



# REVISTA JURÍDICA

DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

---

NÚMERO 1 | AÑO 2025 | ISSN: 0000-0000



**FACULTAD  
DE DERECHO**  
Universidad Nacional de Tucumán



UNIVERSIDAD  
NACIONAL +  
DE TUCUMÁN

DERECHO CONSTITUCIONAL Y PARLAMENTARIO

# **Revista Jurídica**

de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales  
Universidad Nacional de Tucumán

*Vol. I | Núm. I | Año 2025*



Revista Jurídica de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales  
de la Universidad Nacional de Tucumán

©2025

Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales (CIJuS)  
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales  
Universidad Nacional de Tucumán

25 de Mayo 471, San Miguel de Tucumán (4000)

**Teléfono:** 0054 381 - 000000

**e-mail:** [editorial@derecho.unt.edu.ar](mailto:editorial@derecho.unt.edu.ar)

**Diseño de tapa y maquetación:** María José Bovi

**Directora**

Dra. Cristina Granauer de Falú

**Director Honorario**

Dr. Juan Carlos Veiga

**Co-directores**

Dr. Marcos Arias Amicone

Dr. José Sahian

Dr. Esteban Nader

Dr. Gabriel Pereira

Dr. Horacio Madkur

Dra. Belén Japaze

Dra. Inés Hael

**Coordinador Editorial**

Luis Caro Zottola

**Secretaría de Edición y Redacción**

Prof. María José Bovi

**Equipo Editorial**

Dr. Gonzalo Casas

Dr. Nicolás Salvi

Dra. Carolina De Mitri

Dra. López Testa

Lic. Manuel Martínez Novillo

**Consejo Académico**

Área Derecho Privado

Área Derecho Civil

Área Derecho Comercial

Área Derecho Público

## **Autoridades de la Universidad Nacional de Tucumán**

### **Rector**

Ing. Sergio Pagani

### **Vicerrectora**

Dra. Mercedes Leal

## **Autoridades de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales**

### **Decana**

Dra. Cristina Grunauer de Falú

### **Secretario Académico**

Dr. Gustavo Bellagamba

### **Subsecretario Académico**

Dr. Juan Manuel Cardozo

### **Subsecretaria de Coordinación y Acreditación Académica**

Dra. Fernanda Nanni

### **Secretario Económico Financiero**

Dr. Víctor Esteban Nader

### **Secretario de Gestión Institucional**

Dr. Martín Humberto Rivas

### **Coordinadora de la Sec. de Gestión Institucional**

Dra. Carla Julieta Baigorria

### **Secretaria de Posgrado**

Dra. Graciela Elizabeth Schmieloz

### **Subsecretaria de Posgrado**

Dra. Isolina Barbaglia

### **Subsecretario de Coordinación de Posgrado**

Dr. Ignacio Chasco Olazabal

### **Secretario de Investigación**

Dr. José Roberto Gabriel Pereira

### **Subsecretario de Investigación**

Mag. Manuel Martinez Novillo

### **Secretario de Planificación**

Dr. Federico Linardo Diaz

### **Honorable Consejo Directivo**

Profesores Titulares

Titulares Suplente

**A TREINTA AÑOS  
DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994**

# LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS COMO INTÉRPRETE DE CONSTITUCIONES NACIONALES

**NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS**

INSTITUCIÓN A LA QUE PERTENECE  
correo electrónico

## 1. INTRODUCCIÓN

Como máximo operador del sistema interamericano de derechos humanos, la Corte Interamericana (en adelante, CorteIDH) interpreta, naturalmente, a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), por ejemplo en Opiniones consultivas (art.64 de la CADH) o en casos contenciosos. En ambas situaciones, es la intérprete final y superior de la CADH (arg. arts. 64 y 67, CADH). En otras palabras, su “órgano de cierre”.

Pero no es ajena a su cometido interpretar normas de derecho local, específicamente para determinar si un Estado ha violado o no la CADH, emitiendo derecho inconvencional (caso de leyes, cláusulas constitucionales o normas subconstitucionales, opuestas a la CADH o al *corpus iuris* interamericano; o inconciliables con la doctrina de la propia CorteIDH, según la tesis del control de convencionalidad exigida por la misma Corte regional)<sup>1</sup>.

Pero otra manera de auscultar e interpretar el derecho doméstico por la CorteIDH ocurre cuando el Estado, además

---

1. Sobre el control legislativo de convencionalidad, derivamos al lector a Sagüés, Néstor Pedro, *Guía práctica de control latinoamericano de convencionalidad*, Bogotá, 2020, Tirant lo Blanch – Fundación Konrad Adenauer, p.74 y ss.

de infringir el derecho internacional de los derechos humanos, quebranta también su derecho interno, consumando así una doble infracción. Es posible, en efecto, que el Estado incurra en el múltiple pecado de inconvencionalidad y de inconstitucionalidad (y, porqué no, de ilegalidad).

Desde el punto de vista cuantitativo, no es frecuente que la CorteIDH interprete constituciones locales. En rigor de verdad, su misión no tendría que ser la de tutelar a las cartas magnas locales, ya que su trabajo, *prima facie*, es custodiar a la CADH, y no a las constituciones de los estados. En otras palabras, está para atender la protección de *derechos humanos convencionales*, y no de *derechos humanos constitucionales*. No obstante, algún artículo de la CADH (el 25) da pie a esta última posibilidad jurídica<sup>2</sup>. Además, al resolver la Corte IDH que un Estado violó la CADH, puede reforzar esa conclusión demostrando que también atacó a su constitución local, constatando, de tal modo, una doble ilicitud que justifica la sanción o reparación que se le impone. También podría añadirse que actualmente los derechos humanos convencionales y los constitucionales resultan a menudo coincidentes (derechos que podríamos llamar "repetidos" o "duplicados"), de tal modo que no se los debería considerar enunciados jurídicos aislados, sino articulables, circunstancia que obliga de vez en cuando a realizar ejercicios interpretativos coordinados entre sí. Finalmente, si en caso de discrepancia y conflictos entre derechos, o simplemente de "duplicidad" de derechos (en el ámbito constitucional local y en el convencional) corresponde aplicar el más propicio para la persona

---

2. Llamativamente, el art. 25 de la CADH determina que "Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales *reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención...*" (la bastardilla es nuestra).

La cláusula programa, pues, una acción o recurso (que algunos denominan "el amparo interamericano"). Según el texto de la norma, la infracción o falencia por un Estado a tal recurso generaría para el afectado el derecho a ocurrir al sistema interamericano para su protección y reparación, aunque en el recurso solamente se hubiera reclamado la tutela de derechos fundamentales emergentes de la constitución local.



(art. 29 b, CADH), eso puede conducir a que la CorteIDH ausculte la constitución doméstica para determinar si no es más indulgente que la CADH, en un punto concreto.

En resumen, hay un manojo de razones que conduce a explicar la injerencia interpretativa del tribunal regional en la exégesis de una constitución estatal.

## **2. EL CASO “RÍOS AVALOS Y OTRO VS. PARAGUAY”. ÁMBITO NACIONAL**

En esta sentencia, pronunciada el 19 de agosto de 2021, la Corte Interamericana va a realizar una interpretación del art. 255 de la constitución del Paraguay de 1992. Aunque ese operativo es en el fallo breve, alerta sobre la aptitud de la CorteIDH para asumir la tarea, y de qué manera, en la misma, va a realizar un trabajo exegético que se aparta de una opción interpretativa meramente literal.

El caso se motivó en el juicio político seguido contra tres jueces de la Corte Suprema de Justicia del Paraguay. El 18 de noviembre de 2003 la Cámara de Diputados les formuló acusación ante el Senado, por “mal desempeño de sus funciones”, mediante 20 casos o cargos (3) Para fundar su postulación, Diputados se basó en el contenido de varias sentencias emitidas por la Corte Suprema en varios procesos (acuerdos y sentencias 222 y 223 de 2000, 1033 de 2001, 487 de 2002, 979 de 2002, entre otros).

La tramitación del juicio político tuvo un curso sinuoso e inusual, a más de lento. Según narra la referida sentencia de la CorteIDH (párrafos 31 a 55), El 25/11/03 la Cámara de Senadores estableció un procedimiento de actuación, que antes no existía. El 26/11/03 se dio inicio formal al juicio. El 3/12/03 se formularon los cargos finales y a continuación se admitieron pruebas. El 10 de diciembre tuvieron lugar los alegatos verbales. El 12 de diciembre se recibió la renuncia de uno de los jueces enjuiciados, y en la misma fecha el Senado destituyó a los otros dos jueces restantes.

