas (Vorano, como se cita en Barbarán, 2018, p. 188).

entretelas del *treaty making power* (el viejo *ius ad tractatum*), o sea, la capacidad de celebrar tratados para su incorporación en el derecho interno. Luego de su aprobación legislativa, pueden abrirse varias posibilidades: por ejemplo, las consecuencias que acarrearía la negativa del PEN de ratificar un tratado ya aprobado por el Congreso; cuando la CSJN declara la inconstitucionalidad de un tratado contrario a principios de derecho público; la hipótesis de denuncia del tratado; la incidencia de los principios de *ius cogens* en materia de derechos humanos; la naturaleza federal de los tratados, etc. Abordar cada una de estas cuestiones exigiría mucho tiempo y espacio, por lo que remitimos a la lectura de los autores citados en la bibliografía.

Dejamos para el final de este capítulo un tema que también hizo correr ríos de tinta: la cuestión control de constitucionalidad vs. control de convencionalidad, que no es sino otra constatación de las convergencias e interferencias que suelen darse entre derecho internacional y derecho nacional.

En cualquier ordenamiento institucional del mundo, el Poder Judicial tiene asignado el control de constitucionalidad, que no es sino verificar el apego a la Constitución nacional de los fallos de tribunales de cualquier instancia. En muchos casos, esa función se asigna a un tribunal constitucional, en otros, la asume la máxima instancia judicial, denomínese Corte Suprema o Tribunal Superior.

Por su parte, la Corte Suprema argentina tiene el deber de resguardar el plexo de derechos y garantías que posee cada habitante y, a la vez, defender el sistema democráticorepublicano de gobierno, garantizando siempre la primacía de la Constitución nacional respecto

de lo cual tiene la última palabra. Sin embargo, la propia Corte ha establecido que sus fallos no son de aplicación obligatoria para los tribunales inferiores, los cuales pueden apartarse de un precedente si sus argumentos para decidir un caso tienen sustancia suficiente como para modificar el criterio del superior. Eso está en la naturaleza de la actividad judicial.

Pues bien, al integrar el bloque de constitucionalidad, los pactos de derechos humanos mencionados en el art. 75 inc. 22 abrieron camino para que los jueces realicen además un control de convencionalidad. Téngase en cuenta que la adhesión de Argentina a la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) conlleva el reconocimiento de las funciones y competencias de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), instituidas en aquella³⁴.

Citando a S. Palacio de Caero, A. Rodríguez (Barbarán, 2018, p. 182) expone que el control de convencionalidad es “un parámetro interpretativo idóneo para la hermenéutica internacionalista, que busca establecer el sentido y el alcance de todos los pactos, tratados y convenios internacionales que obligan al estado”. Así expuesto, aparece como complemento del control de constitucionalidad en cuanto a la proyección internacional de la legislación interna.

Pero en el caso americano no se trata solo de la obligatoriedad de los fallos de la CIDH, sino —agregados con el tiempo— de las recomendaciones, opiniones consultivas e informes, tanto suyas cuanto de la Comisión. Esa posibilidad se plasmó igualmente en sentencias de la CSJN, al punto de dividir a nuestra doctrina constitucionalista.

A. Bianchi (2010), adherente a la posición “soberanista” (que compartimos), considera

³⁴ Mencionada corrientemente como Pacto de San José de Costa Rica, texto adoptado el 22 de noviembre de 1979. Argentina adhirió por Ley 23054 del 27 de marzo de 1984, apenas recuperado el Estado de derecho.

que hay —en términos genéricos— tres tendencias entre los especialistas argentinos: 1) quienes sostienen “sin formular reservas ni reparos, que la interpretación de la CADH por parte de la CIDH es vinculante para nuestros tribunales”; 2) los que se encuentran en similar postura, “pero con alguna reserva”; y 3) aquellos para los cuales la jurisprudencia de la CIDH es una guía sin efecto vinculante. Va de suyo que en las tres tendencias hay destacados académicos de dilatada y reconocida trayectoria. Por razones de tiempo y espacio comentaremos dos ensayos que, a nuestro criterio, representan posturas opuestas.

Siguiendo entonces con Bianchi, este aclara que, al ser Argentina un Estado parte del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, la fuerza vinculante de los fallos de la Corte Interamericana solo aplicará a los casos en que ella sea parte, conforme lo prevé el art. 68 de la CADH. En los casos en que Argentina no sea parte del proceso, la jurisprudencia supranacional carece de fuerza vinculante para todas las instancias judiciales del país; ello sin perjuicio de evaluar la pertinencia de los precedentes de la CIDH, a los que podría seguir incluso la CSJN “(...) si entiende que tales precedentes resultan de aplicación”.

Y agrega sin ambagos:

Definido sin dar muchos rodeos, se trata del control de la supremacía de la CADH sobre las normas de derecho interno y, según la interpretación y alcances que le demos, puede ser tanto un simple e inofensivo juego de

palabras, como el peligroso abandono de nuestra soberanía en el orden judicial,

ya que la Corte Interamericana es concluyente al imponer que “(...) el Poder Judicial [de los Estados] debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana” (Bianchi, 2010).

Adviértase también que los criterios “guías” de la CIDH para una cabal aplicación e interpretación de la CADH se extienden a todos los tratados de derechos humanos actuales y futuros en que Argentina sea parte. De allí el riesgo de que un tribunal internacional monocolor e ideologizado interfiera en la política judicial o en políticas de gobierno, en cuanto a la interpretación y alcance de los derechos humanos según los valores de nuestra idiosincrasia³⁵. A esto se refería el profesor Orrego Vicuña (2004) al expresar preocupación por las limitaciones impuestas, de facto, a la voluntad soberana de los Estados.

El otro autor que aludiremos en esta ocasión es N. P. Sagüés, adherente de la postura contraria, cuyos argumentos están vertidos en el ensayo referenciado en el apartado bibliográfico.

Sagüés establece conexiones entre ambos controles, entendiendo que el de convencionalidad constituye una exigencia derivada de nuestro carácter de Estado parte de la Convención Americana y el sistema tuitivo establecido en ella, proponiendo la tesis de los dos eslabones consecutivos, “simbiosis entre los dos controles, en torno a la noción de la *constitución*

³⁵ Un caso modélico ocurrió con el fallo “La última tentación de Cristo”, que obligó a Chile a reformar su Constitución, que reconocía la censura previa, por entender la CIDH que eso implicaba una violación del Pacto de San José de Costa Rica en materia de libertad de expresión. Algo parecido ocurrió con el doloroso caso “María Claudia García Iruretagoyena Casinelli de Gelman vs. Uruguay” (24/02/2010) y la vigencia de la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado (Ley 15848), confirmada por dos referéndum, declarando la CIDH que Uruguay “había incumplido la obligación de adecuar su derecho interno a la Convención Americana, como consecuencia de la interpretación y aplicación” dada a dicha ley respecto de graves violaciones de derechos humanos.

convencionalizada” (la cursiva es del original), propuesta que considera, con realismo, “necesariamente polémica”. El control de convencionalidad guarda paralelismo con el control de constitucionalidad.

Considerando que el control judicial de constitucionalidad posee mucha más historia y desarrollo que el control de convencionalidad, rescata su función de “tutelar la supremacía de la constitución por sobre el derecho subconstitucional (leyes, decretos, reglamentos, resoluciones, sentencias incluso)”, reafirmando que, en rigor, *todos los jueces son jueces constitucionales*. Asume que la CIDH ha fundamentado en sus sentencias que los jueces nacionales están obligados al control de convencionalidad por aplicación de principios generales del derecho (fuentes de derecho internacional, recuérdese) tal el caso de *pacta sunt servanda*, buena fe y efecto útil³⁶ de los tratados.

Asimismo entiende que no cabe sino “afianzar la supremacía de las convenciones y tratados de derechos humanos”, por la sencilla razón de que en nuestro orden legal poseen un estatus superior a las leyes (art. 75 inc. 22, primer párrafo) y en tanto sean más favorables para las personas; además, el control de convencionalidad permite afianzar la autoridad de la Corte Interamericana y de la Convención misma.

En resumen, para Sagüés e igualmente sin ambages,

... el control de constitucionalidad no puede realizarse con independencia del control de convencionalidad, sino que debe partir de una constitución “convencionalizada”, vale decir, de una constitución acorde con el

Pacto de San José y con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, lo que implica: (i) una constitución *depurada* de ingredientes anticonvencionales; (ii) una constitución *conformada y completada* con ingredientes convencionales decisivos para el núcleo esencial de los derechos enunciados en ella. En otras palabras, la *constitución convencionalizada* es una constitución opuesta a la *constitución autista* que algunos nostálgicos, o desinformados, todavía usan. (La cursiva es del original)

No podemos confirmar que hoy en día las diferencias se hayan matizado o sigan absolutas e irreconciliables, pues ambas son posiciones académicamente fundadas, por lo que en algún momento cada juez o letrado deberá realizar su opción. De todos modos, el caso “Fontevichia y D’Amico vs. Rep. Argentina”, de febrero de 2017, representó un retorno a la posición “soberanista” al rechazar que la Corte Interamericana fuese una cuarta instancia para revisar fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación³⁷.

ALGUNAS CONCLUSIONES

Provisorias, así bien mirado. Y si —como señalamos al principio— vivimos sucesos peligrosos en un mundo en transición geopolítica, estas conclusiones seguirán provisionales hasta la conformación de multipolos, más allá de la insistencia de los Fukuyama de este mundo. ¿Cuánto tardará eso? Imposible precisarlo. Pensemos que si la globalización no es una ideología sino un hecho histórico, el orden

³⁶Se trata de una regla de interpretación de un tratado: cuando se analizan sus disposiciones de un tratado hay que optar por los efectos prácticos o la utilidad de la norma en cuestión.

³⁷Véase <https://www.cij.gov.ar/nota-24822-La-Corte-sostuvo-que-la-Corte-Interamericana-de-Derechos-Humanos-no-puede-revocar-sentencias-del-M-ximo-Tribunal-argentino.html>.

multipolar será consecuencia de una construcción política de Estados o grupos de Estados, juego de poder monumental que también necesita del derecho internacional. Tal el escenario actual para este autor.

Cabe señalar que tanto las referencias sobre la paradiplomacia y su relación con el art. 124 de la CN, como el debate en torno del control de convencionalidad, han sido presentados al solo efecto de corroborar cómo el derecho internacional y el derecho interno están en constante interacción, más allá de los resultados por acción u omisión.

Por todo lo expuesto, acá vamos:

1. La globalización obligó mirar las relaciones internacionales desde una perspectiva amplia y sin preconceptos, dogmatismos o utopismos.
2. Asumiendo la transición a un mundo multipolar, el derecho internacional debe respetar los caracteres elementales de la soberanía estatal y los principios de derecho internacional general construidos en el decurso de siglos, para definir un nuevo de equilibrio poder que garantice la paz y seguridad internacionales.
3. Considerar un compromiso solemne y universal para sostener tres principios indeclinables del sistema de las Naciones Unidas: 1) prohibición del uso o amenaza de uso de la fuerza contra la soberanía, integridad territorial e independencia política de cualquier nación, 2) solución pacífica de controversias, 3) cooperación internacional.
4. Un orden internacional estable y previsible será difícil de lograr solo con buenas intenciones expresadas en reuniones multilaterales, si cada país no hace esfuerzos *ad intra*. En todos los continentes se advierte una constante disminución de la legitimidad de la representación política, lo cual —tarde o temprano— repercute en las relaciones con los vecinos y más allá.
5. Si bien cabe irrestricto respeto por los principios de autodeterminación y no intervención en los asuntos internos, los gobiernos nacionales deben garantizar la gobernabilidad interna para consolidar la paz mundial creando las condiciones necesarias para una representatividad política auténtica y responsable.
6. Estos basamentos esenciales requieren un acuerdo universal en torno a la seguridad colectiva, que inhiba para siempre la amenaza o el uso de todo tipo de armas de destrucción masiva y, a la vez, habilite un procedimiento eficiente y operativo de acceso a instancias preventivas que remplacen o perfeccionen los capítulos VI y VII de la CONU.
7. Los episodios expuestos en la Introducción y en los apartados I y II de este trabajo, respecto de las modificaciones estructurales ocurridas en la política mundial desde 1648 a la fecha, exponen aspectos positivos (avances científicos) y negativos (guerras internas y externas, principalmente). Las tensiones nacionales e internacionales actuales solo se evitarán apostando a que ciencia y tecnología aborden y resuelvan problemáticas de urgente atención³⁸.
8. Cabe trabajar sin prisa y sin pausa —en el marco de la Comisión de Derecho Interna-

³⁸ Cuestiones básicas: hambre y pobreza; protección de mujeres, niños y ancianos vulnerables; cambio climático; transición energética; territorios y aguas polares; fondos marinos y oceánicos; espacio ultraterrestre; inteligencia artificial; biotecnología; conectividad en general y comunicaciones satelitales en particular; financiamiento de actividades productivas y límites a la especulación financiera; armamentismo; todo ello para atender sin imposiciones ni condicionamientos ideológicos o de cualquier otro tipo.

cional y en ámbitos académicos de todos los sistemas jurídicos del mundo— en la reformulación, ampliación e incorporación de principios de derecho internacional general para complementar los descriptos de la Resolución 2625 de la AG XXV.

9. Las nuevas “reglas de juego” necesitarán reconocimiento estatal por medio de tratados en la línea del desarrollo progresivo y codificación del derecho internacional. La fragmentación del derecho internacional y el *soft law* deben observarse con atención, para no entorpecer el proceso principal debilitando la voluntad soberana.
10. La actual redacción de nuestra Constitución nacional reformada satisface las necesidades internas y externas de la Nación Argentina, aunque otra cosa sea que la respetemos e implementemos cabalmente.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Álvarez, J. (1966). *Las guerras civiles argentinas*. EUDEBA.
- Barbarán, G. E. (Dir./Comp.) (2018a). *ZICOSUR, oportunidad para el Norte Grande Argentino. Análisis y proyección de la Zona de Integración del Centro Oeste Suramericano*. EUCASA.
- (Dir./Comp.) (2018b). *La persona humana ante el derecho internacional. Derechos humanos y derecho internacional humanitario*. EUCASA.
- (Dir./Comp.) (2016). *Fundadores del derecho internacional*. EUCASA.
- Bianchi, A. (2010, 23 de septiembre). Una reflexión sobre el llamado control de convencionalidad. *Suplemento Constitucional 15 - La Ley* 2010-E, 426.
- Bidart Campos, G. J. (2000). *Manual de la Constitución reformada*. Tomo II. EDIAR S.A.
- Del Toro Huerta, M. (2006). *El fenómeno del soft law y las nuevas perspectivas del derecho internacional*. <https://www.redalyc.org/pdf/4027/402740621012.pdf>.
- Conforti, B. (1995). *Derecho Internacional*. V de Zavalía Editor.
- Curvale, P. (2019 enero-junio). La articulación entre el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto y las Provincias argentinas, en un contexto de federalización de la Cooperación Descentralizada. *Revista Integración y Cooperación Internacional* (28).
- Cusipuma Frisancho, J. R. (2010). *El posicionamiento de las entidades sub-nacionales en el escenario internacional* [Ponencia]. Jornadas de Relaciones Internacionales “Poderes emergentes: ¿Hacia nuevas formas de concertación internacional?”. Área de Relaciones Internacionales. FLACSO, 20 y 21 de septiembre de 2010.
- Drnas, Z. (2012). Derechos especiales/regímenes autónomos y el derecho internacional, en Cardona Llorens, J. y otros, *Estudios de derecho internacional y de derecho europeo en homenaje al profesor Manuel Pérez González*. Tirant lo Blanch.
- (s.f.). *Los principios generales del DIP, base del orden público internacional*.
- Fukuyama, F. (1992). *El fin de la Historia y el último hombre*. Planeta.
- Galán Martín, A. (2015, 15 de junio). *La Paz de Westfalia (1648) y el nuevo orden internacional*. Universidad de Extremadura, Facultad de Filosofía y Letras, Dpto. de Historia.
- Gelli, M. A. (2013). *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*. Tomo II. La Ley.
- Jellinek, G. (1954). *Teoría General del Estado*. Ed. Albatros.
- Jiménez García, F. (2010). El derecho internacional como necesidad y factor social. Reflexiones sobre su fundamento, concepto y método. *Revista Española de Relaciones In-*

- ternacionales, (2). <https://burjc.digital.urjc.es/handle/10115/5829>.
- Koskenniemi, M. (2005). *El discreto civilizador de naciones*. Ciudad Argentina - Universidad Complutense.
- Lanús, J. A. (1984). *De Chapultepec al Beagle. Política exterior argentina: 1945-1980*. EMECÉ.
- Oddone, N., Rubiolo, F. y Calvento, M. (2020). Paradiplomacia y relaciones internacionales: de la práctica hacia su curricularización en Argentina. *Oasis*, 32, 63-84. <https://doi.org/10.18601/16577558.n32.06>
- Orrego Vicuña, F. (2004 jul-sept.). Creación del derecho en una sociedad global: ¿Importa todavía el consentimiento? *Revista Chilena de Estudios Internacionales*, 3(146) .
- Pisani-Ferry, J. (2021, 30 de septiembre). *La conquisista geopolítica de la economía*. Project Syndicate. <https://www.project-syndicate.org/commentary/geopolitics-is-trumping-economics-by-jean-pisani-ferry-2021-09>.
- Podestá Costa, L. y Ruda, J. M. (1979). *Derecho Internacional Público*. Tomo I. TEA.
- Prieto Arellano, F. (2023). *Retorno a Westfalia. El callejón sin salida del orden internacional tras la guerra de Ucrania*. Instituto Español de Estudios Estratégicos.
- Remiro Brotons, A. (2004, enero). ¿Nuevo Orden o Derecho Internacional? *Circunstancia*. *Revista de Ciencias Sociales del Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset* (3), año I. <http://www.ortegaygasset.edu/fog/ver/379/circunstancia/ano-i---numero-3--enero-2004/ensayos/-nuevo-orden-o-derecho-internacional->
- (2001). Desvertebración del derecho internacional en la sociedad globalizada. [Extracto de la introducción del curso general de Derecho internacional de los Cursos Euro-mediterráneos]. *Bancaja de Derecho Internacional*, V.
- Remiro Brotons, A. y otros. (2020). *Derecho Internacional. Curso general*. Tirant Lo Blanch.
- Rey Caro, E. y Salas, G. (2006). *Tratados y textos internacionales*. 4.ª Edición. Ed. Advocatus.
- Rey Caro, E., Salas, G. y Drnas de Clement, Z. (1995). *Los tratados internacionales y la Constitución Nacional*. M. Lerner Editora.
- Ruda, J. M. (2010). El desarrollo progresivo del derecho internacional y su codificación en la Carta de las Naciones Unidas. *Academia. Revista sobre la Enseñanza del Derecho* (16), año 8. Facultad de Ciencias Jurídicas UBA.
- Sagües, N. (s.f.). *Empalmes entre el control de constitucionalidad y el de convencionalidad. La Constitución convencionalizada*.
- Stoye, J. (1971). *El despliegue de Europa, 1648-1688*. Siglo XXI Editores S.A.
- Verdross, A. (1974). *Derecho internacional público*. Ed. Aguilar.
- Zeraoui, Z. (2011). La diplomacia paralela y las relaciones internacionales de las regiones. *Desafíos*, 23(1), 59-96. Universidad del Rosario.

Gustavo Enrique Barbarán

Perfil académico y profesional: Abogado por la Universidad Nacional de Buenos Aires. Profesor de Ciencias Jurídicas por la Universidad Nacional de Salta. Profesor emérito de la Universidad Católica de Salta (UCaSal). Investigador independiente categoría "A" por la UCaSal. Miembro fundador del Instituto de Derecho Internacional de la UCaSal. Miembro titular de la Asociación Argentina de Derecho Internacional (AADI) y del Consejo de Redacción del Anuario Argentino de Derecho Internacional. Coordinador, director y autor de obras académicas y de difusión. voqueran@gmail.com
Identificador ORCID: 0009-0004-1482-6150



El revés de la trama sobre el debate de la última palabra jurisdiccional. ¿Repliegue de la protección multinivel de los derechos fundamentales?

The plot twist on the the last jurisdictional word debate. Withdrawal of the multi-level protection of fundamental rights?

Paula Soledad Suárez¹

Resumen

En oportunidad de rendir homenaje a nuestro plexo jurídico de base por los treinta años desde su última reforma, consideramos abordar en este artículo el tema de los tratados internacionales de derechos humanos que han sido incorporados a nuestro derecho positivo interno mediante el artículo 75 inciso 22 y la correspondiente protección multinivel de los derechos fundamentales dentro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Con motivo de situaciones de conflicto que genera el comportamiento de los justiciables, que deben ser juzgadas en el ámbito de los Estados adheridos a diversos pactos internacionales, han surgido en los últimos tiempos dificultades para dilucidar quiénes son los jueces que deben intervenir en última instancia para resolver tales controversias.

La complejidad reside en que dichos Estados, al tiempo del juzgamiento, se amparan, muchas veces, en normas de orden interno que hacen a la denominada "identidad constitucional" del Estado.

Ahora bien, el problema se suscita cuando esa denominada "identidad" entra en conflicto con principios volcados en el tratado, pero también cuando existen controversias acerca de cuál es el órgano que debe resolver esa cuestión, de tal manera de validar la decisión en el ámbito interno de cada na-

Abstract

On the occasion of paying tribute to our basic legal plexu for the thirty years since its last reform, we consider addressing in this article the issue of international human rights treaties that have been incorporated into our domestic positive law through article 75, paragraph 22. and the corresponding multilevel protection of fundamental rights within the interAmerican system.

Due to conflict situations generated by the behavior of defendants, which must be judged within the scope of the States adhering to various international agreements, difficulties have arisen in recent times to clarify who are the judges who must intervene in the last instance to resolve such disputes. The complexity lies in the fact that these States, at the time of the trial, often rely on internal regulations that make up the so-called "constitutional identity" of the State.

However, the problem arises when this so-called "identity" comes into conflict with principles included in the treaty, but also when there are disputes as to which is the body that should resolve that issue, in such a way as to validate the decision within the internal sphere of each nation and in the scope of the international community to which it belongs.

Derecho/ Ensayo científico

Citar: Suárez, P. S. (2024). El revés de la trama sobre el debate de la última palabra jurisdiccional. ¿Repliegue de la protección multinivel de los derechos fundamentales? *Omnia. Derecho y sociedad*, 7 (2), pp. 95-116.

¹ Universidad de Buenos Aires (UBA).

ción y en el ámbito de la comunidad internacional a la que pertenece.

Palabras claves: supremacía constitucional - tratados internacionales - diálogo jurisdiccional - protección multinivel de derechos

Keywords: constitutional supremacy - international treaties - jurisdictional dialogue - multilevel protection of rights

INTRODUCCIÓN

En oportunidad de rendir homenaje a nuestro plexo jurídico de base por los treinta años desde su última reforma, consideramos abordar, en este artículo, el tema sobre los tratados internacionales de derechos humanos que han sido incorporados a nuestro derecho positivo interno por medio del artículo 75 inciso 22 y la correspondiente protección multinivel de los derechos fundamentales dentro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.

Con motivo de situaciones de conflicto que generan el comportamiento de los justiciables que deben ser juzgadas en el ámbito del ejercicio de la facultad jurisdiccional de los Estados y en virtud de que tales conductas se encuentran regidas por normativa de carácter fundamental —constitucional— que ampara a aquellos, han surgido en los últimos tiempos dificultades para dilucidar quiénes son los jueces que deben intervenir, en última instancia, para resolver tales conflictos.

La complejidad, en ese marco de situación, reside esencialmente en que los estados nacionales que han celebrado distintos acuerdos internacionales de colaboración para la consecución de determinados objetivos —y, particularmente, para la persecución contra los contraventores de dicha normativa—, al tiempo del juzgamiento se amparan en normas de orden interno y los principios esenciales que contienen sus normas constitucionales que hacen a la denominada “identidad constitucional” del Estado.

En tal sentido, consideramos indispensable a los fines de ampliar lo antes afirmado desarrollar en el presente la doctrina de los contralímites, abordándola desde la jurisprudencia europea (con mayor énfasis en el caso italiano) e interamericana (con especial referencia al caso argentino, luego de la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en “Fontevicchia”).

Advertimos que, en el proceso de incorporación de los Estados nacionales al sistema político conocido como Estado constitucional de derecho, estos lo han hecho en distintos tiempos y con diverso alcance, respetando el origen histórico, social, político y cultural de cada uno de ellos; lo que se predica como identidad propia de cada Estado que, claramente, es diferente.

Asimismo podemos señalar, sin temor a equivocarnos, que en el denominado proceso del constitucionalismo que dio lugar a la formación del Estado constitucional de derecho, este se ha dado en las distintas naciones. Asimismo podemos señalar, sin temor a equivocarnos, que el denominado proceso del constitucionalismo que dio lugar a la formación del Estado constitucional de derecho en las distintas naciones, producto del contagio del proceso histórico originado primero en algunos Estados y, luego, se fue extendiendo a otros en distintos momentos, no solo adoptaron e incorporaron los principios básicos de aquel movimiento, sino que, la mayoría de las veces, perfeccionaron y ampliaron el alcance de tales principios.

Vale citar como ejemplo que si bien el proceso del constitucionalismo se originó en el

tiempo con anterioridad en Inglaterra, incorporando principios como el de representación, la idea de la Constitución como norma que regula el ejercicio del poder y el *bill of rights*, con posterioridad, en el proceso del Estado nacional de los Estados Unidos de Norteamérica, se imaginaron otros principios y otros mecanismos o estructuras políticas que parecen haber “mejorado” aquellos generados en el proceso inglés.

Ahora bien, con el correr del tiempo y consolidado ya en la mayor parte del mundo tal Estado constitucional de derecho, por diversas circunstancias de orden político y de relaciones pacíficas o de conflicto entre las distintas naciones, surge un movimiento donde estas firman acuerdos internacionales o pactos de unión en algunos casos de muy avanzado alcance que regulan los derechos, pero también los principios básicos y mecanismos que tienen como objetivo relaciones de colaboración institucional, sin perjuicio de apuntar a la protección de los derechos de las personas.

Un ejemplo avanzado de tales acuerdos es el dado en la Comunidad Europea, donde se han generado instrumentos que sujetan a los Estados al cumplimiento de distintas obligaciones que asumen frente a la comunidad internacional que los comprende.

En principio, ello supone claramente una restricción de las facultades soberanas de los Estados nacionales que se ven obligados a cumplir los compromisos internacionales asumidos, mas es de toda evidencia que si bien se ha avanzado en la construcción de organizaciones internacionales, también en los últimos tiempos han resurgido, peligrosamente, ciertos vestigios de un nacionalismo que pone énfasis en el respeto a la “identidad constitucional”, es decir, aquello que es propio y singular de cada Estado, que identifica los deseos y objetivos de la comunidad consagrados en su texto constitucional, que no

hace más que plasmar su historia y cultura — que es sin dudas diferenciada de otros Estados y tiene que ver con el origen revolucionario que dio lugar a la conformación de aquel, en lo cual influyen sus características raciales, religiosas, sociales y culturales particulares de cada comunidad—.

No desconocemos que es muy diversa la concepción del Estado del ejercicio del poder, la diversidad de la conformación orgánica funcional de cada país, el alcance dado al reconocimiento y ejercicio de los derechos y particularmente el valor y alcance que se otorgan a los principios fundamentales que se han volcado en cada una de las Constituciones, al tiempo que cada Estado nacional tiene que juzgar conductas que han generado conflictos entre particulares, o entre particulares y el Estado, y en especial cuando el sometido a juzgamiento invoca la protección que le otorga la carta fundamental nacional; pero debe destacarse que muchas veces se encuentra sometido al imperio de normativa no solo nacional, sino aquella que también lo comprende y que surge del convenio o pacto internacional que involucra al Estado al cual pertenece.

Es una verdad indiscutible que el Estado nacional, en el ejercicio de sus facultades soberanas, ejerce la función jurisdiccional en plenitud y el órgano judicial siempre está constreñido a respetar la normativa del Estado donde cumple sus funciones, y particularmente aquella de carácter fundamental que hace a su “identidad constitucional”.

El problema se suscita cuando esa denominada “identidad” entra en conflicto con principios o derechos volcados en el instrumento internacional que integra la comunidad a la que se ha incorporado, pero también con cuál es el órgano que debe despejar o resolver la cuestión que se suscita, de tal manera de validar la decisión en el ámbito interno de cada Estado

Nacional y en el ámbito de la comunidad internacional a la que pertenece.

Lo peligroso de ello es que no se trate de solapar, con la idea legítima de una “identidad constitucional”, una “identidad nacional” que deseche todo el camino construido por el derecho internacional en la tutela de los derechos fundamentales.

No se puede dejar de señalar que si la facultad jurisdiccional está otorgada en cada nación a un determinado órgano y este en representación del Estado Nacional pretende tener la última palabra —porque ello implica el respeto a la facultad soberana del Estado de ejercer una función propia de toda comunidad organizada—, se debe buscar la solución a un posible conflicto que se pueda suscitar, como ya ha sucedido, cuando la decisión emanada del órgano nacional interpretando la distinta normativa nacional o internacional debe resolver la posible controversia con principios que hacen a la ya mencionada “identidad constitucional” y que confrontan no solo con disposiciones del pacto internacional o con las facultades otorgadas a un órgano internacional sino también con facultades jurisdiccionales que tienen una interpretación diversa tanto para la decisión como para su contenido.

La pregunta por responder es quién tiene, en ese diálogo judicial multinivel, la última palabra. Allí aparece claramente la situación que se esconde detrás de la cuestión que nos ocupa, ¿hasta dónde llega la facultad soberana del Estado Nacional?, ¿qué alcance cabe dar al compromiso internacional asumido, si restringe o no esa facultad soberana que se sigue reconociendo a cada Estado nacional y alcanza a cada uno de sus habitantes o miembros de la comunidad? O ¿la limitación a esas facultades soberanas que surge del acuerdo internacional obliga al Estado Nacional y a sus habitantes a adecuarse a la normativa internacional más

allá del contenido de su identidad constitucional? Y, por otra parte, ¿cuál es el órgano habilitado para hacer primar la última palabra en el conflicto sujeto a juzgamiento?

Intentaremos responder algunos de estos interrogantes a lo largo del presente trabajo.

Sin perjuicio de ello, corresponde adelantar que más allá de cuál sea el órgano que tiene, o pretenda tener, la última palabra, se viene dando en los ámbitos jurisdiccionales un fenómeno/mecanismo enriquecedor para la tutela y el fortalecimiento de los derechos fundamentales, que es el definido como “diálogo jurisprudencial”, tal como se podrá observar a lo largo del presente con la mención de las distintas sentencias, tanto en la órbita europea como en la interamericana.

Resulta de vital importancia que la comunidad académica siga dando estos debates en pos de alcanzar un *ius commune* regional o internacional que permita la máxima tutela de los derechos fundamentales de todas las sociedades, haciendo prevalecer siempre a la dignidad humana como valor rector irrenunciable e intocable.

LA DOCTRINA ITALIANA DE LOS CONTRALÍMITES. IDENTIDAD CONSTITUCIONAL. ÁMBITO EUROPEO E INTERAMERICANO

La teoría de los contralímites en el ámbito europeo. El caso italiano

En líneas generales, en las relaciones que se dan entre los ordenamientos jurídicos nacionales y supranacionales, es el ámbito o el orden jurídico nacional el que suele ceder frente al derecho internacional y supranacional.

Sin embargo, se ha destacado por varias cortes europeas —como la alemana y la italiana— el principio de los contralímites, es decir, donde el ordenamiento internacional y supra-

nacional tiene que dar un paso atrás cuando se habla de principios constitucionales nacionales básicos a los que no se considera posible someter a una ponderación con el derecho internacional, en cuanto a principios constitucionales nacionales irrenunciables.

El constitucionalista Jorge A. Amaya —basándose en las opiniones de Giuseppe Ferrari, así como de Simona Polimeni (2018)—, afirma:

...la teoría italiana de los contra-límites encontró una de sus primeras acepciones en 1973 en Italia, cuando Paolo Barile utilizó la expresión de “contralimitaciones” para referirse a los instrumentos con los cuales el orden constitucional italiano habría protegido sus principios fundamentales ante la apertura del ordenamiento jurídico nacional al renovado sistema de relaciones entre los Estados después de la Segunda Guerra Mundial. (Amaya, 2020)

Recordemos que las sociedades, luego del mencionado hito histórico, respiraron más libertad, se abrieron—en términos de la teoría de Ralf Dahrendorf— a principios y valores comunes de derechos, de libertad, de dignidad; por tanto, cerrar esas puertas en nombre de los contralímites o de una no clara genérica “identidad constitucional” parece una operación muy peligrosa, pudiendo caer en lo que el maestro italiano Luca Mezzetti denomina en sus clases magistrales como “autarquía constitucional” o “autarquía de valores” (Mezzetti y Arcaro Conci, 2015).

En ese orden de consideraciones, podemos advertir que “la noción de identidad constitucional tiene íntima relación con la teoría de los contralímites. La identidad constitucional sería el fondo, la sustancia; y la teoría de los contra-límites la forma o la herramienta procesal y argumentativa para su reconocimiento y protección” (Amaya, 2020).

Luego, las cortes constitucionales nacionales, tal vez para no hablar de contralímites, o imponer un rechazo llano de determinados principios, derechosos procedimientos elaborados a nivel supranacional, han elaborado el concepto de identidad constitucional, que se trata según aquellos tribunales de justicia de un conjunto de principios, valores, derechos que representan el corazón de los principios y valores constitucionales fundamentales que forman la base esencial del sistema nacional.

Pero no se trata solo de principios o valores de rango o nivel constitucional, se trata también de principios o valores procedentes del derecho ordinario. Un ejemplo de esto lo configura el precedente jurisprudencial italiano “Taricco”, como veremos más adelante.

Lo cierto es que debemos señalar que la identidad constitucional no puede ser una herramienta para que los nuevos nacionalismos tengan por objeto bloquear, bajo la argumentación diseñada anteriormente, la aplicación de una decisión internacional. Esto podría, como bien afirma el profesor Mezzetti con absoluta claridad, no solo cerrar fronteras sino —aún peor— “cerrar cabezas”.