Con posterioridad, el 24 y el 26 de diciembre de 2003, los magistrados excluidos plantearon acciones de inconstitucionalidad contra la resolución que los removía, ambas resueltas por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en sentido favorable a ellos, el 30 de diciembre de 2009 (sentencias y acuerdos 951 y 952). La Sala ordenó la reposición en sus cargos. El 2 de enero de 2010 el Congreso Nacional "repudió" y "rechazó" estas sentencias, advirtiendo a los jueces de la Corte Suprema, al Consejo de la Magistratura, al Jurado de Enjuiciamiento y al Poder Ejecutivo, que si admitieren la validez de tales fallos, "incurrirán en causales de juicio político", además de responsabilidades penales. Una amenaza al parecer nunca vista en el derecho comparado.

El 5 de enero siguiente la Corte Suprema, actuando como órgano de gobierno e invocando facultades de superintendencia, por resolución 2382 invalidó las sentencias 951 y 952 de la Sala Constitucional. Años más tarde, esta resolución 2382 de la Corte fue reputada en definitiva "con firmeza", por la Sala Constitucional, el 11/10/2019.

### **3. LA SENTENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

Llevado el asunto al sistema interamericano, la CorteIDH dictó sentencia, según señalamos, el 19 de agosto de 2021, favorable a los actores.

El tribunal regional destacó que la independencia de los jueces era una pieza esencial para el cumplimiento del debido proceso previsto por el art. 8º de la CADH, (párr. 85), y que ello requería un adecuado sistema de nombramiento, estabilidad y protección frente a presiones externas (párr. 87). En definitiva, los jueces solamente podrían ser removidos por causas establecidas, que debían referirse a faltas disciplinarias graves o de incapacidad, y mediante un trámite respetuoso de las garantías del debido

proceso, que en lo esencial rigen también para el juicio político, a fin de evitar decisiones arbitrarias. (párrs. 88, 95). La destitución no podría basarse en pautas puramente discrecionales o subjetivas, ni en razones políticas de pertinencia, oportunidad o conveniencia, sino en criterios jurídicos que acrediten la conducta imputada que motivó la acusación (párrs. 97 y 98).

Ciertos párrafos de la Corte regional excluyen en términos generales que las opiniones vertidas en una sentencia puedan ser motivo para la remoción (párr. 99 y 106, y sus citas). Otros admiten, por excepción, que ello es factible en casos de malicia o negligencia grave de los jueces (párr. 102), dolo o negligencia grave (párr. 103), o comprobada ineficiencia (párr. 107). El error judicial no sería tampoco factor de destitución, si es cometido de buena fe o por diferencias de interpretaciones del derecho (párr. 105).

En el caso “Ríos Alvarez”, la Corte IDH se inclinó por sostener que los jueces de la Corte Suprema fueron inconvencionalmente destituidos porque la decisión del Senado se basó no en razonamientos jurídicos sino en un acuerdo político, y también por haber sido enjuiciados los magistrados por el contenido de sus sentencias, sin demostrarse la arbitrariedad o irracionalidad de ellas (párr. 117, 123 y ss.). Asimismo, no se observaron las reglas del debido proceso, en particular ante la ausencia de imparcialidad en la autoridad juzgadora (párr. 129, 132).

#### **4. LA INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN DEL PARAGUAY POR LA CORTE IDH**

Al argumentar (como factor de la inconvencionalidad de la decisión destitutoria del Senado), la Corte IDH señaló que tal resolución se fundó, en parte, en el contenido de las sentencias que los jueces habían firmado, hecho que configuraba una violación del art. 255 de la Constitución paraguaya (párr. 155). Esta norma, en su comienzo, indica: *Ningún magistrado judicial podrá ser acusado*

*o interrogado judicialmente por las opiniones emitidas en el ejercicio de sus funciones.*

Comparando este texto con la exégesis que del mismo hace la CorteIDH, surgen estas tres observaciones:

1. En primer lugar, se trata de una interpretación "externa" de la constitución del Paraguay<sup>3</sup>, esto es, consumada no por un operador nacional, sino por uno supranacional (la CorteIDH), que además, no parece haber recurrido aquí a insumos internos para interpretar a la Constitución local, como serían, v.gr., los antecedentes domésticos del precepto, las actas, proyectos, informes, despachos o debates habidos en la convención constituyente.
2. En segundo término, desde una perspectiva meramente literal, la Corte IDH amplía el margen de cobertura de la cláusula constitucional. En efecto, el aludido art. 255 habla de la imposibilidad de que a un juez se le acuse o interroge "judicialmente" por sus opiniones. Ahora bien: en el caso bajo examen, los magistrados no fueron acusados en la esfera judicial, sino en la congresional, esto es, por la cámara de diputados (y después, por el Senado, al resultar condenados). En conclusión, la Corte IDH extiende el ámbito de tutela de la no acusación o interrogatorio de jueces, por sus opiniones, también respecto de las actuaciones que se diligencien en los recintos legislativos. Ello importa una suerte de *interpretación mutativa por adición*, que puede entenderse legítimable —en lo axiológico— en aras de asegurar la independencia de los magistrados judiciales.

---

3. En función del sujeto que realiza la interpretación de la constitución, tiempo ha que hemos propuesto la distinción entre órganos nacionales y órganos externos, generalmente supranacionales, entre los que se encuentra la CorteIDH. Ver Sagüés, Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional. Recurso Extraordinario*, 4ª. ed., 2ª. reimpresión, Buenos Aires, 2013, Astrea, t. 1 p. 64.

Todo ello dentro del margen de opinabilidad propio de la justificación de las interpretaciones mutativas<sup>4</sup>.

3. Como tercera observación, la CorteIDH no realiza una interpretación constitucional del todo consistente con sus conclusiones sobre el fondo del asunto. En efecto: al realizar la hermenéutica del mentado art. 255, el tribunal regional parece afirmar que los jueces nunca pueden ser interrogados o acusados por sus opiniones vertidas en actuaciones judiciales; pero en el párrafo 117, afirma que el veredicto destitutorio del Senado fue violatorio del art. 8<sup>º</sup> de la CADH, por haberse fundado en decisiones dictadas por aquellos en el ejercicio de sus funciones judiciales, “sin demostrar la arbitrariedad o irracionalidad de estas”. El interrogante que queda pendiente es el siguiente: ¿si pudiera acreditarse —de modo categórico— la muy grave arbitrariedad o irracionalidad de una decisión judicial, podría entonces acusarse (con fundamento en la resolución viciada) al juez del caso, y promoverse su destitución?

## 5. EVALUACIONES

Para cumplir sus funciones de “órgano de cierre” en materia de derechos humanos, la CorteIDH puede llegar a interpretar constituciones nacionales. Está autorizada a hacerlo para decidir, v. gr., si un Estado ha actuado convencional o constitucionalmente respecto a un derecho humano enunciado en el Pacto de San José de Costa Rica, o CADH. También, para determinar si la constitución local ampara más o menos que la CADH a un derecho humano, y si infringe o no a esta última.

---

4. La interpretación mutativa (por adición, sustracción, o mixta –también llamada esta última “sustitutiva”), deja incólume el texto de la norma, pero altera en más o en menos su contenido normativo. Se discute, desde luego, si ello es legítimo o si importa una invasión de roles legisferantes por el juzgador. Derivamos al lector a nuestro trabajo *La interpretación judicial de la constitución. De la constitución nacional a la constitución convencionalizada*, 2<sup>ª</sup>. ed., Ciudad de México, 2017, Porrúa, p. 56 y ss.

En tal tarea debe actuar con cautela, meticulosidad y especialmente, coherencia. En efecto, la actuación que comentamos puede poner en entredicho la tesis de que las cortes supremas, o en su caso los tribunales constitucionales de un país, son los máximos intérpretes de la constitución local. En la órbita del sistema interamericano de derechos humanos, la CorteIDH es, en efecto, quien tiene la última palabra, según la CADH. El conflicto puede presentarse si una Corte Suprema nacional o un Tribunal Constitucional de un Estado, invocando su *status* de intérprete nacional supremo, entiende la constitución nacional de un modo, y la CorteIDH, intérprete final de la CADH, lo hace de otro distinto. Mediante la doctrina del control de convencionalidad, la CorteIDH reclama que los operadores nacionales (incluyendo las cortes supremas, y las salas y tribunales constitucionales), sigan y apliquen su doctrina. Dicha controversia ya ha sido planteada<sup>5</sup>.