En igual orden de ideas se expresa el mencionado constitucionalista Amaya, quien sostiene:

...delinear la identidad constitucional es un reto para la teoría constitucional moderna, ya que siempre encierra el riesgo de que sirva para justificar una nueva era de fuertes nacionalismos, por lo cual no debe confundirse la identidad constitucional que se enmarca dentro de la teoría constitucional con la identidad nacional que se encuadra en la ciencia política y en la sociología jurídica. (Amaya, 2020)

El derecho internacional de los derechos humanos, en la perspectiva dual —recuerda el

destacado profesor Antônio Augusto Cançado Trindade—, ha dejado de ser como lo llamaban los romanos derecho *ius intergentes*, el derecho entre los pueblos, o el derecho internacional puro que regula las relaciones entre naciones, para convertirse definitivamente en *ius gentium*, el derecho de los pueblos; en el sentido del derecho que regula y afirma solemnemente principios, valores, derechos comunes a todas las culturas de la humanidad (Cançado Trindade, 2013).

Sin perjuicio de ello, la teoría de los contralímites que comenzó a utilizarse en las cortes nacionales europeas tímidamente como una advertencia o una especie de amenaza, ya se aplica fuertemente por parte de alguna jurisprudencia. Así, y solo a modo de ejemplo, citaremos algunos casos jurisprudenciales para ilustrar lo expuesto.

Uno de los primeros precedentes italianos que podemos mencionar es el caso “Frontini” (1973), mediante el cual de manera expresa se afirma que las limitaciones a la soberanía que se derivan del Tratado de Roma de 1957 “podrían conllevar a los órganos de la CEE² un poder inadmisibles para violar los principios fundamentales de nuestro orden constitucional, o los derechos inalienables de la persona humana” (Corte Constitucional Italiana, 1973). En similar sentido se expidieron los jueces constitucionales en los casos “Granital” (1984) y “Fragd” (1989). Si bien en estos precedentes solo se exhibe la doctrina de los contralímites sin su efectiva aplicación, encontramos otros casos que van más allá y donde se materializa en concreto dicha doctrina con más fuerza y precisión.

Tal es el caso de la Sentencia 238/2014, de fecha 22 de octubre, de la Corte Constitucional Italiana. Allí, un grupo de ciudadanos italianos

reclamó una indemnización por los daños que la Segunda Guerra Mundial les había ocasionado como deportados y obligados a labores forzadas por el Tercer Reich y luego el Estado alemán.

La Corte, en dicho precedente, menciona otros casos jurisprudenciales, así cita:

... el Tribunal de Florencia recuerda que, desde una sentencia anterior (48/1979), el Tribunal Constitucional ha sostenido que, en caso de conflicto entre normas generalmente reconocidas del derecho internacional (incorporado al ordenamiento jurídico italiano en virtud del artículo 10, apartado 1 de la Constitución) y los principios fundamentales del ordenamiento jurídico italiano, prevalecerán estos últimos. En sentencia posterior (Sentencia 73/2001), este Tribunal (...) reafirmó el principio de que “la tendencia del ordenamiento jurídico italiano a estar abierto a las normas reconocidas del derecho internacional y de los tratados internacionales está limitada por la necesidad de preservar su identidad; así, en primer lugar, por los valores consagrados en la Constitución”.

Finalmente, declara la inconstitucionalidad del artículo 3 de la Ley 5 de 14 de enero de 2013 (Adhesión de la República Italiana a la Convención de las Naciones Unidas sobre Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y sus Bienes, así como disposiciones para la modificación del ordenamiento jurídico interno); asimismo, declara la inconstitucionalidad del artículo 1 de la Ley 848 de 17 de agosto de 1957 (Ejecución de la Carta de las Naciones Unidas, firmada en San Francisco el 26 de junio de 1945), en lo que se refiere la ejecución del artículo 94 de la Carta de las Naciones Unidas,

² Comunidad Económica Europea.

exclusivamente en la medida en que obliga al juez italiano a cumplir la sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 3 de febrero de 2012, que exige que los tribunales italianos nieguen su competencia en caso de actos de un Estado extranjero que constituyan crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, en violación de derechos humanos inviolables; y, por último, declara infundada la cuestión de constitucionalidad de la norma “creada en nuestro ordenamiento jurídico por la incorporación, en virtud del artículo 10, párr. 1 de la Constitución”, del derecho internacional consuetudinario de inmunidad de Estados de la jurisdicción civil de otros Estados.

De otro lado, se encuentra el reconocido caso “Taricco”. Acá, frente a una consulta que se había realizado, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ordena al juez italiano la no aplicación de los artículos 160 y 161 del Código de Procedimiento Penal italiano sobre la prescripción de la acción penal, ya que consideraron que aquellos eran contrarios a la legislación de la Unión Europea.

En Italia, recordemos, el instituto de la prescripción penal es de derecho penal sustancial, no procesal. La Unión Europea tiene una idea diferente, incluso contraria. Según la ley italiana y lo que reconoció la Corte Constitucional Italiana la prescripción es un instituto sometido rigurosamente al principio de legalidad penal y, por lo tanto, forma parte de la “identidad constitucional”; pero según el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no, es procesal y por tanto con ciertas garantías puede ser sometido al principio de retroactividad, de la modificación mediante ley o acto administrativo.

Por tanto, la Corte Constitucional Italiana, mediante la pluma de un destacado profesor de derecho penal que en ese momento era el presidente de la Corte, el profesor Lattanzi, sin atacar el Tribunal de Justicia de la Unión Euro-

pea, pero mediante una sentencia muy firme, ha declarado que el instituto de la prescripción penal no es procesal y que, por tanto, se debe regir según los principios básicos de la identidad constitucional o jurídica italiana.

Finalmente, por medio de la Sentencia 115/2018 de la Corte Constitucional Italiana, se decidió lo siguiente: por un lado, esta reclamó el papel exclusivo como único órgano jurisdiccional competente para llevar a cabo el control exigido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea; por otro, reconoció la primacía del derecho de la Unión Europea, pero a condición de que se observaran “los principios supremos del orden constitucional italiano y los derechos inalienables de la persona”. Sostuvo que el principio de legalidad en el derecho penal italiano se identificaba como un “principio supremo del ordenamiento, puesto en defensa de los derechos inviolables del individuo”, incluida la prohibición de la efectividad retroactiva de las leyes penales (como las relacionadas con la prescripción). Afirmó que, si hipotéticamente, por la aplicación del artículo 325 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea pudiese derivar una violación del principio anterior, sería un deber para la Corte Constitucional intervenir para que esto no sucediera (Amaya, 2020).

Este fenómeno de la doctrina de los contra-límites es aún más evidente si consideramos la jurisprudencia de los tribunales constitucionales del este de Europa, sentencias muy firmes e incluso “agresivas” frente al Tribunal de Justicia de la Unión Europea como, por ejemplo, el Tribunal Constitucional de Polonia.

Respecto de ese tribunal, podemos mencionar a modo ilustrativo la sentencia del 10 de marzo de 2022 (K 7/21), mediante la cual el Tribunal Constitucional de Polonia declaró la inconstitucionalidad del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que garantiza

el derecho a un proceso equitativo. Según los magistrados polacos, ese criterio es inconstitucional en cuanto permite que tanto los tribunales nacionales como el mismo Tribunal Europeo de Derechos Humanos entren a conocer de la independencia de los jueces nacionales, su proceso de nombramiento o la independencia del Consejo Nacional del Poder Judicial. Dable es señalar que un tema que venía estando bajo la lupa era la composición del citado tribunal. Ello así, pues desde la perspectiva de los estándares constitucionales e internacionales, ese tribunal podría no cumplir con las exigencias de independencia e imparcialidad.

Ya con anterioridad, mediante sentencia del 7 de octubre de 2021 (K 3/21), el Tribunal Constitucional puso en entredicho la constitucionalidad de los artículos 1, 2, 4y 19del Tratado de la Unión Europea. Su objetivo era cuestionar la última jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que detalla las exigencias de la independencia judicial y se muestra crítica con las reformas del gobierno polaco. Luego, el 24 de noviembre de 2021 el Tribunal Constitucional dictó la sentencia K 6/21. En este caso, el Tribunal polaco también cuestionó la constitucionalidad del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos en cuanto permite que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos examine la independencia del Tribunal Constitucional, declarando que su posición y competencias no permiten calificarlo como tribunal en el sentido del artículo citado. El Tribunal Constitucional incluso, en otra ocasión, le atribuyó al Tribunal Europeo de Derechos Humanos una “ignorancia del sistema jurídico polaco, incluidas las bases constitucionales fundamentales que especifican la posición, el sistema y el papel” de su Tribunal (Krzywón, 2022).

El Tribunal Constitucional, en un corto comunicado publicado en su página *web*, señala que —en principio— hay que hacer un esfuer-

zo interpretativo para evitar la colisión del derecho nacional con las normas internacionales, y enfatiza que no ha tenido más remedio que oponerse al intento de crear unas nuevas obligaciones internacionales e imponerlas a Polonia *per facta concludentia*, prescindiendo del procedimiento de modificación de un acuerdo internacional.

Como puede observarse, el Tribunal Constitucional de Polonia ha creado una herramienta que cuestiona los principios fundamentales del sistema de protección de los derechos humanos en Europa. Este tipo de pensamiento puede ser muy peligroso y —sobre todo en estos tiempos— tiene connotaciones muy negativas.

LA TEORÍA DE LOS CONTRA-LÍMITES EN EL ÁMBITO INTERAMERICANO. EL CASO ARGENTINO

Ahora bien, algo similar (aunque con sus diversos matices) está sucediendo a nivel del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.

a) La supremacía constitucional en el ordenamiento jurídico argentino

Un tema central para entender la temática que estamos abordando es el referido a la supremacía constitucional.

Recordemos que la Constitución es el reglamento básico de la convivencia social. Por tanto, es preciso recurrir a los orígenes históricos que dieron nacimiento al principio de la supremacía normativa para analizar cómo se logra la coincidencia entre la normativa básica del sistema político, con los objetivos y aspiraciones de la sociedad a la que regula, lo que permitirá que se asegure su cumplimiento, haciendo vigente el sistema democrático constitucional.

Dable es señalar que la democracia en la historia nace como una forma de gobierno donde

participa el conjunto en la toma de decisiones. Algunos doctrinarios intentaron otorgarle otro alcance y se la llegó a definir por Abraham Lincoln, en su discurso de Gettysburg, durante la guerra civil norteamericana, como el “gobierno del pueblo, para el pueblo y por el pueblo”.

Tal forma de gobierno nace frente a otros modos de concebir el ejercicio del poder —únicos admisibles hasta entonces—, como eran los sistemas aristocráticos y las monarquías o principados, en tiempos durante los que no se reconocía a todo el conjunto social el derecho ni la capacidad para gobernar.

Con la aparición de la democracia constitucional, esto es, un sistema político plasmado en una ley fundamental, que tuvo como finalidad esencial la preservación de los derechos mediante una reglamentación destinada a evitar que los poderes del Estado y sus gobiernos no los alteren con sus disposiciones, deviene —a los fines de permitir su operatividad— la idea de la representación y la concepción del gobierno de las mayorías.

Adicionalmente con el avance de los tiempos y los cambios tecnológicos, económicos, sociales e ideológicos, la idea de concebir a la democracia como sistema político se consolida como algo mucho más pretencioso y complejo que imaginar un gobierno del conjunto o de las mayorías.

Ello es así, por cuanto a continuación del cambio del paradigma que concibió la nueva forma de gobierno democrático surgen los documentos constitucionales que consagran los derechos inalienables de cada individuo, y particularmente la idea de que su protección solo se hace viable mediante la existencia de límites al ejercicio del poder.

James Bryce denominaba al principio de supremacía constitucional como la autoridad superior que poseen las constituciones rígidas frente a las otras leyes del Estado, y que actual-

mente se entiende por el carácter que ellas tienen de *lex superior*, que obliga por igual a gobernantes y gobernados (Bryce, 1901, p. 64).

De esta manera, se torna necesario el desarrollo de antecedentes nacionales e internacionales; desarrollo que nos contextualiza y nos da perspectiva de la importancia de muchos de nuestros principios constitucionales que no hacen más que preservar el orden jurídico institucional de una determinada comunidad política global.

Cabe señalar, *prima facie*, que la doctrina mayoritaria acepta que la Constitución de un Estado es un requisito ineludible para la viabilidad del nuevo paradigma, que surge con motivo de los movimientos revolucionarios que se produjeron principalmente en los siglos XVI, XVII y XVIII, cual es que la voluntad de la ley prima sobre la del gobernante.

De igual manera, es aceptado —casi sin discusión— que la Constitución es la norma superior del ordenamiento jurídico interno y que ella regula el funcionamiento de la organización estatal, otorgando facultades y competencias.

Debe tenerse en cuenta que en los antecedentes históricos —en particular, en Gran Bretaña y Francia— aparece la idea de Constitución como un instrumento necesario para poner un límite al ejercicio de las facultades de los gobernantes y que dichas facultades debían estar fuera del alcance de sus competencias en la medida en que ella —la Constitución— determinaba la limitación al poder que ejercían, y es por ello que, en las corrientes ideológicas que imperaban en esos tiempos, se trató de dar a tal instrumento jurídico una estabilidad suficiente.

Tal es la razón que determina como casi único mecanismo admisible establecer procedimientos agravados para la reforma constitucional, lo cual en algunos casos incluía la creación de un órgano especial dedicado a tal compe-

tencia (que no fuera el Parlamento u órgano legislativo) como es el caso de la Constitución argentina, en que la facultad de reforma se asigna a la Convención Constituyente, órgano de intervención extraordinario y excepcional, sin perjuicio de que su convocatoria depende de la voluntad y decisión del Poder Legislativo.

También es universalmente aceptado, sin mayores discrepancias, que tal concepto que —como se dijo— tiene su origen en los procesos revolucionarios que dieron fin a los sistemas monárquicos, y que generaron la aparición de lo que se denomina la democracia constitucional, encuentra su apoyo ideológico sustancial en la corriente racional liberal, que pone el acento en el derecho a la libertad y establece como modo de asegurarlo la existencia de una Constitución que regule y limite el ejercicio del poder.

Lo cierto es que, como afirma Peter Häberle,

... la Constitución no es solamente un orden jurídico para juristas que ellos interpretan según viejas y nuevas reglas; ella tiene una eficacia esencial también como guía para los no juristas: para los ciudadanos. La Constitución no es solamente un texto jurídico ni tampoco una acumulación de normas superiores, es también expresión de un estado de desarrollo cultural, un medio de autorepresentación de un pueblo, un espejo de su herencia cultural y un fundamento de sus nuevas esperanzas. (Häberle, 2002)

Al respecto, el académico Alberto R. Dalla Via manifiesta:

... el principio de limitación del poder y la supremacía de la Constitución (...) descansan en un sistema de creencias que da lugar al contrato social originario, para decirlo en palabras de Max Weber, la supremacía de la Constitución descansa, en definitiva, en la

creencia generalizada en una determinada legitimidad. (...) Se trata en definitiva de la cultura constitucional de un determinado pueblo, de su convencimiento en que el acatamiento a las normas es la opción más conveniente para un mejor resultado colectivo. (Dalla Via, 2011)

Es sabido que en una comunidad política global se encuentran en juego multiplicidad de normas de diferente rango jurídico y que por ello es necesaria la existencia de un orden jerárquico de tales normas. De ahí que se define a la supremacía constitucional como el orden jerárquico normativo, donde la Constitución nacional se encuentra en primer lugar; ya sea que lo grafiquemos con la conocida pirámide kelseniana o con los famosos círculos concéntricos de Sánchez Viamonte.

En la República Argentina la supremacía constitucional se encuentra establecida en el artículo 31 de nuestro plexo jurídico de base que dispone: "Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella...".

Ahora bien, claro está que para desentrañar el significado de la norma citada no alcanza solo con la literalidad de su texto, sino que deviene necesario realizar una interpretación sistemática u orgánica de manera conjunta con los artículos 5, 27, 28, 75 inc.22, 75 inc. 24, entre otros.

De tal interpretación surge, entonces, el orden jerárquico normativo donde la Constitución ocupa el primer lugar. En ese sentido, de ella se desprende la prelación de normas, esto es, tratados internacionales de derechos humanos (artículo 75 inciso 22), tratados de integración (artículo 75 inciso 24), otros tratados, leyes, decretos, etc.

Al respecto, oportuno es recordar que la expresión de bloque de constitucionalidad, cuyo origen corresponde al profesor francés Louis Favoreau y al español Francisco Rubio Llorente, ya había sido utilizada también en nuestra doctrina para explicar que la primera parte del artículo 31 contenía un “bloque” de derecho federal (Constitución más los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional) que prevalece por sobre las demás normas (Dalla Via, 2020).

Asimismo, Bidart Campos y varios autores en la doctrina que lo han seguido e, inclusive, la propia jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación han utilizado la expresión “bloque de constitucionalidad” para afirmar que el vértice de la pirámide jurídica habría sido reemplazado por un bloque que comprende a la Constitución junto con los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional, más allá de lo establecido en el artículo 75 inc. 22 en cuanto a que los tratados internacionales de derechos humanos, “(...) en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos (...)” (Dalla Via, 2020).

Ya Alberdi reclamaba en sus *Bases y puntos de partida para la organización nacional*, la concertación de tratados internacionales. Por lo tanto, siguiendo la vocación universalista proclamada en el Preámbulo y las ideas del citado jurista, el artículo 27 de la Constitución nacional señala los caracteres generales a que debe ajustarse la política argentina en materia internacional (Zarini, 1996), cuando reza que “[e]l Gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución”.

A la luz de lo expuesto precedentemente, se puede analizar el tema del control de constitucionalidad que realiza el Poder Judicial sobre los actos de los demás poderes que se encuentran en confrontación con la vigencia de los derechos fundamentales. De ahí que se denomine al control de constitucionalidad como el mecanismo para hacer efectivo el principio de la supremacía constitucional.

En nuestro sistema constitucional la tarea de control de constitucionalidad ha sido otorgada al Poder Judicial de la Nación y esa labor consiste en la verificación de la validez de los actos de los órganos y poderes del Estado a la luz de la Constitución nacional.

Sobre el tema en cuestión es importante recordar las palabras volcadas en *El Federalista*:

La interpretación de las leyes es propia y peculiarmente de la incumbencia de los tribunales. Una Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces. A ellos pertenece, por lo tanto, determinar su significado, así como el de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo. Y si ocurriere que entre las dos hay una discrepancia, debe preferirse, como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superiores; en otras palabras, debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios (...). Deberán regular sus decisiones por las normas fundamentales antes que por las que no lo son. (Hamilton et al., 2010)

Así entendidas las cosas, coincidimos con el constitucionalista chileno Núñez Leiva en cuanto a que

... el poder del Estado deriva de los derechos y no a la inversa. Y a su vez, la Constitución

proviene del pueblo. Lo cual permite fundamentar no solo la ordenación jerárquica del sistema de fuentes de derecho, otorgando la primacía a la Constitución en cuanto a norma que reconoce derechos, sino también el sistema de *checks and balances*, como medio de resguardo de aquellos y la revisión judicial de las leyes. (Núñez Leiva, 2019)

Ahora bien, no queremos dejar de mencionar al control de convencionalidad que, en nuestro sistema, no es más que el instrumento o mecanismo que se encuentra implícito en el control de constitucionalidad para el caso en que los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional —en el caso la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH)— entren en colisión con normas inferiores de nuestro ordenamiento jurídico (leyes, decretos, etc.), haciéndose prevalecer el orden de jerarquía normativa que surge del artículo 31 de la Constitución nacional.

Para Carlos Ayala Corao, el control de convencionalidad es el resultado de un “diálogo jurisprudencial entre los tribunales internacionales y las cortes nacionales que se va manteniendo hacia la adopción de parámetros comúnmente aceptados” (Ayala Corao, 2012).

Por su parte, la profesora Susana Albanese enseña que, bajo dicha figura,

... se ha intentado fijar desde larga data algunas pautas sobre la obligación de aplicar abiertamente en el ámbito interno no solo las convenciones internacionales de las que el Estado es parte sino las interpretaciones que de sus cláusulas llevaron a cabo los órganos internacionales con aptitud de obrar. (Albanese, 2015)

En palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH): “el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el

tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención” (Corte IDH, caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, 26 de septiembre de 2006, párr. 124)

De esta manera, comienzan a tomar gran relevancia en el diseño jurisdiccional argentinos los órganos internacionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), que por su impronta en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos tienen una participación decisiva en la interpretación y cumplimiento de tales derechos establecidos en los tratados o instrumentos internacionales.

En este contexto, la interpretación y protección de los derechos humanos a partir de dos sistemas independientes pero integrados, y cuya palabra final en cada uno de ellos corresponde a distintos órganos, constituye la tarea más difícil que deben afrontar los jueces en la actualidad. Dable es recordar que los tribunales argentinos —a partir de la ratificación legislativa de la Convención Americana de Derechos Humanos acaecida en 1984, y de la reforma de 1994— poseen doble fuente normativa para realizar las interpretaciones judiciales de los derechos, generándose además la necesidad de integrar la jurisprudencia nacional a la jurisprudencia internacional emanada de los órganos creados por la Convención (Corte IDH y CIDH); apareciendo, así, en la escena de la última palabra un nuevo actor protagónico que, en pocos años, ha reclamado para sí un rol principal en dicho debate (Amaya, 2019).

b) La doctrina de los contralímites en la jurisprudencia interamericana, con especial referencia al caso argentino. El precedente jurisprudencial “Fontevicchia”

En el ámbito jurisprudencial, la sentencia *vedette*, si se quiere hablar de contralímites, es el caso conocido en Argentina como “Fontevicchia”, del año 2017. Pero lo cierto es que previo a este caso existieron otros provenientes de los tribunales de Uruguay, Costa Rica, República Dominicana —solo por mencionar algunos— donde se vislumbra una fuerte resistencia al cumplimiento de mandas provenientes de los órganos internacionales.

Por ejemplo, en el caso “Gelman” (2012a), en un tema de leyes de amnistía sobre el periodo de dictadura y de desaparición forzosa de personas en Uruguay, la Corte IDH sostuvo que las leyes de amnistía son ilegítimas e incompatibles con estándares en derechos humanos en razón de que generan impunidad. Y afirma:

... la sola existencia de un régimen democrático no garantiza, *per se*, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual ha sido así considerado incluso por la propia Carta Democrática Interamericana. La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados. (Corte IDH, 2012a, párr. 239).

Por tanto, la Corte IDH declara la nulidad de la ley dictada por el Congreso de Uruguay y ratificada dos veces por plebiscito. Sin embargo, la Corte nacional con firmeza sostuvo que no se puede hacer una aplicación retroactiva de la ley, manteniendo la decisión del Congreso uruguayo.

Otro de los casos que podemos mencionar sobre la temática en cuestión es el precedente “Artavia Murillo y otros —fecundación *in vi-*

tro— vs. Costa Rica” (2012b) que se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por la afectación generada a un grupo de personas a partir de la prohibición general de practicar la fecundación *in vitro*. En este caso, la Corte IDH dispone:

El Estado debe adoptar, con la mayor celeridad posible, las medidas apropiadas para que quede sin efecto la prohibición de practicar la FIV3 y para que las personas que deseen hacer uso de dicha técnica de reproducción asistida puedan hacerlo sin encontrar impedimentos al ejercicio de los derechos que fueron encontrados vulnerados en la presente Sentencia. (Corte IDH, 2012b)

Sin embargo, el Congreso se negó a realizar tales medidas. El Poder Ejecutivo, entonces, para no incurrir en responsabilidad internacional, dicta un decreto en comunión con lo solicitado por la Corte IDH en su sentencia, pero la Sala Constitucional de Costa Rica termina declarando la inconstitucionalidad de ese decreto.

Asimismo, se puede advertir similar temperamento por parte del Tribunal Constitucional de República Dominicana. En el caso “Personas Dominicanas y Haitianas Expulsadas vs. República Dominicana” (2014), la Corte IDH dispuso, entre otras cuestiones, lo siguiente:

El Estado debe adoptar, en un plazo de seis meses contado a partir de la notificación de esta Sentencia, las medidas necesarias para que (...) [las personas involucradas en estos autos] cuenten con la documentación necesaria para acreditar su identidad y nacionalidad dominicana (...). El Estado debe adoptar, en un plazo razonable, las medidas necesarias para dejar sin efecto toda norma

³ Fecundación *in vitro*.

de cualquier naturaleza, sea ésta constitucional, legal, reglamentaria o administrativa, así como toda práctica, o decisión, o interpretación, que establezca o tenga por efecto que la estancia irregular de los padres extranjeros motive la negación de la nacionalidad dominicana a las personas nacidas en el territorio de República Dominicana (...). El Estado debe adoptar, en un plazo razonable, las medidas legislativas, inclusive, si fuera necesario, constitucionales, administrativas y de cualquier otra índole que sean necesarias para regular un procedimiento de inscripción de nacimiento que debe ser accesible y sencillo, de modo de asegurar que todas las personas nacidas en su territorio puedan ser inscritas inmediatamente después de su nacimiento independientemente de su ascendencia u origen y de la situación migratoria de sus padres. (Corte IDH, 2014)

Al respecto, la Comisión Interamericana expresó su profunda preocupación frente al pronunciamiento hecho por el Gobierno dominicano el 23 de octubre de 2014, en el sentido de rechazar la sentencia de la Corte IDH del 28 de agosto de 2014, en el caso de referencia y señala que la problemática sobre la cual trata esta sentencia ha sido monitoreada por la Comisión Interamericana por más de dos décadas mediante visitas, informes de país, audiencias, medidas cautelares, peticiones y casos (CIDH, 2014).

Por último, podemos citar ahora al caso "Fontevécchia" (Fallos 324:2895), que ha sido considerado por algunos doctrinarios como uno de los casos de diálogo jurisdiccional e identidad constitucional entre la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de la Corte IDH.

En el mentado caso, la Corte IDH resolvió en 2011 dejar sin efecto la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de 2001 que

había condenado a los periodistas Jorge Fontevécchia y Héctor D'Amico por publicaciones realizadas en la prensa, por considerar que esa sentencia constituía una violación al derecho a la libertad de expresión reconocido en el Pacto de San José de Costa Rica en su artículo 13.

El 14 de febrero de 2017 la Corte Suprema de Justicia de la Nación desestimó la presentación de la Dirección de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto por la cual se solicitaba que, como consecuencia del fallo de la Corte Interamericana dictado en la causa "Fontevécchia y otros c/ República Argentina", se dejara sin efecto una sentencia firme de la Corte Suprema.

La postura mayoritaria del máximo tribunal nacional consideró que no correspondía hacer lugar a lo solicitado en tanto ello supondría transformar a la Corte IDH en una "cuarta instancia" revisora de los fallos dictados en la jurisdicción nacional, en contravención de la estructura del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y de los principios de derecho público de la Constitución nacional.

En ese orden de consideraciones, la Corte entendió que el texto de la CADH no atribuye facultades a la Corte IDH para ordenar la revocación de sentencias nacionales (cf. art. 63.1, CADH). Asimismo, consideró que revocar su propia sentencia firme —en razón de lo ordenado en la decisión "Fontevécchia" de la Corte Interamericana— implicaría privarla de su carácter de órgano supremo del Poder Judicial argentino y sustituirla por un tribunal internacional, en violación a los artículos 27 y 108 de la Constitución nacional.

Asimismo, el juez Horacio Rosatti reivindicó en su voto el margen de apreciación nacional de la Corte Suprema en la aplicación de las decisiones internacionales, con base en los artículos 75 inc. 22 y 27 de la Constitución nacional.

Al respecto, el magistrado del Alto Tribunal expresó que en un contexto de “diálogo jurisprudencial” que maximice la vigencia de los derechos en juego sin afectar la institucionalidad, la Corte IDH es la máxima intérprete de la CADH y la Corte Suprema de Justicia de la Nación es la máxima intérprete de la Constitución nacional, por lo que hay que lograr que sus criterios —en cada caso concreto— se complementen y no colisionen. Y concluyó que la reparación encuentra adecuada satisfacción mediante las medidas de publicación del pronunciamiento internacional y el pago de la indemnización ordenado por la Corte Interamericana, no resultando posible la revocación formal del decisorio de la Corte Suprema nacional.

A poco de conocerse la decisión de la Corte nacional, el diario *El País* de España publicó una nota de opinión del magistrado de la Corte Suprema de México, doctor José Ramón Cossío (2017), calificando dicha sentencia como un retroceso para el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y otro tanto pudo leerse en comentarios de algunos autores de nuestro país (Gargarella y Pizzolo, 2017) que interpretaron la decisión de nuestro Alto Tribunal como excesivamente formalista, más apegada a categorías antiguas sobre soberanía nacional frente a la protección de los derechos, enfatizando en la necesidad de un debate o diálogo (Dalla Via, 2020)

En virtud de lo decidido por la Corte Suprema de Justicia de Argentina, la Corte IDH vuelve a expedirse en su resolución del 18 de octubre, interpretando que el Estado argentino podía cumplir con su orden original mediante “algún otro tipo de acto jurídico, diferente a la revisión de la sentencia” como, por ejemplo, la realización de una “anotación indicando que esa sentencia fue declarada violatoria de la Convención Americana por la Corte Interamericana” (párrafo 21).

Nuestro Máximo Tribunal entendió que la interpretación formulada por la Corte IDH es consistente con su decisión del 14 febrero de 2017, ya que una medida como la sugerida no vulnera los principios de derecho público establecidos en la Constitución nacional. Por lo tanto, ordenó que se asiente junto a la decisión registrada en Fallos 324:2895 la siguiente leyenda: “Esta sentencia fue declarada incompatible con la Convención Americana de Derechos Humanos por la Corte Interamericana (sentencia del 21 de noviembre de 2011)”.

De esta forma, por medio del fructífero diálogo entre los altos tribunales, quedó zanjada una cuestión que, en su momento, generó enormes críticas de un sector de la doctrina nacional, llegándose incluso a afirmar que esta sentencia de la Corte nacional implicaba situar al país en responsabilidad internacional. Cabe preguntarnos si la forma en que fue resuelta la tensión entre ambos tribunales constituye desde la Corte IDH una apertura hacia la doctrina del margen de apreciación nacional en reconocimiento de las identidades constitucionales nacionales, por medio del diálogo entre tribunales internacionales e internos. Seguramente, este interrogante encontrará respuesta en futuros diálogos de la Corte IDH con las cortes supremas y tribunales constitucionales de Latinoamérica (Amaya, 2020).

A su vez, el profesor español Javier García Roca afirma que el margen de apreciación nacional implica “una cierta deferencia hacia la garantía nacional” (García Roca, 2010).

De manera complementaria, Johan Callewaert ha explicado que el “margen de apreciación nacional” expresa “una forma atenuada de inmunidad que permite un control europeo menos intenso que aquel que la Corte podría ejercer en el ejercicio de la plenitud de su jurisdicción”; Wildhaber ha matizado esa explicación, diciendo que no se trata de otorgar un

grado de discrecionalidad a los Estados frente a situaciones que en otros casos supondrían violaciones del Convenio, sino “simplemente de reconocer que el Convenio no impone soluciones uniformes” y que “en ciertos dominios, y solo en cierto grado, los Estados pueden tener diferentes regulaciones y restricciones” (Callewaert y Wildhaber, como se citan en Dalla Via, 2020).

Sin perjuicio de las diversas opiniones al respecto, coincidimos con el constitucionalista Alberto Dalla Via, en cuanto creemos que la soberanía sigue jugando su rol, especialmente cuando se traduce como supremacía de la Constitución en el derecho interno. Así, el respeto a la soberanía aparece reflejado en distintos pronunciamientos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, sea ya en el ámbito de la CIDH como de la Corte IDH (Dalla Via, 2020). Un ejemplo han sido los planteos de “candidaturas independientes”; así, la CIDH en el Caso “Antonio Ríos” (1988) y la Corte IDH en “Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos” (2008) consideró que cada país debía diseñar su propio sistema de candidaturas cuando se trató de Argentina y de México; sin embargo, en “Yatama vs. Nicaragua” (2005) consideró que el monopolio de la representación por partidos debía ceder ante el multiculturalismo de las comunidades indígenas.

En ese sentido, y como pudimos apreciar a lo largo del presente trabajo, los diálogos de la Corte IDH con las cortes supremas y tribunales constitucionales de Latinoamérica se encuentran en constante dinamismo, de ahí que el tema merezca su continuo estudio.

EL DEBATE DE LA ÚLTIMA PALABRA Y EL MECANISMO DEL DIÁLOGO JURISPRUDENCIAL

Si bien estos temas ya fueron evidenciados pragmáticamente en el apartado ante-

rior, podemos hacer unas breves consideraciones conceptuales al respecto.

El interrogante sobre quién tiene la última palabra constitucional o a quién corresponde fue cuestionado por diversos actores a lo largo de la historia. Es decir, cuál es el órgano jurisdiccional habilitado para cerrar esta discusión en un estado constitucional de derecho que coloca a la Constitución por encima de las restantes normas, pues todas emanan de ella, respetando los principios de subordinación y subsunción.

Como los primeros antecedentes sobre el tema podemos destacar el caso Bonham de 1610 en Inglaterra, así como el conocido fallo de la Corte Suprema de los Estados Unidos “Marbury vs. Madison”, de 1803, como origen del control judicial difuso de constitucionalidad, y que tuvo gran impacto en la jurisprudencia argentina, especialmente en los fallos Sojo (1887) y Elortondo (1888).

Luego, en el siglo XX, se reabre el debate con el enfrentamiento dialéctico entre Hans Kelsen y Carl Schmitt, que finalmente legó el diseño que Kelsen planteara en su propuesta de “Tribunal Constitucional” y que tuviera sus primeros adeptos en las constituciones de Checoslovaquia y Austria. Este modelo, conocido como concentrado o especializado, deposita la última palabra en un órgano fuera del Poder Judicial, y está hoy vigente en la mayoría de los países europeos —con excepción del sistema francés, que deposita la última palabra en un órgano de carácter político como es su Consejo Constitucional— y en algunos Estados de América Latina (Amaya, 2014).