La cuestión, de muy difícil arbitraje, se resuelve en términos de derecho positivo del siguiente modo: si la CorteIDH se expide finalmente sobre el punto en una sentencia contenciosa dictada contra un Estado, este último se obliga, según el art. 68 de la CADH, a cumplirla (media allí, entonces, cosa juzgada internacional), no encontrándose en condiciones de eludir esa ejecución invocando normas de derecho interno, incluso constitucionales, y salvo las raras las excepciones que contempla la convención de Viena sobre el derecho de los tratados. Si se negara a cumplirla, y *de facto* la desobedeciere, el tema puede transitar por las vías diplomáticas a

---

5. Por ejemplo, en el caso "Menem, Carlos Saúl", el voto del juez Horacio Rosatti, de la Corte Suprema de Justicia argentina, advierte que la CorteIDH es la intérprete final del Pacto de San José de Costa Rica, pero que la Corte Suprema argentina lo es de la constitución nacional (CSJN, *Fallos*, 340:47). Por su parte, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela reclamó su condición de intérprete supremo de la constitución nacional e indicó que los fallos de la CorteIDH no respetaban a esta última. Ver Ayala Corao, Carlos, "La doctrina dela inexecución de las sentencias internacionales en la jurisprudencia constitucional de Venezuela (1999-2009)", en Von Bogdandy, Armin, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Morales Antoniazzi, Mariela (Coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización*, México 2010, UNAM – Max Planck Institut, t. II p. 106 y ss.

que refiere el art. 65 de la CADH (comunicación de la CorteIDH a la asamblea general de la Organización de los Estados Americanos, y eventual decisión de ésta). También, en términos de derecho positivo, el Estado podría denunciar la CADH y retirarse del sistema interamericano de derechos humanos (art. 78 de la CADH), pero eso no la eximiría de cumplir el fallo del tribunal regional ya pronunciado en su contra.

## DISCURSO HONORIS CAUSA<sup>1</sup>

**CANOSA USERA**

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UNT)  
alinamazzamarcos@gmail.com

Señor Rector de la Universidad Nacional de Tucumán, señora Decana de su Facultad de Derecho, Autoridades, queridos profesores y alumnos, señores y señoras. En la azarosa vida de una institución milenaria como la Universidad a quienes trabajamos en ella nos corresponde jugar un papel, más o menos modesto, que nos depara alegrías y sinsabores. Pues bien, en mi particular peripecia una de las aventuras más enriquecedoras fue la que, ya lejana en el tiempo, emprendimos de la mano del doctor Sergio Díaz Ricci y que se materializó en un programa de doctorado que la Universidad Complutense impartió en San Miguel en el marco de un convenio con la Universidad Nacional de Tucumán. Tal proyecto comenzó a fraguar con la investidura de mi maestro, el profesor don Pablo Lucas Verdú, como doctor honoris causa de esta Universidad. Fue en 1995 y tuve la fortuna de estar presente y escuchar la disertación de mi maestro, blasonando de la “argentinidad” que el honor que recibía le imbuía. De lo mismo me jacto yo ahora emocionado. Todo resultó maravilloso en aquel viaje en el que recorrimos varias provincias argentinas. Vivimos una quincena frenética, de la ceca a la meca. Conocimos a personas extraordinarias, como el Presidente entonces de la Corte Suprema de la provincia y antiguo Decano de esta Facultad, el doctor Juan Carlos Veiga, o el presidente de la Cámara Federal, doctor Ricardo Sanjuán o el inolvidable Jorge Rougés, presidente de la ejemplar Fundación Lillo. Los nombres de tantas personas que desde entonces llevo en el corazón es gozosamente dilatado y su individualizada alusión ocuparía todo el

1. 1o de agosto de 2023, Tucumán.



tiempo de este discurso que acaso debería limitarse a mencionarlos, como mi particular catálogo de las naves homérico.

Pero aquel viaje fue fructífero sobre todo porque significó el comienzo de una aventura mayor, la de un programa de doctorado que fue viable económicamente gracias al milagro de la convertibilidad, cuando en Buenos Aires uno recibía 99 centavos de peso a cambio de un dólar. La Universidad Nacional de Tucumán pudo aprovechar tal coyuntura para traer a profesores españoles y propiciar así la formación de una cincuentena de alumnos, muchos de ellos profesores de esta Universidad que obtuvieron, todos, un diploma de estudios avanzados y muchos su título de doctor, como mis queridos discípulos, Claudia Sbdar, Miguel Petracca y Cristian Abarza. La Universidad Complutense se enseñoreó académicamente de esta provincia y, simultáneamente, los tucumanos conquistaron el corazón de quienes vinimos a impartir los cursos. La densidad de doctores y diplomados Complutense en esta ciudad es probablemente mayor que en la propia Madrid. ¡Qué fructifica aventura que no quedó en un puro ir y venir, sino que cuajó en una relación institucional y también personal del que este acto que tanto me honra no es sino un jalón más! Al premiarme, se está premiando a mi Universidad que yo ahora orgullosamente represento y es en su hombre que acepto este galardón. Además, felizmente me acompañan mi esposa Laura y mis hijos Raúl y Luis, así como unos lejanos parientes uruguayos tan cercanos ya en mis afectos. Todo empezó con el mismo galardón otorgado a mi maestro y, tras tantas vicisitudes, continúa en este acto. Durante este tiempo tantas amistades edificadas, tantos doctorados obtenidos, tanta y tanta vida que ha discurrido y promete seguir discurriendo.

Permítaseme ahora entrar en el tema sobre el que deseo disertar ante ustedes: "Constitucionalismo mágico iberoamericano". El título, como a nadie se le escapa, evoca ese realismo mágico que activó un grupo de escritores iberoamericanos y que emergió a

través, sobre todo, de editoriales barcelonesas en los años 70. Cautivó a infinidad de lectores, también a mí por supuesto. Por eso al referirme al constitucionalismo mágico aludo a la fascinación que las experiencias constitucionales de esta parte del mundo suscitan en el jurista europeo. En contraste, el constitucionalismo europeo podría calificarse como dramático, no ilusiona como el iberoamericano, sino que más bien desasosiega.

Si los europeos quedaron en la primera hora fascinados por el paisaje y el paisanaje que en estas tierras hallaron; pareja fascinación sentimos ahora ante los experimentos constitucionales que aquí vienen sucediéndose. Porque es Iberoamérica el laboratorio constitucional por excelencia, aquí se experimentan —acriolladas— instituciones y figuras europeas o norteamericanas, pero sublimadas como se sublimó aquí el barroco en las iglesias jesuíticas de Misiones. Y se experimentan cosas radicalmente nuevas, aún más fascinantes. Pero a veces explota el laboratorio. Son gajes del oficio y así hay que asumirlos, aunque el fracaso de una experiencia constitucional lo sufra la gente.

Todas mis consideraciones se expondrán desde mi afecto más profundo por estas tierras y por sus gentes. Y a pesar del cariño con que serán dichas no dejarán de ser las de un foráneo y por eso mismo destilarán indiscutiblemente falta de vivencia directa. Perdóneseme el atrevimiento, pero como apuntaba Ortega y Gasset, otro amante de la Argentina, la opinión de foráneo acaso sea útil para quien vive la realidad descrita por aquel, porque el punto de vista ajeno le brinda una mirada desde fuera y se ofrece una perspectiva en potencia inspiradora. Ojalá yo pueda ofrecérsela.

¿Por qué es mágico el constitucionalismo iberoamericano? A mi parecer, porque conforma una hermosa normatividad que no se compadece siempre con la realidad. El abismo entre esa normatividad y la realidad implica una a veces desasosegante diferencia entre el deber ser y el ser que acaba siendo característica descollante del constitucionalismo iberoamericano. Una pugna

incesante y con frecuencia estéril de un constitucionalismo transformador que, cuando fracasa, queda meramente en promisorio, y que solo puede aspirar a ilusionar a los pueblos. Y recuérdese que ilusionismo es sinónimo de magia.

Analizaré a continuación alguno de los experimentos constitucionales iberoamericanos.

## **EL PRIMERO: CONSTITUCIONALISMO PROMISORIO**

Hay que advertir que el constitucionalismo es producto del racionalismo y por lo tanto expresión de su idealismo, la idea aspira a someter la realidad y si ésta no se acomoda al ideal, peor para la realidad.

¿Qué ha ocurrido en la experiencia constitucional iberoamericana? Parecería que, a despecho de los experimentos realizados, la realidad ha sido refractaria a la transformación inspirada por las constituciones. Se recuerda que la primera formalización de lo que luego Herman Heller denominara Estado social fue la Constitución mexicana de 1917, aún vigente. Ante las flagrantes desigualdades de este continente el poder constituyente anticipa, en ocasiones con gran detalle, la transformación —mejora— de la sociedad.

Respecto al constitucionalismo iberoamericano más reciente, la Constitución portuguesa de 1976 es, a mi parecer, su directo precedente: constituciones largas con tintes socializantes nítidos. Aquella Constitución portuguesa, aún vigente, fue fruto de una revolución contra una larga dictadura; sus fuerzas inspiradoras fueron socialistas y comunistas y, superando los límites del canónico Estado social, llegaba a anticipar la socialización completa de los medios de producción. La Constitución de 1976 tuvo que ser reformada para permitir la adhesión de Portugal a las llamadas entonces Comunidades Europeas, un conjunto de democracias que construían juntas un mercado común, es decir, una economía de mercado que chocaba con algunos de los

presupuestos axiológicos de la original versión constitucional portuguesa. A pesar de las reformas, la Constitución lusa concreta como ninguna otra en Europa la noción de Estado social con una pormenorizada proclamación de principios y de derechos sociales.

En esta misma línea discurre el constitucionalismo Iberoamericano en las últimas décadas, pero en un contexto distinto, el de las sociedades muy poco igualitarias. Si la plasmación del Estado social en las constituciones europeas es modesta en comparación con las iberoamericanas, la realidad europea demuestra un grado de justicia social mucho mayor y menos desigualdades materiales. Y frente a estas desigualdades que no cesan y aún parecen aumentar, los constituyentes en Iberoamérica han doblado una y otra vez su apuesta socializante, pero su constitucionalismo transformador se ha quedado en promisorio y aún en mágico, pues lo previsto en la Constitución no se materializa a pesar del aumento de sus garantías. Un caso reciente, muy significativo por lo ejemplar es el aún no cerrado chileno. Tras el estallido social se abrió un desconcertante proceso constituyente que culminó con un proyecto que los ciudadanos rechazaron de forma aplastante, a mi juicio con buen tino, porque aquella constitución era muy defectuosa técnicamente. De haberse aprobado habría pasado a ser el estandarte de un constitucionalismo más que mágico, estupefaciente.

El proyecto rechazado en Chile el año pasado parecía culminar una tendencia seguida en el continente de multiplicar los experimentos. Por aluvión, todo tenía cabida, todas las aspiraciones encontraban acomodo en forma de nuevos derechos. Se olvidaba, se suele olvidar en los procesos constituyentes iberoamericanos, que la proliferación en el reconocimiento de derechos no es necesariamente un buen síntoma sino todo lo contrario, porque cada derecho que acaso de buena fe se reconoce presupone que hay un peligro para la dignidad de la persona que debe ser conjurado, poniendo en sus manos el resorte para defenderse.

Idealmente pues cuantos menos riesgos para la libertad existan, menos derechos se necesita reconocer. Por desgracia es preciso reconocerlos, pero no pensando que cuanto más larga sea la lista mucho mejor, cuando es precisamente lo contrario, pues los derechos son mecanismos de defensa contra los peligros que se ciernen sobre la dignidad y la libertad humanas.

Entre los nuevos derechos es frecuente encontrar derechos de las comunidades indígenas, convirtiendo a estas en titulares de lo que tal vez hubiera encontrado mejor acomodo jurídico como autonomía de tales grupos. Se debilita la noción de igualdad ante la ley que es sobre todo, no lo olvidemos, igualdad en la titularidad de los derechos; se crea una duplicidad jurídica que pone en riesgo la igualdad y aún los derechos de los miembros de tales comunidades, amén de separarse de la tradición genuinamente constitucional en la que las diferencias raciales y de otro tipo, tan comunes en Europa desde hace siglos, no impidieron, en la sana tradición constitucional, la conformación de la igualdad como gran conquista de la modernidad.

Por otro lado, y acaso influenciado por el indigenismo el constitucionalismo iberoamericano está reflejando, además, una cierta deshumanización cuando se vienen a reconocer derechos de la naturaleza e incluso los derechos de los animales. La loable pretensión de proteger las bases naturales de la vida y a los seres que comparten este mundo con nosotros ha llevado, en mi opinión, a desfigurar categorías jurídicas y aún morales que están en nuestra primigenia composición del mundo y del derecho, y que es por supuesto antropomórfica. Los planteamientos nuevos desplazan al ser humano desde una visión ecocéntrica. Los derechos fundamentales, humanos en su nomenclatura internacional, son derivaciones de la dignidad humana y sirven al desarrollo de la personalidad. Desde la perspectiva jurídica, los derechos fundamentales se anudan a este desarrollo e implican el libre albedrío. Reconocerlos a la naturaleza o a los animales

implica necesariamente que su ejercicio a la fuerza tendrá que ser sustituido por personas que expresen esa voluntad, inexpressable, de la naturaleza o de un animal. Y ¿quiénes habrán de encargarse de esa sustitución, por qué unos y no otros? Por lo demás, si los animales tienen derechos ¿no corremos el riesgo de que tal igualdad con los seres humanos sirva para acabar tratando a los humanos como animales?

Si los derechos son inherentes a la dignidad ¿en qué estriba esa conexión? y ¿puede ser esta más o menos intensa? El iusnaturalismo racionalista, que inspiró las primeras declaraciones de derechos, partía de la existencia de derechos naturales, autoevidentes e insertos en la razón humana. Sin embargo, ni siquiera su primera formulación fue duradera en todos los casos y así, por ejemplo, el derecho de resistencia a la opresión, que se declaró en 1789, desaparece poco después en las declaraciones francesas sucesivas. A partir de la libertad, la igualdad ante la ley y la propiedad fueron completándose las declaraciones con derechos que sólo tenían sentido en la sociedad ya constituida.

No nos sirve ya la bella retórica de los derechos naturales que suponía el imaginario estado de naturaleza. Es ahora la dignidad de la persona lo que justifica, cuando está comprometida en alguno de sus flancos, resguardarla con el reconocimiento de un derecho fundamental. Esta protección es histórica, epocal, y depende en su manifestación concreta de qué peligros específicos se ciernen sobre la dignidad y de cuál sea nuestro concepto de vida humana digna.

El Estado social da respuesta a la crítica que sufrió el Estado liberal clásico por no ocuparse de las condiciones vitales del ser humano y que Anatole France, el genial escritor francés, ridiculizó al reducir la libertad burguesa a la libertad de dormir bajo los puentes. Frente a este desentendimiento del Estado acerca de las condiciones en las que la vida discurre, el Estado social entiende que la consecución de la justicia le exige ocuparse de

ellas porque sólo una sociedad justa es la adecuada para sostener una democracia. Esta idea por lo demás ya fue anticipada por Aristóteles. En Europa el Estado social es edificado no tanto reconociendo derechos sociales en la constitución, sino a través de la proclamación constitucional de principios que luego la ley y la actividad administrativa han convertido efectivamente en títulos válidos, incluso derechos sociales, en manos de las personas.

## **LA PULSIÓN MONÁRQUICA EN IBEROAMÉRICA: EL PRESIDENCIALISMO**

Las constituciones iberoamericanas adoptan el presidencialismo como sistema de gobierno, siguiendo los pasos de su vecino del norte, pero con frecuencia el resultado ha sido el advenimiento sucesivo de caudillos. ¿Por qué no ha funcionado bien el presidencialismo en Iberoamérica? ¿Por qué esa tendencia monárquica ha acabado muchas veces imperando? Tal vez la Constitución sustancial no se ha correspondido efectivamente con la escrita, al punto de acabar ésta derivando en una Constitución semántica; tal cosa ocurre cuando quienes promovieron la Carta Magna no estaban dispuestos a promover su efectividad. Por añadidura, débiles sistemas de partidos hancebado una pulsión caudillista, una tendencia monárquica en el sentido etimológico del término, que propende a convertir los deseos del presidente en disposiciones constitucionales y ello con más frecuencia de lo deseable debilita la división de poderes y por lo tanto mina la identidad misma del Estado de derecho y acerca su naturaleza a la del autoritarismo.

Es curioso recordar que es justamente la preexistencia de la forma monárquica de gobierno lo que impele a los Estados europeos a limitar políticamente al rey para hacer compatible su subsistencia con la organización política liberal de división de poderes: el rey fue la cabeza del poder ejecutivo en la monarquía

constitucional. Pero la consiguiente democratización era incompatible con ese resto de poder político que aún conservaba el monarca y este poder acaba, por transferencia, en manos de su primer ministro que en realidad lo es del parlamento que por mayoría le otorga su confianza. Nace así el sistema de gobierno parlamentario en el que la cabeza del ejecutivo lo ocupa el investido por el poder legislativo, aunque formalmente pueda ser el rey quien lo nombra. La desactivación política del monarca era la única manera de hacer compatible su supervivencia con el régimen democrático ya imperante.