Lo cierto es que, más allá de cuál sea el órgano que tiene —o pretenda tener— la última palabra, se viene dando en los ámbitos jurisdiccionales un fenómeno/mecanismo enriquecedor para la tutela y fortalecimiento de los derechos fundamentales, que es el definido

como “diálogo jurisprudencial” y que hemos observado en el apartado anterior mediante la mención de las distintas sentencias, tanto en la órbita europea como en la interamericana.

Así, el diálogo jurisprudencial ha sido considerado, por Eduardo Ferrer MacGregor, de la siguiente manera:

... la práctica de las Cortes nacionales e internacionales, a través de la cual se utiliza la argumentación de otras Cortes con el fin de construir a una mejor interpretación de las normas de derechos humanos y, en general, de cualquier otra norma contenida en una Constitución o en un tratado. (Ferrer MacGregor, 2013)

De esta manera, autores como el maestro alemán Von Bogdandy Morales Antonazzi

... se aproximan al concepto del diálogo desde la formación de un *iuscommune*, es decir, una mirada “transformadora del derecho público”, donde no solo el Estado es el “principal poder público, sino que las instituciones internacionales y supranacionales influyen de manera significativa en la convivencia social y en el ejercicio del poder público de los Estados”. En este orden de ideas la motivación principal del diálogo parece no solo resolver los casos concretos de una manera más justa, sino también termina siendo la consolidación de un derecho común más sólido y coherente. (Carozza González, 2017)

Ello así, pues tal como señalan Carozza y González “la protección universal de la dignidad humana y los derechos humanos es un proyecto plural” (Carozza y González, como se citan en Rodríguez Revegino, 2017), donde los tratados, los principios y las reglas

... tienen que ser traídos a la vida en diferentes formas. El diálogo constituye un camino iniciado, pero no terminado para tender puentes entre los sistemas y contribuir a la formación de espacios comunes con aras a ampliar el espectro de protección de los derechos humanos” (Rodríguez Revegino, 2017).

Sin perjuicio de ello,

... en el ámbito del diálogo con tribunales nacionales, es un hecho —como vimos— que dentro de los propios Estados puedan existir ciertas resistencias políticas o incluso jurídicas en la implementación de las decisiones de tribunales regionales. Sin embargo, es el propio diálogo el que parece imponerse a la hora de buscar soluciones que permitan hacer efectivas estas decisiones. Por lo que todo parece indicar que el diálogo llegó para quedarse. (Rodríguez Revegino, 2017).

Así pues, desde una perspectiva más global, este mecanismo permite dar sentido de coherencia y universalidad a las decisiones de los tribunales regionales y afianzar su legitimidad (Rodríguez Revegino, 2017).

Por tanto, el criterio que ha prevalecido ha sido el de la necesaria colaboración y cooperación entre los diferentes niveles de protección, tanto en la órbita nacional como en los distintos espacios supranacionales.

CONCLUSIONES

Como consideraciones finales intentaremos acercar algunas reflexiones sobre los puntos centrales del presente trabajo, particularmente aquellos referidos al denominado dilema de quién debe tener la última palabra cuando se plantean conflictos a dirimir en sede

jurisdiccional sobre la vigencia y el alcance de los derechos fundamentales.

Tales conclusiones surgen desde el mismo comienzo de la tarea investigativa y se pueden revelar en el título de este artículo, que apunta a descorrer el velo que oculta, a nuestro modo de ver, el verdadero planteo que se halla detrás del debate académico que se genera cuando se habla de los invocados contralímites y el respeto a la identidad constitucional de los Estados nacionales.

En tal sentido, no puede pasar inadvertido cuáles son las dificultades que encontramos para dirimir el conflicto jurídico sobre quién debe tener la última palabra en materia jurisdiccional, pues se trata ni más ni menos que ingresar con ello en el análisis del objetivo mismo que dio origen al proceso del constitucionalismo.

En efecto, no es ocioso y resulta más que sobreabundante destacar, entre los que nos dedicamos al estudio y enseñanza del Derecho Constitucional, que la aparición del Estado constitucional de derecho tuvo un fundamental y definitivo objetivo, cual es lograr la vigencia de los derechos del individuo y ello solo se obtiene a través de un medio, cual es el control del ejercicio del poder que hoy sin ningún tipo de dudas está en manos de los Estados nacionales.

La limitación o control de ese ejercicio se hace efectivo por la coordinación inevitable de los actos de cada órgano de poder con la actuación de los otros, la regulación que establece un órgano del sistema precisa de la posibilidad de la ejecución del mandato normativo por otro y ambos están sujetos en su accionar al ejercicio de las atribuciones otorgadas dentro de los límites formales y sustanciales establecidos en el orden jurídico del cual nacen; y tal tarea de control, como se vio, ha sido asignada también con limitaciones al órgano jurisdiccional.

Por tanto, los tribunales deben asegurar los límites de la acción gubernamental en conformidad con los principios de una democracia constitucional. Es deber de ellos asegurar que los principios y las normas constitucionales sean respetados, ya sea en el plano nacional como internacional.

Encontrar el justo equilibrio en la tarea de los jueces es de gran importancia, pues como decía Alexis de Tocqueville,

...es a menudo tan pernicioso quedarse como excederse (...) por ello los jueces no deben ser solamente buenos ciudadanos, hombres instruidos y probos, cualidades necesarias a todos los magistrados. Es necesario encontrar en ellos hombres de Estado; es necesario que sepan discernir el espíritu de su tiempo (...). (Tocqueville, 1951, p. 154).

Ello predicaría, finalmente, que en la sociedad política se verifica la razón de ser y el sentido mismo del proceso del constitucionalismo cual fue, como se dijo, la de poner límites al ejercicio del poder estableciendo la soberanía de la ley por sobre la voluntad de funcionarios o gobernantes, independientemente de cual fuere el régimen político que se consagre para su gobierno.

En ese contexto, corresponde señalar que una de las grandes virtudes que ha traído la aparición de las uniones internacionales fue lograr el retroceso de regímenes autoritarios y una protección esencial a la vigencia de los derechos humanos y, si bien siempre hay naciones más avanzadas en el proceso de consolidación del Estado constitucional de derecho, lo cierto es que la cooperación internacional y la intervención de sus órganos de control tienden a evitar posibles desvíos que pudieran darse bajo movimientos nacionalistas que

muchas veces ponen el acento en los llamados valores que hacen a una identidad nacional, realzando con ello cualidades de las sociedades surgidas de su origen cultural o racial que sustentaron en un pasado no tan lejano una idea de primacía, cuyo resultado fue la peor época que viviera la humanidad.

Asimismo, señalamos al comienzo de este trabajo que el proceso histórico del constitucionalismo fue incorporando la protección de los derechos fundamentales en las distintas naciones mediante declaraciones que en algunos casos fueron ampliando su contenido original, al igual que la aparición de mecanismos de protección dentro de cada Estado.

Sin perjuicio de ello, no debe escapar a nuestras reflexiones que el proceso de incorporación al sistema constitucional de derecho ha sufrido en el pasado y sufre en el presente permanentes alteraciones dentro de las distintas naciones, dando lugar inclusive a la aparición de lo que algún politólogo mencionó como la existencia de sistemas políticos híbridos donde los mecanismos funcionales del sistema no permiten distinguir si nos encontramos frente a un sistema constitucional de derecho o a un sistema autoritario o totalitario.

De ahí que no sea casual que la identidad constitucional, como límite a algunas decisiones de los órganos internacionales, se encuentre presente en ciertas decisiones de las cortes constitucionales europeas, como así también en algunos tribunales constitucionales de América Latina, e incluso, como también se vio, en la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina.

Consideramos que la única herramienta de defensa de los derechos fundamentales de cada uno de los habitantes del mundo está más allá de la capacidad soberana del Estado y debe necesariamente hallarse en los instrumentos internacionales que han surgido, jus-

tamente, con motivo de la violación de los derechos humanos en los distintos países.

Es claro, entonces, que la única y final salvaguarda de estos derechos solo puede tener cabida a partir de la actuación de la comunidad internacional, que es la que asegura su respeto, tales como fueron concebidos en los instrumentos internacionales para asegurar los derechos del individuo como ser universal en igualdad de condiciones en cualquier tiempo y lugar.

Si bien la subsistencia a tabla rasa del principio de la soberanía estatal comporta —en principio— una barrera infranqueable, podríamos decir que esta es una verdad de Perogrullo; pues se ha visto limitada por la concertación a que han llegado las naciones de celebrar tratados, ratificando, así, el compromiso de atenerse a los valores, principios y derechos que reconocen tales instrumentos.

Por supuesto, es preciso que la celebración de los tratados internacionales que consagran declaraciones de derechos y establecen mecanismos para su protección tengan en cuenta las mencionadas peculiaridades estatales al tiempo de establecerlos y de admitir en su seno a los Estados adherentes, pero cabe tener en cuenta también que resulta imprescindible para asegurar la vigencia de los derechos fundamentales reconocidos a nivel internacional que la incorporación a los tratados debe implicar la sujeción a su cumplimiento y al sometimiento de tales mecanismos de control establecidos, debiendo prevalecer ante la discrepancia de su interpretación la opinión del órgano plurinacional como único modo de asegurar la vigencia y alcance de los derechos.

La historia política de los pueblos ha demostrado que ninguna nación, por más desarrollada que sea su vida política, está exenta de sufrir un retroceso con la aparición de regímenes autoritarios o totalitarios en su seno, lo que obliga —a nuestro entender— a colocar a las naciones

en una igualdad de consideración al tiempo de integrar el acuerdo internacional y el sometimiento de todas ellas a los principios y valores que consagra el instrumento internacional.

Es, sin dudas, un avance en el proceso de la denominada existencia de un marco de actuación jurisdiccional con recurrencia a la llamada diplomacia judicial, que ha permitido y permite intentar resolver los conflictos de interpretación del alcance de los derechos fundamentales de tal manera de superar las discrepancias que pudieran surgir en su consideración, pero ello no puede pasar inadvertido, es el reflejo mismo de la subsistencia del principio de soberanía estatal que, aún en estos tiempos, no ha sido superado.

Se trata en definitiva, como nos enseña el profesor italiano Giuseppe de Vergottini,

... [de] buscar un equilibrio necesario entre competencias de intervención confiadas a los órganos de la entidad interestatal de nueva creación, basada en un Convenio, y órganos de los Estados componentes, basados en una Constitución. Al aprobar sus propios pronunciamientos, un tribunal internacional debe tener en cuenta las atribuciones residuales de los órganos estatales y los tribunales estatales deben tener en cuenta lo que ha sido atribuido a los órganos de la entidad internacional. Se establecen inevitablemente acuerdos entre los dos órdenes de jueces. (De Vergottini, 2010, p. 317318).

Se configura así, en palabras de De Vergottini (2010) “una auténtica interacción entre tribunales”.

En síntesis, es vital que la comunidad académica siga dando estos debates en pos de alcanzar un *ius commune* regional o internacional que permita la máxima tutela de los derechos fundamentales de todas las sociedades, haciendo

prevalecer siempre a la dignidad humana como valor rector irrenunciable e intocable.

Pues, como señala Bobbio,

Si por un momento nos separamos del hombre individual y consideramos la sociedad, o mejor las sociedades de los hombres, si dejamos de referirnos a la vida del individuo y contemplamos esa vida compleja, tumultuosa y nunca extinguida de las sociedades humanas representada en la historia, el fenómeno de la normatividad se presenta de manera igualmente impresionante y cada vez más merecedor de nuestras reflexiones (...). (Bobbio, 2002).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Albanese, S.(2015). *El control de convencionalidad. La Corte Interamericana y la Corte Suprema. Convergencias y divergencias*. <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/11/doctrina42418.pdf>
- Amaya, J. A. (2020). La teoría de los contra-límites y el derecho argentino: ¿a dónde vamos? *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, UNLP, año 17(50).
- (2019). El debate sobre la última palabra: un complejo equilibrio entre identidades constitucionales y diplomacia judicial. *Revista de Estudios Jurídicos*(19) (Segunda Época). Universidad de Jaén. ISSN-e 2340-5066.
- (2014). *Democracia y Minoría Política*, Buenos Aires. Astrea.
- Ayala Corao, C. (2012). *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*. Colección de Estudios Jurídicos n.º 98. Editorial Jurídica Venezolana.
- Bobbio, N. (2002). *Teoría General del Derecho*. (Cuarta reimpresión de la segunda edición). Editorial TEMIS S.A.

- Bryce, J. (1901). *Constituciones flexibles y constituciones rígidas*. Centro de Estudios Constitucionales, p. 64.
- Cançado Trindade, A. A. (2013). La búsqueda de la realización de la justicia en la era de los tribunales internacionales, en Ferrer MacGregor, E. y Herrera García, A. (2013). *Diálogo jurisprudencial en Derechos Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes internacionales, in memoriam Jorge Carpizo, generador incansable de diálogos ...* Tirant lo Blanch, p. 1351.
- CIDH (2014). Comunicado de prensa 130/14 <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2014/130.asp>
- Cossio Díaz, J.R. (21 de febrero 2017). Un mal día para el sistema interamericano. *El País*.
- Dalla Via, A. R. (primero de abril 2020). Los derechos humanos y el régimen constitucional de los tratados. *La Ley*.
- (2011). *Manual de derecho constitucional*. (Tercera edición). Abeledo Perrot.
- De Vergottini, G. (2010). *Más allá del diálogo entre tribunales*. (Primera edición). Cuadernos Civitas. Thomson Reuters.
- Ferrer Mac-Gregor, E. (2013). El Control Difuso de convencionalidad en el Estado Constitucional. *Revista Urbe et lus*, (11), pp.27-39, ISSN 1668-4001.
- García Roca, J. (2010). *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: Soberanía e integración*. Cuadernos Civitas Instituto de Derecho Parlamentario. Thomson Reuters.
- Gargarella, R. (23 de febrero 2017). La autoridad democrática frente a las decisiones de la Corte Interamericana. Suplemento *La Ley*.
- Häberle, P. (2002). *La Constitución como cultura*. <https://recyt.fecyt.es/index.php/AIJC/article/view/50595/30831>
- Hamilton, A., Madison, J. y Jay, J. (2010). *El Federalista* (78). Fondo de Cultura Económica, p. 332.
- Krzywon, A. (2022). *El constitucional polaco, o cómo perder la credibilidad*. <https://agenda-publica.elpais.com/noticia/17893/constitucional-polaco-perder-credibilidad>
- Mezzetti, L. y Arcaro Conci, L. (2015). *Diálogo entre Cortes*. AB Conselho Federal.
- Núñez Leiva, J. I. (2019). *Jurisdicción constitucional: las implicancias del neoconstitucionalismo*. (Primera edición). Ensayos jurídicos. Ediciones DER.
- Pizzolo, C. (23 de febrero 2017). Ser “intérprete supremo” en una comunidad de intérpretes finales? De vuelta sobre una interpretación “creacionista” de los derechos humanos. Suplemento *La Ley*.
- Polimeni, S. (2018). *Controlimiti e identità costituzionale nazionale. Contributo per una ricostruzione del “dialogo” tra le Corti*. Editoriale Scientifica.
- Rodríguez Revegino, B. (2017). ¿El diálogo como arma? La lucha de los tribunales regionales contra la fragmentación del derecho internacional de los derechos humanos. *IurisDictio* 20, 105-118. ISSN 1390-6402 / e-ISSN 2528-7834. <https://www.jep.gov.co/Sala-de-Prensa/Documents/EI%20di%C3%A1logo%20como%20arma%20La%20lucha%20de%20los%20tribunales%20regionales%20contra%20la%20fragmentaci%C3%B3n%20del%20derecho%20internacional%20DDHH.pdf>
- Tocqueville, A. (1951). *De la Démocratie en Amérique*. Gallimard, p. 154, t. II.
- Zarini, H. (1996). *Constitución nacional comentada y concordada*. Astrea.

JURISPRUDENCIA

- (1887) CSJN, “Sojo”, sentencia del 22 de septiembre de 1887.

- (1888) CSJN, “Elortondo”, sentencia del 14 de abril de 1888.
- (1973) Corte Constitucional Italiana, sentencia 183/1937 caso “Frontini” del 27 diciembre de 1973.
- (1984) Corte Constitucional Italiana, sentencia 170/1984 caso “Granital”, del 8 de junio de 1984.
- (1988) CIDH, resolución 26/88, caso 10109 —“Antonio Ríos”—, Argentina, septiembre de 1988.
- (1989) Corte Constitucional Italiana, sentencia 232/1989 caso “Fragd”, 21 de abril de 1989.
- (2005) CortelDH, Caso “Yatama vs. Nicaragua”, sentencia del 23 de junio de 2005.
- (2006) Corte IDH, caso “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, 26 de septiembre de 2006.
- (2008) Corte IDH, Caso “Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos”, sentencia del 6 de agosto de 2008.
- (2012a) Corte IDH, Caso “Gelman vs. Uruguay, (Fondo y Reparaciones)”, sentencia de 22 de noviembre de 2012, Serie C N.º 221.
- (2014) Corte IDH, caso “Personas Dominicanas y Haitianas Expulsadas vs. República Dominicana”, sentencia de 28 de agosto de 2014.
- (2014) Corte Constitucional Italiana, sentencia 238/2014 del 22 de octubre 2014.
- (2015) Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de la Unión Europea, C105/14 caso “Taricco” del 8 de septiembre 2015.
- (2017) 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, CSJ 368/1998 (34-M)/CS1, 14 de febrero de 2017.
- (2011). Caso “Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas”, sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C N.º 238.
- (2012b). Caso “Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”, sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C No. 257.
- (2018) Corte Constitucional Italiana, sentencia 115/2018 del 31 de mayo 2018.
- (2021) Tribunal Constitucional de Polonia, sentencia K 3/21, del 7 de octubre de 2021.
- (2021) Tribunal Constitucional de Polonia, sentencia K 6/21, del 24 de noviembre de 2021.
- (2022) Tribunal Constitucional de Polonia, sentencia K 7/21, del 10 de marzo de 2022.

Paula Soledad Suárez

Perfil académico y profesional: Abogada, diploma de honor. Máster en Derecho Electoral, Universidad de Castilla-La Mancha. Máster en Justicia Constitucional y Derechos Humanos, Universidad de Bologna. Doctoranda en Derecho Constitucional, Facultad de Derecho (UBA). Profesora regular y coordinadora de Relaciones Institucionales del Observatorio Electoral de la citada universidad. Miembro del Consejo Directivo del Observatorio de Independencia Judicial e Integridad Electoral de la Red Mundial de Justicia Electoral. Miembro titular de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Subsecretaria de la Cámara Nacional Electoral.

paulasuarez@derecho.uba.ar

Identificador ORCID: 0009-002-0024-8666



El Consejo de la Magistratura a 30 años de la reforma constitucional de 1994. ¿Puede la inteligencia artificial mejorar el funcionamiento de los sistemas de selección de jueces inferiores en Argentina?

The Judicial Council 30 years after the 1994 constitutional reform. Can Artificial Intelligence improve the functioning of the selection systems for lower judges in Argentina?

Adrián Federico Ambroggio¹

Resumen

La reforma constitucional de 1994 en Argentina incorporó el Consejo de la Magistratura para mejorar las dimensiones de la idoneidad e independencia judicial en la selección de jueces inferiores a nivel federal. Sin embargo, persisten problemas de falta de transparencia e influencia política, demora en los concursos, ausencia de diversidad y una discrecionalidad fuerte en ciertas etapas del proceso de selección. Este artículo indaga la posibilidad de que la inteligencia artificial (IA) contribuya a mejorar algunos de estos problemas, mediante la automatización del análisis de antecedentes, la evaluación de exámenes y la gestión de datos, reduciendo la discrecionalidad y los sesgos humanos. Aunque la IA puede ofrecer beneficios significativos, presenta desafíos éticos y técnicos, como la perpetuación de sesgos algorítmicos y la desconfianza en los procesos automatizados, por lo que su implementación debe ser cuidadosamente gestionada.

Palabras claves: selección de jueces - inteligencia artificial - Consejo de la Magistratura - Poder Judicial

Abstract

The 1994 constitutional reform in Argentina incorporated the Judicial Council to improve the dimensions of judicial suitability and independence in the selection of lower judges at the federal level. However, problems persist with a lack of transparency and political influence, delays in competitions, lack of diversity, and strong discretion at certain stages of the selection process. This article explores the possibility that artificial intelligence (AI) can help improve some of these problems, through the automation of background analysis, exam evaluation and data management, reducing human discretion and bias. Although AI can offer significant benefits, it presents ethical and technical challenges, such as the perpetuation of algorithmic biases and distrust in automated processes, so its implementation must be carefully managed.

Keywords: Selection of judges - Artificial Intelligence - Judicial Council - Judicial Branch

Derecho/ Ensayo científico

Citar: Ambroggio, A. F. (2024). El Consejo de la Magistratura a 30 años de la reforma constitucional de 1994. ¿Puede la inteligencia artificial mejorar el funcionamiento de los sistemas de selección de jueces inferiores en Argentina? *Omnia. Derecho y sociedad*, 7 (2), pp. 117-138.

¹ Universidad Nacional del Comahue.

EL SISTEMA DE SELECCIÓN DE MAGISTRADOS INFERIORES A PARTIR DE LA REFORMA DE 1994

La reforma constitucional de 1994 modificó sustancialmente el sistema de designación de jueces inferiores a nivel federal. En efecto, si bien mantuvo las atribuciones del presidente de la nación para seleccionar a los jueces inferiores y del Senado de la Nación para prestar acuerdo a aquellos nombramientos, incorporó un nuevo órgano al sistema —el Consejo de la Magistratura— y un nuevo proceso de selección (Zaffaroni, 1994; Ábalos, 2009; Bielsa y Graña, 1995a).

Debe rememorarse que la Constitución originaria de 1853/60 instituyó un sistema de selección de magistrados a cargo del Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado para todos los jueces federales, incluso los ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN). Así, el artículo 86 inciso 5 de la Constitución de 1853/60 expresaba que el presidente de la nación “[n]ombra los Magistrados de la Corte Suprema y de los demás tribunales federales inferiores, con acuerdo del Senado”.

En este primigenio diseño constitucional, el reclutamiento era profesional² y partidiza-

do³, en similitud a los sistemas anglosajones, puesto que en general los jueces eran seleccionados entre abogados vinculados ideológicamente al poder político. En estos casos, la idoneidad de estos era analizada por el presidente de la nación con absoluta subjetividad, sin necesidad de atenerse a ninguna pauta objetiva.

En efecto, las críticas a esta forma de selección de los jueces en Argentina fue algo común entre la doctrina (Bielsa y Graña, 1995b) manifestándose que esta facultad del Poder Ejecutivo era más bien un resabio monárquico (Sagüés, 1989) por lo que su reforma en la Convención Constituyente fue uno de los puntos menos conflictivos de la reforma de 1994 (Bielsa y Graña, 1995a).

La incorporación del artículo 114 a la Constitución nacional (CN) se encuentra en directa relación con la redacción del nuevo artículo 99 inciso 4, el cual expresa en su parte pertinente que el presidente de la nación “[n]ombra los demás jueces de los tribunales federales inferiores en base a una propuesta vinculante en terna del Consejo de la Magistratura, con acuerdo del Senado, en sesión pública, en la que se tendrá en cuenta la idoneidad de los candidatos”⁴.

² Los sistemas de reclutamiento profesional priorizan la formación práctica de los candidatos, el prestigio adquirido entre los pares, la experiencia adquirida en los años de ejercicio y colocan en un pie de igualdad formal a los candidatos externos al Poder Judicial con quienes ya ejercen dentro de él, admitiéndose el acceso lateral a la magistratura, incluso en las cortes supremas. El ejemplo paradigmático es el proceso de selección de jueces federales en Estados Unidos, en cabeza del presidente con el correspondiente “advise and consent” del Senado. Generalmente, la nominación de los candidatos por el presidente recae en juristas formados en universidades de prestigio, abogados de firmas legales prestigiosas y también resulta habitual que algunos de los candidatos hayan ocupado cargos judiciales. Véase *in extenso* Serra Cristóbal, 2011. Consultese apartado bibliográfico.

³ Al respecto, el senador Genoud manifestaba en la sesión especial de fecha 29.12.1993, en la que se aprobó la Ley 24309 de Declaración de Necesidad de la Reforma: “¿Es o no una atenuación de las facultades presidenciales la creación del Consejo de la Magistratura? Este presidente, como los anteriores, ha tenido un poder discrecional absoluto para remitir pedidos de acuerdo de jueces, muchas veces priorizado —y esto lo hemos señalado— los amiguismos, las solidaridades políticas, y no siempre ajustándose al concepto de idoneidad, que es el valor esencial a la hora de proponer y prestar acuerdo a los integrantes del Poder Judicial”. *Diario de Sesiones Cámara de Senadores de la Nación*. 68.º Reunión — 27.º Sesión Ordinaria (Especial) 2829 de Diciembre de 1993.

⁴ El artículo 99 inciso 4 de la Constitución reformada en 1994 reemplazó al artículo 86 inc. 5 que incorporaba dentro de las atribuciones del presidente de la nación: “5. Nombra los Magistrados de la Corte Suprema y de los demás tribunales federales inferiores, con acuerdo del Senado”.

En correlación a ello, corresponde al Consejo de la Magistratura, según el artículo 114 de la Constitución nacional “seleccionar mediante concursos públicos los postulantes a las magistraturas inferiores⁵” y finalizado aquel procedimiento de concurso el Consejo debe “emitir propuestas en ternas vinculantes, para el nombramiento de los magistrados de los tribunales inferiores⁶”.

Con claridad, el constituyente pretendió elevar cualitativamente el proceso de nombramiento de los jueces inferiores, sometiéndolos a un proceso de concurso público de oposición y antecedentes como método de comprobación de su idoneidad para el cargo.

Como expresa acertadamente Cayuso (2021), uno de los destacables objetivos que tuvo la Convención Constituyente de 1994 fue

... mejorar la calidad de los jueces, atenuando la discrecionalidad de los poderes políticos en su designación, permitiendo la participación de otros sectores en el proceso de selección y la incorporación de magistrados provenientes del ámbito no judicial, esto es, abogados de la matrícula. (Cayuso, 2021)

Asimismo, más allá de la dimensión de la idoneidad, la inclusión del Consejo de la Magistratura dentro del sistema de selección de jueces inferiores, uno de los objetivos centrales de la reforma fue la búsqueda de mayores grados de independencia judicial, como señalan destacados convencionales constituyentes (García Lema, 1994; Paixao, 1994). Pues si el concurso

público asegura, *a priori*, un determinado nivel de idoneidad técnica y humana, la imposición de una terna vinculante al Poder Ejecutivo por parte del Consejo de la Magistratura limita la discrecionalidad presidencial y, con ello, asegura en mejor medida el principio de independencia judicial.

No obstante, con relación al balance sobre los aspectos positivos y negativos que puede efectuarse sobre la reforma de 1994, la doctrina especializada es consistente en afirmar que la implementación del Consejo de la Magistratura ha sido uno de los claroscuros de aquel proceso constituyente (Gargarella, 2015; Risso, 2015).

Es interesante la opinión de Prieto (2019), quien ofrece una mirada ecléctica sobre los resultados de la incorporación del Consejo al sistema constitucional argentino, al expresar que:

En su favor, y no es cosa menor, ha permitido una mejor valoración del requisito de idoneidad y ha favorecido una Magistratura más diversa y plural, cuestión que entiendo particularmente importante en una sociedad libre y democrática; pero, en mi opinión, ha institucionalizado el acendrado corporativismo del Poder Judicial, que obviamente perjudica el buen funcionamiento de las instituciones, lo que sucede en cualquier tipo de casos en los que el bienestar general es postergado para la satisfacción de intereses sectoriales. (Prieto, 2019)

Aquellos loables fines pretendidos por el constituyente no fueron acompañados de una correcta reglamentación⁷ ni de adecuadas prác-

⁵ Cfr. Artículo 114 inc. 1 Constitución nacional (CN).

⁶ Cfr. Artículo 114 inc. 2 CN.

⁷ En la propia Convención Constituyente de 1994 se advirtió que la delegación al Congreso de la Nación de los aspectos relacionados con la integración y funcionamiento del Consejo podría constituir un futuro problema, pero la diversidad de proyectos presentados sobre la redacción del artículo 114 —veintitrés proyectos— imposibilitó un consenso que determinara con mayor precisión la integración del nuevo órgano, por lo que se decidió una redacción de textura abierta.

ticas por parte de los sectores representados en el Consejo, lo que convirtieron al sistema de designación de jueces inferiores federales en una mixtura entre un ámbito de constatación de la idoneidad técnica y un ámbito de negociación de vacantes y cargos entre la corporación política, la corporación judicial y la representación de los abogados y científicos.

En nuestra opinión, el Consejo ha padecido de dos tipos de problemas desde 1994: un problema de corte estructural, signado por la originaria delegación del constituyente al legislador para reglamentar la estructura y el funcionamiento del Consejo —lo que ha derivado en una constante judicialización de las leyes reglamentarias, en especial en lo referido a la integración del órgano—; un problema de corte funcional, expresado en deficientes reglamentaciones en materia de ponderación de antecedentes, de diseño de los exámenes y finalmente en la exorbitante relevancia asignada a la etapa más discrecional del concurso, la entrevista. Esta deliberada y errónea reglamentación permite que la praxis del Consejo se convierta en un ámbito propicio para la negociación y transacción de vacantes entre los distintos estamentos y sectores representados, lo que no se condice con el espíritu de cualquier concurso: seleccionar a los mejores postulantes.

En efecto, si bien hemos advertido la existencia de estos dos tipos de problemas en el devenir del Consejo de la Magistratura a lo largo de estos treinta años de vigencia de la constitución reformada, en este trabajo nos enfocaremos en los aspectos funcionales. Ello, en el entendimiento de que existen múltiples trabajos en los que se han explorado los problemas relativos a la integración del órgano (Ylari, 2013; Sagüés, 2014; Gelli, 2021; Puga y Ardoy, 2023)

LA IMPORTANCIA DE LA SELECCIÓN DE JUECES

La selección de jueces en cualquier sistema constitucional resulta central y decisiva por la importancia asignada a los magistrados en el diseño de la estructura del poder. Ello no puede desvincularse del creciente proceso de judicialización de la política (Hirschl, 2008a; Sieder et al., 2011). Al respecto, Ferejohn (2003) sostiene que pueden distinguirse al menos tres modalidades en las cuales el Poder Judicial ha asumido nuevos e importantes roles, luego de la Segunda Guerra Mundial. En primer lugar, las cortes se han considerado a sí mismas como idóneas para limitar y regular el poder del Poder Legislativo, incrementando, a la vez, los deseos de efectuar el control a la actividad legislativa, no solo en términos formales sino también sustanciales. En segundo lugar, los tribunales han expandido las áreas en las que efectúan intervenciones sustantivas. Finalmente, en tercer lugar, los jueces han incrementado su disposición a regular su propia actividad política con relación al Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo y el propio electorado, construyendo y aplicando estándares políticos de comportamiento aceptables para los grupos de interés, partidos políticos y funcionarios públicos.

El hecho de que los jueces intervengan con mayor énfasis en los procesos de formulación de las políticas estatales genera un efecto directo en el comportamiento del resto de los actores políticos. De este modo, quienes ostentan cargos con responsabilidad política deberán incorporar a sus prácticas políticas, en el marco de las instancias de debate público, la previsión de cuál será la reacción judicial. Ello provoca una expansión global del fenómeno que anticipara

Alexis de Tocqueville (2010) con relación a la política estadounidense: toda cuestión política se convierte, tarde o temprano, en una cuestión judicial.

De hecho, podemos advertir cierta inclinación de los poderes políticos para dejar librado, al criterio de los jueces, la resolución de conflictos sociales de alta envergadura o la decisión final sobre políticas públicas controvertidas. Como se ha afirmado finamente, sería realmente ingenuo pensar que este proceso de judicialización no transcurre con, al menos, la adhesión implícita de los poderes políticos (Hirschl, 2008b).

En ciertos casos, esa derivación de competencias será un acto por omisión de los poderes Legislativo y Ejecutivo. El caso de la movilidad jubilatoria en Argentina es un claro ejemplo de una omisión legislativa, subsanada a través del Poder Judicial. Como es sabido, a partir de los fallos “Badaro I” y “Badaro II” de la CSJN (Robledo, 2007; Alice, 2007), se desató una ola de reclamos judiciales que solicitaban el reajuste de los haberes jubilatorios. Tanto el Poder Ejecutivo, mediante la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES), como el Poder Legislativo, omitieron durante años ajustar las fórmulas de actualización de haberes y otorgar una solución general al problema. Así, el Estado nacional prefirió afrontar miles de juicios, los cuales se abonarían, lógicamente, luego de varios años e instancias judiciales.

En otros casos, la judicialización se presentará como un verdadero acto por acción directa de los poderes políticos. Esto último puede constatarse en los hechos acaecidos durante la pandemia, que derivaron en el fallo “Fernández de Kirchner”, de la CSJN, en el cual se aprecia que el mismo poder político,

asumiendo como un hecho la judicialización de la política, acude al Poder Judicial para que este determine cómo debe ser el funcionamiento interno del Senado, a los fines de evitar una hipotética judicialización de la política “desde arriba” por parte de los sectores que serían perjudicados por el impuesto a las grandes riquezas (Ambroggio, 2020).

En Argentina, la propia Corte Suprema en el año 2019 en el caso “Unión Cívica Radical - Distrito La Rioja y otro s/acción de amparo”⁸ ha señalado tal propensión, al expresar:

Cuando se advierte desde distintos sectores acerca de los peligros de la judicialización de la política, es necesario recordar que los tribunales de justicia no actúan por propia iniciativa sino que son llamados a decidir por los propios actores de la política, quienes son en definitiva —como representantes de la voluntad popular— los que tienen la llave para requerir (o no requerir) y —en cualquier caso— en qué medida, respuestas judiciales a sus inquietudes.

Esta concesión voluntaria de potestades desde los poderes Legislativo y Ejecutivo hacia el Poder Judicial no resulta ser una irreflexiva defección de competencias interpodere, sino una acción deliberada con el objeto de evitar las eventuales consecuencias políticas y electorales de asumir decisiones en contextos de polarización ideológica y cultural. Así, los políticos derivan la responsabilidad hacia órganos que no se encuentran directamente bajo el control del juego de la democracia, ni deben exponer la continuidad de sus cargos en comicios algunos.

Por ende, si advertimos que, en la etapa actual, el Poder Judicial ha asumido un papel

⁸ Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), Fallos: 342:1.

decididamente más activo que en las etapas anteriores, el análisis de los sistemas de selección se torna esencial; esto debido a que allí se modela a los futuros jueces en lo que se refiere a su independencia, a su idoneidad y a su legitimidad. Pues, de la forma en que las constituciones diseñen los sistemas de selección, obtendremos jueces con mayor o menor independencia, con mayor o menor idoneidad y con mayor o menor legitimidad democrática para ocupar la función judicial.

El postulado básico de la importancia de la selección es una suerte de regla de proporcionalidad directa: a mayores posibilidades de que los magistrados asuman mayor poder en una determinada sociedad, mayor debe ser el escrutinio social sobre los sistemas de selección de jueces.

Lamentablemente, el estudio de las estructuras judiciales es un aspecto ciertamente olvidado por la mayoría de los teóricos constitucionales. En ese sentido, como afirma Zaffaroni (2015), son importantes:

... las discusiones políticas acerca de las declaraciones de derechos y garantías constitucionales e internacionales y la consagración de los recursos que las protegen (como el *habeas corpus* o el amparo). Pero de nada vale todo eso sin un Poder Judicial que lo realice. Más aún: las propias constituciones caen en el absurdo al descuidar los capítulos judiciales, pues quiebran la regla de su primacía jurídica —de su carácter de norma de normas— cuando en la parte institucional no estructuran adecuadamente un Poder Judicial independiente, con autoridad y poder para imponerla por sobre cualquier decisión mayoritaria coyuntural parlamentaria o sobre cualquier acto u omisión arbitrarios del poder administrador. (Zaffaroni, 2015)

ALGUNOS PROBLEMAS FUNCIONALES EN LA SELECCIÓN DE JUECES INFERIORES EN ARGENTINA

Detallaremos a continuación algunos de los principales problemas que observamos con relación al funcionamiento de los procesos de selección de jueces federales en Argentina, en particular a lo atinente al Consejo de la Magistratura de la Nación. Algunos de ellos se identifican con problemas generales a nivel latinoamericano, mientras que otros resultan específicos del sistema argentino.

a) Falta de transparencia en los procesos de selección

Uno de los problemas más destacados en la selección de jueces en América Latina es la falta de transparencia. La opacidad en los procesos de selección genera desconfianza y reduce la legitimidad de los nombramientos judiciales y, por directa relación, reduce los niveles de confianza en la Justicia. Ello se traduce en una creciente “percepción de arbitrariedad” (PérezLiñán, 2007) en las designaciones judiciales.

El proceso de selección que transcurre dentro del seno del Consejo de la Magistratura en Argentina ha sido objeto de numerosas críticas por parte de la doctrina especializada y de las organizaciones de la sociedad civil. Así, se ha manifestado que el sistema de concursos del Consejo de la Magistratura “se ha caracterizado por su dudosa transparencia que ha motivado escandalosos acontecimientos ocurridos en el transcurso de los exámenes de oposición” (Sabsay, 2022).

Particularmente, en la etapa de entrevista dentro del Consejo de la Magistratura de la Nación, se observa la existencia de opacidad en los criterios utilizados para la modificación del orden de mérito que resulta de las etapas meri-

toocráticas, como la evaluación de antecedentes y el examen de oposición; sobrevalorando, en consecuencia, la etapa de entrevista personal.

El artículo 44 del Reglamento del Consejo de la Magistratura de la Nación en Argentina permite a la Comisión de Selección apartarse del orden de mérito resultante de la sumatoria de los puntajes de antecedentes y oposición “cuando el resultado de la entrevista personal así lo justifique”. Lamentablemente, a pesar de que el propio artículo requiere que dicha decisión sea fundada, en múltiples ocasiones los criterios no son transparentes. Asimismo, ello se agrava al comprobarse que en la mayoría de los concursos el orden de mérito es modificado luego de la entrevista personal (Benente, 2019). Volveremos sobre este tema en los acápitales siguientes.

Estas prácticas desvirtúan el proceso de selección y afectan gravemente la integridad del Poder Judicial, perpetuando un “sistema judicial ineficaz y deslegitimado” (Garoupa y Ginsburg, 2009), siendo un obstáculo significativo para la reforma judicial en América Latina (Buscaglia y Dakolias, 1996).

En efecto, el ingreso a la función judicial mediante mecanismos carentes de transparencia no solo afecta la legitimidad del Poder Judicial, sino que permite la asignación de la alta tarea de la magistratura a personas no calificadas o personas políticamente comprometidas, afectando así las tres dimensiones del problema judicial: la independencia judicial, la idoneidad de los jueces y la legitimidad democrática de los magistrados.

b) Influencia política y falta de independencia

Relacionado con la falta de transparencia, también la injerencia política interna o externa en la selección de jueces es un problema recurrente en América Latina. La interferencia

de los poderes políticos o de los propios estratos jerárquicos del Poder Judicial se constituye en la principal “amenaza para la independencia judicial” (Sieder et al., 2011) ya sea en su perspectiva interna o externa.

Ello provoca que una de las principales cualidades que debe tener un magistrado se vea afectada: la imparcialidad. Como correctamente afirma RíosFiguroa (2011) “[l]a politización del proceso de selección judicial en América Latina socava la independencia del Poder Judicial y compromete la imparcialidad de los jueces” pretendiéndose garantizar “jueces afines para asegurar decisiones favorables” (Castagnola y PerezLiñan, 2011).

Al respecto, debemos señalar que el diseño de los sistemas de selección es una de las variables centrales para determinar el grado de independencia judicial de un determinado sistema jurídico. Incluso, autores de la talla de Ginsburg y Melton (2014), en una fina investigación sobre el análisis de la brecha existente entre la independencia judicial formal y la independencia judicial material, han comprobado que las únicas reglas legales “de jure” para garantizar la independencia judicial “de facto” son las que regulan los procesos de selección y remoción de los magistrados, ya que el resto de las garantías legales de independencia judicial no son una valla suficiente para impedir perturbaciones a la independencia de los jueces.

De hecho, una de las principales coincidencias entre la totalidad de los sistemas de selección de jueces en Argentina, tanto a nivel federal como a nivel subnacional, es que la ingeniería constitucional y legal de los diversos procesos de selección de magistrados inferiores se encuentra atravesada por momentos de una discrecionalidad fuerte, que opaca las fortalezas meritocráticas que pueden ostentar los sistemas hacia su interior.

Ocurre que la mayoría de las jurisdicciones diseñan procesos de selección con una adecuada razonabilidad en su desarrollo —aun con lo perfectible que pueda señalarse en cada caso en particular—; pero, luego, los resultados de dichas estructuras de calidad desembocan en etapas sumamente discrecionales a cargo, en general, de los poderes políticos.

En definitiva, los órganos de selección — los consejos de la Magistratura— desvirtúan sus objetivos principales —seleccionar a los mejores y despolitizar la selección de magistrados— y se transforman en órganos legitimadores de decisiones políticas previamente concertadas por los diversos actores políticos y judiciales del sistema. En igual sentido, Manili (2021) ha expresado:

Lamentablemente hubo muchos casos en que se denunciaron maniobras en los consejos de la magistratura (tanto el nacional como en los locales) para “subir” en el orden de mérito a candidatos que no tenían suficientes antecedentes o cuyo examen no había sido tan bueno, como así también de no darle suficiente importancia a los antecedentes de cada candidato. (Manili, 2021)

Esta situación, advertida por la doctrina, ha sido incluso admitida por propios integrantes del Consejo de la Magistratura, que vislumbran la posibilidad de “manipulación” en los concursos (Benito, 2024).

Por ello, estamos convencidos de que los sistemas de selección de jueces inferiores deben equilibrarse y direccionarse hacia modelos de discrecionalidad débil, reduciéndose al máximo las etapas discrecionales, como la entrevista personal, en los concursos públicos.

c) Demora en los procesos de selección

La demora en los procesos de selección de jueces es un problema significativo en varios países de América Latina y, en particular, en Argentina. Los largos períodos para cubrir vacantes judiciales afectan la eficiencia y la capacidad del sistema judicial para administrar justicia de manera oportuna. Es evidente que la demora en los procesos de selección no solo genera incertidumbre, también afecta la eficiencia del sistema judicial (Prillaman, 2000).

La demora de los concursos dentro del Consejo de la Magistratura es una constante que no ha podido resolverse y que se transforma en uno de los puntos más sensibles por su directa afectación del normal funcionamiento del sistema de justicia. Las vacantes que no se cubren en tiempo provocan que deba activarse el polémico sistema de subrogancias y que ha motivado diversos fallos de la CSJN que cuestionaron el mecanismo utilizado⁹. Pero más allá de las críticas inherentes a los procedimientos utilizados para las subrogancias, el dato relevante es que las subrogancias provocan, en múltiples casos, sobrecarga de trabajo en ciertos magistrados que deben abocarse a la tarea jurisdiccional en dos o tres juzgados en el mismo momento, lo que compromete seriamente la administración de justicia (Dakolias, 1999), deteriora la eficiencia y la capacidad de respuesta del Poder Judicial (Castagnola, 2018) y afecta la celeridad en la resolución de los casos.

Como se ha detallado en un reciente trabajo sobre la demora del Consejo de la Magistratura de la Nación, a agosto de 2023, de los 70 concursos en trámite, 45 concursos se encuentran demorados, habiendo finalizado el plazo para la conclusión del procedimiento. Ello implica que el 64 % de los concursos

⁹ Véanse al respecto los argumentos de la CSJN en autos “Rosza” (Fallos: 330:2361) y “Uriarte” (Fallos: 338:1216)

que tramitan ante el Consejo de la Magistratura se encuentran en situación de mora. El promedio de demora de esos 45 concursos es de 700,6 días y la mediana es de 569 días. Ambos valores estadísticos revelan que no solo existe demora, sino que también se extiende por varios meses e incluso años (Ambrogio, 2024a).

d) Ausencia de diversidad y representatividad

Otro problema que enfrentan los sistemas de selección de jueces es la baja representatividad de mujeres y minorías en el Poder Judicial. Esto es un problema significativo en América Latina. Las barreras estructurales y culturales impiden una selección diversa de jueces que refleja y perpetúa desigualdades estructurales en la sociedad (Ansolabehere, 2010). Sin dudas, como afirman Helmke y Levitsky (2006) la inclusión de mujeres y minorías en la judicatura “es esencial para una justicia más equitativa y representativa”.

En Argentina, el Mapa de Género 2023 realizado por la Oficina de la Mujer de la Corte Suprema de Justicia revela que, en el total del sistema de justicia argentino y a nivel de jueces, defensores y fiscales superiores, solo un 29 % de esos magistrados son mujeres; frente al 71 % de varones. En tanto, a nivel de jueces fiscales y defensores inferiores, el 54 % son varones y el 46 % son mujeres. Ello no solo revela la falta de paridad de género en la Justicia, sino que afirma la presencia de un notorio “techo de cristal” (Wirth, 2002) en las estructuras judiciales argentinas.

Un interesante estudio empírico realizado por Johanna Cristallo (2023) revela que dicha brecha de género se sustenta en la etapa de inscripción y en el perfil de jueces y juezas que promueven las reglas que rigen estos procesos. Correlativamente a la baja inscrip-

ción de las mujeres, estas se inscriben a una mayor edad promedio que los hombres y también, cuando efectivamente se presentan, obtienen buenos resultados. La desigualdad de género y estos datos pueden asociarse, según el estudio mencionado al menos, a tres cuestiones:

- (i) En primer lugar, a una normativa que carecía de perspectiva de género, al menos hasta 2019, cuando se modifica el Reglamento.
- (ii) En segundo lugar, al contexto estructural de la sobrecarga en las tareas de cuidado y la tensión entre la conciliación de la vida familiar con la vida profesional de las mujeres —que hace que se presenten a puestos de magistradas con edades más avanzadas que los varones—.
- (iii) Y, por último, a la autoexigencia de las mujeres al presentarse a un concurso, denominada “generización del mérito” (Núcleos de Estudios Interdisciplinarios, 2022), ya que las mujeres se presentan, generalmente, una vez que cumplen o superan los requisitos solicitados. (Cristallo, 2023)

La necesidad de una mayor igualdad de género en la composición de los planteles tiene estricta relación con la pretensión de una mayor legitimidad democrática en el Poder Judicial. Como refiere Bergallo (2005),

... una Magistratura diversificada e igualitaria en términos de género es un prerrequisito fundamental para reconstruir la legitimidad democrática del Estado y tornar su organización más receptiva y sensible a la protección de los derechos de las mujeres y a la representación de los intereses, visiones y experiencias femeninas.

e) Disfuncionalidades en el diseño y ponderación de las etapas del concurso

En una suerte de dinámica dialéctica entre ser una consecuencia o ser una causa de los problemas reseñados, nos encontramos la reglamentación de los concursos en el Consejo de la Magistratura de la Nación.

El concurso público que se desarrolla en el Consejo de la Magistratura tiene tres etapas: la etapa de antecedentes, la etapa de oposición y la etapa de entrevista. Solo las dos primeras están puntuadas numéricamente, ambas con un total de 100 puntos cada una.

A nuestro criterio, la etapa de antecedentes favorece un perfil profesionalista y judicialista, restando mérito a los antecedentes académicos. Un 70 % del puntaje total de antecedentes se asigna a los antecedentes profesionales (30 puntos por trayectoria y 40 puntos por especialidad) y solo el 30 % restante se distribuye en los antecedentes académicos —docencia, publicaciones y posgrados—.

Ello, sumado al evidente favoritismo en la ponderación de antecedentes hacia los postulantes que provienen del Poder Judicial por sobre quienes provienen de otras áreas del ejercicio de la profesión de abogado, fomenta un corporativismo judicial que no se condice con los principios de pluralidad que deben promoverse en la magistratura.

Estas diferencias aritméticas se agravan cuando observamos la facilidad con la que los funcionarios judiciales prueban la trayectoria y la especialidad —con simples constancias documentales emitidas por el propio Poder Judicial—, mientras que los abogados deben acompañar extensas listas de causas, copias de escritos, entre otros documentos. Ambas dificultades fueron advertidas por algunos representantes de los abogados en el Con-

sejo de la Magistratura, quienes propusieron modificaciones al Reglamento, a los efectos de generar mayor igualdad en los concursos (Matterson y Marías, 2022)

Esta etapa debería ser netamente objetiva, puesto que el Reglamento de Concursos tabula expresamente los puntajes a asignar por cada ítem. No obstante, en la práctica es una constante la interposición de impugnaciones a los puntajes, ya que en ocasiones el consejero a cargo de la evaluación comete errores de interpretación o aplicación de las grillas de puntuación, asignando puntajes de forma incorrecta a ciertos postulantes. Es habitual que los postulantes impugnen el puntaje propio con el objetivo de incrementarlo e impugnen los puntajes de otros candidatos, a los efectos de generar una reducción de los puntajes de los demás contendientes en esta etapa.

La concesión de las impugnaciones o “apelaciones” se ha demostrado como una primera instancia discrecional por parte del Consejo. Al respecto, es revelador el estudio realizado por Zayat (2011) sobre los concursos en el periodo 1998-2008, en los cuales halló una altísima tasa de modificaciones, sobre lo cual afirmó:

... resulta muy difícil afirmar que las apelaciones están siendo usadas solo para corregir errores materiales, vicios de procedimiento o arbitrariedades manifiestas. Por el contrario, parece ser la primera oportunidad que tiene la Comisión de Selección para modificar los puntajes del concurso, de acuerdo a preferencias políticas, conociendo todos los resultados de los concursantes. Si esta etapa fuera usada para los fines que establece el reglamento, difícilmente podría encontrarse una tasa de modificaciones en las apelaciones del 99,97 % de los concursos. (Zayat, 2011)

La etapa de oposición o examen es la que presenta un mejor diseño y una mejor praxis en el contexto general del concurso. El examen es escrito, con metodología de casos, con un temario general previamente conocido por los postulantes y se desarrolla en computadoras asignadas a tales fines por el Consejo. Los exámenes son diseñados por el jurado evaluador y sorteados al momento previo al inicio de la prueba de oposición. En una adecuada innovación reglamentaria, los exámenes deben evaluar la perspectiva de género de los postulantes.

Los candidatos pueden asistir al examen con el material bibliográfico que consideren necesario. Ello es una correcta praxis a los efectos de simular, con la mayor precisión posible, el trabajo futuro que tendrá un juez emitiendo sentencias. También se evitan prácticas memorísticas que no tienen razón de ser en un examen de oposición para un cargo de magistrado (Iribarne, 2006).

Luego del examen, los jurados deberán evaluar y puntuar los exámenes que los postulantes confeccionaron. Para esta tarea, los evaluadores desconocen a quien están examinando, puesto que se utiliza una clave alfanumérica para ocultar la identidad de los candidatos.

Con posterioridad a la publicación de las notas y a la resolución de las impugnaciones se confecciona un orden de mérito provisorio, que generará el listado de quienes asistirán a la entrevista personal ante la Comisión de Selección.

El problema central de los concursos aparece en la instancia de la entrevista personal, que no asigna puntaje pero que puede implicar modificaciones del orden de mérito. Si bien la etapa de entrevista puede ser útil para observar el perfil del candidato, el conocimiento del postulante del cargo concursado, sus capacidades de gestión y su compromiso con los valores democráticos y los derechos humanos, lo cierto es que permite un amplio espectro de discrecionalidad para el Consejo de la Magistratura.

Un estudio empírico realizado por el Programa de Estudios sobre el Poder Judicial del Instituto Interdisciplinario de Estudios Constitucionales de la Universidad Nacional de José C. Paz demuestra que, en dos terceras partes de los concursos analizados por el informe, el orden de mérito se modificó luego de la entrevista personal (Benente, 2019).

Ello deja traslucir que el sistema invierte recursos en dos etapas meritocráticas —más allá de las críticas esbozadas— en las que se pretende la búsqueda de ciertos estándares de idoneidad y probidad técnica, pero luego aquellos esfuerzos institucionales se diluyen en una etapa fuertemente discrecional y sobrevaluada como la entrevista personal¹⁰.

Creemos que deben promoverse reformas que modifiquen las normativas que permiten las prácticas de discrecionalidad fuerte en la conformación de los órdenes de mérito —*v. gr.*, equilibrando la ponderación de las diferentes etapas del concurso sin sobrevalorar alguna de ellas—, las prácticas carreristas que

¹⁰ En igual sentido al que nos expresamos, el informe dirigido por Benente afirma que “el sistema meritocrático de los antecedentes se diluye bastante —aunque no absolutamente— en un dispositivo que privilegia la antigüedad —no sabemos si buena o mala— en la propia estructura judicial o en la del Ministerio Público Fiscal; la prueba de oposición no evalúa aspectos que consideramos centrales, como las injusticias por redistribución y por reconocimiento; y, finalmente, en las dos terceras partes de los concursos, el orden de (¿)mérito(?) resultante de las pruebas de antecedentes y oposición se modifica con una entrevista personal que presenta más discrecionalidad que las anteriores etapas” (Benente, 2019, p. 76. Consúltese apartado bibliográfico).

favorecen a los integrantes del Poder Judicial que limitan la pluralidad que necesita la Justicia Federal —*v. gr.*, reformando el reglamento de concursos para equilibrar las posibilidades de los abogados que no pertenecen al Poder Judicial y ponderando adecuadamente los ítems profesionales y académicos y, también, mejorando el sistema de la etapa de evaluación— y que modifiquen las prácticas que dilatan excesivamente los procesos de selección y fomentan las subrogancias como método de cobertura de vacantes —*v. gr.*, estableciendo concursos anticipados con una correcta reglamentación de estos (Ambroggio, 2024b) y promoviendo una cultura de cumplimiento de los plazos del concurso por parte de todos los actores que intervienen en el proceso—.

¿PUEDE AYUDAR LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL A MEJORAR LOS PROCESOS DE SELECCIÓN DE JUECES?

A pesar de que la irrupción de la inteligencia artificial (IA) no representa un fenómeno tecnológico reciente (Turing, 1950) ni es original su estudio en los ámbitos académicos y científicos (McCarthy et al., 1955), no es menos cierto que la aparición de sistemas de inteligencia artificial generativa —como ChatGPT o Gemini— han reflatado el tema de forma exponencial. La particularidad de estos sistemas de IA es su capacidad para generar texto coherente y contextualmente relevante basado en instrucciones humanas, generando un diálogo consistente y coherente entre la IA y el operador humano. No obstante, la expansión de estos modelos generativos no se limita al procesamiento de textos, sino que incluye la producción, el procesamiento y la modificación de imágenes y sonidos de forma notablemente eficaz y real.

La revolución de la inteligencia artificial impacta sobre múltiples campos disciplinares y la administración de justicia no puede permanecer ajena a esta notable evolución tecnológica. Como correctamente se afirma, es necesario no perseguir el tren tecnológico sino estar en la próxima estación (Martino, 2022); anticiparse a los cambios, no solo mantenerse al día con los tiempos actuales sino adelantarse a ellos (Carnota y De Venezia, 2024).

En el ámbito de la justicia, la IA tiene el potencial de revolucionar tanto las estructuras judiciales como los procesos judiciales. Sistemas judiciales basados en inteligencia artificial están siendo utilizados para analizar grandes volúmenes de datos legales, predecir resultados de casos y ayudar en la toma de decisiones judiciales. Además, la IA puede contribuir a la celeridad de los procesos judiciales al automatizar tareas administrativas, despacho de providencias simples y organización de las tareas de los empleados judiciales (Estigarribia Bieber y Shwoihort, 2022). Ello puede liberar a los jueces y al personal judicial para concentrarse en cuestiones más complejas y de mayor relevancia. Esta redistribución del trabajo no solo mejora la eficiencia del sistema judicial, sino que también incrementa la calidad de las decisiones judiciales.

Un ejemplo reciente de esta implementación es el Programa Nacional de Inteligencia Artificial en la Justicia en Argentina, lanzado por el Ministerio de Justicia. Este programa tiene como objetivo modernizar los procesos judiciales y administrativos mediante la automatización de tareas, mejorando así la eficiencia y accesibilidad de la justicia. Coordinado por un comité consultivo, el Programa busca utilizar la IA para acortar tiempos y ofrecer un servicio más transparente.

También en algunas provincias argentinas, como Río Negro, se ha implementado la IA para

los procesos ejecutivos en el fuero contencioso administrativo, lo que ha reducido significativamente los plazos para llegar a una sentencia. Desde su implementación en agosto de 2023, los tiempos promedio para las ejecuciones fiscales se han reducido de 65 días hábiles a 2,86 días hábiles. Este sistema automatiza tareas repetitivas, mejorando la eficiencia y precisión del proceso judicial, mientras que las decisiones finales siguen siendo responsabilidad de los jueces (Diario Judicial, 2024).

Sin embargo, la utilización de la IA en la justicia también genera preocupaciones éticas relacionadas con la transparencia, la imparcialidad y la privacidad. Acerca de ello, en una perspectiva latinoamericana del problema, Romina Segura (2023) detalla que la implementación de la IA en la justicia en América Latina enfrenta diversas dificultades éticas, de razonamiento y estructurales¹¹. Las dificultades éticas incluyen los sesgos en los datos y algoritmos, lo que perpetúa discriminaciones y la falta de transparencia en los sistemas expertos jurídicos. Las dificultades de razonamiento abarcan problemas semánticos del lenguaje natural y las interpretaciones subjetivas de la ley. Estructuralmente, la región enfrenta desigualdad y pobreza, brecha digital, falta de conectividad, inestabilidad social y política, y un sistema judicial arcaico que obstaculiza la

integración tecnológica (Segura, 2023).

Por ello, pensar en la incorporación de sistemas de inteligencia artificial a la administración de justicia es un desafío complejo, pues requiere necesariamente de un programa de acción que defina los diversos aspectos técnicos, éticos y jurídicos inherentes a la temática. La implementación espasmódica, acrítica y no sistematizada de sistemas de IA puede generar más problemas que soluciones. Por otro lado, no podemos pensar la implementación de IA en los sistemas judiciales desde una perspectiva meramente eficientista o maximizadora de procesos o resultados.

En ese sentido, como se ha destacado,

... la implicación con la ética es ineludible en la toma de decisiones sobre inteligencia artificial. Las elecciones que hacemos respecto al desarrollo y despliegue de tecnologías basadas en IA solo son comprensibles en términos de la búsqueda falible de valores éticos como la adquisición de conocimiento y control o la promoción de la salud, la justicia y la seguridad. (Tasioulas, 2022).

Ello no es más que la aplicación de un compromiso con una inteligencia artificial centrada en el ser humano¹² y basada en una perspectiva de derechos humanos¹³.

¹¹ Para superar estos obstáculos, Segura sugiere fomentar una educación crítica y multicultural, diseñar mecanismos de integración tecnológica a mediano y largo plazo, y establecer un diálogo interdisciplinario con la comunidad. Es esencial garantizar la alfabetización digital para que toda la población pueda beneficiarse de la tecnología. Además, es necesario redefinir el enfoque procesal y la gobernanza de datos, asegurando una implementación simétrica dentro de los Estados para reducir disparidades internas. Estas acciones deben alinearse con directrices internacionales y adaptarse a las realidades locales, promoviendo la justicia y equidad en el uso de la IA. Véase *in extenso* Segura, 2023, pp. 4572. Consúltense apartado bibliográfico.

¹² Se ha dicho recientemente que “[p]ara ser efectiva, humana y poner a las personas en el centro del desarrollo de nuevas tecnologías, cualquier solución —cualquier regulación— debe estar basada en el respeto a los derechos humanos” (Office of the High Commissioner for Human Rights (OHCHR), 2023. Véanse referencias bibliográficas).

¹³ En igual sentido se ha manifestado la OEA, al expresar: “La inteligencia artificial ofrece numerosos beneficios de seguridad, pero también plantea importantes preguntas éticas y legales. Debemos asegurarnos de que su uso se base en principios de transparencia, rendición de cuentas y respeto por los derechos humanos, preservando la privacidad y dignidad de las personas” (Organización de los Estados Americanos (OEA), 2022. Consúltense apartado bibliográfico).

La introducción de sistemas de inteligencia artificial en los procesos de selección de jueces puede ser una herramienta eficaz para dotar de eficiencia, celeridad y transparencia a los mecanismos de designación de magistrados. No obstante, la automatización de procesos debe ser adecuadamente regulada, controlada y revisada por humanos desde una perspectiva ética y humanista, puesto que si bien las decisiones adoptadas por los sistemas algorítmicos suelen ser más precisas que las tomadas por seres humanos en casos similares, debemos tener presente que pueden arrojar resultados erróneos, al haberse introducido sesgos durante la configuración de su base de datos, en su entrenamiento e incluso tras su puesta en funcionamiento (Montesinos García, 2023).

Debemos advertir que la implementación de IA en los procesos de selección será más factible en los sistemas de selección que contemplen etapas “meritocráticas” en su diseño, en los cuales el objetivo del proceso sea elegir a los mejores jueces. Nos referimos particularmente a los sistemas de reclutamiento burocrático o por concurso público; pues en los sistemas puramente políticos, que no se basan en mecanismos de selección mediante procesos de constatación de la idoneidad y resultan meramente discrecionales en cabeza de los poderes políticos, la aplicación de herramientas de IA tendrá menor impacto.

Detallaremos a continuación algunos de los principales beneficios y riesgos de la implementación de sistemas de IA en la selección de jueces en el sistema de selección de jueces inferiores en Argentina a nivel federal. Advertidos que todos los probables beneficios y los hipotéticos

riesgos deben ser adecuadamente matizados, pues dependerán en particular del uso y diseño que se les confiera específicamente.

a. Ventajas

a.1. Análisis de datos y documentos

Mediante el procesamiento de lenguaje natural (PLN), la IA puede contribuir con el análisis de los *curriculum vitae* y documentación respaldatoria que se presenta en las denominadas etapas de antecedentes en los concursos públicos. Con un diseño estandarizado de la presentación de currículos a través de sistemas informáticos, la IA puede identificar, ordenar y tabular los distintos ítems que se analizan y ponderan para la evaluación de antecedentes. Ello, con un adecuado control humano, evitaría la práctica constante de las impugnaciones en el Consejo de la Magistratura y facilitaría la tarea de evaluación de antecedentes, hoy a cargo de un solo consejero por cada concurso. Adicionalmente, si se incorpora un adecuado sistema de certificación digital¹⁴ de los instrumentos que se acompañan como prueba documental de los antecedentes y títulos consignados, la IA puede verificar que dichos antecedentes reseñados en los currículos estén respaldados por documentos auténticos y válidos legalmente.

a.2. Diseño y corrección de evaluaciones

La inteligencia artificial puede transformar significativamente el proceso de diseño y corrección de exámenes escritos para la selección de jueces.

¹⁴ En Argentina, la firma digital está regulada por la Ley 25506, que establece su validez jurídica equiparándola a la firma manuscrita, con actualizaciones introducidas por la Ley 27446 y reglamentaciones específicas del Decreto 182/19, que detallan los procedimientos para la emisión de certificados digitales. En tanto, en México, la firma digital está regulada por el Código de Comercio, la Ley de Firma Electrónica Avanzada (LFEA), la Norma Oficial Mexicana NOM151SCFI2016 y el Reglamento de la LFEA, asegurando su validez legal y estableciendo los requisitos para su uso seguro.

Recordemos que el artículo 31 del Reglamento de Concursos del Consejo de la Magistratura de la Nación dispone que

La prueba de oposición escrita consistirá en el planteo a cada concursante de uno o más casos, reales o imaginarios, para que cada uno de ellos proyecte una resolución o sentencia, como debería hacerlo estando en ejercicio del cargo para el que se postula. La prueba se tomará simultáneamente, y su duración no excederá de ocho (8) horas. Los casos que se planteen versarán sobre los temas más representativos de la competencia del tribunal cuya vacante se concurra, y con ellos se evaluará tanto la formación teórica como la práctica. Cuando los tribunales tuvieren asignada competencia en materia electoral o penal, o ambas simultáneamente, el temario deberá incluir casos de dichas especialidades; sin perjuicio de los que pudieren proponerse sobre otras cuestiones. Uno de los casos planteados deberá incorporar temas que permitan evaluar la perspectiva de género de los postulantes.

Asimismo, establece que el jurado

... deberá presentar al presidente de la Comisión un temario que indicará un conjunto de institutos procesales y de fondo sobre los que versarán los casos, que será inmediatamente puesto en conocimiento de los candidatos a través de la página *web* del Poder Judicial de la Nación y del Consejo de la Magistratura, con siete (7) días hábiles judiciales de antelación a la celebración de la prueba. En el temario y en los casos se incluirán cuestiones vinculadas a la competencia material de los tribunales, que permitan evaluar la perspectiva de género de los

postulantes. El jurado deberá presentar al presidente de la Comisión cuatro (4) casos diferentes por lo menos, en sendos sobres cerrados, de similares características, no identificables, cerrados de modo tal que se garantice su inviolabilidad, que quedarán reservados en Secretaría hasta el día de la prueba de oposición. Antes del comienzo del examen, con suficiente anticipación para la extracción de las copias necesarias para ser distribuidas entre los inscriptos, el caso será sorteado por el consejero a cargo del acto frente a los concursantes, labrándose un acta para constancia.

En primer lugar, la IA puede ayudar en la generación de casos hipotéticos. Asimismo, utilizando técnicas de análisis de datos y PLN, la IA puede analizar grandes bases de datos de jurisprudencia y casos judiciales reales. A partir de este análisis, puede diseñar nuevos casos hipotéticos que reflejen situaciones complejas y variadas, asegurando que cubran un amplio espectro de temas actuales y relevantes para el tribunal cuya vacante se concurra, incluyendo aspectos específicos como la perspectiva de género. Con un adecuado control de jurados humanos, el diseño de los exámenes puede efectuarse de forma eficiente y equitativa para cargos de la misma competencia material y misma instancia jerárquica.

En cuanto a la corrección y evaluación automática de los exámenes, la IA puede utilizar PLN para evaluar las respuestas escritas de los candidatos. Este proceso implica comparar las respuestas con modelos de respuestas correctas previamente definidos, analizando aspectos como la comprensión del caso, el uso de lenguaje técnico adecuado, la pertinencia y argumentación jurídica y la aplicación de la ley, de acuerdo con los parámetros fijados en el artículo 33 del Reglamento de Concursos.

La IA puede proporcionar una corrección rápida y uniforme, reduciendo significativamente el tiempo y esfuerzo necesarios para evaluar un gran número de exámenes, disminuyendo la demora en los procesos de selección que hemos señalado como uno de los grandes problemas funcionales del Consejo de la Magistratura de la Nación. Además, puede contribuir con la eliminación de sesgos humanos y garantizar una evaluación más justa y objetiva.

a.3. Transparencia de los procesos de selección

Finalmente, además de mejorar la eficiencia y objetividad, la IA puede garantizar la seguridad y transparencia del proceso de selección. Por ejemplo, utilizando tecnologías avanzadas de criptografía, la IA puede asegurar que los sobres con los casos se mantengan inviolables hasta el momento del examen. Esto es crucial para mantener la integridad del proceso y asegurar que todos los candidatos sean evaluados bajo las mismas condiciones. También, la encriptación digital de los exámenes permite evitar el papeleo y la impresión de los exámenes, dejando a salvo la transparencia del proceso de corrección y evitando cualquier tipo de indicio que pueda vincular al examen o al candidato con su evaluador hasta el momento posterior a la corrección.

Asimismo, si bien creemos que la etapa de entrevista personal requiere cambios regulatorios profundos, la IA puede contribuir al

diseño de las preguntas en la etapa de entrevista, asegurando que estas sean pertinentes al cargo de concurso, no se conviertan en un nuevo examen de oposición y busquen con precisión los objetivos de esta instancia¹⁵.