Los constituyentes norteamericanos dotaron al presidente de la Federación que creaban de los poderes que aún el monarca inglés poseía, al menos formalmente. La diferencia estribaba en que el presidente, al ser elegido democráticamente, podía, a diferencia del monarca inglés, ejercer esas competencias efectivamente gracias a tal legitimación. En rigor, se trataba de una suerte de monarquía electiva e inmediatamente se atisbó el peligro que entrañaba una magistratura electiva tan personal frente a la que no bastaba el mero funcionamiento de los pesos y contrapesos. Por eso se introduce a través de una convención constitucional la limitación de mandatos. Aunque el poder político personal del presidente sea tan grande, se asegura su temporalidad limitada. También esta limitación se fue implantando en el resto de los países americanos y se comprobó que allí donde tal limitación no operaba el poder presidencial acrecía a expensas de los demás poderes hasta cercenarlos. La revolución mexicana sintetizó claramente la esencia de la democracia en el continente con el lema: “sufragio efectivo, no reelección”.

En contra de esta limitación, desde los años 90 del siglo pasado, las constituciones iberoamericanas comenzaron a reformarse para permitir una reelección, reformas que, a despecho de una bien entendida lógica democrática, beneficiaron siempre al presidente en ejercicio. Incluso en algún caso, como en el venezolano, acabó



permitiéndose la reelección indefinida. Se da entonces la paradoja de que a pesar de la multiplicación en el texto constitucional de mecanismos de control del poder y de tutela de los derechos, se ha dado en cierto sentido un paso atrás en la historia, propiciando esa personalización que tantos ejemplos ha brindado para la literatura, desde el Tirano Banderas de Valle-Inclán y una larga saga de grandes novelas cuyos personajes son arquetípicos presidentes de la República, sin olvidar las sagas familiares que nutren aún más el potencial material literario. La figura paternal o maternal refuerza una deriva de conexión emotiva que contrasta con la pretensión racionalizante que siempre caracterizó al constitucionalismo.

## LA TRANSFORMACIÓN DEL CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN

Me centraré ahora en algunos elementos que, me parece, van caracterizando el uso que de la Constitución se va haciendo en Iberoamérica y que afecta a su concepto mismo. Para empezar las constituciones tienden a ser extraordinariamente largas, lo que significa que el constituyente decide mucho y por consiguiente menos va a poder decidir el legislador democrático del futuro. Más decisión constituyente, menos libertad del legislador democrático. Como por lo general las constituciones tienden a ser dirigentes, en el sentido dado a este término por Gomes Canotilho, e imponen un orden estimativo cerrado que adolece de ductilidad, las eventuales mayorías alternativas que puedan conformarse, si es que lo logran, tendrían que ser lo bastante amplias como para reformar la Constitución. Porque, al ser un orden cerrado, no cabe sin reforma constitucional una alternancia que es posible en Europa donde las constituciones la permiten y que puede expresarse en la ley ya que la Constitución se sustenta en el pluralismo estimativo. En Iberoamérica a menudo el eventual pluralismo que generase una alternancia no tendría más remedio que acudir a la vía de reforma constitucional, lo que es difícil debido a la rigidez, o

a la insurgencia, destruyendo revolucionariamente el orden establecido mediante una Asamblea Constituyente. Lo curioso del asunto es que algunos presidentes en ejercicio (Morales, en Bolivia, o Maduro, en Venezuela) promovieron la revolución desde el poder para profundizar en el cierre constitucional y soslayar las minorías de bloqueo que la oposición disponía en el trámite de reforma constitucional.

Otra consecuencia de orden práctico, pero crucial, de este constitucionalismo es que su supremo intérprete cobra en apariencia un inmenso poder gracias a su vastísimo parámetro de enjuiciamiento y como su labor no es mantener un orden abierto sino cerrado, es un operador indispensable de la transformación, justo lo contrario de lo que se espera de un tribunal constitucional europeo que ha de limitarse a mantener abierto el marco constitucional. No obstante, la tarea del intérprete supremo suele estar influenciada o directamente controlada por el presidente que suele participar decisivamente en la designación de los jueces que componen el órgano controlador. Y aun cuando no fuera mediatizado por el presidente, debido a su posición preeminente, el supremo intérprete tiende a convertirse en una suerte de legislador suplente del verdadero legislador; el prestigio del defensor de la Constitución frente al desprestigio que suele aquejar a los políticos, lo que subvierte el principio de división de poderes y atenta contra la esencia misma de la democracia.

El llamado neoconstitucionalismo es el cuerpo de doctrina que ha dado sustento a un entendimiento, *a priori* elogiado, de la Constitución como verdadera norma jurídica pero sustentadora de un cierre estimativo que dificulta el pluralismo político y la alternancia efectiva.

## UN EXPERIMENTO EXITOSO: EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Uno de los más fascinantes experimentos jurídicos iberoamericanos es sin duda el denominado control de convencionalidad. En esencia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos había venido realizando tal control aún de las omisiones legislativas cuando estas implicaban la vulneración de los derechos reconocidos en el Convenio. Sin embargo, el Tribunal Europeo se había limitado y aún sigue haciéndolo a resolver, caso por caso, pero sin hacer una teoría sobre su labor ni menos aun imponiendo a los Estados-parte del Convenio la tarea de realizar internamente control de convencionalidad alguno. Todo ello lo ha hecho la Corte Interamericana como saben los presentes mejor que yo, aunque a mí me interesara tanto el asunto que acabé escribiendo una monografía al respecto.

Llama la atención que un tribunal de tan pocos integrantes como es la Corte, no dedicados en exclusiva a atenderla, y que resuelve, en comparación con su contraparte europea, poquísimos casos, haya podido presentar un cuerpo de doctrina semejante que ya ha comenzado a influir en el sistema europeo. Acaso precisamente porque a la Corte de San José llegan pocos casos se aprovecharon para imponer severamente a las autoridades nacionales, en particular a sus tribunales, su conversión en auxiliares de la Corte Interamericana. Todos convertidos en jueces del sistema interamericano en el que su Corte dice la última palabra y fija, al pronunciarla, la interpretación de los preceptos convencionales, a la postre de los derechos fundamentales, conformando esta y aquella el llamado por la Corte bloque de la convencionalidad. En la línea que marcó el insigne jurista mexicano Sergio García Ramírez, integrante entonces en la Corte, se establece un paralelismo entre control de constitucionalidad y control de convencionalidad, aunque no arranque el segundo del principio

de supremacía sino del de prevalencia del derecho convencional y de su interpretación. La Corte Interamericana se ha transformado en una suerte de supertribunal constitucional, en órgano de cierre pues dice la última palabra en materia de derechos en todo el continente.

Como se ve, la constitucionalización del sistema interamericano es más intensa aún que en la de su contraparte europea, y, a pesar de sus pocos medios, se ha beneficiado de la coherencia cultural del espacio geográfico iberoamericano, además de la apertura mayor de sus constituciones al derecho internacional de los derechos humanos. No es infrecuente que los tratados internacionales sobre derechos ostenten rango constitucional como ocurre en la Constitución argentina tras su reforma de 1994, pionera en este punto. El catálogo constitucional de derechos se completa así con los internacionales cuyo rango se equipara al de los genuinamente constitucionales. La situación provoca una paradoja que no se produce en Europa donde tal equiparación no acontece. Al poseer los derechos declarados internacionalmente rango constitucional ¿quién es su supremo intérprete? Desde la óptica del derecho internacional no hay duda de que es el tribunal internacional cuyas decisiones los Estados se comprometen a ejecutar, pero desde el lado constitucional, algunos de los supremos intérpretes nacionales discreparon abiertamente, como en el caso de Venezuela, o en algunos casos concretos como ustedes han vivido también en la Argentina. Los venezolanos inventaron el pasavante: un control de constitucionalidad sobre las decisiones de la Corte Interamericana, invocando la superioridad interpretativa del tribunal nacional. En Europa, Rusia recurrió un camino similar al venezolano. Incluso la Corte constitucional italiana realizó un juicio, aunque positivo, de la interpretación del Tribunal de Estrasburgo. Desde la legitimidad que directamente recibe del poder constituyente el supremo intérprete constitucional puede tener la tentación de oponerse a lo decidido por otro intérprete,

el internacional, que carece de esa legitimidad, pero que funcionalmente es también constitucional porque su tarea es de la misma naturaleza que la desarrollada por el tribunal nacional y, además, dice la última palabra. No es de extrañar que, en este contexto, países, como Venezuela, que han sido severamente reprendidos por la Corte estén promoviendo la creación de un tribunal internacional alternativo, más acomodado a sus intereses. Es lógico que así suceda cuando las Corte, cumpliendo su papel de garante de libertades que hacen posible una genuina sociedad democrática, ha censurado la deriva autocrática de ciertos países del continente, por ejemplo, negando que existiera un derecho humano a la reelección presidencial indefinida.