Finalmente, y considerando la vigencia del Decreto 588/03 durante la etapa de selección desarrollada en el Poder Ejecutivo Nacional, la IA puede ayudar a recopilar, procesar y divulgar información relevante sobre los candidatos a jueces de manera transparente y accesible para el público. Esto puede incluir su *curriculum vitae*, calificaciones de las etapas del concurso, escritos o sentencias judiciales relevantes, su actuación pública en otros ámbitos y otros datos pertinentes. Una mayor publicidad y transparencia permite a los ciudadanos tener una mejor comprensión y conocimiento de los candidatos y facilita la participación ciudadana en los sistemas de selección, mejorando la dimensión de la legitimidad democrática.

a.4. Democratización de los procesos de selección

De manera correlativa al último acápite, la introducción de sistemas de IA puede colaborar significativamente en la democratización de los procesos de selección, permitiendo mediante aplicaciones o herramientas digitales que los ciudadanos releven los procesos de selección. Como hemos referido, en algunos sistemas de selección, como el argentino, en forma previa a la elevación del pliego del candidato al Senado, el Poder Ejecutivo abre una

¹⁵ Según el artículo 41 del Reglamento de Concursos del Consejo de la Magistratura, “valorar su motivación para el cargo, la forma en que desarrollará eventualmente la función, sus puntos de vista sobre los temas básicos de su especialidad y sobre el funcionamiento del Poder Judicial, su criterio respecto de la interpretación de las cláusulas de la Constitución nacional y de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los casos que versan sobre control de constitucionalidad, así como de los principios generales del derecho. El postulante deberá ser entrevistado acerca de la temática y la aplicación de perspectiva de género vinculadas con el ejercicio del cargo al cual aspira. También serán valorados sus planes de trabajo, los medios que propone para que su función sea eficiente y para llevar a la práctica los cambios que sugiera, sus valores éticos, su vocación democrática y por los derechos humanos y cualquier otra información que, a juicio de los miembros de la Comisión, sea conveniente requerir”.

etapa de conocimiento público de los candidatos, los cuales pueden recibir avales o impugnaciones por ciudadanos u organizaciones de la sociedad civil.

La IA puede, a nuestro criterio, colaborar con la idea de una democracia abierta, lo cual implica no solo una versión mejorada, más participativa o diferente de la democracia representativa, sino un paradigma completamente diferente. Su ideal central es poner a los ciudadanos comunes en el centro del sistema político en lugar de en la periferia, enfatizando la accesibilidad y la igualdad de acceso al poder sobre el mero consentimiento al poder y la delegación del poder a las élites electas (Landemore, 2020). En tal sentido, con un correcto diseño ético y una mirada humanista de los sistemas de IA, se podrían acercar los alejados procesos de selección de jueces a la ciudadanía, proporcionando herramientas para que las personas puedan participar activamente en la toma de decisiones al respecto.

En efecto, Landemore afirma:

La IA puede ayudar a escalar la democracia deliberativa en múltiples capacidades. Pero al final, tenemos que dejar de lado el ideal original de una deliberación simultánea y completamente inclusiva de todos con todos. Lo mejor que probablemente podamos tener es, o bien millones de personas autoseleccionadas procesando argumentos e ideas juntos en una plataforma en línea aumentada por IA (deliberación masiva en línea), o un porcentaje sustancial de la población participando en minipúblicos deliberativos rotándose varias veces (las asambleas regionales del gran debate nacional a gran escala). Incluso estas aproximaciones a la deliberación totalmente inclusiva son increíblemente exigentes, consumen mucho tiempo y presumiblemente son costosas.

Pero pueden ser los puentes necesarios para vincular el ideal de la democracia deliberativa con el de la participación masiva. (Landemore, 2024)

b. Riesgos

b.1. Consolidación de sesgos de la IA

La cuestión de los sesgos de la IA o sesgos del algoritmo es una preocupación constante en los estudios relativos a la implementación de la IA, en cuanto a su estructura y funcionamiento. Paradójicamente, la IA puede reducir los riesgos de los sesgos humanos pero, a la vez, incorporar el denominado “sesgo algorítmico”. Como afirma Sánchez Caparrós (2021),

... aunque suele presumirse que los sistemas de IA son neutros y deciden objetivamente, lo cierto es que se entrenan con datos, y si estos datos incluyen sesgos injustos, estos sistemas van a amplificar estructuralmente esos prejuicios provenientes de los datos, consolidando y expandiendo la discriminación, dando lugar a un círculo vicioso que terminará por excluir definitivamente a muchas personas del acceso a distintos bienes y servicios, sobre todo a aquellas que pertenecen a grupos vulnerables e históricamente desfavorecidos, reiniciando una problemática que desde nuestra disciplina venimos combatiendo hace largo tiempo. (Sánchez Caparrós, 2021)

Sera crucial entonces que el diseño de los sistemas de IA para la selección de jueces sea correctamente estructurado para evitar cualquier tipo de sesgo algorítmico.

Los sesgos algorítmicos se pueden clasificar en tres tipos principales: sesgo de recolección de datos, sesgo de diseño del modelo y sesgo de interpretación. El sesgo de recolección de

datos ocurre cuando los datos utilizados para entrenar un algoritmo representan de manera desproporcionada ciertos grupos o características, lo que conduce a resultados distorsionados. El sesgo de diseño del modelo surge de decisiones conscientes o inconscientes tomadas durante la creación del algoritmo, como la selección de variables y los métodos de procesamiento, que pueden favorecer ciertos resultados. Finalmente, el sesgo de interpretación se manifiesta cuando los resultados del algoritmo se analizan o aplican de manera parcial, influyendo en las decisiones basadas en esos resultados (Barocas et al., 2019 y Sánchez Caparrós, 2023).

b.2. Falta de confianza en los procesos de selección por IA

Un estudio reciente sobre la introducción de procesos de selección en el área de los recursos humanos demuestra que las percepciones de equidad en los procesos de selección de personas para un determinado trabajo se veían menos justas que los procesos tradicionales llevados adelante por humanos (Acikgoz et al., 2020). Las conclusiones del trabajo citado pueden extrapolarse a los sistemas de selección de jueces y deben tenerse en cuenta especialmente al momento de la implementación futura de estas herramientas, para evitar que los procesos de selección de jueces se perciban como inequitativos entre los propios postulantes, afectando la confianza pública en los procesos de selección.

Por otro lado, la complejidad de los algoritmos de IA puede hacer que sus decisiones sean vistas como “cajas negras”, es decir, decisiones cuyo funcionamiento interno no es fácilmente comprensible para los humanos. Esta falta de transparencia puede generar desconfianza en el sistema, ya que los ciudadanos pueden no entender cómo y por qué se toman ciertas decisiones (Coglianese et al., 2020).

CONCLUSIONES

La integración de la inteligencia artificial (IA) en los procesos de selección de jueces en Argentina promete mejorar significativamente la eficiencia, transparencia y democratización de estos sistemas. La IA puede analizar grandes volúmenes de datos sobre los antecedentes de los candidatos, evaluar exámenes y entrevistas de manera objetiva, y proporcionar información detallada de manera accesible, reduciendo así la discrecionalidad y fortaleciendo la legitimidad democrática de los procesos.

A treinta años de la reforma de 1994, es posible explorar soluciones tecnológicas para mejorar el Consejo de la Magistratura. La adopción de herramientas avanzadas como la IA podría optimizar los procesos de selección de jueces y facilitar las reformas necesarias.

Desde una perspectiva constitucional, la implementación de IA en los sistemas de selección de jueces debe respetar profundamente los principios democráticos y los derechos humanos. Cualquier avance tecnológico debe fomentar la deliberación y la participación ciudadana, asegurando que los sistemas sean no solo más eficientes, sino también más justos y accesibles para todos. Es crucial que las reformas tecnológicas respeten los principios de igualdad y no discriminación establecidos en la Constitución. La IA debe utilizarse para eliminar, no perpetuar, los sesgos existentes en el sistema judicial, lo que requiere una supervisión rigurosa y una regulación estricta para garantizar la transparencia y la auditabilidad de los algoritmos.

La transparencia y eficiencia que podría aportar la IA son fundamentales para restaurar la confianza pública en el sistema judicial. Sin embargo, también es crucial contar con una sólida infraestructura legal y ética que acompañe estas innovaciones, asegurando que jueces y operadores del sistema puedan com-

prender y supervisar adecuadamente el uso de estas tecnologías. La falta de transparencia en los algoritmos podría generar desconfianza y percepciones de injusticia entre los candidatos y el público. Además, si los datos de entrenamiento contienen sesgos, la IA podría amplificarlos, potencialmente llevando a decisiones discriminatorias. Para mitigar estos riesgos, es esencial que los sistemas de IA se diseñen con principios éticos sólidos y sean supervisados continuamente por humanos, asegurando que las decisiones basadas en IA sean comprensibles y justas para mantener la confianza pública en los procesos de selección.

Para concretar esta visión es necesario realizar una inversión significativa en tecnología e infraestructura, incluyendo la modernización de sistemas informáticos, la adquisición de *software* y *hardware* avanzados, y el establecimiento de redes seguras y eficientes. Además, es crucial capacitar a los operadores del sistema judicial en el uso y la supervisión de estas tecnologías. La formación continua y el desarrollo de competencias tecnológicas en políticos, jueces, abogados y trabajadores judiciales son fundamentales para asegurar una implementación exitosa y ética de la IA.

En síntesis, la IA tiene el potencial de transformar positivamente los procesos de selección de jueces en Argentina. Sin embargo, su implementación debe ser cuidadosamente gestionada, abordando los desafíos y riesgos asociados para maximizar los beneficios y minimizar los posibles impactos negativos. Si se gestiona y regula correctamente, la tecnología podría fortalecer de manera significativa el sistema judicial argentino, mejorando su transparencia, eficiencia y equidad, siempre en el marco del respeto por los derechos humanos y los principios democráticos que rigen nuestra Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos suscritos por Argentina.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Ábalos, M. G. (2009). El perfil político partidario del Consejo de la Magistratura y del Jurado de Enjuiciamiento. *El Derecho - Constitucional*, (444).
- Acikgoz, Y., Davison, K. H., Compagnone, M., y Laske, M. (2020). Justice perceptions of artificial intelligence in selection. *International Journal of Selection and Assessment*. <https://doi.org/10.1111/ijsa.12306>
- Alice, B. L. (2007). La movilidad de los haberes jubilatorios y pensionarios. Reflexiones en torno al caso "Badaro". *La Ley, A*, 73-75.
- Ambroggio, A. F. (2024a). *La selección de jueces*. La Ley.
- (mayo, 2024b). Procesos anticipados de selección de jueces a nivel federal en Argentina. *El Derecho-Diario*.
- (2020). *La judicialización de la política como causa y consecuencia*. La Ley.
- Ansolabehere, K. (2010). *Judicialization of Politics in Latin America*. Cambridge University Press.
- Barocas, S., Hardt, M., y Narayanan, A. (2019). *Fairness and Machine Learning*. The MIT Press.
- Benente, M. (2019). *Programa de Estudios sobre Poder Judicial: Laboratorio de Estudios sobre Administración del Poder Judicial: 3*. Edunpaz, José C. Paz.
- Bergallo, P. (2005). ¿Un techo de cristal en el Poder Judicial? La selección de los jueces federales y nacionales en Buenos Aires. En L. Cabral y C. Motta (Eds.), *Más allá del derecho. Justicia y género en América Latina* (pp. 145-217). Siglo del Hombre Editores.
- Bielsa, R., y Graña, E. (1995a). *Justicia y Estado. A propósito del Consejo de la Magistratura*. Ad Hoc.
- (1995b). *Poder Judicial de la Nación y autonomía de la Ciudad de Buenos Aires*. Ad Hoc.

- Buscaglia, E., y Dakolias, M. (1996). *Judicial Reform in Latin American Courts: The Experience in Argentina and Ecuador*. World Bank.
- Carnota, W., y De Venezia, L. (2024, 22 de abril). Justicia Inteligente. De la exégesis legal al código digital. Reflexiones sobre la resolución 111/2024 del Ministerio de Justicia de la Nación. *La Ley Diario*.
- Castagnola, A. (2018). *Manipulating Courts in New Democracies: Forcing Judges off the Bench in Argentina*. Cambridge University Press.
- Castagnola, A., y Pérez-Liñán, A. (2011). Judicial Inaction in Latin America: A Cross-National Analysis. *Comparative Political Studies*, 44(6), 740-765.
- Cayuso, S. (2021). *Constitución de la Nación Argentina Comentada*. La Ley, p. 632.
- Coglianesi, C., Grimm, P., y Grossman, M. (2020). *AI in the Courts: How Worried Should We Be?* Judicature. <https://judicature.duke.edu/articles/ai-in-the-courts-how-worried-should-we-be/>
- Cristallo, J. (2023). *Techo de cristal en la Justicia: Estudio empírico sobre los procesos de selección de jueces y juezas*. FUNDAR. <https://fund.ar/publicacion/techo-de-cristal-en-la-justicia-argentina/>
- Dakolias, M. (1999). *Court Performance Around the World: A Comparative Perspective*. World Bank.
- Diario Judicial (2024, 15 de abril). *La IA reduce los plazos*. <https://www.diariojudicial.com/news-97536-la-ia-reduce-los-plazos>
- Benito, I. E. (2023). *En cada etapa de los concursos hay margen de manipulación* [entrevista a Jimena De La Torre]. Justa. <https://justa.acij.org.ar/articulos/en-cada-etapa-de-los-concursos-hay-margen-de-manipulacion>
- Estigarribia Bieber, M. L., y Shwoihort, S. J. (2022). Avances tecnológicos, inteligencia artificial y acceso a la justicia de personas vulnerables. En A. Andruet (Ed.), *Impactos y alcances de la inteligencia artificial en el derecho y en el derecho judicial* (pp. 81-90). La Ley. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.
- Ferejohn, J. (2003). Judicializing Politics, Politicizing Law. *Law and Contemporary Problems*, 65(3). Duke Law School.
- García Lema, A. M. (1994). *La Reforma por dentro*. Ed. Planeta, p. 214.
- Gargarella, R. (2015). Un breve balance de la reforma constitucional de 1994, 20 años después. *Pensar en Derecho*, 5, 17-34.
- Garoupa, N., y Ginsburg, T. (2009). *Judicial Reputation: A Comparative Theory*. University of Chicago Press.
- Gelli, M. A. (2021). *La inconstitucionalidad de la integración del Consejo de la Magistratura*. Rubinzal Culzoni, Doctrina Digital, RC D 818.
- Hammergren, L. A. (2007). *Envisioning Reform: Improving Judicial Performance in Latin America*. Penn State University Press.
- Helmke, G., y Levitsky, S. (2006). *Informal Institutions and Democracy: Lessons from Latin America*. Johns Hopkins University Press.
- Hirschl, R. (2008a). Judicialization of Politics. En K. Whittington, R. Kelemen, y G. Caldeira (Eds.), *The Oxford Handbook of Law and Politics* (pp. 253-274). Oxford University Press.
- (2008b). The Judicialization of Megapolitics and the Rise of Political Courts. *Annual Review of Political Science*, 11. <https://ssrn.com/abstract=1138008>
- Iribarne, H. P. (2006, 2 de agosto). Los procesos de selección de magistrados y funcionarios judiciales. *La Ley*, 2006-D, 1293.
- Landmore, H. (2024). Can Artificial Intelligence Bring Deliberation to the Masses? En Chang, R. y Srinivasan, A. (Eds.), *Conversations in Philosophy, Law, and Poli-*

- tics. Oxford University Press. DOI: 10.1093/oso/9780198864523.003.0003
- (2020). *Open Democracy: Reinventing Popular Rule for the Twenty-First Century*. Princeton University Press.
- Manili, P. (2021). *Tratado de derecho constitucional argentino y comparado*. Tomo V. La Ley, p. 638.
- Martino, A. (2022). Sistemas inteligentes en la ciencia del derecho y en la administración de justicia. En A. Andruet (Ed.), *Impactos y alcances de la inteligencia artificial en el derecho y en el derecho judicial* (pp. 161-183). La Ley. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.
- Matterson, R., y Marías, L. (2022). *Litigantes que quieren concursar*. Diario Judicial. <https://www.diariojudicial.com/news-92439-migrated>
- McCarthy, J., Minsky, M., Rochester, N., y Shannon, C. E. (1955). *Proposal for the Dartmouth Summer Research Project on Artificial Intelligence*. [Documento archivado en las colecciones de Dartmouth College y Stanford University].
- Melton, J., y Ginsburg, T. (2013). Does De Jure Judicial Independence Really Matter?: A Re-evaluation of Explanations for Judicial Independence. *Journal of Law and Courts*, 1(2), 187217.
- Montesinos García, A. (2023, noviembre). *Algoritmos predictivos y perspectiva de género en el proceso penal*. Dialnet. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/9437988.pdf>
- Office of the High Commissioner for Human Rights (OHCHR). (2023, 12 de julio). *Artificial intelligence must be grounded in human rights, says High Commissioner*. <https://www.ohchr.org/en/statements/2023/07/artificial-intelligence-must-be-grounded-human-rights-says-high-commissioner>
- Organización de los Estados Americanos (OEA). (2022, 25 de marzo). *64th Lecture Series of the Americas: Politics in the Digital Age: Artificial Intelligence and Democracy*. https://www.oas.org/en/media_center/press_release.asp?sCodigo=AVI3
- Paixao, E. (1994). La reforma de la Administración de Justicia. El Consejo de la Magistratura. En H. Rosatti et al. (Eds.), *La reforma de la Constitución. Explicada por miembros de la Comisión de Redacción*. Rubinzal-Culzoni Editores, p. 412.
- Pérez-Liñán, A. (2007). *Presidential Impeachment and the New Political Instability in Latin America*. Cambridge University Press.
- Prieto, H. (2019). Hacia una nueva reforma constitucional. A 25 años de la reforma de 1994. *Revista de Derecho Público*, 2. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 366.
- Prillaman, W. C. (2000). *The Judiciary and Democratic Decay in Latin America: Declining Confidence in the Rule of Law*. Praeger.
- Puga, M. G., y Ardoy, L. A. (2023). El fallo sobre el Consejo de la Magistratura: aciertos y debilidades en la decisión de la Corte Suprema. *Revista Jurídica Austral*, 4(1), 207-248. <https://ojs.austral.edu.ar/index.php/juridicaaustral/article/view/1004>
- Ríos-Figueroa, J. (2011). *Institutions for Constitutional Justice in Latin America*. Oxford University Press.
- Robledo, N. D. (2007). El caso “Badaro”. *La Ley*, A, 240-243.
- Sabsay, D. (2022). *Manual de derecho constitucional*. La Ley, p. 737.
- Sagüés, N. P. (2014). A 20 años de la Reforma de 1994: una fórmula constitucional sibilina. *La Ley - Suplemento Constitucional*, 158.
- (1989). El Consejo de la Magistratura y su inserción en el régimen de reclutamiento de jueces. *Jurisprudencia Argentina*, IV, 890.
- Sánchez Caparrós, M. (2021). *Prevenir y controlar la discriminación algorítmica*. Rubinzal Culzoni, RC D 427/2021.

- Segura, R. E. (2023). Inteligencia artificial y administración de justicia: dificultades derivadas del contexto latinoamericano. *Revista de Bioética y Derecho*, (58), 45-72. <https://doi.org/10.1344/rbd2023.58.40601>
- Serra Cristóbal, R. (2011). *La selección de jueces en Estados Unidos*. Thomson Reuters.
- Sieder, R., Schjolden, L., y Angell, A. (2011). *La judicialización de la política en América Latina*. CIESAS - Universidad del Externado de Colombia.
- Tasioulas, J. (2022). Artificial Intelligence, Humanistic Ethics. *Daedalus*, 151(2), 232-243. <https://www.jstor.org/stable/10.2307/48662038>
- Tocqueville, A. (2010). *La democracia en América*. Trotta.
- Turing, A. (1950). Computing Machinery and Intelligence. *Mind*, 59(236), 433-460.
- Wirth, L. (2002). *Romper el techo de cristal. Las mujeres en puestos de dirección*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de España.
- Ylarri, J. S. (2013, julio-diciembre). *El equilibrio en la composición del Consejo de la Magistratura. Debates de Actualidad*. Asociación Argentina de Derecho Constitucional, Rubinzal Culzoni, Año XXVIII – (207).
- Zaffaroni, E. (1994). *Estructuras judiciales*. Ediar.
- Zayat, D. (2011). Méritos y política: La selección de jueces federales en Argentina. En *Centro de Formación Judicial del CM de la CABA. Premio Formación Judicial 2009*. Eudeba.

Adrián Federico Ambroggio

Perfil académico y profesional: Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Nacional de Córdoba. Director del Departamento de Derecho Público de la Universidad Nacional del Comahue (UNComahue). Profesor adjunto regular encargado de la Catedra de Derecho Constitucional I en la UNComahue.

fambroggio@gmail.com

Identificador ORCID: 0000-0002-8852-6554



Repensar el *habeas data*: análisis de los desafíos y oportunidades en la era digital

Rethinking *habeas data*: analysis of the challenges and opportunities in the digital age

Fátima López Poletti¹

Resumen

En Argentina, el *habeas data* está garantizado por el artículo 43 de la Constitución nacional, incorporado en la reforma de 1994. La inclusión de esta cláusula en la Constitución nacional ha generado ciertas controversias que han sido superadas con la sanción de la Ley de Protección de Datos Personales 25326.

En la actualidad, sin embargo, surgen nuevos cuestionamientos que exigen una revisión del instituto. La revolución digital, en particular, ha transformado la forma en que se recopilan, procesan y comparten los datos personales. Por eso, el derecho debe adaptarse a esta nueva realidad y brindar respuestas adecuadas que garanticen la protección de la privacidad y la seguridad de las personas. Las bases sobre las cuales se erigió el instituto del *habeas data* comienzan a tambalear y reclaman, de manera imperativa, un marco normativo que brinde soluciones a los problemas contemporáneos.

En este artículo se analizará cada una de las etapas del instituto del *habeas data*. En primer lugar, se evaluará la labor de la Convención Constituyente; en segundo lugar, se abordará la cuestión sobre su reglamentación; luego, se desarrollarán las cuestiones procesales de aquel; y finalmente se examinará la protección de los datos personales en la era digital. De este modo, no se busca analizar el *habeas data* como un instituto anclado en el tiempo sino

Abstract

This analysis of the judgement “C. A. M s/ Precautionary measures - Family” file 86054/2017 of the Chamber E of the Civil National Court (June 7, 2021) proposes to consider whether it is possible to prioritize legal formal requirements — such as the prior registration in the Registry of Applicants for Guardianship with Purposes of Adoption — over over the emotional reality of a child. Specifically, in the case under study, the possibility for a foster family bein as such as the best interest of the child and the right of every human being for the State to respect and protect his or her family. This is a social unit, the family, which originates from an emotional reality and precedes its legal recognition. The Supreme Court of Buenos Aires has already stated that “(...) if the child is instrumentalized to preserve a supposed intangibility of the order established by the Registry, the values are inverted, consecrating the superior interest of the Registry, not of the child”.

Keywords: *habeas data* - personal data protection - informational selfdetermination - new technologies

Derecho/ Ensayo científico

Citar: López Poletti, F. (2024). Repensar el *habeas data*: análisis de los desafíos y oportunidades en la era digital. *Omnia. Derecho y sociedad*, 7 (2), pp. 139-156.

¹ Universidad Católica Argentina (UCA).

como uno en constante desarrollo, que adquiere aún más relevancia con la consolidación de la sociedad de la información.

Palabras claves: *habeas data* - protección de datos personales - autodeterminación informativa - nuevas tecnologías

INTRODUCCIÓN

En Argentina, el *habeas data* está garantizado por el artículo 43 de la Constitución nacional (CN), incorporado en la reforma de 1994. Este artículo reconoce la facultad de toda persona de acceder a sus datos personales que se encuentren en registros o bancos de datos públicos o privados destinados a proveer informes, y a exigir su rectificación, actualización, supresión o confidencialidad, en caso de falsedad o discriminación².

La inclusión de esta cláusula en la Constitución nacional ha sido controvertida desde sus inicios. Entre las dudas o cuestionamientos que la doctrina y la jurisprudencia han generado se encuentran los siguientes: (i) la constitucionalidad de la cláusula, ya que la Ley 24309, declarativa de la necesidad de la reforma constitucional, no previó de manera expresa el *habeas data* como sí lo hizo con el *habeas corpus* y el amparo; (ii) su naturaleza jurídica, ya que se ha discutido si se trata de una subespecie del amparo (Corte Superior de Justicia de la Nación [CSJN], “Lascano Quintana”, Fallos 324:567), un amparo especial (Bazán, 2012; Gelli, 2015, pp. 639-641; y CSJN, “Martínez”, Fallos 328:797) o un proceso autónomo (Gozáini, 1994); y (iii) la necesidad de una regulación específica del *habeas data*, en particular, si la regulación de-

bía promoverse con carácter urgente (Leguizamón, 1999) o esperar a ver cómo funcionaba en la práctica (Puccinelli, 1995 y Toricelli, 1997), y si la regulación debía limitarse a establecer los aspectos procesales (Palazzi, 1997) o consagrar los principios rectores para la protección de los datos (Altmark y Molina Quiroga, 1996).

La mayoría de estas discusiones han perdido virtualidad con la sanción de la Ley 25326, que establece un marco normativo específico para la protección de los datos personales.

En la actualidad, sin embargo, el *habeas data* plantea nuevos desafíos. Por esa razón, en este trabajo se analizará de manera integral; no como un instituto anclado en el tiempo sino como uno en constante desarrollo, que plantea cuestiones vinculadas con su naturaleza, los derechos humanos y el aspecto procesal, y adquiere aún más relevancia con la consolidación de la sociedad de la información³.

LA INCORPORACIÓN DEL *HABEAS DATA* EN LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994: LA CONVENCION CONSTITUYENTE Y UNA FIRME DECISION

La Ley 24309, que declaró la necesidad de la reforma constitucional de 1994, autorizó “la consagración expresa del *habeas corpus* y el

² En este sentido, Masciotra ha señalado que “el constitucionalismo latinoamericano [a diferencia del sistema europeo y estadounidense] ha consagrado el *habeas data* como un derecho-garantía tendiente a proteger los datos personales, que en la estela suprema del mundo normativo integra los derechos y garantías de ‘tercera generación’” (Masciotra, 2003, p. 21).

³ La llamada “sociedad de la información” es consecuencia de la Cuarta Revolución Industrial, también conocida como “revolución digital”. Según Juan Corvalán, esta última consiste en “un proceso de desarrollo tecnológico e industrial que está vinculado con la organización de los procesos y medios de producción, al igual que las tres anteriores. Los fundamentos en los que se levanta son Internet de las cosas, robótica, dispositivos conectados, sistemas ciberfísicos, cultura *market*, ciberfábrica o Smart industries, IA” (Corvalán, 2020, p. 22).

amparo, por incorporación de un artículo nuevo en el capítulo segundo de la primera parte de la Constitución nacional” (conf. inc. “n”, art. 3); es decir, no hizo referencia expresa a la acción de *habeas data*. Sin embargo, la tutela de los datos personales fue tratada por la Convención Constituyente y plasmada en el tercer párrafo del artículo 43 como una especie dentro del amparo. Sobre esto, Masciotra (2023) ha dicho:

... No obstante la ausencia de toda referencia en la norma legal que habilitaba la reforma de nuestra Carta Fundamental, en la mayoría de los convencionales —independientemente de la agrupación política que representaran— existía una clara y firme vocación tendiente a consagrar en aquella una garantía instrumental tendiente a tutelar los datos personales. Prueba fehaciente de ello, es que se presentaron veintisiete proyectos relacionados con este tema, los que ingresaron a la Comisión de Nuevos Derechos y Garantías presidida por la Convencional Elsa Pilar Barreiro de Roulet (UCR Bs. As.⁴). (Masciotra 2003, pp. 74 y 75)

Por su parte, Mazza Gigena (2019, pp. 1093-1094) sostiene que dicha incorporación se justificó en los siguientes motivos: (i) la experiencia del pasado en materia de intromisión estatal y violación de derechos humanos, y (ii) la aparición de nuevas tecnologías y la proliferación de la información mediante herramientas como Internet.

Finalmente, el *habeas data* se erigió como un mecanismo tendiente a preservar la memoria histórica de los/as argentinos/as (Delich, como se cita en Convención Nacional Consti-

tuyente de 1994 [CNC1994], 1994)⁵; defender los derechos de la ciudadanía frente a todo tipo de arbitrariedad o en materia de registros ideológicos, políticos, sindicales, personales o familiares que puedan afectar el derecho a la dignidad y a la propia imagen (Biazzi, como se cita en CNC1994, 1994); facilitar la búsqueda de personas desaparecidas (Caferio, como se cita en CNC1994, 1994); y proteger el derecho a la intimidad de los riesgos producidos por la informática (Cavagna Martínez, como se cita en CNC1994, 1994).

REGLAMENTACIÓN DEL *HABEAS DATA*: ANTECEDENTES LEGISLATIVOS, LA ACTUACIÓN DE LA CSJN Y EL ESCENARIO ACTUAL

Luego de la incorporación del artículo 43 a la Constitución nacional comenzó a considerarse la necesidad de su reglamentación. En ese sentido, se presentaron numerosas iniciativas legislativas. Masciotra (2003, pp. 115 y 116) menciona, entre otras, las siguientes:

(i) en la Cámara de Diputados: el Expte. 4367-D-94, Ley Regulatoria del Derecho a la Información, de R. Sánchez Galdeano (Mov. Pop. Fuego T. Del Fuego); el Expte. 4670D94, Régimen Regulatorio del *Habeas Data*, de Antonio M. Hernández (UCR Córdoba); el Expte. 0815-D-95 Ley de acceso a la información, Alfredo P. Bravo, (Unión Socialista Capital Federal) y otros; el Expte. 1577-D-95 Régimen Reglamentario del *Habeas Data* (art. 43 de la CN), Ricardo Molinas (Unión Socialista Santa Fe) y otros; el Expte. 1727-D-95 Régimen de protección integral del derecho a la intimidad de las personas y de acceso a la información

⁴ Unión Cívica Radical, Buenos Aires.

⁵ El 12 de agosto de 1994, el convencional Delich sostuvo con relación al *habeas data*: “Estamos defendiendo el derecho de los ciudadanos de proteger su intimidad para el futuro. Esta es la memoria histórica que tenemos y que exhibimos, y lo hacemos porque nos acordamos de lo que significó no tener acceso a esos archivos espantosos”.

registrada sobre las mismas, reproducción del Expte. 3423-D-92, Carlos R. Álvarez (PJ Bs. As.⁶); el Expte. 1793-D-95, Régimen de informática y libertades individuales y públicas, Carlos A. Becerra (UCR Córdoba); el Expte.2474-D-95 *habeas data*, César Arias (PJ Bs. As.); y

(ii) en el Senado: el Expte. 1384D.95, Régimen de *Habeas Data* (Reglamentación del art. 43 de la CN), José A. Romero Feris (Autonomista, Corrientes); el Expte. 2006-S-95 Derecho de *Habeas Data*, Augusto Alasino (PJ, Entre Ríos); el Expte. OIII-S-96 Régimen de *Habeas Data*, Eduardo Menem (PJ, La Rioja); el Expte. 0230-S-96 Reglamentación del art. 43 de la Constitución nacional (*habeas data*), Graciela Fernández Mejjide (Alianza País, Capital Federal); el Expte. 0563-S-96 Régimen sobre *Habeas Data*, Alcides H. López (UCR, Entre Ríos); etc.

Dichas iniciativas —en particular, la presentada por Alfredo P. Bravo—, fueron utilizadas como base para sancionar el Proyecto de Ley 24745, que fue vetado por el Poder Ejecutivo mediante el Decreto 1616/1996⁷. Según los considerandos del veto, la ley sancionada: (i) creó una comisión bicameral de seguimiento de protección legislativa de datos, sin especificar ni delimitar sus facultades; (ii) omitió la previsión de supuestos de excepción para la cesión o transmisión internacional de datos entre la República Argentina y otros Estados, o con organismos internacionales o supranacionales; (iii) se extralimitó al asignar nuevas

funciones al defensor del pueblo; entre otros.

La demora reglamentaria fue advertida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN, o la Corte) en los casos “Urteaga”⁸ y “Ganora”⁹, donde señaló que “la falta de reglamentación legislativa no obsta a la vigencia de ciertos derechos que, por su índole, pueden ser invocados, ejercidos y amparados sin el complemento de disposición legislativa alguna”. Además, agregó: “la ausencia de normas regulatorias de los aspectos instrumentales [de la acción de *habeas data*] no es óbice para su ejercicio, pues incumbe a los órganos jurisdiccionales determinar provisoriamente — hasta tanto el Congreso Nacional proceda a su reglamentación—, las características con que tal derecho habrá de desarrollarse en los casos concretos”.

Finalmente, en el año 2000, se sancionó la Ley 25326¹⁰, que estableció un marco normativo específico para la protección de los datos personales. En particular, determinó su objeto (Cap. I), reguló los principios generales en la materia (Cap. II), enunció los derechos de los/as titulares de esos datos (Cap. III), fijó el régimen aplicable a usuarios y responsables de archivos, registros y bancos de datos (Cap. IV), enunció las funciones y atribuciones de la autoridad de aplicación y control en la materia (Cap. V), determinó los distintos tipos de sanciones (Cap. VI) y reguló los aspectos concernientes a la acción judicial (Cap. VII).

⁶ Partido Justicialista, Buenos Aires.

⁷ Publicado en el Boletín Oficial el 30 de diciembre de 1996.

⁸ CSJN, “Urteaga”, Fallos 321:2767, cons. 9 y 10, 1998.

⁹ CSJN, “Ganora”, Fallos 322:2139, cons. 8, 1999.

¹⁰ Dicha ley se originó en el Senado, se aprobó con modificaciones en la Cámara de Diputados, se consideró nuevamente por el primero y se promulgó parcialmente por el Poder Ejecutivo mediante el Decreto 995/2000. El presidente de aquel entonces, Fernando de la Rúa, vetó dos disposiciones referidas a la dirección y administración del órgano de control (art. 29, ptos. 2 y 3) y a una suerte de amnistía para los deudores en mora (art. 47).

NATURALEZA JURÍDICA Y OBJETO DE TUTELA. LA CUESTIÓN DE LOS RECLAMOS POR DAÑOS Y PERJUICIOS

Naturaleza jurídica

La omisión de toda referencia al *habeas data* en la Ley 24309, su ubicación constitucional y la expresión “[t]oda persona podrá interponer esta acción...”, sentó las bases necesarias para que, en principio, aquella sea considerada como una especie de amparo. Es que, como señala Puccinelli (2015, p. 6), la independencia del *habeas data* “habría traído como consecuencia su inconstitucionalidad por falta de habilitación legal”.

La remisión inicial a la acción de amparo generó dudas y cuestionamientos vinculados con los presupuestos exigibles para su interposición¹¹. En particular, si la promoción del *habeas data* requiere acreditar una ilegalidad o arbitrariedad manifiesta¹².

Con base en estas discusiones, surgieron al menos dos grandes teorías esbozadas por la CSJN. La primera, elaborada en el caso “Lascano Quintana”¹³, sostiene que el *habeas data* solo se puede interponer cuando existe arbitrariedad o ilegalidad manifiesta.

La segunda, en cambio, sostiene que tal

recaudo no es exigible porque la Ley 25326, reglamentaria de tal acción, no lo demanda¹⁴. De este modo, el *habeas data* procede ante la mera falsedad en el contenido de los datos o la discriminación que de ellos pudiere resultar (Gelli, 2015, pp. 635656).

Derechos tutelados

Ahora bien, precisar los derechos que el *habeas data* protege no es una tarea sencilla ya que, como señala Gelli (2015, p. 651), resguarda “una multiplicidad de derechos sustantivos, tantos como pudieran verse afectados por la difusión, falsedad o efecto discriminatorio del tratamiento de [los datos personales]”.

Sin perjuicio, puede afirmarse que en una perspectiva clásica, el *habeas data* protege los derechos a la privacidad, identidad y honor. En cambio, desde una perspectiva moderna, ampara la autodeterminación informativa, es decir, “el derecho a la libre disposición de los datos personales” (Gozaíni, 2023, p. 26)¹⁵.

Masciotra (2003, pp. 128-154), en una propuesta superadora, considera que el *habeas data* debe funcionar como una garantía instrumental polifuncional, tendiente a tutelar una pluralidad de derechos, tales como la intimidad, la privacidad, la autodeterminación

¹¹ Para un análisis exhaustivo sobre las dudas, cuestionamientos y teorías relativas a la naturaleza jurídica del *habeas data*, véase Sacristán, E., “*Habeas data*: una especie de acción de amparo”. En Cassagne, J. C. (Ed.), *Tratado general de derecho procesal administrativo*, Tomo II, 2011, pp. 663707, <https://www.estelasacristan.com.ar/publicaciones/Habeas%20data%20-%20Una%20especie%20de%20accion%20de%20amparo%20-%202da%20edicion.pdf> y Masciotra, 2003. Véanse referencias bibliográficas.

¹² También se ha discutido si la acción de *habeas data* es susceptible de caducidad. Al respecto, véase Puccinelli, 2015, p. 7.

¹³ CSJN, “Lascano Quintana”, Fallos 324:567, 2001.

¹⁴ CSJN, “Martínez”, Fallos 328:797, 2005.

¹⁵ También se ha definido como una “serie de facultades que tiene toda persona para ejercer el control sobre la información personal que le concierne, contenida en registros ya sean públicos, privados o informáticos, a fin de enfrentar las posibles extralimitaciones de los mismos” (Tribunal Constitucional de Perú, Sala I, Pesquera Virgen del Valle SAC c/ Megatrack SAC, 2007) o como “la facultad de disponer sobre la revelación y el uso de los datos personales que integra todas las fases de elaboración y tratamiento de datos” (Masciotra, 2003, p. 139).

informativa, la verdad, la identidad, el honor, la imagen, la voz y la información.

Reclamos por daños y perjuicios

A las dificultades que plantea la precisión de los derechos tutelados por el *habeas data*, debe sumarse la cuestión sobre la posibilidad de reclamar daños y perjuicios en el ejercicio de dicha acción. Al respecto, la Sala I de la Cámara Civil y Comercial Federal sostuvo que los reclamos resarcitorios son ajenos a los fines que tuvo el legislador al crear la acción de *habeas data* y que, además, exceden el marco de la Ley de Protección de Datos Personales¹⁶.

Corolario

A modo de conclusión, el *habeas data* es una garantía autónoma, independiente del amparo, que tiene un objeto preciso y concreto que consiste en permitir a las personas interesadas controlar la veracidad de la información y el uso que de ella se haga, sin que sea posible reclamar una indemnización por infracciones a las normas de protección de datos personales en el ejercicio de dicha acción.

GENERALIDADES: ASPECTOS PROCESALES DEL *HABEAS DATA*

La Ley de Protección de Datos Personales 25326 regula ciertos aspectos procesales de la acción de *habeas data*, a saber: cuestiones de legitimación, requisitos de procedencia de la acción, jurisdicción, competencia y procedimiento aplicable. A continuación, se abordará cada uno de ellos.

Legitimación: sujetos protegidos y obligados por la ley

La Ley 25326 reconoce una legitimación activa amplia que se proyecta en tres direcciones (art. 34). De este modo, puede promover la acción de *habeas data*:

- El afectado, sus tutores o curadores y los sucesores de las personas humanas, sean en línea directa o colateral hasta el segundo grado, por sí o por apoderado.
- Las personas jurídicas con domicilio legal o delegaciones o sucursales en el país, mediante sus representantes legales o apoderados designados al efecto.
- El defensor del pueblo, quien podrá intervenir en forma coadyuvante.

La norma prevé una limitación: la pretensión de *habeas data* no puede ser utilizada para obtener datos de terceros.

Por su parte, en relación con la legitimación pasiva, la acción procederá respecto de los responsables y usuarios de bancos de datos públicos, y de los privados destinados a proveer informes (art. 35).

Requisitos de procedencia de la acción

La acción de protección de datos personales procederá:

- Para tomar conocimiento de los datos personales almacenados en archivos, registros o bancos de datos públicos o privados destinados a proporcionar informes, y de la finalidad de aquellos.
- En los casos en que se presuma la falsedad, inexactitud, desactualización de la información de que se trata, o el tratamiento de datos cuyo registro se encuentra prohibido, para exigir su rectificación, supresión, confidencialidad o actualización.

¹⁶ Cámara Civil y Comercial Federal, Sala I, “La Rocca, Vicente José c/ Cencosud S.A. s/ *Habeas Data* (Art. 43 CN)”, 2023.

Competencia

La ley establece que será competente para entender en la acción de *habeas data* el juez del domicilio del actor, el del domicilio del demandado o el del lugar en el que el hecho o acto se exteriorice o pudiera tener efecto, a elección del actor.

Jurisdicción

Por su parte, la ley contempló la jurisdicción federal en dos casos concretos: (i) cuando la acción se interponga en contra de archivos de datos públicos de organismos nacionales, y (ii) cuando los archivos de datos se encuentren interconectados en redes interjurisdiccionales, nacionales o internacionales.

Procedimiento aplicable

La norma establece que la acción de *habeas data* tramitará según las disposiciones de la propia Ley de Datos Personales y por el procedimiento que corresponde a la acción de amparo común, y supletoriamente por las normas del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en lo atinente al juicio sumarísimo.

Si bien ni el texto de la constitución ni las disposiciones de la ley reglamentaria mencionan la necesidad de agotar la vía administrativa, Mazza Gigena (2019, pp. 11051106) señala que, en la práctica, el funcionamiento de los registros públicos suele funcionar de acuerdo con su propia reglamentación interna.

OPERATIVIDAD DEL HABEAS DATA: TIPOS DE ACCIONES Y DATOS. BANCOS DE DATOS AFECTADOS

Para ejercer la acción de protección de datos personales a la que nos referimos en el apartado anterior, es preciso saber qué tipo de acciones

existen, qué tipo de datos protege la ley y en qué bancos y bases de datos están almacenados. A continuación se abordarán dichas cuestiones.

Tipos de *habeas data*

Sagües (1997, pp. 143-146) sostiene que existen los siguientes tipos de *habeas data*:

- **Informativo:** es aquel que procura recabar información obrante en registros o bancos de datos públicos o privados destinados a proveer informes. Dentro de estos, incluye tres subespecies: (i) exhibitorio, que tiene por objeto tomar conocimiento de los datos registrados; (ii) finalista, que busca saber para qué y para quién se registran los datos, y (iii) autoral, tiene como fin averiguar quién obtuvo los datos obrantes en los registros o bancos.
- **Aditivo:** su propósito es agregar más datos a los que deberían constar en el respectivo banco o registro. Por ejemplo, en el caso de quien aparece como deudor a pesar de haber satisfecho su obligación.
- **Rectificador:** apunta a corregir errores en los registros o bancos. La CSJN ha fijado un límite a su interposición cuando la rectificación se orienta hacia los registros sacramentales. En el caso “R.A. c/ Arzobispado de Salta s/ *habeas data*”, se consideró que la rectificación de los registros de bautismo y confirmación con motivo de adecuación al nombre e identidad de género autopercibida por su accionante es improcedente porque “implica una interferencia inaceptable en la autonomía interna reconocida [al Arzobispado]”, a la libertad religiosa y de culto, y al derecho canónico¹⁷.
- **Reservador:** es aquel que exige la confidencialidad de datos ciertos, pero susceptibles de causar daños.

¹⁷ CSJN, “R.A. c/ Arzobispado de Salta s/ *habeas data*”, Fallos: 346:333, cons. 9, 10 y 11, 2023.

- Cancelatorio o exclutorio: es el que busca suprimir los datos sensibles obrantes en registros o bancos.
- Mixto: aquel que comprende a más de uno de los descriptos anteriormente.

Por su parte, Andrés Gil Domínguez (2014) incorpora el concepto de *habeas data* digital (o de Internet) a la clásica tipificación y lo define como el “proceso administrativo o judicial rápido, sencillo y gratuito que tiene por objeto proteger el derecho a la intimidad en Internet mediante el bloqueo de acceso por intermedio de los motores de búsqueda de los contenidos dañosos producidos en la *web*”. Además, considera que incluye las siguientes

subespecies: (i) interno, (ii) administrativo y judicial, (iii) autosatisfactivo o de oficio. El apartado VII ahondará en esta cuestión.

Tipos de datos y tratamiento

La ley protege expresamente dos tipos de datos: los datos personales y los datos sensibles. Sin embargo, existe un proyecto de reforma elaborado por la Agencia de Acceso a la Información Pública que amplía dicho catálogo. Además, ambos regulan cuestiones vinculadas con su tratamiento¹⁸.

A continuación, cada uno de los textos normativos se compara.

¹⁸Para acceder al proyecto de reforma, véase: https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/mensajeyproyecto_leydpd2023.pdf.

Tabla 1

Tipos de datos y tratamiento en la Ley 25326 y el proyecto de reforma elaborado por la Agencia de Acceso a la Información Pública

| | Ley 25326 | Proyecto de reforma |
|---------------------------------|---|---|
| Tipos de datos | <ul style="list-style-type: none"> - Datos personales: información de cualquier tipo, referida a personas humanas o jurídicas determinadas o determinables; - Datos sensibles: son datos personales que revelan origen racial y étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas, filosóficas o morales, afiliación sindical e información referente a la salud o a la vida sexual. - Datos de acceso irrestricto: no están definidos pero su existencia surge del art. 5, pto. 2, inc. c). Son aquellos cuyo tratamiento no requiere consentimiento. Es decir, nombre y apellido, documento nacional de identidad, identificación tributaria y previsional, ocupación, fecha de nacimiento y domicilio. | <ul style="list-style-type: none"> • Datos personales: Información referida a personas humanas determinadas o determinables; • Datos personales sensibles: Aquellos que se refieren a la esfera íntima de su titular o cuya utilización indebida pueda dar origen a discriminación o conlleve un riesgo grave para este; • Datos biométricos: aquellos obtenidos a partir de un tratamiento técnico específico, relativos a las características físicas, fisiológicas o conductuales de una persona humana, que permitan o confirmen su identificación única, tales como imágenes faciales o datos dactiloscópicos, entre otros; • Datos genéticos: aquellos datos relativos a las características genéticas heredadas o adquiridas de una persona humana que proporcionen una información sobre su fisiología o salud. |
| Tratamiento de datos - Concepto | Operaciones y procedimientos sistemáticos, electrónicos o no, que permitan la recolección, conservación, ordenación, almacenamiento, modificación, relacionamiento, evaluación, bloqueo, destrucción, y en general el procesamiento de datos personales, así como también su cesión a terceros a través de comunicaciones, consultas, interconexiones o transferencias. | Cualquier operación o conjunto de operaciones, automatizada, parcialmente automatizada o no automatizada, realizada sobre datos personales, que permita, de manera enunciativa, la recolección, conservación, organización, estructuración, almacenamiento, modificación, relacionamiento, evaluación, bloqueo o destrucción, publicación y, en general, su procesamiento, así como también su cesión a través de comunicaciones, consultas, interconexiones o transferencias. |

| | | |
|--|---|--|
| Tratamiento de datos personales - Requisitos | <p>Es lícito, solo si:</p> <ul style="list-style-type: none"> (i) Existe consentimiento del titular; (ii) Los datos se obtienen de fuentes de acceso público irrestricto; (iii) se recaban para el ejercicio de funciones propias de los poderes del Estado o en virtud de una obligación legal; (iv) se trata de listados cuyos datos se limiten a nombre, documento nacional de identidad, identificación tributaria o previsional, ocupación, fecha de nacimiento, domicilio; (v) derivan de una relación contractual, científica o profesional del titular de los datos, y resulten necesarios para su desarrollo o cumplimiento; y (vi) se trata de las operaciones que realicen las entidades financieras y de las informaciones que reciban de sus clientes conforme las disposiciones de la Ley de Entidades Financieras. | <p>Es lícito, solo si:</p> <ul style="list-style-type: none"> (i) Existe consentimiento del titular; (ii) Es en ejercicio de las funciones propias del Estado y necesario para el cumplimiento de sus fines; (iii) Es necesario para el cumplimiento de una obligación legal aplicable al responsable o encargado del tratamiento; (iv) Es necesario para la ejecución de un contrato en el que el titular de los datos es parte o para la aplicación de medidas contractuales; (v) Es necesario para salvaguardar el interés vital del titular de los datos o de terceros. Este supuesto se subordina a que no prevalezcan los intereses o derechos del titular de los datos, y este se encuentre física o jurídicamente incapacitado para otorgar su consentimiento; (vi) Es necesario para la satisfacción del interés legítimo del responsable del tratamiento. Este supuesto también se subordina a que no prevalezcan los intereses o derechos del titular de los datos, particularmente cuando se trate de un niño, niña o adolescente. |
| Forma del consentimiento | <p>Debe ser previo, libre, expreso e informado y debe constar por escrito o por otro medio que se le equipare, de acuerdo con las circunstancias.</p> | <p>Debe ser previo, libre, específico, informado e inequívoco, para una o varias finalidades determinadas, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa.</p> |
| Revocación del consentimiento | <p>Solo se admite en los casos de cesión.</p> | <p>Se admite en cualquier caso, excepto cuando existe un deber legal o contractual para continuar con el tratamiento de datos.</p> |

| | | |
|--------------------------------|---|---|
| Tratamiento de datos sensibles | <p>Es excepcional. Solo se admite cuando:</p> <p>(i) medien razones de interés general autorizadas por ley; o (ii) para finalidades estadísticas o científicas cuando no puedan ser identificados sus titulares.</p> <p>Está prohibida la formación de archivos, bancos o registros que almacenen información que directa o indirectamente revele datos sensibles.</p> <p>Los datos relativos a antecedentes penales o contravencionales solo pueden ser objeto de tratamiento por parte de las autoridades públicas competentes, en el marco de las leyes y reglamentaciones respectivas.</p> <p>Por su parte, los establecimientos sanitarios públicos o privados y los profesionales vinculados a las ciencias de la salud pueden recolectar y tratar los datos personales relativos a la salud física o mental de los pacientes que a ellos acudan o que estén o hubieren estado bajo tratamiento de aquellos, respetando los principios del secreto profesional.</p> | <p>Es excepcional. Solo se admite cuando:</p> <p>(i) Existe consentimiento del titular;</p> <p>(ii) Es necesario para salvaguardar un interés vital del titular de los datos y este se encuentre física o legalmente incapacitado para prestar el consentimiento. Además, es necesario que los representantes no puedan otorgar el consentimiento en tiempo oportuno;</p> <p>(iii) Es efectuado por establecimientos sanitarios públicos o privados o por profesionales vinculados a la ciencia de la salud con la finalidad de un tratamiento médico específico;</p> <p>(iv) Se realiza en el marco de actividades legítimas de una fundación, asociación o cualquier otro organismo sin fines de lucro, que tengan un objeto político, filosófico, religioso o sindical;</p> <p>(v) Sea necesario para el reconocimiento, ejercicio o defensa de un derecho en un proceso judicial;</p> <p>(vi) Tuviera una finalidad histórica, de archivo de interés público o aporte al proceso de memoria, verdad y justicia frente a crímenes de lesa humanidad;</p> <p>(vii) Sea necesario para el cumplimiento de obligaciones o el ejercicio de derechos en el ámbito del derecho del trabajo y la seguridad social, la salud pública y la protección social;</p> <p>(viii) sea necesario en el ejercicio de funciones de los poderes del Estado, en cumplimiento de sus competencias;</p> <p>(ix) se realiza en el marco de la asistencia humanitaria.</p> |
|--------------------------------|---|---|

Bancos y bases de datos contempladas. La cuestión de los bancos de datos y las fuentes de información periodística

La reglamentación alcanza dos tipos de archivos, registros, bases o bancos de datos: los públicos, y los privados destinados a proveer informes.

A) Archivos, registros, bases o bancos de datos públicos

Es importante definir qué es un archivo, base, registro o banco público. Puccinelli (2014, pp. 13 y 14) señala que la expresión correcta es “bancos públicos de datos”, ya que lo público se predica de los bancos y no de los datos. Se trata, entonces, de “bancos de datos personales de titularidad pública”.

El problema radica en la tensión existente entre la publicidad que reclama el *habeas data* y el límite impuesto por el “secreto de Estado”. De este modo, se ha sostenido que la información obrante en las fuerzas y organismos de seguridad no reviste carácter público por “obvias razones de seguridad”¹⁹.

Sin embargo, la CSJN (“Ganora”, 1999), reconoció el derecho a interponer la acción de *habeas data* para tomar conocimiento de los datos registrados por organismos del Estado. De este modo, si bien se reconoce la excepción impuesta por razones de seguridad pública y defensa nacional, se exige que esta sea invocada por la persona interesada y debidamente acreditada²⁰.

Esta discusión terminó con la incorporación del artículo 23 de la Ley de Datos Personales, referido exclusivamente a datos

almacenados o registrados por fuerzas de seguridad o defensa. Así, se estableció que:

- Los datos personales que se almacenan en los bancos de datos de las fuerzas armadas, fuerzas de seguridad, organismos policiales y de inteligencia, están sujetos al régimen de dicha ley. Estos datos pueden ser: a) datos personales almacenados para fines administrativos y, b) antecedentes personales que se proporcionen a las autoridades administrativas o judiciales que los requieran en virtud de disposiciones legales.
- Las fuerzas armadas, fuerzas de seguridad, organismos policiales y de inteligencia pueden tratar datos personales sin el consentimiento de las personas afectadas, pero solo para fines de defensa nacional o seguridad pública. Los datos personales tratados deben ser necesarios para cumplir con las misiones legales de estas instituciones. Los archivos que contienen estos datos deben ser específicos y estar destinados a este propósito. También deben clasificarse por categorías, según su grado de fiabilidad.
- Los datos personales registrados con fines policiales se eliminarán cuando ya no sean necesarios para la investigación que los motivó.

B) Bancos, registros, archivos o ficheros privados

La Constitución nacional y la Ley de Protección de Datos Personales establecen que la acción de *habeas data* puede aplicarse a los bancos, registros, archivos o ficheros privados que estén destinados a proveer informes. Sin embargo, esta disposición fue ampliamente

¹⁹CN Crim. y Correc., sala de feria, “Ganora”, 1997.

²⁰En materia de derecho de acceso a la información, la seguridad pública se erige como una excepción a la publicidad. En esos casos, se exige que la procedencia de las excepciones a la publicidad esté supeditada al cumplimiento de dos principios: el de legalidad y el de proporcionalidad en sentido estricto. Al respecto, véase López Poletti, 2022, pp. 89110. <https://doi.org/10.26422/RIDH.2022.1201.lop>. Consúltese apartado bibliográfico.

debatida en la Convención Constituyente y generó dos posiciones sobre el alcance de la acción: una amplia y otra restrictiva.

El Decreto 1558/01 al reglamentar la Ley 25326, optó por la posición amplia. Entendió que la acción de *habeas data* también puede aplicarse a los bancos de datos privados que excedan el uso exclusivamente personal y los que tienen como finalidad la cesión o transferencia de datos personales, independientemente de que la circulación del informe o la información producida sea a título oneroso o gratuito.

Es decir, el Decreto 1558/01 incluyó tanto a los bancos de datos que proveen informes aun cuando no estén destinados a ello o que en definitiva divulguen información sin forma de informes. En definitiva, señala Puccinelli (2015, p. 15), habrá legitimación pasiva siempre que se verifique un supuesto de tratamiento que exceda el uso estrictamente personal en el sentido acordado a la garantía de inviolabilidad de los “papeles privados” acordada por el artículo 18 de la Constitución nacional.

Por último, se señala que dentro de las bases o registros privados, la ley otorgó un tratamiento especial a las siguientes categorías: (i) prestación de servicios informatizados de datos personales, (ii) prestación de servicios de información crediticia, (iii) archivos, registros o bancos de datos con fines de publicidad, y (iv) archivos, registros o bancos de datos relativos a encuestas²¹.

C) Las bases de datos y las fuentes de información periodística

El *habeas data* encuentra su límite en el derecho a la libertad de expresión y de prensa, al disponer que no podrán afectarse las bases de datos ni las fuentes de información periodística²². Algunos autores critican esta disposición por considerar que: (i) viola la igualdad de trato, ya que excluye a los demás profesionales implicados por el secreto (Quiroga Lavié, 2003, pp. 254263); y (ii) limita la protección del *habeas data* al derecho de rectificación o respuesta, que operará una vez que la noticia se haya difundido.

Sin perjuicio, se ha concluido que el secreto de las fuentes de información periodística no es un derecho absoluto; es decir, puede ceder cuando: (i) razones de orden público de relevante jerarquía lo aconsejen (v. gr., sustanciación de una causa penal), (ii) no vulnera el derecho de no autoincriminarse y (iii) no afecta los límites previstos por el artículo 28 de la Constitución nacional²³.

¿UN HORIZONTE POSIBLE? LA PROTECCIÓN DE DATOS EN LA ERA DIGITAL

La revolución digital ha transformado la forma en que se recopilan, procesan y comparten los datos personales. De esta manera, se plantean escenarios no contemplados por la normativa vigente. Por eso, el derecho debe adaptarse a esta nueva realidad y brindar respuestas adecuadas que garanticen la protección de la privacidad y la seguridad de las personas.

²¹ Al respecto, véase Mazza Gigena, 2019, pp. 1102-1104.

²² Gelli (2015, p. 649), sostiene que el privilegio de los periodistas no es un fuero personal sino que opera en resguardo del descubrimiento de la verdad que, a su vez, permite investigar delitos y ejercer un control democrático sobre los actos de gobierno. Es decir, el objetivo de dicha protección consiste en favorecer el derecho de información de los ciudadanos y permitir un debate libre y desinhibido de las cuestiones de interés público.

²³ CF de San Martín, “Gorriarán”, 1996.

En este sentido, se vuelve importante mencionar dos cuestiones que van en línea con dichas actualizaciones: la labor de la jurisprudencia y el proyecto de reforma de la Ley 25326 presentado por la Agencia de Acceso a la Información Pública en su carácter de autoridad de aplicación y control (conf. arts. 29 y 30, Ley 25326).

Avances jurisprudenciales

La labor jurisprudencial ha dado pasos importantes en este sentido, pues ha permitido (i) crear un nuevo tipo de *habeas data*, conocido como *habeas Internet*; (ii) evaluar cuestiones vinculadas con la actividad y la responsabilidad de los motores de búsqueda que posibilitan el acceso a los contenidos producidos en Internet; (iii) analizar el llamado “derecho al olvido” o, en palabras de Bertoni (2014), “el derecho a no ser indexado por el buscador”; y (iv) abordar el alcance de la libertad de expresión en los discursos de denuncia política con perspectiva de género formulados en redes sociales.

A) *El habeas Internet*

Andrés Gil Domínguez introdujo este concepto a la clásica tipificación. Según entiende, el caso “Gil Domínguez, Andrés Favio c/ Dirección General de Defensa y Protección del Consumidor del GCBA y otros s/ amparo” es un antecedente valioso en este tema. En él se ordenó a la Dirección General de Defensa y Protección del Consumidor del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que adoptara, en un plazo de 180 días, las medidas necesarias para exigir a los proveedores de servicios de búsqueda y enlaces o motores de búsqueda en Internet domiciliados en la Ciudad de Buenos Aires que incorporaran de manera obligatoria un protocolo interno de protección al derecho a la intimidad de los usuarios de Internet.

Sin perjuicio de reconocer dicho antecedente, considera que su creación jurispru-

dencial se consolidó con el caso “Rodríguez, María Belén”. Allí, la CSJN debió resolver si los buscadores genéricos de Internet —en el caso, Google—, en tanto intermediarios, eran responsables por la información que se encontraba disponible en la *web*. Para ello, la mayoría distinguió entre los siguientes supuestos:

- Cuando el daño a la intimidad es grosero: se debe interponer un *habeas Internet* interno con el objeto de obtener el bloqueo de acceso y, si esto no sucede, el motor de búsqueda respectivo deberá responder civilmente. El factor de atribución es subjetivo.
- Cuando el daño a la intimidad es opinable, dudoso o exige un esclarecimiento: se debe interponer un *habeas Internet* judicial o administrativo, para que el juez o la autoridad administrativa competente disponga la orden de bloqueo de acceso a los contenidos lesivos.

La minoría, en cambio, defendió la idea de un *habeas Internet* autosatisfactivo o de oficio; es decir, aquel en virtud del cual el motor de búsqueda bloquea inmediatamente las publicaciones con contenido expresamente prohibido o del cual resulta una palmaria ilicitud (por ejemplo, la incitación directa y pública al genocidio).

B) *Actividad y responsabilidad de los motores de búsqueda*

En el caso “Rodríguez, María Belén” y “Gimbutas, Carolina”, la CSJN estableció un estándar donde conviven de forma ponderada la libertad de expresión y el derecho a la intimidad en el ámbito de intermediación generado por la actividad de los motores de búsqueda. De este modo, se trata de (i) intermediarios que (ii) pueden tener responsabilidad subjetiva si “ (...) una vez notificados válidamente de la infracción, no actúan con la debida diligencia”.

C) *Derecho al olvido*

El derecho al olvido es “la facultad que tiene una persona de requerir a un buscador de Internet que desvincule, desindexe o deje de relacionar su nombre con determinados resultados de búsqueda que afectan su honor, privacidad o imagen personal” (González Tocci, 2022).

En nuestro país no está regulado normativamente pero la CSJN se expidió al respecto en el caso “Denegri”²⁴. Allí debió resolver si la aplicación del derecho al olvido por parte de una persona pública (Natalia Denegri), vinculada a un asunto de interés público (caso Coppola), producido hace más de veinte años, sobre información veraz y obtenida lícitamente, implicaba una restricción indebida a la libertad de expresión.

En síntesis, se resolvió que el derecho a la desindexación no procede:

- Cuando el tratamiento de la información reviste interés público;
- Cuando la información es lícita; y
- Por el mero paso del tiempo, ya que en caso de admitirse, pondría en peligro la historia que formó parte de un debate público y la memoria social.

La CSJN entendió, por lo tanto, que en el caso no hay una real vulneración del derecho al honor que justifique un sacrificio al interés general como consecuencia de la desindexación de contenido lícito, veraz y público en los que la actora participó voluntariamente.

D) *Libertad de expresión y discursos de denuncia política con perspectiva de género*

La Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, al resolver el caso “CF c/Facebook Argentina SRL s/ *habeas data*”, estableció un precedente importante para la libertad de expresión

en redes sociales, particularmente en lo que respecta al discurso sobre género²⁵.

En este caso, revocó la decisión de primera instancia que ordenó: (i) suprimir publicaciones en Facebook e Instagram de una página de una agrupación feminista donde se denunciaba a un militante político universitario como “abusador, manipulador y machista”; e (ii) informar la identidad del titular de las cuentas por las cuales se procedió a compartir tal información.

Para así decidir, entendió que:

- “Las manifestaciones de una agrupación que enarbola la defensa de las mujeres e identidades disidentes, denunciando que un militante se involucra en prácticas incompatibles con dichos ideales, debe considerarse un discurso amparado constitucionalmente”;
- se trata de “un discurso de denuncia política, no de descalificación personal” que “no (...) desnuda un hecho privado [sino que] procura exhibir la insostenible dualidad de conductas que le atribuyen a un militante propio”;
- el contenido de la publicación reviste interés público y se refiere a la conducta de un actor de la vida política universitaria, por lo tanto, cuenta con una protección constitucional prevalente de la libertad de expresión sobre el derecho al honor e impide su eliminación.

Proyecto de reforma de la Ley 25326

El 30 de junio de 2023, la Agencia de Acceso a la Información Pública, en su carácter de autoridad de aplicación y control (conf. arts. 29 y 30, Ley 25326), presentó un proyecto de reforma de la Ley 25326, cuya elaboración contó con diversos sectores de la sociedad por me-

²⁴ CSJN, “Denegri”, Fallos: 345:482, 2023.

²⁵ Para un análisis exhaustivo de la cuestión, véase Fossaceca y López Poletti, 2020, pp. 11191142.

dio de mesas de debate y consulta pública, y siguió los lineamientos de legislaciones comparadas como el Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea²⁶ y la Ley General de Protección de Datos de Brasil.

El proyecto consta de 83 artículos, distribuidos en 11 capítulos y se destaca por (i) incorporar los principios de extraterritorialidad, licitud, lealtad, transparencia, finalidad, minimización de datos, exactitud y seguridad; (ii) establecer reglas claras sobre la comunicación y conservación de la información crediticia; (iii) incluir los derechos de acceso, rectificación, oposición, supresión y limitación, incluso sobre decisiones automatizadas; (iv) crear la figura del delegado de protección de datos; (v) crear un registro nacional para la protección de datos personales; (vi) establecer un consejo federal para la transparencia y protección de datos personales; entre otros.

Si bien dicho proyecto ha recibido críticas —vinculadas con la falta de inclusión de definiciones clave como “nube”, “exportador” e “importador” de datos, la falta de especificación respecto del tratamiento de datos alojados fuera del país y en centros de datos extranjeros, y la dificultad de implementar la figura del delegado de protección de datos personales en las pequeñas y medianas empresas (PyME)—, es un paso significativo que coloca en agenda un debate necesario: la actualización de la ley nacional a la luz del nuevo contexto internacional y tecnológico en la materia.

CONCLUSIÓN

En la sociedad de la información, el *habeas data* se erige como una herramienta constitucional importante. La privacidad informativa, la protección de los datos personales y el riesgo de que estos sean utilizados de forma indebida o abusiva justifican la decisión de la Convención Constituyente de incorporar este derecho en el tercer párrafo del artículo 43.

Si bien la reglamentación establece los principales lineamientos y normas procesales que rigen la materia, la rápida evolución de las nuevas tecnologías y el flujo constante de datos personales exigen una protección más adecuada de este instituto. En efecto, la falta de una regulación específica para los casos de extracción, almacenamiento y descarga de grandes volúmenes de información en Argentina, como el *data mining* y los servicios de la nube, deja un vacío legal que puede ser aprovechado por los responsables de tratamiento de datos personales para vulnerar la privacidad de las personas.

Si bien los avances jurisprudenciales en Argentina constituyen un paso importante, no resultan suficientes para paliar las problemáticas actuales. Tal vez, el proyecto de reforma presentado por la Agencia de Acceso a la Información Pública pueda dar luz a este debate y contribuir a mejorar el marco jurídico de protección de datos personales.