El impacto de la noción de control de convencionalidad ha sido significativo en España donde no hace muchos años los jueces ordinarios de lo social comenzaron incluso a dejar de aplicar leyes nacionales invocando, no la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sino la del mucho más modesto Comité Europeo de Derechos Sociales, del que tuve el honor de formar parte. Finalmente, el mismo Tribunal Constitucional español (STC 140/2018), interpretando no del todo correctamente la sentencia Almonacid Arellano de la Corte Interamericana, reconocía a los jueces ordinarios españoles la facultad de inaplicar en los casos que deban resolver normas con valor de ley cuando entren en conflicto con un tratado internacional, aun los que no versan sobre derechos humanos. No puedo entrar ahora en los pormenores técnicos de este procedimiento, pues sólo quiero resaltar la proyección en Europa del control de convencionalidad, este maravilloso invento iberoamericano.

También interesa subrayar la vigencia del control de convencionalidad, tal y como muy creativamente lo ha desarrollado la Corte de San José que ha interpretado el Protocolo de San Salvador para extender su ámbito de enjuiciamiento a prácticamente todos los derechos sociales, a despecho del mismo Protocolo que sólo le

encarga expresamente el enjuiciamiento de dos de los derechos en él proclamados: la libertad sindical y el derecho a la educación. Con la invocación de la cláusula general contenida en el artículo 26 del Pacto de San José, relativa al progresivo desarrollo de los derechos sociales, la Corte ha conformado una ya amplia jurisprudencia en materia de derechos sociales, unificando a escala internacional las dos dimensiones esenciales de los derechos humanos: la de los civiles y la de los sociales, tal y como acontece a escala constitucional en Iberoamérica. En claro contraste con lo que acontece en Europa donde lo social, como ya he señalado, no tiene una dimensión significativa en las constituciones y, en el marco del Consejo de Europa, se separan claramente los campos del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de la Carta Social Europea, así como la duplicidad de los órganos de tutela: el Tribunal Europeo y el Comité Europeo de Derechos Sociales. La indivisibilidad entre derechos civiles y sociales que tanto se predica, también en la doctrina del Consejo de Europa, sólo se realiza cabalmente en la jurisdicción de la Corte Interamericana.

La brillante idea de control de convencionalidad y su imposición a los Estados para que lo desplieguen internamente bajo la égida de la Corte y la ampliación del canon de enjuiciamiento que en tal control debe emplearse, hacen de la Corte de San José un poderoso operador jurídico y político en el continente. Sin duda, se trata de un experimento exitoso que ya irradia en Europa e incluso en el sistema africano, y que parece anticipar esa siempre anhelada y siempre preterida unidad iberoamericana.

## CONCLUSIÓN

So pretexto de satisfacer los derechos sociales que transformarían la realidad de profundas desigualdades materiales —lo que no ha sucedido lamentablemente siempre— los derechos clásicos de libertad, en especial los de dimensión institucional que permiten la

existencia de una sociedad plural tales como la libertad de prensa o de participación política, se han visto dañados y combatidos por el poder político cuando este ha degenerado en un presidencialismo caudillista donde ha anidado el populismo más rampante. El Estado constitucional degenera entonces en una farsa donde la apariencia de multiplicidad de controles apenas esconde el triunfo del líder carismático que todo lo controla como monarca efectivo, desmintiendo la tradición republicana de estas tierras.

A pesar de todo, Iberoamérica se ha convertido en el laboratorio constitucional de nuestro tiempo y muchas de sus invenciones son intentos elogiables, algunos de los cuales han producido muy buenos resultados. Otros en cambio enmascaran estructuras de poder personal. A pesar de todo, aguardamos los efectos transformadores —en el mejor sentido claro está— que puedan contribuir a extender la justicia social en países que han sufrido ya demasiado.

Las consideraciones contenidas en este discurso son impresiones de un espectador atento a los experimentos que en Iberoamérica han jalonado su vida constitucional. No faltan aquí ni el talento ni la formación, en grado superlativo, que están detrás de las nociones creadas. He tenido la fortuna de conocer a algunos de los colegas que han contribuido a conformar el vasto campo de experimentación constitucional que hoy es Iberoamérica. Ojalá —he empleado esta palabra más veces en este discurso— ojalá la buena voluntad que está detrás de tales experimentos se materialice en buenas políticas públicas que contribuyan a encontrar la felicidad individual y colectiva que estas tierras y sus gentes merecen. Que así sea.

He dicho.

# LA BELLEZA DEL DERECHO Y EL IDIOMA DE LA IGUALDAD<sup>1</sup>

**ROBERTO GARGARELLA**

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UNT)  
dante.mirra@derecho.unt.edu.ar

En este brevísimo estudio, me propongo reflexionar sobre el vínculo inescindible que existe entre el constitucionalismo y el principio de igualdad. De manera más específica, voy a examinar algunas implicaciones institucionales posibles de ese compromiso igualitario del constitucionalismo —implicaciones que, según diré, conviene explorar con especial atención en estos tiempos, de oscuridad y crisis democrática—. Comienzo con algunas breves notas en torno a la igualdad y la Constitución.

## 1. SOBRE EL CARÁCTER INEVITABLEMENTE IGUALITARIO DEL CONSTITUCIONALISMO

A fines del siglo XVII, el liberal John Locke escribió su *Tratado sobre el Gobierno*, y en él incluyó sus célebres páginas en defensa del derecho a la propiedad. Es probable que, dados sus vínculos con la elite británica, Locke se propusiera, con su trabajo, justificar la apropiación privada de tierras “libres” que llevaban adelante, en ese entonces, sus amigos y favorecedores. Sin embargo, no pudo hacerlo: Locke reconoció que su tarea justificativa le requería, antes que nada, expresarse en el lenguaje de la igualdad. Habló entonces de un derecho universal a la propiedad, y defendió la apropiación de tierras sólo si se trataba de tierras “libres”, es decir, si las tierras del caso eran propiedad de “nadie”, y eran tierras que uno trabaja

---

1. Conferencia dada en ocasión del otorgamiento del Doctorado Honoris Causa por la Universidad Nacional de Tucumán.



ba y además—esto era lo crucial— si se trataba de apropiaciones que dejaban “tantas y tan buenas tierras para los demás”. En otras palabras, la apropiación privada solo podía justificarse dentro de un marco fuertemente igualitario, en el que todos resultaran tratados de modo estrictamente equitativo. Es decir, la única justificación del derecho de propiedad que Locke (“el padre de la propiedad privada”) consideró aceptable, era una que fuera compatible con el respeto a la igual dignidad moral de cada uno.

A fines del siglo XVIII, James Madison, junto con un grupo de lúcidos dirigentes norteamericanos, en su mayoría propietarios de esclavos, escribieron la todavía vigente Constitución de los Estados Unidos. Posiblemente, en ese momento, nada les interesara más, a tales activistas, desde la posición aventajada que ocupaban, que respaldar jurídicamente a la propiedad de esclavos, de forma tal de dotar de firmeza y estabilidad a sus propios privilegios. Sin embargo, no pudieron hacerlo. Lo sabían: un documento así no sería aprobado por nadie. Por tanto, en la Constitución se dedicaron a hablar de otros temas, y en otros modos. Se refirieron, entonces, a la igualdad ante la ley; a los derechos de petición y asamblea; a la libre expresión y a otros derechos fundamentales, pero no pronunciaron ni una sola palabra en apoyo de la esclavitud. La prioridad de producir una Constitución aceptable para todos, los obligó a dejar de lado algunas de sus principales preocupaciones personales, para dar lugar, en cambio, a un documento legal decididamente igualitario.

A mediados del siglo XIX, cuando el tucumano Juan Bautista Alberdi concibió a nuestra Constitución, lo hizo a partir de ideas informadas por el pensamiento de autores liberales, sobre todo en el terreno económico, como Adam Smith y Herbert Spencer. Sin embargo, el texto final de la Constitución Argentina quedó definido por normas de otro contenido: cláusulas igualitarias, que consagraron el fin de los privilegios y prerrogativas de sangre; que abolieron la esclavitud y los títulos de nobleza; que establecieron

a la igualdad como “base del impuesto y de las cargas públicas.” Asimismo, nuestros constituyentes reconocieron los mismos derechos e inmunidades para todos los habitantes del país. Mucho más que eso, la Constitución permitió las protestas; afirmó el derecho de asamblea; y defendió el derecho de peticionar y criticar a las autoridades sin censuras de ningún tipo. Más todavía: la Constitución se comprometió con un “garantismo” radical; exigió cárceles “sanas y limpias”; prohibió los tormentos, e hizo responsables a los jueces por cualquier medida capaz de “mortificar” a los detenidos. Es decir, nuestros constituyentes advirtieron que una Constitución de otro tipo —una que celebrara la injusticia social o consagrara privilegios y ventajas inmerecidas, no iba a ser aceptada por nadie, aún en la Argentina excluyente, y ya muy injusta, de aquellos tiempos—.