²⁶Al respecto, Mazza Gigena (2019, p. 1112) señala que dicho reglamento aborda varios aspectos fundamentales sobre la protección de datos. Entre ellos, señala los siguientes: (i) enumera los derechos de los titulares de los datos, (ii) establece la obligatoriedad de solicitar un consentimiento claro a la persona respecto del tratamiento de sus datos personales, el fácil acceso del interesado a sus propios datos, el derecho de rectificación, supresión y “derecho al olvido”, el derecho de oponerse al uso de datos personales a efectos de elaboración de perfiles, y el derecho a la portabilidad de los datos de un prestador de servicios a otro, un método basado en riesgos (a mayor riesgo de vulnerar la protección de datos, mayor deben ser las medidas de seguridad que se implementen), la obligación de los Estados miembro de crear una autoridad de control independiente a nivel nacional y de establecer estándares comunes en los casos transfronterizos importantes en que estén implicadas varias autoridades nacionales de control.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Altmark, D.; Molina Quiroga, E. (1996). Habeas data. *La Ley*, A, 1554-1569.
- Bazán, V. (2012). El *habeas data* como proceso constitucional autónomo. Protección del derecho a la autodeterminación informativa. *La Ley*, A, 1052-1077.
- Bertoni, E. (2014). *El derecho al olvido: un insulto a la historia latinoamericana*. <http://ebertoni.blogspot.com.ar/>
- Convención Nacional Constituyente de 1994 (1994). *Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente*, t. IV., Sesión 3.º, Reunión 30.º, pp. 40994116, 41174154 y 41554163.
- Corvalán, J. (2020). *Perfiles digitales humanos. Proteger datos en la era de la inteligencia artificial. Retos y desafíos del tratamiento automatizado*. La Ley, p. 22.
- Fossaceca, C. A., y López Poletti, F., (2020). Los nuevos aires que se respiran en el derecho. *Erreius*, año 6 (12), 1119-1142.
- Gelli, M.A. (2015). *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada*, Tomo I. La Ley.
- Gil Domínguez, A. (2014). La Corte Suprema de Justicia y el nacimiento jurisprudencial de habeas internet. *Revista de Derecho de Familia y las personas*, (11), 135-139.
- González Tocci, L., (2022). Los contornos del derecho al olvido: breves y primeras reflexiones a propósito del caso "Denegri". *La Ley*, D, 10-12.
- Gozaíni, O. (2022). Perspectiva constitucional y convencional del proceso de *habeas data*. En Falke, I., *Habeas data*. IJ Editores, pp. 15-39.
- Leguizamón, H. (1999). *El habeas data como medida autosatisfactiva en el marco de un proceso monitorio* [ponencia]. XX Congreso Nacional de Derecho Procesal, Universidad de Buenos Aires, pp. 318.
- López Poletti, F. (2022). El principio de proporcionalidad en el derecho de acceso a la información pública: usos y potencialidades para mitigar la discrecionalidad estatal al invocar una excepción legal. Una mirada desde el derecho argentino y la teoría de Robert Alexy. *Revista Internacional de Derechos Humanos*, 12(1), 89-110.
- Masciotra, M. (2003). *El habeas data: la garantía polifuncional*. Librería Editora Platense, pp. 128164, p. 21.
- Mazza Gigena, O. (2019). Protección de los datos personales: el *habeas data* y su regulación constitucional. En Gargarella, R., y Guidi, S., *Constitución de la Nación Argentina comentada*, Tomo I. La Ley, pp. 1091-1114.
- Palazzi, P. A. (1997). Algunas reflexiones sobre el *habeas data* a tres años de la reforma de la Constitución nacional. *El Derecho*, 134, 939-959.
- Puccinelli, O. (2015). El *habeas data* a veinte años de su incorporación en la Constitución Argentina. *Revista de derecho, comunicaciones y nuevas tecnologías*, (13), 425.
- (1995). *Habeas data*: aportes para una eventual reglamentación. *El Derecho*, 161, 913930.
- Quiroga Lavié, H. (2003). *Constitución de la Nación Argentina comentada*. Zavalía.
- Sagüés, N. P. (1997). El *habeas data* en Argentina (orden nacional). *Ius et Praxis*, 3 (1), 177191.
- Toricelli, M. (1997). La idea del constituyente sobre el *habeas data*. Su posible desvirtuación por la ley reglamentaria". *Doctrina Judicial*, 1997-3-577.

JURISPRUDENCIA

- (2023) CSJN, "Denegri", Fallos: 345:482, 2023.
- (2023) CSJN, "R.A. c/ Arzobispado de Salta s/ *habeas data*", cons. 9, 10 y 11, 2023.

- (2023) Cámara Civil y Comercial Federal, Sala I, "La Rocca, Vicente José c/ Cencosud S.A. s/ *habeas data* (Art. 43 CN)", 2023.
- (2020) Cám. Fed. de La Plata, C.F. c/Facebook Argentina SRL s/ *habeas data*, 2020.
- (2017) CSJN, "Gimbutas", Fallos 340:1236, 2017.
- (2014) CSJN, "Rodríguez, María Belén", Fallos 337:1174, 2014.
- (2005) CSJN, "Martínez", Fallos 328:797, 2005.
- (2001) CSJN, "Lascano Quintana", Fallos 324:567, 2001.
- (1999) CSJN, "Ganora", Fallos 322:2139, cons. 8, 1999.
- (1998) CSJN, "Urteaga", Fallos 321:2767, cons. 9 y 10, 1998.
- (1997) CN Crim. y Correc., sala de ferias, Ganora, 1997.
- (1996) CF de San Martín, "Gorriarán", 1996.

Fátima López Poletti

Perfil académico y profesional: Abogada egresada de la Universidad Católica Argentina (UCA). Maestranda en Derecho Constitucional y Derechos Humanos por la Universidad de Palermo. Diplomada en Argumentación Jurídica, Interpretación Constitucional y Valor del Precedente (Observatorio de Abogados). Docente de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina (2021). Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. fatimalopezpoletti@gmail.com
Identificador ORCID: 0000-0001-9883-7287

Jurisprudencia y Doctrina



La reforma constitucional y sus límites. Casos “Fayt” y “Schiffrin”

The constitutional reform and its limits. “Fayt” y “Schiffrin” cases

Ignacio Colombo Murúa¹

Resumen

La reforma de 1994 enfrentó, por primera vez en la historia constitucional argentina, la declaración jurisdiccional de nulidad de uno de los artículos incorporados por la Convención Constituyente. En efecto, el art. 99 inc. 4, relativo a la duración de los jueces en sus funciones, fue invalidado en el precedente “Fayt”. No obstante, en un nuevo pronunciamiento, “Schiffrin”, la Corte Suprema de Justicia de la Nación restableció su vigencia. Ello nos lleva indefectiblemente a reflexionar, por un lado y en general, cuáles son los límites a las reformas constitucionales; y, por el otro, cuál es el tema concreto que motivó tantos vaivenes y conflictos a la hora de interpretar y aplicar nuestra Constitución reformada. En este trabajo, entonces, se abordará críticamente el proceso de reforma constitucional, sus límites y los vaivenes que se produjeron con relación a la constitucionalidad del artículo en cuestión. Se buscará, en ese marco, arribar a conclusiones respecto del significado y alcance del proceso de reforma constitucional.

Palabras claves: Constitución - Fayt - nulidad - reforma constitucional - Schiffrin

Abstract

The 1994 reform faced, for the first time in Argentine constitutional history, the jurisdictional declaration of nullity of one of the articles incorporated by the Constituent Convention. In fact, art. 99 inc. 4, relating to the duration of judges in office, was invalidated in the “Fayt” precedent. However, in a new ruling, “Schiffrin”, the Supreme Court of Justice of the Nation reestablished its validity. This inevitably leads us to reflect, on the one hand and in general, on the limits to constitutional reforms; and, on the other hand, on what is the specific issue that motivated so many ups and downs and conflicts when it came to interpreting and applying our reformed Constitution. In this work, then, the constitutional reform process, its limits and the ups and downs that occurred in relation to the constitutionality of the article in question will be critically addressed. Within this framework, it will seek to reach conclusions regarding the meaning and scope of the constitutional reform process.

Keywords: Constitution - Fayt - nullity - constitutional reform - Schiffrin

Derecho/ Jurisprudencia y doctrina

Citar: Colombo Murúa, I. (2024). La reforma constitucional y sus límites. Casos “Fayt” y “Schiffrin”. *Omnia. Derecho y sociedad*, 7 (2), pp. 159-178.

¹ Universidad Católica de Salta.

INTRODUCCIÓN

En los procedimientos de reforma se pone bajo examen el núcleo del aparato conceptual de la dogmática constitucional. Aparecen operando allí nociones tales como la de poder constituyente (la dinámica entre el originario y el derivado), supremacía constitucional, democracia e, incluso, el concepto mismo de constitución (¿hay una “esencia” constitucional que en ningún caso es modificable? ¿Todo puede modificarse y, en consecuencia, la “constitución” es una noción “dúctil” que es definida solo por la decisión del constituyente originario o el reformador?, etc.). Ello se debe a que en los procesos de creación y reforma de las constituciones se imbrica lo político con lo jurídico, puesto que es el “momento” en el cual el poder político intenta crear o modificar un determinado sistema normativo para la organización comunitaria, a la vez que es la etapa en donde lo jurídico intenta atrapar a lo político y hacerlo funcionar por dentro de sus carriles.

Es la instancia —el instante mismo— en donde se resuelve si un sistema político puede subsumirse en un andamiaje jurídico y configurar, por ende, un “estado de derecho”, o si el esfuerzo es vano y debemos reconocer que inevitablemente existe un decisionismo que está en la base de cualquier régimen constitucional (o, tal vez, en donde cabe preguntarse si ambas posiciones son realmente incompatibles entre sí) (Gelli, 2013, p. 440)².

Para esta difícil tarea, la dogmática constitucional recurrió a la noción de poder constituyente de Sieyès (1973)³ que, como toda herramienta conceptual de índole política (de teoría política), persiguió una finalidad teórica bien delimitada. Ella sirvió para fundamentar y complementar la posición que, en ese determinado momento histórico, se intentaba imponer, esta es, la de la configuración de los Estados como “democracias constitucionales”. La noción se esgrimió, consecuentemente con esto, con una triple finalidad: i) completar la teoría de división de poderes (Montesquieu), la que planteaba una ingeniería de separación del poder en tres funciones equilibradas: ejecutivas, legislativas y judiciales; pero que no explicaba quién (qué sujeto) o cómo (con qué herramienta) realizaría tal separación y asignación de los respectivos roles; ii) compatibilizar al principio democrático con el republicano de respeto y permanencia de las leyes (el constituyente —expresión de la voluntad democrática— como origen y fundamento del sistema normativo); iii) determinar la supremacía constitucional como norma fundamental del ordenamiento jurídico; que solo puede crearse y reformarse por la actividad de un poder extraordinario, como lo es el constituyente.

Este andamiaje conceptual, por otro lado, buscaba establecer y justificar el modelo de Estado de derecho. Era necesario pasar del gobierno de los hombres (que es un supuesto esencial de la democracia) a un gobierno de

² Gelli refiere a la dinámica que se presenta en las reformas constitucionales entre la faz arquitectónica (creación de la norma suprema) y agonal de la política: “En ocasiones, además, el proceso reformista moviliza la faz agonal de la política en procura, sus protagonistas, de alzarse con el poder o retenerlo por más tiempo. Así, el peso de uno u otro aspecto de la acción política en el proceso reformador desnuda las intenciones con las que aquél se afronta” (Gelli, 2013).

³ También debe decirse que la dogmática parte, como supuesto, de otros conceptos subyacentes: pueblo (¿hay realmente un sujeto “pueblo” que decide sin fraccionamientos?), representación política (¿hay posibilidad real de que unos pocos representen a muchos? ¿es una mera ficción, necesaria, pero irreal?), entre otros.

normas (que es un supuesto reclamado por los valores republicanos); sin que un principio desplazara completamente al otro. Todo ese equilibrio, que se desplaza con extrema dificultad entre la voluntad popular (democracia) y la sujeción de todos, gobernantes y gobernados, a la norma (república), se construye mediante la compleja dinámica de la reforma constitucional (y, principalmente, sus límites)⁴.

La gran creación de Sieyès, el poder constituyente, aparece como la herramienta conceptual que logra la increíble alquimia de transformar al gobierno de hombres en un gobierno de normas. Este mítico sujeto (cfr. Requejo Pagés, 1998) encarna la voluntad popular (exigida por la democracia) y en un acto originario (sin normas previas) crea la Constitución⁵ *ex nihilo*. A partir de ese momento este sujeto constituyente “desaparece” y todos los poderes constituidos, incluido el de reforma, quedan sujetos a la norma fundamental (se

materializa la república y la sujeción de todos a la ley). La democracia se constitucionaliza. El propio poder constituyente transmuta de originario a derivado⁶, y con ello queda él también sometido a su propia obra. La democracia empieza así a ser una democracia delimitada por normas procesales y sustanciales, convirtiéndose en una democracia adjetivada como “constitucional”.

De Vega indica, en ese sentido, que es un “dogma indiscutible” el que establece que

... aprobada la constitución por el pueblo, todos los poderes del Estado pasan a ser poderes constituidos, y el poder constituyente desaparece, para que la normativa fundamental se convierta en el centro de referencia básico del sistema. La constitución se presenta entonces como ley suprema que, en sustitución del poder soberano del pueblo, aletargado y silencioso, ejerci-

⁴ Es que este armado que pergeñó el constitucionalismo pretende armonizar dos principios que, en algunos aspectos, parecen incompatibles: democracia y república. Diversos autores recuerdan que ambos principios proceden de tradiciones disímiles y, por ello, son de difícil armonización: “Por un lado tenemos la tradición liberal constituida por el imperio de la ley, la defensa de los derechos humanos y el respeto de la libertad individual; por el otro, la tradición democrática cuyas ideas principales son las de igualdad, identidad entre gobernantes y gobernados y soberanía popular. No existe una relación necesaria entre estas dos tradiciones distintas, solo una imbricación histórica contingente. A través de esta imbricación, tal como le gusta subrayar a C. B. MacPherson, el liberalismo se democratizó y la democracia se liberalizó” (Mouffe, 2003, p. 20.).

⁵ Una verificación de la arqueología del concepto nos remite a la Revolución Francesa. Hasta ese momento, el ordenamiento jurídico provenía de la voluntad del monarca (soberano), quien imponía su voluntad de manera incuestionada sobre sus súbditos. Su voluntad era derecho, y detrás de ella operaba el fundamento divino. Cuando se produjo la revolución, y el soberano comenzó a ser el pueblo, se produjo un traspaso acríptico de los de aquella soberanía (unilateral, no fraccionada y divina) al pueblo, quien, a través del poder constituyente se erigió como un soberano ilimitado, infalible y con una voluntad no fraccionada.

⁶ Riberi ha utilizado la metáfora de Dr. Jekyll y Mr. Hide para referir a un poder que muta de “todopoderoso y creador” a “creado y limitado”, como si un mismo sujeto tuviera la potencialidad de transformarse “esencialmente”. Y agrega: “la taxonomía que distingue un poder constituyente derivado como una categoría devaluada del poder constituyente originario o ‘revolucionario’, no es otra cosa que una categoría académica que ha sido muy utilizada tanto por el pensamiento conservador como para el liberalismo extremo. Muchos juristas que desconfían de la democracia y de las mayorías, han hecho que dicha definición hoy forme parte de un catecismo indiscutido en los textos de la materia. Por el contrario, para el llamado constitucionalismo popular dicha distinción ha sido más bien desconocida en términos heurísticos e históricos. La misma además, siempre ha despertado desconfianzas por cierto” (Riberi, 2008). Véase apartado bibliográfico.

ta, como dirían Kelsen y Krabbe, una auténtica soberanía de la Ley y del Derecho. (De Vega García, 1985, p. 222).

Este mecanismo parte de la ficción de que el soberano democrático se ha pronunciado en un determinado momento histórico, estando “encarnado” en el sujeto constituyente, estableciendo, por su propia decisión, un gobierno de normas que se asientan y concretizan en la Constitución⁷.

Además de esta explicación cuasi ontológica, se ha intentado explicar este fenómeno de sujeción de la comunidad política a las normas desde la noción del auto-interés del “pueblo”. En la consabida imagen, popularizada por autores como Elster y Holmes, Ulises se hace atar al mástil de su barco para no dejarse seducir por el canto de las sirenas. Con esa auto-restricción buscaba escapar del impulso pasional del momento y obtener, así, un bien mayor y a largo plazo (protegiendo su vida). De igual modo, nos dicen estos autores, la comunidad política, en etapas de tranquilidad, toma la decisión de “atarse” a sí misma a las disposiciones normativas (las constituciones) para evitar decisiones erradas y coyunturales que podrían tomarse en momentos de pasión colectiva y obtener beneficios de mayor envergadura y sostenibles en el tiempo⁸.

Este camino argumental, como vimos, está diseñado por la dogmática y, por ende, refleja una alta racionalización y simplificación de un proceso que, por su contenido político, contiene innumerables aristas y complejidades. Requejo Pagés nos dice al respecto que

... el ordenamiento, como la energía, no se crea ni se destruye, solo se transforma. La idea de un poder que lo constituye —destruyendo, además, al anterior— mediante la creación de una primera norma de la que, por imputación, han de derivar su existencia las restantes normas a cuyo través se administra el ejercicio de la fuerza cumple el mismo cometido que (...) la explicación mítica de los fenómenos de la realidad. Se trata, sencillamente, de explicar en términos voluntaristas un fenómeno en el que, sin embargo, la voluntad tiene más bien poca cabida. (Requejo Pagés, 1998, p. 17)

Todo proceso constituyente y de reforma constitucional es extremadamente complejo; la dogmática constitucional intenta atraparlo de manera simplificada en conceptos rígidos y racionales. Irónicamente, Von Ihering (1987) caricaturizó al “conceptualismo” imperante en su época, describiéndolo como una posición sostenida por un grupo de pensadores —cuasi

⁷ Prieto Sanchís señala que “el constitucionalismo parte de la ficción de que existen dos fuentes normativas: si antes fue Dios o la naturaleza, ahora será el poder constituyente del pueblo” (Prieto Sanchís, 2003, p. 33). Véase apartado bibliográfico.

⁸ Véase Holmes S. “El precompromiso y la paradoja de la democracia”, en Elster, J. y Slagstad, R. (Coords.) (1999), *Constitucionalismo y democracia*, Fondo de Cultura Económica; Elster, J. (1979). *Ulysses and the Sirens: Studies in Rationality and Irrationality*, Cambridge University Press. Elster reseña que, para John Potter Stockton, “las constituciones son cadenas con las cuales los hombres se atan a sí mismos en sus momentos de cordura para evitar perecer por suicidio el día que desvaríen”. De un modo parecido, Friedrich Hayek se refiere a la idea de que una constitución es una atadura que el Peter sobrio le impone al Peter bebido. En una aseveración más reciente, Cass Sustein escribe: “Las estrategias de precompromiso constitucional podrían servir para salvar la miopía o la debilidad de la voluntad por parte de la colectividad” (Sustein, como se cita en Elster, 2002, p. 112). En Argentina, Riberi ha trabajado el tema (véase Riberi 2011 en el apartado bibliográfico).

locos— que creían en la existencia de un “cielo de conceptos”⁹. Allí, en ese lugar, estaban contenidas de manera translúcida las nociones puras de las distintas “esencias jurídicas”¹⁰. Así, en analogía con la ironía de Von Ihering, podría aparecer un prístino poder constituyente, impasible y perfecto, en el cual confluirían con igual perfección las nociones de “representación” y “soberanía popular”, sin ninguna “contaminación” proveniente del devaluado mundo real¹¹.

Esta concepción idealista contrasta con la realidad de los procesos constituyentes, los cuales nunca aparecen aislados de los distintos vaivenes políticos (y ahí está el temor del jurista puritano) que muchas veces, o siempre, explican el origen y contenido de las instituciones resultantes¹². Por ello, es un lugar común que las herramientas dogmáticas muestren

incapacidad explicativa de los fenómenos de creación y modificación de las constituciones o, en otros casos —como reflexionaremos respecto de “Schiffirin”— no arrojen los mejores resultados.

Tal y como se verá, en nuestro país, estos modos de ver el proceso de reforma se contrastaron en los precedentes “Fayt”¹³ y “Schiffirin”¹⁴, que, por ser decisiones contradictorias, reflejan las dificultades teóricas que se presentan en esta delicada temática.

LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN LA CONSTITUCIÓN ARGENTINA

La Constitución de 1853 fija un procedimiento de revisión apartándose, en ese punto, del modelo norteamericano. Como sostiene

⁹ Dice Ihering respecto del “cielo de conceptos”: “En él encontrarás de nuevo todos aquellos que durante tu existencia terrenal tanto te han preocupado. Pero no en su configuración incompleta, con las deformaciones que el legislador y los prácticos les imprimen, sino en su plena e inmaculada pureza, con toda su ideal hermosura. Aquí son premiados los teóricos de la jurisprudencia por los servicios que les han prestado a los conceptos en la tierra; aquí, ellos que solamente los vieron en una forma velada, los descubren con entera claridad, los contemplan cara a cara, y tratan con ellos como con sus iguales. Las cuestiones para las que en vano buscaron una solución durante su existencia terrenal, son contestadas aquí y resueltas por los propios conceptos. (...) En el mundo de los conceptos que tienes ante ti, no existe la vida en el sentido vuestro, no existe más que el imperio de los pensamientos y conceptos abstractos, que independientemente del mundo real, se han formado por el camino lógico de la *generatio* equívoca y repudian todo contacto con el mundo real” (Von Ihering, 1987, p. 217). Véase apartado bibliográfico.

¹⁰ Esencias que “son incompatibles con la vida y por ende han menester de un mundo exclusivo, en el que existen en la más completa soledad, lejos de cualquier contacto con la vida” (Von Ihering, 1993, p. 66). Véase apartado bibliográfico.

¹¹ En un sentido más radical leemos a Nietzsche, quien irónicamente reflexiona: “Si el hombre en acción ata su vida y su razón a sus conceptos, para no ser arrastrado y perderse, el investigador hace su choza junto a la torre de la ciencia, para encontrar ayuda junto a ella y protección bajo el baluarte existente” Nietzsche, como se cita en Riberi, 2008, p. 42, nota a pie 9).

¹² “Las definiciones lexicográficas que mentan objetos constitucionales como entes perfectos, en rigor de verdad, olvidan el carácter cultural y político que tiene el concepto de Constitución. Para descartar algunas Constituciones y reformas como degradaciones escatológicas de una idea ‘platónica’ de Constitución, la benevolencia endogámica de los círculos académicos suele ponerse de acuerdo para aceptar y difundir paradigmas de referencia. Sin embargo, lejos de todo convencionalismo, lo que los expertos describen como Constitución y sobre la fisonomía de sus ‘límites’, en realidad, nada tiene que ver con supuestas ontologías” (Riberi, 2008). Véase apartado bibliográfico.

¹³ Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), “Fayt, Carlos Santiago c/ Estado Nacional s/ Proceso de Conocimiento”. Fallos 322:1616.

¹⁴ CSJN, “Schiffirin, Leopoldo Héctor c/ Poder Ejecutivo Nacional si acción meramente declarativa”. Fallos 340:257.

Linares Quintana: “Los constituyentes argentinos han adoptado un sistema distinto al de las constituciones de Estados Unidos, Brasil y otros países federales, que también reconocen el derecho de iniciar las reformas constitucionales a las legislaturas de los Estados” (1953, T. II, pp. 197-198)¹⁵

Así, el art. 30 estipula que i) la Constitución puede reformarse en el todo o en cualquiera de sus partes; ii) la necesidad de la reforma debe ser declarada por el Congreso con el voto de las dos terceras partes, al menos, de sus miembros; iii) se efectuará por una convención convocada al efecto.

Con ello, nuestro texto constitucional, en primer lugar, fija una posición fuerte sobre la inexistencia de límites sustanciales al poder reformador, puesto que aclara que la norma puede ser completamente reformada. Luego de ello, con buena técnica, determina que, de los poderes constituidos, el legislativo es quien debe “activar” el proceso de reforma. Pero no solo ello, sino que a la vez le otorga la importantísima función (pre)constituyente de determinar la necesidad de la reforma.

Sentado ello, hay que decir que el art. 30 de la Constitución Nacional, conteste con la naturaleza compleja de los fenómenos de reforma, genera una serie de problemas interpretativos que se han agudizado con la última reforma de

1994 y el contrapunto entre los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) “Fayt” y “Schiffirin” que, a nuestro modo de ver, determinan que la interpretación del artículo dependerá en última instancia de las nociones que se tengan respecto de lo que es y de lo que implica una revisión constitucional.

FUNCIONES DEL CONGRESO —EL PODER PRECONSTITUYENTE— ¿PUEDE LIMITAR AL CONSTITUYENTE DERIVADO?

El Congreso debe declarar la necesidad de la reforma —activando el proceso reformista—, y esto es coherente con los principios de nuestro sistema, puesto que el Parlamento es el órgano que cuenta con mayor representación democrática y federal (Linares Quintana, 1953, T. II, p. 197)¹⁶. La norma establece que ello debe ser efectuado con una mayoría de las dos terceras partes, al menos, de sus miembros. Cuestión que también resulta adecuada, teniendo en cuenta que las mayorías agravadas se prevén para los actos más álgidos de la vida institucional.

Es el Congreso, entonces, quien debe valorar, de manera exclusiva, si están dadas las condiciones para proceder a la reforma constitucional¹⁷. Pero ya a partir de ese punto comienzan los problemas interpretativos debido a los

¹⁵Sobre las fuentes del art. 30 de nuestra Constitución, se recomiendan las precisiones efectuadas por Ferreyra (2007), en su obra *Reforma constitucional y control de constitucionalidad* (pp. 345-356). También puede consultarse a Linares Quintana (1953) pp. 197 y ss. Véase apartado bibliográfico.

¹⁶Linares Quintana, resaltando el rol esencial del Congreso, reflexiona: “La iniciativa de reforma constitucional corresponde, de una manera exclusiva al Congreso, cuya declaración sobre la necesidad de la reforma constituye requisito substancial e ineludible para que la Convención reformadora pueda ejercer el poder constituyente constituido. Sería, pues, írritamente nula la reunión de una Convención revisora que pretendiera reformar la Constitución, si previamente el Congreso no ha declarado la necesidad de la enmienda y no ha convocado al órgano revisor, cumpliendo en un todo con los requisitos previstos por el texto constitucional” (Linares Quintana, 1953).

¹⁷“Para reformar la Constitución se requiere el consentimiento autorizado de todo el pueblo; por eso el único modo de alcanzarlo es por intermedio de la Cámara de Diputados. La regla democrática queda, de esta manera, asegurada. Además, apelando al consentimiento del Senado, se tutela el principio federal” (Ferreyra, 2007, p. 383).

silencios normativos existentes en el escueto artículo constitucional comentado. Aquí jugará un importante rol hermenéutico la concepción sobre el poder constituyente a la que se adscriba y la naturaleza que se le atribuya al rol pre-constituyente desarrollado por el Congreso.

Así, se ha discutido respecto a i) cuál es el instrumento que debe utilizar el Congreso para determinar la necesidad de la reforma; ii) si debe sesionar en asamblea o por medio de cada una de sus cámaras reunidas por separado; iii) cómo se cuenta la mayoría de las dos terceras partes de los miembros fijados en la cláusula constitucional, iv) si puede o no estipular limitaciones a la convención constituyente.

En cuanto al instrumento que se debe utilizar, se ha aceptado, casi de modo pacífico en nuestra costumbre constitucional —aunque no así en nuestra doctrina¹⁸—, que la necesidad de la reforma debe ser expresada mediante una ley, pero una ley con características muy particulares. Y es que si afirmamos que el instrumento adecuado es la ley, la pregunta inmediata que surgirá al respecto es si podrá esta ser proyectada o vetada por el Poder Ejecutivo. La repuesta que, respecto de ello, brinda Gelli (2013) nos parece convincente, al señalar que la función pre-constituyente es una función exclusiva del Congreso y agregar:

En ese sentido, no es admisible el veto presidencial que, de todos modos, se diluiría, pues frente a las observaciones del Ejecutivo

prevalece la voluntad congresional con los dos tercios de los votos de cada cámara que —se supone— estas podrían reunir, pues ya tendrían los dos tercios de sus miembros favorables a la reforma constitucional. (Gelli, 2013, T. I, p. 443)

Ferreya coincide con esta postura, afirmando atinadamente que “[l]a declaración de la necesidad de la reforma no es un acto de contenido legislativo. Tal declaración tiene naturaleza preconstituyente (Ferreya, 2007, p. 378).

A su vez, debe destacarse que no es admisible reconocerle al Poder Ejecutivo la facultad de iniciativa legislativa para el proceso sobre la necesidad de la reforma. “Desde el punto de vista dogmático constitucional corresponde afirmar, categóricamente, que el Poder Ejecutivo no posee atribuciones para impulsar reformas constitucionales” (Ferreya, 2007, p. 379). Y es que debe entenderse que en este acto el Congreso está actuando no como un poder constituido, sino como un poder pre-constituyente con potestades extraordinarias. Es él, y no el Poder Ejecutivo, el poder investido por la Constitución para operar con un exclusivo rol pre-constituyente (Ferreya, 2007).

Si el instrumento es la ley, entonces queda claro que cada cámara debe sesionar por separado, conforme al procedimiento de sanción de las leyes previsto en la Constitución.

En cuanto a la mayoría de las dos terceras partes de los miembros que, ahora sabemos,

¹⁸ Reseña Ferreyra que Sánchez Viamonte entendía que el art. 30 de la Constitución Nacional (CN) mandaba al Congreso a expresarse en “asamblea legislativa”, “según la expresión utilizada en el viejo art. 73 de la CN –hoy 84– y formando asamblea legislativa, en la cual cada legislador —senador o diputado— tiene un voto, siendo necesaria, por lo menos, la mayoría de los dos tercios sobre el total” (Ferreya, 2007, pp. 384-385). Linares Quintana resume el debate histórico al respecto, indicando que Montes de Oca entendía que el Congreso debía pronunciarse por ley, mientras que Estrada, González Calderón y Sánchez Viamonte consideraban que debía hacerlo en asamblea y mediante una declaración (Linares Quintana, 1953, p. 199 y ss.). Fayt, en el caso “Polino”, indicó que era facultad del Congreso seleccionar la forma en que se expresará la necesidad de la reforma, pero que si optaba por una ley esta debía ajustarse al procedimiento fijado en la Constitución (CSJN, “Polino, Héctor y otro c. Poder Ejecutivo”. Fallos 317:335).

deberá reunir cada cámara por separado¹⁹, se ha discutido si lo que requiere la norma es:

- i) dos tercios de los miembros presentes en la correspondiente sesión;
- ii) dos tercios de los miembros totales de cada cámara;
- iii) dos tercios del total de miembros en ejercicio o existentes, con lo que quedarían excluidos los miembros con licencia, bancas no cubiertas y hasta los ausentes con aviso por grave enfermedad.

Tal como indica Ferreyra (2007, p. 387), la interpretación que se siga al respecto no arrojará un resultado sutil, basta con repasar la diferencia del *quantum* exigido según se interprete de acuerdo con lo señalado en el punto i) o en el ii)²⁰.

Históricamente, en las reformas de 1860, 1866 y 1949 se computaron los votos tomando a los miembros presentes en las sesiones. Por el contrario, en la de 1994 se computó con relación a la totalidad de los miembros.

La doctrina no es pacífica en este punto, aunque mayoritariamente ha opinado que el cómputo debe realizarse sobre la totalidad de los miembros (Gelli, Bidart Campos, Linares Quintana, entre otros). Nosotros consideramos razonable la posición de Ferreyra, quien así argumenta:

... la postura más adecuada es admitir que los dos tercios deben calcularse sobre la totalidad de los miembros de cada una de las cámaras, pero tomando en cuenta solamente a los miembros en ejercicio. No deben computarse a los legisladores no incorporados, ni a los que el cuerpo autoriza a abstenerse de votar, ni a los que han renunciado con la banca todavía vacante, ni a los excluidos, los fallecidos, y hasta quienes razonablemente han dado aviso de no poder concurrir por enfermedad grave. (2007, p. 390)

Esta interpretación combina de manera balanceada una consideración acerca de la gravedad del acto pre-constituyente que debe realizar el Congreso, y por eso exige la totalidad de los miembros; pero a la vez realiza una valoración realista (y anti-obstruccionista), puesto que discrimina cuáles son los miembros efectivamente existentes al momento de la votación. Exigir que en el cómputo se tenga en cuenta a miembros “no efectivos” generaría un requisito obstruccionista de la reforma cuando esta resulte necesaria²¹.

Otro punto que no surge claro del texto es cuál es el alcance de la función pre-constituyente del Congreso con relación a la materia a

¹⁹ El art. 30 se limita a señalar que la necesidad de la reforma debe ser dispuesta “con el voto de las dos terceras partes, al menos de sus miembros”.

²⁰ En ese sentido pueden repasar los arduos debates que sobre esta parte del texto se han producido en los senos mismos de las convenciones reformadoras. Un completo análisis puede verse en Linares Quintana, 1953, tomo 2, pp. 208-220 (véase apartado bibliográfico). Reseña el autor de manera detallada el arduo debate que se generó respecto de la validez de la ley de necesidad que se dictó para la “reforma” de 1949 y que, por ejemplo, el bloque radical consideró inconstitucional por computar a los miembros presentes y no a la totalidad de ellos. De hecho, la convención reformadora de 1949 “incorporó al texto del art. 30 de la Constitución, la palabra *presentes*, aclarando así que los dos tercios de votos con que el Congreso debe aprobar la declaración de la necesidad de la reforma constitucional deben calcularse sobre los legisladores presentes” (Linares Quintana, 1953, p. 219).

²¹ En contra se expresaba Linares Quintana, al señalar que la rigidez del sistema de reforma “requiere la dificultad y no la facilidad de la reforma de la Constitución; e, indiscutiblemente, un *quorum* de solo los dos tercios de los legisladores presentes en cada cámara no armoniza con la esencia del tal ordenamiento institucional” (Linares Quintana, 1953, T. 2, p. 219).

reformular. En general, se ha aceptado que en la declaración de la necesidad de la reforma el legislador debe especificar cuáles son los puntos, en concreto, a modificar. No obstante ello, esta solución no se desprende del tenor literal del art. 30 de la Constitución Nacional, el que solo refiere a que la declaración de la necesidad de la reforma puede ser total o parcial. En doctrina las opiniones al respecto son contradictorias²².

Parecería de total lógica que, si la declaración plantea una reforma total, carezca de sentido que el legislador especifique en concreto la materia reformable (puesto que toda lo es). Ahora bien, también parece razonable sostener que si el Congreso decide que lo que motoriza es una reforma parcial, deba indicar con precisión cuál es la parte concreta de la norma que requiere ser revisada.

Somos conscientes, no obstante, que con estas afirmaciones nos estamos salteando un paso argumentativo, pues el texto constitucional señala dos cosas —¿de manera separada?—: 1) que la Constitución puede ser reformada en todo o en parte; 2) que la necesidad de la reforma debe ser declarada por el Con-

greso. La posibilidad que no hemos explorado es la de sostener que el Congreso debe limitarse a hacer posible la reforma, esto es, a declarar su necesidad; pero afirmando que la ponderación de si la misma será total o parcial y de cuál será, en definitiva, la materia a revisar le corresponde al poder constituyente derivado.