Las ilustraciones anteriores nos ayudan a reconocer lo que podríamos denominar la “belleza del derecho”. Quiero decir, la idea según la cual, en una sociedad democrática, el derecho sólo puede hablar un idioma: el idioma de la igualdad. En efecto, el derecho no puede expresarse en un lenguaje distinto del de la igualdad, si es que pretende —como necesita hacerlo— ganar legitimidad, hasta ser reconocido y aceptado por todos. Alguno podrá exclamar, ante lo dicho: “Qué hipocresía! Autores que abrazan conceptos y consagran derechos en los que tal vez no creen, y que tal vez íntimamente resisten o repudian.” Pero habrá que responderle a tales críticos con la máxima de La Rochefoucauld: “La hipocresía es el homenaje que el vicio le rinde a la virtud”. El derecho —permítanme subrayarlo— no tiene otra alternativa, sino la de expresarse a través del idioma de la igualdad.

Lo dicho hasta aquí implica, además, una mala noticia para quienes hoy quieren comprometer al derecho con la preservación de desigualdades y privilegios que el derecho rechaza; o quieren ponerlo al servicio de una concentración de poder que el derecho niega. Lo que “dice” o “exige” una Constitución no depende de las intenciones de quienes la idearon o escribieron. Nosotros, como ciudadanos, no

estamos obligados por "lo que íntimamente quería Madison" o "lo que intensamente deseaba Alberdi". Nuestros derechos y deberes dependen de lo que está escrito en la Constitución, y no de las intenciones o deseos privados de sus autores.

Quisiera, al respecto, señalar y destacar lo siguiente: la Constitución, cualquier Constitución, por el solo hecho de serlo, resulta la expresión de un "pacto entre iguales": el testimonio de un acuerdo que involucra a todos, sin distinciones de credo, raza, género, color de piel, o nivel económico. Quienes no me creen, o piensan que exagero, pueden leer lo que dice la primera línea de buena parte de las Constituciones modernas, comenzando por la de los Estados Unidos —me refiero a una Constitución sobre la cual resultaron moldeadas, en buena medida, todas las Constituciones latinoamericanas. ¿Qué es lo que leemos allí al comienzo, apenas despierta el texto constitucional norteamericano? Lo que leemos es la frase "We the People." Eso es lo que —aún la elite de la dirigencia norteamericana, muchos de ellos esclavistas— se vieron obligados a dejar en claro, cuando comenzaron a escribir la Constitución. Desde el mismo comienzo. Hablaron de "Wethe People," nada menos.

Ese "We the People" de la Constitución de los Estados Unidos, en la Constitución Argentina se transforma en "Nosotros, los representantes del pueblo." Sin embargo, en cualquiera de las dos versiones, y aún cuando podamos considerar la declaración inicial de la Carta Magna de los Estados Unidos como más acabada, la elección de tales fórmulas inaugurales de la Constitución nos habla —una vez más— de los compromisos igualitarios del constitucionalismo. Parafraseando al discurso de Abraham Lincoln en Gettysburg, podríamos decir que, en toda América, la Constitución fue entendida, desde un comienzo, como un documento que es *de* todos, está escrito *por* todos, y está al servicio de todos: es *para* todos los habitantes, situados en pie de igualdad.

## 2. SOBRE EL SISTEMA DE REPRESENTACIÓN POLÍTICA, Y LA DEMOCRACIA

Ahora que reconocemos mejor el hilo igualitario que recorre toda la Constitución, permítanme detenerme en un aspecto central (sólo uno) del esquema de gobierno elaborado por el constitucionalismo moderno. Me refiero a una pieza que es fundamental para el buen funcionamiento de todo el sistema de gobierno elaborado, cual es el establecimiento de un esquema representativo. Me refiero, entonces, a la representación política. En este punto, volvemos a encontrarnos en una encrucijada interpretativa. Sin embargo ahora, por suerte, contamos con mejores herramientas teóricas para el análisis del tema. El punto sobre el que quiero concentrarme es el siguiente. Es muy probable que nuestros “padres fundadores” pensaran el sistema representativo en los términos excluyentes que fueran típicos o habituales dentro de la elite de la época. En tal sentido, es probable que la concepción que predominara entonces (fines del siglo xviii, comienzos del xix) sobre la representación política, fuera una que definiera al concepto de representación como “primera opción”, u “opción preferida”, esto es, representación no como alternativa a evitar, o “segunda opción” o “mal necesario”, ante la dificultad (física, espacial, burocrática) de asegurar que “todos” participemos en el gobierno. Quiero decir, es probable que aquellos patriotas tuvieran en mente un gobierno de pocos, y para pocos, bajo la razón —que era también una excusa— de que “no pueden intervenir todos, directamente, todo el tiempo, en los asuntos de gobierno.” Sin embargo, ocurre que—otra vez— nuestros “*founding fathers*” no pudieron decir algo así en la Constitución, y de hecho no lo dijeron así y, por el contrario, nos dijeron otra cosa —como sabemos, pronunciaron y por ejemplo, frases como “We the People”—. Y aún en casos como el del constitucionalismo argentino, que incluyeron de forma más explícita una proclama como las del art. 22 (la que

dice que el pueblo no delibera ni gobierna sino por intermedio de sus representantes), dicha proclama resultó contrabalanceada por otras afirmaciones enfáticas del mismo texto constitucional, y orientadas en dirección contraria a la señalada (afirmaciones que nos refieren a los derechos de expresión, petición, asamblea, reunión, etc.). Más que eso, y sobre todo, la Constitución vigente en la Argentina, incluye, desde 1994, nuevos compromisos que nos refieren, por caso, a una diversidad de mecanismos que llaman a la participación directa del pueblo en los asuntos públicos. En definitiva: como "Wethe People," nosotros los ciudadanos tenemos el pleno derecho de asumir —de seguir asumiendo— que la concepción de la democracia representativa que abraza nuestra Constitución es una que nos tiene, y nos quiere tener, como protagonistas.

A mi criterio, la interpretación señalada se deriva de una lectura más bien "natural" de la Constitución: es lo que se infiere de sus propias palabras, de los términos que explícitamente emplea, desde su propio inicio; y es lo que se deduce también de una lectura más general, "global" y actualizada de la Constitución. En todo caso, y para reforzar lo dicho hasta aquí de un modo que creo relevante, agregaría algún argumento teórico adicional, relacionado con la particular concepción de la democracia que defiende —ello, aunque buena parte de lo que diga, de aquí en más, puede sostenerse con independencia de la concepción de la democracia que yo o cualquiera de los presentes prefiera o defienda—.

Siguiendo a Carlos Nino, defiende una aproximación democrática al constitucionalismo, que implica entender a la Constitución como un "pacto entre iguales", como un procedimiento destinado a hacer posible el autogobierno, esto es, hacer posible que las decisiones colectivas (las que van a afectarnos a todos) sean el resultado de un acuerdo meditado, deliberado, construido entre todos, a través de una conversación colectiva. Esta visión de la democracia, en apariencia compleja o demasiado idealista o abstracta, se apoya

en verdad en ciertas afirmaciones de sentido común, como las que sostenían John Stuart Mill o, más contemporáneamente, Robert Dahl. En efecto, John Stuart Mill supo sostener, en su monumental obra *Sobre la libertad*, que “cada persona” debía ser considerada “el mejor juez de sus propios intereses”. Mill vinculaba dicha afirmación con un supuesto sensato y muy comprensible a la vez, que le daba fundamento a lo expresado: simplemente, “cada persona es la más interesada en su propio bienestar”. Ésta afirmación, sensata y de sentido común, es exactamente la misma visión que recupera contemporáneamente Robert Dahl, cuando considera que “en la ausencia de una fuerte demostración en contrario, cada persona debe ser reconocida como el mejor juez de sus propios intereses”. A algunos les podrán resultar contra-intuitivas estas nociones. Estos escépticos podrían preguntarnos: “a quién le interesa, o qué significa, o por qué importa” que “cada uno sea el mejor juez de sus propios intereses”. Sin embargo, a tales críticos habrá que decirles que es exactamente sobre supuestos como los señalados, que descansa un principio fundante de la vida democrática moderna. Me refiero, nada más ni nada menos, que al principio de “una persona, un voto”. En efecto, ese fundamental principio, vigente en todo Occidente, desde hace cientos de años, reposa sobre la idea de que cualquier adulto (con independencia de su color de piel, edad, coeficiente intelectual o estudios) tiene algo importante que decir, acerca de la vida en común —algo *igualmente* relevante que los demás—. Dicha idea, por lo demás, y para quien le interese, resulta esencial en la ya célebre formulación de Jürgen Habermas sobre la democracia deliberativa —una que, en sus términos, afirma como central al valor de la “discusión pública entre todos los potencialmente afectados”—. Allí —en una formulación como la de Habermas— resultan expresados, claramente, los dos pilares esenciales de la democracia, tal como aquí la entiendo y tal como voy a entenderla de aquí en más: hablo del “pilar” democrático de la inclusión social, y del “pilar” democrático de la discusión pública.