Creemos que esta última interpretación no es sostenible, puesto que, si nuestros constituyentes han puesto en mano del Parlamento evaluar la conveniencia, oportunidad o necesidad de una revisión constitucional, también parecerían haber puesto en su cabeza, debido a la correlación lógica existente entre los dos pasos, la de indicar si la reforma debe ser total o parcial. Ello parece ser reclamado o derivado intrínsecamente del acto de considerar necesaria una reforma. Si se considera necesaria la reforma deberá, como parte de la fundamentación de esta postulación, identificarse qué es lo que debe revisarse. Es decir, la fijación de los temas a revisar se deriva de las razones con las que los legisladores deben motivar la necesidad de la reforma. Ferreyra agrega una razón de índole democrática²³, al razonar que, debido a que un proceso

²² Horacio Quiroga Lavié, por ejemplo, sostiene que no existe una exigencia constitucional para que el Congreso fije el alcance de la reforma y que, en definitiva, se trata de una función propia del poder constituyente (cf. Quiroga Lavié, 1978, pp. 607 y ss.). Linares Quintana, Vanossi y Badeni, aunque con matices, entienden que la declaración de la necesidad de la reforma sí debe determinar cuáles son los “artículos, párrafos o partes” a modificar (cf. Linares Quintana, 1953, T. 2, p. 222 y ss.; Badeni, 2000 p. 166; Vanossi, 2000, T. I, pp. 335-336).

²³ En un sentido similar argumenta el Juez Rosenkrantz en su voto disidente en “Schiffirin” al señalar, en el considerando 11, que “[e]l hecho de que el Congreso Nacional tenga en sus manos el poder de iniciar el proceso de reforma constitucional y de establecer, en su caso, restricciones a las convenciones reformadoras no constituye obstáculo al poder constituyente derivado. Por el contrario, dichas restricciones son en verdad potenciadoras de la soberanía popular. En efecto, dado que la declaración de la necesidad de la reforma requiere una mayoría calificada de dos tercios de los miembros del Congreso se garantiza que el proceso de reforma constitucional solo será iniciado cuando exista un amplísimo consenso. Asimismo, el mecanismo ideado por la Constitución permite que el pueblo de la Nación participe dos veces en el proceso de reforma: primero, a través de sus representantes legislativos en el Congreso, identificando qué es lo que será objeto de reforma, y luego a través de los convencionales constituyentes que el pueblo decida elegir, consagrando la reforma que estos le propongan en sus respectivas campañas electorales. Si en la tarea de reformar la Constitución Nacional la Convención no estuviera restringida por la declaración efectuada por el Congreso, el pueblo de la Nación vería reducida su aptitud para determinar qué es lo que, en última instancia, formará parte de la Constitución bajo la cual deberá vivir. De esa manera, su soberanía se vería limitada. En efecto, si la Convención ignorara los límites impuestos

constituyente debe ser fuertemente deliberativo, es necesario que la ciudadanía, al momento de elegir a convencionales constituyentes, sepa con claridad los contenidos a revisar para poder seleccionar a aquellos que más la representen — ideológicamente— en la consideración de esos temas (Ferreyra, 2007, p. 395-396)²⁴.

LAS NOCIONES COMO PAUTAS HERMENÉUTICAS

No obstante todo lo dicho, sostendremos acá que la respuesta definitiva a la interpretación del art. 30 dependerá, como sucede en toda cuestión hermenéutica, de la noción concreta que se tenga acerca del poder constituyente y de lo que implica el fenómeno de la reforma constitucional. Habrá, si se quiere y derivado de ello, una interpretación “pro expansionista” y otra “pro restrictiva” con relación a las potestades de las convenciones constituyentes.

Así, si nos tomamos muy en serio las nociones dogmáticas y entendemos que el constituyente es, indiscutidamente, el sujeto

soberano —encarnación del pueblo— que debe imponerse siempre en materia de creación y reforma constitucional y que, a su vez, el constituyente derivado es el mismo sujeto originario auto-restringido por su propia obra constitucional —sin que haya, entonces, una diferencia “esencial” entre el originario y el derivado—; entonces cualquier silencio normativo debe entenderse en favor del constituyente. Si la Constitución calla, fue porque el constituyente calló intencionalmente, y con ello retuvo la potestad que no se ha auto-restringido a través de la norma. El legislador tiene un rol pre-constituyente solo porque el constituyente así lo quiso, y por lo tanto es solo titular de una potestad prestada y que siempre debe interpretarse de manera restrictiva.

Por otro lado, podríamos entender (posición que cada vez nos parece más atractiva) que el proceso de reforma constitucional es uno de los fenómenos más delicados y de mayor peligro para el mantenimiento del equilibrio republicano y, con ello, para la limitación del poder²⁵. Plantearíamos entonces que en este proceso

por la declaración de la necesidad de reforma no solo se burlaría ‘la competencia y la calificación de la mayoría del Parlamento prevista en la Constitución’ sino también ‘el voto del electorado que tuvo en cuenta la declaración de ese órgano al elegir los miembros de la Convención’” (Consejo para la Consolidación de la Democracia (1986), *Reforma Constitucional. Dictamen preliminar del Consejo para la consolidación de la democracia*. Eudeba, p. 37).

²⁴González Calderón razonaba que sostener lo contrario “no podría ser sostenida por un razonamiento serio (...) importaría un contrasentido constitucional: la declaración de la reforma hecha por el Congreso sobre tales o cuales puntos, sería completamente inútil; ¿para qué se exigiría esa declaración concreta si la Convención pudiera iniciar otras enmiendas?” (González Calderón, *Derecho constitucional*, como se cita en Linares Quintana, 1953, T. 2, pp. 222-223). Agregaba, en idéntico sentido, que cuando el texto señala que el Congreso debe declarar la necesidad de la reforma, con ello se implica necesariamente el contenido a reformar, puesto que se está subordinando la potestad constituyente al acto previo y pre-figurativo del Congreso. La Convención no se puede convocar a sí misma, “no tiene los poderes suficientes para declarar por sí misma la necesidad de efectuar otras reformas” (González Calderón, como se cita en Linares Quintana, 1953).

²⁵El temor puede verse concretizado en las reformas constitucionales latinoamericanas, que con el pretexto de mejorar las constituciones se las ha modificado para fortalecer aún más a los poderes concentrados de los líderes de turno. Siempre, claro, argumentando que ello se produce por voluntad del soberano popular encarnado en el poder constituyente. Un interesante estudio de las reformas latinoamericanas, que se centra en el fenómeno de que fueron de extrema amplitud en el reconocimiento de derechos pero que, o mantuvieron la estructura conservadora del poder o, incluso, la acrecentaron aún más, puede apreciarse en Gargarella, R. (2014), *La sala de máquinas de la constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*. Véase apartado bibliográfico.

no existen poderes soberanos, que todos ellos están estrictamente limitados y que, por consiguiente, mientras más límites se establezcan mejores serán los resultados que se obtendrán en términos constitucionales. Dicho en otros términos, resultaría peligroso pensar en sujetos super-poderosos actuando en las reformas —el poder constituyente—, porque bajo esa concepción resultaría complejo mantener el andamiaje institucional en sus carriles.

Para esta visión, la mejor forma de entender la relación entre congreso y asamblea constituyente será la de postular una reproducción del esquema de pesos y contrapesos. Esta posición teórica entiende que la noción de poder constituyente originario es una noción fundante del orden constitucional, pero que ya no puede volver a aparecer en un mundo político juridificado. Es un concepto que ha servido para justificar, bajo el ideal democrático que nos rige, el paso de un gobierno de hombres a uno de leyes. Pero luego de ese instante —que es un presupuesto teórico, pero solo eso— no existen sino poderes constituidos y, como tales, limitados. Dentro de esta concepción, por consiguiente, siempre que exista una duda acerca de si un poder tiene o no un límite debe resolverse en favor de la existencia del límite. En definitiva, acá se está partiendo de la base de que el constitucionalismo es, en definitiva, una técnica de limitación del poder, que busca racionalizarlo mediante su normativización.

CONTRAPUNTO: “FAYT” VS. “SCHIFFRIN”

Algo de todo esto, de estas posiciones en pugna, hay en el contrapunto entre los pronunciamientos de la Corte “Fayt”²⁶ y “Schiffirin”²⁷. Se discutía allí si la Convención se

encontraba facultada o no, según la Ley 24309 (de Necesidad de la Reforma Constitucional), para introducir modificaciones en la duración del cargo de los jueces. La disputa interpretativa giraba en torno al alcance del art. 3 “e” de la mencionada norma, la que establecía que se habilitaba “la actualización de las atribuciones del Congreso y del Poder Ejecutivo Nacional previstas en los artículos 67 y 86, respectivamente de la Constitución Nacional”. Es decir, si entre la actualización de las atribuciones podía incluirse la duración de los magistrados.

Así vemos que en el caso “Schiffirin” la Corte, en voto mayoritario, sigue la posición dogmática, entendiendo, simplificando los argumentos, que como quien actúa en cualquier reforma constitucional es el “poder constituyente” (aunque derivado), él debe ser el sujeto cuya voluntad debe priorizarse ante cualquier conflicto. Los restantes poderes, que son constituidos, deben ser deferentes respecto de lo que resuelve la asamblea constituyente.

En el voto concurrente de Rosatti, por ejemplo, se hace un repaso analítico de la teoría del poder constituyente, indicando que “la distinción entre poder constituyente y poder constituido es una de las ficciones jurídicas más significativas de los sistemas constitucionales contemporáneos” y que “[e]n sistemas como el argentino, de Constitución codificada y reforma dificultada, resulta especialmente relevante advertir la disímil jerarquía observable entre el poder constituyente (originario y derivado) y el poder constituido” (considerando 7). Conforme a la plataforma dogmática a la que adhiere, concluye que cualquier limitación, tanto procedimental (considerando 10) como sustancial (considerando 11) con relación al poder constituyente derivado debe

²⁶ CSJN, “Fayt, Carlos Santiago c/ Estado Nacional s/ Proceso de Conocimiento”. Fallos 322:1616.

²⁷ CSJN, “Schiffirin, Leopoldo Héctor c/ Poder Ejecutivo Nacional si acción meramente declarativa”. Fallos 340:257.

interpretarse restrictivamente y ser controlada solo excepcionalmente vía judicial.

Los votos mayoritarios concurrentes reflejan esta posición en distintos lugares, por ejemplo, al señalar que, en cuanto a las potestades o atribuciones que se le deben reconocer a la Convención reformadora, “la interpretación no puede ser restrictiva —como se desprende del caso “Fayt”—, de manera de limitar severamente la soberanía de la Convención; por el contrario, el criterio de interpretación debe ser amplio, extensivo, y, en caso de duda, debe juzgarse a favor de la plenitud de poderes de la Convención Constituyente” (considerando 7 y considerandos 16²⁸ y 27²⁹ del voto de Lorenzetti).

En su voto concurrente Maqueda afirma:

En este sentido se reconoce la prelación lógica del poder constituyente sobre el constituido porque solo aquel da origen a este; se observa que no tendría ningún sentido que la Convención fuese un apéndice del Congreso, y que carezca de libertad para ejercer la función constituyente; se acepta la legitimidad que otorga la elección popular de los integrantes a la Convención Constituyente y en ese entendimiento se concluye, sin perjuicio de los matices, que solo podría ponerse en tela de juicio la actuación del poder constituyente derivado cuando en forma clara e indudable se avan-

ce sobre la competencia expresada por el poder legislativo al declarar la necesidad de la reforma. (Considerando 22).

Más adelante, al indicar que los procesos de reforma son justiciables, Lorenzetti aclara que esta justiciabilidad es completamente limitada, y debe estar referida solo a comprobar que se han cumplido los requisitos mínimos constitucionales para la validez de la reforma³⁰. Y ello porque

... [dicho] estándar, del más amplio respecto hacia la actividad de la Convención Constituyente, tiene sustento en un hecho de singular importancia: se trata de la voluntad soberana del pueblo, expresada a través de un órgano —como lo es la Convención Reformadora— que cuenta con el más alto grado de representatividad, ya que los ciudadanos eligen a los convencionales con plena conciencia y conocimiento de que llevarán a cabo en forma inmediata y concreta la misión de reformar la ley fundamental. (Considerando 10 del voto de Lorenzetti. Argumentos compartidos en los considerandos 17 y 26 del voto de Maqueda y considerandos 8-11 del voto de Rosatti)

En el mismo sentido, los votos que configuran la mayoría recuerdan que

²⁸ “Que, como consecuencia de todo lo expresado, no es procedente en esta materia aplicar un criterio de interpretación restrictivo sino amplio y extensivo respecto de las facultades de la Convención Constituyente”.

²⁹ “El nivel de escrutinio del control judicial de la actuación de una Convención Constituyente debe adoptar la máxima deferencia hacia el órgano reformador, acorde al alto grado de legitimidad y representatividad que tiene la voluntad soberana del pueblo expresada a través de la magna asamblea. En caso de duda debe optarse por la plenitud de poderes de la Convención Constituyente”.

³⁰ Entre otros lugares, en el considerando 16 leemos que la revisión judicial solo procede “cuando se demostrase” la falta de concurrencia de los ‘requisitos mínimos e indispensables’ que condicionan la sanción de la norma constitucional reformada” (conf. considerandos 3.º y 4.º de Fallos: 256:556, “Soria de Guerrero”).

Si la declaración de inconstitucionalidad de un acto de los poderes constituidos ya presenta suma gravedad institucional y debe ser considerada como *ultima ratio* del ordenamiento jurídico (...) con mucha mayor rigurosidad debe serlo cuando se ha puesto en cuestión la validez de una norma de la Constitución sancionada por una Convención Reformadora elegida por el pueblo. (Considerando 12 del voto de Lorenzetti, considerandos 7 y 20³¹ del voto de Maqueda)

A su vez, se señala de manera contundente que en “Fayt” se “olvidaron” de estos principios dogmáticos, partiendo de la base de que

... el Congreso podía establecer no solo la necesidad de la reforma, sino también su contenido; que la Convención Constituyente no podía apartarse de ello, porque acarrearía la nulidad; y que el Poder Judicial era el encargado de controlar que esos límites no fueran transgredidos. (Considerandos 11 y 2732 del voto de Lorenzetti; considerando 30 del voto de Maqueda).

Es decir, la mayoría afirma que en “Fayt” se siguió de manera indebida una posición restrictiva del procedimiento reformista y de la actividad del poder constituyente. Una afirmación concluyente sostiene:

El principio, pues, es claro, de modo que solo cabría descalificar la actividad de la Convención Constituyente en dos supuestos: cuando se demuestre categóricamente que exista una grave, ostensible y concluyente discordancia sustancial que haga absolutamente incompatible la habilitación conferida y la actuación llevada a cabo por la Convención Constituyente; o, cuando lo decidido por la Convención afectara, de un modo sustantivo y grave, el sistema republicano como base del estatuto del poder constitucional; o los derechos fundamentales inderogables que forman parte del contenido pétreo de la Constitución. (Considerando 16 del voto de Lorenzetti)

En cuanto a la habilitación temática de la duración del mandato de los jueces, los votos de mayoría, sin excepción, reconocen la necesidad de que el Congreso, en función pre-constituyente, habilite los temas que tratará la Convención, pero agregan que en caso de duda debe entenderse habilitado el punto a revisar. En este sentido, concluyen:

En tales condiciones, cabe concluir que el constituyente realizó una exégesis racionalmente posible del alcance de la norma habilitante; pues, aunque no sea la única interpretación sostenible de aquella, es evidente que tiene sustento jurídico suficiente

³¹“Que en primera síntesis, cabe afirmar que las asambleas reformadoras han actuado con un amplio margen para plasmar constitucionalmente lo que la comunidad había acordado políticamente, y que tanto el Congreso como los jueces han sido —hasta la sentencia en el caso “Fayt”— respetuosos de ese ejercicio”.

³²“La única vez en la historia argentina en que el Poder Judicial declaró la nulidad de una cláusula de la Constitución Nacional fue en el caso ‘Fayt’ de Fallos: 322:1616. En su sentencia, la Corte adoptó un nivel de escrutinio restrictivo sobre el juicio de compatibilidad material entre los temas habilitados y las cláusulas adoptadas, que no se compadece con los principios enunciados y limita severamente la competencia del órgano reformador. La doctrina utilizada en el caso ‘Fayt’ debe ser abandonada y sustituida por un nuevo estándar de control, que sea deferente y respetuoso de la voluntad soberana del pueblo, según lo establecido en el punto”.

en la letra de la ley 24309 y, sin duda alguna, no constituye una grave, ostensible y concluyente discordancia sustancial que haga absolutamente incompatible la habilitación conferida y la actuación llevada a cabo por la Convención Constituyente, que de manera manifiesta e indisputable desconozca la voluntad que tuvo el Congreso al ejercer su función preconstituyente mediante las previsiones establecidas en la ley declarativa de la necesidad de la reforma. (Considerando 20 voto de Lorenzetti, 42 del voto de Maqueda y 25 de Rosatti)³³

Por el otro lado tenemos la disidencia de Rosenkrantz quien, en línea con “Fayt”, parte de la base de que el proceso de reforma constitucional es de máxima gravedad institucional y que por ello es un mecanismo que debe ser utilizado con gran prudencia y de manera limitada. La necesidad de restringir normativa e interpretativamente a la reforma constitucional resulta fundamental para mantener el equilibrio republicano. y así fue entendido por los constituyentes. En esa línea, dice el magistrado:

El procedimiento de reforma constitucional es una de las previsiones más importantes de nuestra Constitución pues de él depende, en definitiva, el modo en que han de perdurar, y si han de hacerlo, tanto el sistema de derechos y responsabilidades como la forma de gobierno establecidos por la Constitución. Lo que aquí se discute, entonces, es de la máxima importancia. (Considerando 5)

En el mismo sentido, adhiere a la noción de que no se trata de una cuestión de sujetos (más o menos poderosos), sino de cumplir estrictamente con las disposiciones constitucionales que intentan encarrilar la vida política y social de la nación. En el considerando 18 es explícito en este punto:

En el Estado de derecho que los argentinos aspiramos a consolidar, el principio regulador de toda la vida en común es que no estamos sujetos a un gobierno de hombres sino de leyes, que ninguna persona u autoridad está por encima de la ley o de la Constitución, ni siquiera las convenciones reformadoras las que, más allá de la pompa con que las rodean sus circunstancias, también están constitucionalmente reguladas.

Lo que debe prevalecer, entonces, es el gobierno de leyes y no “sujetos” determinados. Insiste, entonces, en que en los procesos de reforma no hay un enfrentamiento entre poderes constituidos y constituyentes (lo que ya implicaría preeminencia de uno sobre el otro), sino un estricto procedimiento regulado por la Constitución.

El control judicial de una reforma constitucional, por tanto, no puede ser visto como un enfrentamiento entre poder constituido y poder constituyente derivado sino que debe ser concebido como un ejercicio que milita en defensa de la Constitución que, ni hoy ni nunca debemos olvidarlo, es la fuente común de la autoridad de ambos poderes. (Considerando 9)

³³ Sostienen que la Convención no ha violado la habilitación de temas, puesto que “[e]n lo que al caso interesa, cabe mencionar que el artículo 3.º de la citada ley dispuso habilitar —como tema— lo referido a “[l]a actualización de las atribuciones del Congreso y del Poder Ejecutivo Nacional previstas en los artículos 67 y 86, respectivamente, de la Constitución Nacional, entre las que se encontraba la referida a la intervención del Poder Ejecutivo en el proceso de designación de los jueces federales (artículo 86, inciso 5º)” (considerando 19 del voto de Lorenzetti, considerandos 33, 34 y 35 del voto de Maqueda y considerando 12 del voto de Rosatti).

Conteste con esta visión de sujeción a la ley, entiende que la mejor manera de comprender el proceso de reforma argentino que el art. 30 instituye es el de postular una dinámica de pesos y contrapesos entre la actividad pre-constituyente del Congreso y la constituyente de la Asamblea, puesto que

Requerir la voluntad conjunta del Congreso y de la Convención para que se pueda reformar la Constitución es, además, un requisito de acreditada sabiduría institucional, pues permite dar mayor estabilidad a la Constitución Nacional. Ello constituye una aspiración de indudable actualidad ya que no existe país que pueda garantizar el bienestar de sus habitantes sin una constitución estable. Esta aspiración es especialmente importante en los tiempos que corren puesto que, dado nuestro oscilante pasado, todavía tenemos que probarnos a nosotros mismos que somos capaces de vivir bajo el imperio de las normas que hemos elegido. (Considerando 11)

Rosenkrantz realiza un repaso de las diversas reformas constitucionales que se dieron en Argentina, detallando que siempre se entendió que las asambleas constituyentes se encontraban limitadas estrictamente por las disposiciones y acuerdos del Congreso³⁴. Afirma: “Por otro lado, la protección de la Constitución nunca puede ser entendida como un acto

en contra de la política. Antes bien, la política, tal como lo ha enfatizado esta Corte, tiene la ‘obligación de respetar y acatar el proyecto de república democrática que establece la Constitución Nacional’” (considerando 17).

Así concluye en esta línea:

El texto de nuestra Constitución, los precedentes de esta Corte citados y el modo en que se comportaron todas las convenciones convocadas para reformar la Constitución de 1853/1860 de acuerdo con el artículo 30 de la Constitución, en conjunto, confirman que las convenciones no pueden tomar la Constitución en sus manos atribuyéndose poderes soberanos que no le corresponden, por pocos que ellos fuesen; que no pueden generar su propio mandato y que este último está necesariamente limitado por la declaración de la necesidad de la reforma que debe efectuar el Congreso de la Nación. (Considerando 18)

En el considerando 22 sintetiza esta posición, al afirmar:

Debe enfatizarse aquí que permitir que la convención regule cuestiones que antes no estaban contempladas por el artículo cuya reforma es habilitada sería de la máxima gravedad pues, por ese sencillo expediente, se liberaría a la convención de todos los re-

³⁴“Incluso en aquella instancia de nuestra historia constitucional en la cual el Congreso había decidido que podía procederse a la reforma de toda la Constitución —ello sucedió cuando se sancionó la Ley 13233, el 27 de agosto de 1948— y, por lo tanto, cuando el mandato dado a esa Convención Reformadora fue de la mayor extensión imaginable, también se consideró que su mandato era limitado. A tal punto fue ello así que se sintió la necesidad de dejar afirmado que una Convención ‘es un órgano constituido del Estado, de función extraordinaria pero cuyo cometido específico queda reglado por la ley que declaró la necesidad de la reforma’; que ella ‘actúa dentro del orden jurídico preestablecido y por lo mismo debe sujetarse al cometido que le asignara la ley, que es, en este caso, la revisión total de la Constitución ...’; y que, por lo tanto, ‘resulta claro que la Convención carece de facultades, dentro de sus atribuciones específicas demarcadas por la ley, para intentar la revisión que regula el modo de cumplir una de sus facultades’ (Sampay, 1975, *Las Constituciones de la Argentina - (1810-1972)*, Docencia: Buenos Aires, 1975, pp. 484-485). (considerando 16).

aseguros, controles y límites creados por la Constitución e impuestos por el Congreso. Así, se traicionaría el ponderado sistema de reforma ideado por nuestros constituyentes, convirtiéndolo en una “caja de Pandora” incapaz de prevenir que quienes resulten electos como convencionales ignoren los acuerdos previos necesarios para reformar la Constitución y conviertan en texto constitucional sus preferencias personales acerca del funcionamiento de los poderes del Estado o del contenido de los derechos individuales para cuya protección nuestra Constitución fue ideada.

CONCLUSIONES

Del contrapunto entre los casos “Fayt” y “Schiffirin”, y pese a los matices que existen al respecto, puede extraerse una conclusión general respecto a la naturaleza del proceso de reforma de la Constitucional Nacional. En interpretación unánime de la Corte argentina, todo trámite de revisión constitucional se encuentra limitado en dos esferas, esto es, tanto procedimental como sustancialmente. Nótese que, pese a la interpretación deferente hacia las potestades de la Convención Constituyente, los jueces que concurren en el voto mayoritario en el caso “Schiffirin” coinciden en afirmar que la Asamblea de 1994 estuvo estrictamente limitada en el desarrollo de su función revisora. Por un lado, afirman, se encontraba habilitada por el Congreso para tratar la cuestión del mandato de los jueces —cuestión procedimental—, a la vez que sostienen que el reformado art. 99 inc. 4, tercer párrafo, no conculca ningún principio constitucional y resulta razonable —cuestión sustancial—. Por su lado, el voto disidente de Rosenkrantz, quien realiza, como vimos, una interpretación restrictiva

de las potestades de la Convención, entiende —en consonancia con el precedente “Fayt”—, que el constituyente del año 94 violentó las pautas procedimentales al extralimitarse en sus potestades, modificando aquello que no se encontraba habilitado por el Congreso.

Esta no resulta ser una cuestión menor para la interpretación del alcance del proceso de reforma instaurado por la Constitución, puesto que nuestro ordenamiento permite la llamada revisión total. Si la Corte ha afirmado que hay límites (¡y también materiales!), la cuestión ahora es establecer cómo se condice dicho postulado con la posibilidad de la reforma total permitida expresamente por el art. 30.

Tal como señala De Vega, por paradójico que parezca, cabría afirmar que la problemática de los límites no solo no desaparece y no se agota porque en la normativa concreta sobre la reforma no se reconozca su existencia, sino que es cuando se niegan de forma expresa los límites a la reforma —como ocurre en nuestra Constitución—, cuando dicha problemática comienza a adquirir su verdadera dimensión teórica y su auténtica significación política (cfr. De Vega, 1985, p. 221-222).

Podríamos señalar, en otras palabras, que en los ordenamientos constitucionales en los que, como el nuestro, no se establecen obstáculos a su revisión total, se advierte con mayor claridad que el problema de los límites excede al derecho positivo, esto es, está más allá de los textos normativos concretos.

Y ello, porque la cuestión de los límites de la reforma constitucional no es, estrictamente, una cuestión de derecho positivo. Más allá del concreto contenido normativo de determinados preceptos, está la lógica del sistema constitucional considerado en su conjunto, a la que forzosamente hay que reconducir, y desde la que se hace necesario

en todo caso explicar, la problemática de los límites. (De Vega, 1985, p. 220)³⁵

En este sentido nos parece interesante realizar dos puntualizaciones: una en cuanto a los límites sustanciales y otra con respecto a los procedimentales.

Consideramos que para compatibilizar la posibilidad de la reforma total con la existencia de límites sustanciales no queda otro camino que recurrir a las distinciones entre texto y principios, por un lado, y entre modificación y supresión de la Constitución por el otro³⁶. Una cosa es el texto constitucional —que, en nuestro sistema, puede ser completamente modificado— y otra cosa son los principios que lo informan. Los principios, tales como democracia, república, división de poderes, independencia judicial, etc., pueden ser expresados con distintas configuraciones gramaticales e, incluso, con distintas intensidades, pero nunca pueden ser suprimidos o anulados.

Para tomar el principio objeto de los pronunciamientos jurisprudenciales analizados, podemos afirmar que la independencia judicial es pasible de ser asegurada por diversos mecanismos, por ejemplo, estableciendo la permanencia vitalicia de los jueces en el cargo o con una permanencia ininterrumpida hasta los 75 años, pero siempre debe estar reconocida, de uno u otro modo, en el texto normativo. Todos los artículos pueden modificarse, pero, a la vez, ninguno de los principios estructuran-

tes pueden ser anulados. Dicho en otros términos: existen límites implícitos o conceptuales, que son los que permiten la configuración de la comunidad política como un Estado Constitucional de Derecho, y que operan como marco de referencia de todo proceso constitucional. Si ellos son eliminados (cosa que, claro, fácticamente puede ocurrir), pues entonces ya no podremos hablar en términos constitucionales; en ese caso no habrá una reforma sino un quiebre constitucional; no será factible postular la existencia de un poder constituyente originario o de reforma —que se trata de un concepto jurídico-constitucional—; sino de un poder fáctico que ha irrumpido con la finalidad de quebrar el sistema jurídico existente.

No se debe olvidar que la noción misma de poder constituyente surgió en el marco del movimiento del constitucionalismo y con la finalidad de operar como un mecanismo o presupuesto que permita explicar la transmutación del gobierno de hombres al gobierno de leyes. Como todos los conceptos que fue forjando el constitucionalismo, el de poder constituyente se trató de un dispositivo intencionalmente dirigido a limitar el poder, racionalizarlo o normativizarlo. Es en este marco, entonces, en donde se contextualizan las reformas constitucionales, las que siempre deben estar limitadas y reguladas estrictamente por las normas.

Ello nos lleva a la cuestión de los límites procedimentales, los cuáles pueden verse en dos sentidos: i) como otro nivel de límites que

³⁵ Podríamos decir el tema de las cláusulas pétreas y los límites en general son una de esas cuestiones fundamentales en la teoría jurídica y, tal como señala Zagrebelsky, “lo que es verdaderamente fundamental, por el mero hecho de serlo, nunca puede ser puesto, sino que debe ser siempre presupuesto. Por ello, los grandes problemas jurídicos jamás hallan en las constituciones, en los códigos, en las leyes, en las decisiones de los jueces o en otras manifestaciones parecidas del ‘derecho positivo’ con la que los juristas trabajan, ni nunca han encontrado allí su solución. Los juristas saben bien que la raíz de sus certezas y creencias comunes, como la de sus dudas y polémicas, está en otro sitio. Para aclarar lo que de verdad les une o les divide es preciso ir más al fondo o, lo que es lo mismo, buscar más arriba, en lo que no aparece expreso” (Zagrebelsky, 2005, p. 9).

³⁶ Este tema fue desarrollado en extenso en Colombo Murúa (2011, pp. 247-259). Véase apartado bibliográfico.

el constituyente originario le ha estipulado al derivado (además de los sustanciales); ii) como un procedimiento, necesario, para convocar al constituyente y que este pueda reformar la norma constitucional de manera libre. Acá, de acuerdo con este último punto, “lo procedimental” ya no es estrictamente un límite, sino una condición de posibilidad para que surja el sujeto constituyente y este pueda operar. Una vez que el constituyente se ha constituido, ya no podrán estipularse mayores limitaciones a su voluntad.

En el caso “Schiffirin”, por ejemplo, los votos mayoritarios parecerían postular que, como existe un poder de máxima representatividad y de diferente naturaleza, un constituyente que se resiste a ser controlado por un sujeto constituido (sea el Congreso o el Poder Judicial), no pueden ponerse muchas trabas a su accionar. Estas trabas solo pueden aparecer cuando el procedimiento se encuentra viciado de manera grave y notoria; y esto, nuevamente y aunque parezca circular, porque los poderes constituidos deben respetar el procedimiento fijado por el constituyente originario para “convocar” al constituyente derivado.

La disidencia sostuvo, en cambio, que la distinción es artificial, que todos los sujetos que intervienen en la reforma deben estar estrictamente limitados, tanto por el procedimiento cuanto por la materia. Y es que, tal como recordábamos en el repaso dogmático del tema, una vez que se ha dictado la Constitución todos los sujetos han quedado subordinados a ella, la norma fundamental ha pasado a ser el marco de referencia obligatorio de todo el sistema normativo estatal.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Badeni, G. (2000). *Instituciones de derecho constitucional*. Ad-Hoc.

Colombo Murúa, I (2011). Límites a las reformas constitucionales. Astrea.

De Vega García, P. (1985). *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Tecnos.

Diaz Ricci, Sergio (2004). *Teoría de la reforma constitucional*. Ediar.

Ferreya, G. R. (2007). *Reforma constitucional y control de constitucionalidad*. Ediar.

Holmes, S. (1999). El precompromiso y la paradoja de la democracia, en Elster, J. y Slagstad, R. (Coords.), *Constitucionalismo y democracia*. Fondo de Cultura Económica.

Elster, J. (2002). *Ulises desatado. Estudios sobre racionalidad, precompromiso y restricciones*. Gedisa.

Gargarella, R. (2014). *La sala de máquinas de la constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*. Katz.

Gelli, M. A. (2013). *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada*. 4.º ed., Tomo I. La Ley.

Linares Quintana, S. V. (1953). *Tratado de derecho constitucional*. Editorial Alfa.

Mouffe, C. (2003). *La paradoja democrática*. Gedisa.

Prieto Sanchís, L. (2003). *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Trotta.

Quiroga Lavié, H. (1978). *Derecho constitucional*. Cooperadora de Ciencias Sociales.

Requejo Pagés, J. L. (1998). *Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente*. CEPC.

Riberi, P. (2011). Límites del poder constituyente: subjetividades y agonías del criptoconstitucionalismo, en AA. VV. Nuñez Leiva, J. I., *Nuevas perspectivas en derecho público*, pp. 91-144. Librotécnica.

——— (2008). Poder constituyente derivado, un mito del criptoconstitucionalismo [ponencia]. Jornadas Argentino, Chileno, Pe-

- ruanas de Asociaciones de Derecho Constitucional, Buenos Aires.
- Sieyès, E. (1973). *¿Qué es el tercer Estado?* Aguilar.
- Vanossi, J. R. (2000). *Teoría constitucional*. Depalma.
- Von Ihering, R. (1993). En el Cielo de los conceptos jurídicos: una fantasía, en *La picaresca jurídica universal*. Gustavo Ibáñez.
- (1987). *Bromas y veras en la ciencia jurídica*. Civitas.
- Zagrebelsky, G. (2005). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia* (trad. María Gascón). Trotta.

Ignacio Colombo Murúa

Perfil académico y profesional: Doctor en Ciencias Jurídicas (Universidad Católica Argentina). Diplomado en Estudios Avanzados (DEA). Especialista en Justicia Constitucional (Universidad de Castilla-La Mancha). Profesor universitario en Ciencias Jurídicas (UNSa). Profesor adjunto de Derecho Constitucional y Teoría Política en las universidades Nacional y Católica de Salta. Secretario del Instituto de Derecho Constitucional de la Universidad Católica de Salta. Vocal titular de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Juez de Garantías del Poder Judicial de Salta. Trabaja en líneas de investigación de teoría constitucional. colombomurua@yahoo.com.ar
Identificador ORCID: 0000-0003-4019-4658