A esto —la democracia erigida sobre esos dos pilares (la inclusión y el debate público)— es lo que denomino, finalmente, “una conversación entre iguales”.

### **3. SOBRE EL PRINCIPAL DESAFÍO QUE ENFRENTAN LAS DEMOCRACIAS REPRESENTATIVAS, EN LA ACTUALIDAD**

Hice referencia, hasta aquí, al contenido necesariamente igualitario del constitucionalismo. Aludí, por lo demás, a los fundamentos democráticos del sistema representativo. Me referiré ahora, a continuación, al principal desafío que, según entiendo, enfrenta ese constitucionalismo democrático. Quiero concentrarme, en tal sentido, en un problema que afecta severamente a nuestro constitucionalismo democrático, más allá de cuál sea nuestra lectura favorita sobre la Constitución, cuál nuestra interpretación preferida en términos de representación política e igualdad, y cuál la concepción que sostengamos en relación con la democracia. El problema al que voy a referirme es el de una crisis profunda que se observa, en buena medida, en todas las democracias constitucionales modernas, y que se expresa de manera especial en lo relativo a la representación política. Según entiendo, la actual crisis de la representación política, por su profundidad, extensión, y estabilidad en el tiempo, exige que nos replanteemos una pregunta que habíamos aprendido a dejar de lado, una pregunta de la que nos habíamos desentendido tiempo atrás, por buenas o malas razones. La pregunta es: cómo tornamos posible, bajo las condiciones de nuestro tiempo, al compromiso original, igualitario, del constitucionalismo, es decir, su compromiso con “Wethe People”? En otros términos, ¿cómo damos contenido al ideal del autogobierno? ¿Cómo logramos que cada persona pueda considerarse, genuinamente, autor y dueño de su Constitución, autora y dueña de su propio destino? Ello,

cuando parece reinar el “gobierno de unos pocos, por unos pocos, y para unos pocos”?

Si ese principio rector del constitucionalismo moderno —su igualitarismo— se ha quebrado; y si dicho problema se manifiesta de modo especialmente visible a través de la consagración del “gobierno de unos pocos”, ello se debe, según entiendo, a razones estructurales, antes que coyunturales, es decir, se debe a razones vinculadas con el modo en que se diseñó la Constitución —a sus sesgos y limitaciones originales— y no tanto a las características personales (más o menos virtuosas) de las personas que coyunturalmente ocupan las posiciones e instituciones diseñadas.

Para ilustrar el problema estructural en el que estoy pensando —y que aquí solamente voy a enunciar, porque lo he examinado con más detalle en otros trabajos— puedo referirme a la imagen de un “traje chico”, esto es, un traje que algún buen sastre diseñara, para nosotros, cuando éramos niños, pero que —obviamente, pasados los años, y desarrollado nuestro cuerpo— hoy yano puede albergarnos más, por más que le agreguemos nuevos botones o le estiremos las mangas: el traje ya no sirve, ni nos va a servir, por más esfuerzos que hagamos para adaptarlo a nuestro nuevo cuerpo.

Lo mismo que sostengo sobre el traje de cuando éramos niños, lo sostengo para el sistema representativo. Nuestros “padres fundadores” diseñaron un traje constitucional, hace bastante más de dos siglos, que en sus formas esenciales —en su estructura— se mantiene idéntico a sí mismo, a raíz de lo que nuestro célebre amigo, Adam Przeworski, definiera como una llamativa “falta de imaginación constitucional”. Al respecto, es muy importante reconocer que los cambios que se han ido produciendo entre el “entonces” y el “ahora,” no se deben, simplemente, al hecho —no trivial, pero obvio— de que nuestras sociedades se han multiplicado, en cuanto al número de sus habitantes. Pienso en cambios mucho más radicales, relacionados con el hecho de que nuestros “padres fundadores” tuvieron en mente, a la hora de



diseñar la Constitución, una —digámoslo así— *sociología política* que hoy ya no podemos seguir afirmando. Ellos pensaban en un "traje institucional" apropiado para una sociedad que concebían como pequeña, dividida en pocos grupos, básicamente homogénea, y —por lo tanto— susceptible de ser representada "plenamente." Por partir de donde partían, nuestros antepasados pudieron creer que toda la sociedad era susceptible de ser "incorporada" en el sistema institucional. Se trataba, finalmente, del "viejo sueño" o el "sueño eterno" del constitucionalismo, el sueño de la llamada "Constitución Mixta", destinada a representar y combinar a los "distintos sectores" que componían a la sociedad. Hablamos del sueño que soñara Aristóteles, en Grecia; el sueño que ganara prestigio en la República Romana (y su intento por combinar a los "elementos" monárquico, aristocrático y democrático de la sociedad); el sueño que se populariza en Inglaterra (con un sistema de gobierno que quiso abrir lugar para al rey, para los "comunes" y para los "lores"); y el sueño que nos llegara a nosotros, en América, a partir del ejemplo de los Estados Unidos (y la idea de sociedades divididas, como imaginara James Madison, entre "thefew" y "theman"; entre "acreedores" y "deudores"; entre "grandes" y "pequeños" propietarios).

A pesar de sus diferencias, el hecho es que, en todos los casos mencionados, y a través de medios diferentes, el constitucionalismo procuró asegurar un lugar para todos los grupos que —según se entendía— formaban parte de la comunidad. Se aspiraba, de tal modo, a la "representación plena" de la sociedad. Pues bien —me interesa afirmarlo, y perdón por la contundencia— ese sueño eterno terminó, encontró su fin, murió, y no va a poder recuperarse nunca más. En las sociedades multiculturales y heterogéneas de la actualidad (las que John Rawls definiera como marcadas por el "hecho del pluralismo"), ya no encontramos (como pudieron pensar nuestros antepasados) a dos o tres sectores fundamentales, homogéneos internamente (en donde, por caso, el interés de los

grandes propietarios era uno solo; el interés de la clase obrera era uno solo). Nuestras sociedades contemporáneas, para bien o mal, nos guste o no, se encuentran fragmentadas en infinitud de sectores, internamente heterogéneos, lo cual torna inconcebible la idea de que un obrero, o unos pocos obreros, por ejemplo, puedan representar a toda la clase de los obreros). Mucho más que eso, en la actualidad, la propia identidad de cada uno debe ser reconocida como una identidad múltiple, ya que ninguna persona merece ser vista “sólo” “obrero”, “mujer” “empresario” o “ecologista”. Como diría Luigi Pirandello, cada uno es “uno, ninguno y cien mil”. Es dentro de dicho contexto, y a partir de tal revisión de la “sociología política”, que puede afirmarse, como lo he hecho, que el sueño de la “representación plena” se terminó.

#### **4. SOBRE LAS ALTERNATIVAS ORIENTADAS A REVITALIZAR DEMOCRÁTICAMENTE AL CONSTITUCIONALISMO**

He seleccionado un problema —el problema de la representación política— como uno de los desafíos principales (sino el más importante) que enfrenta el constitucionalismo contemporáneo. A la luz del mismo, podemos volver a la pregunta arriba formulada: Repito entonces: cómo se hace, en un contexto como el nuestro, para seguir tomando en serio el compromiso igualitario del constitucionalismo —su compromiso fundamental con “We the People”? En otros términos: cómo se hace para volver a dotar de vitalidad democrática al constitucionalismo?

Dar respuesta precisa a la cuestión formulada no resulta para nada sencillo. Sin embargo, a esta altura de nuestro razonamiento, estamos en condiciones de avanzar algunos pasos en esa difícil discusión. Ante todo, la discusión puedemejorar un poco, una vez que hemos definido hacia dónde es que queremos dirigirnos, algo que no siempre aparece con claridad, en las muchas discusiones que

se dan hoy en torno a la crisis democrática. Sin embargo, es lo que he intentado hacer hasta aquí: he propuesto una dirección o ideal regulativo, que considero valioso, cual es la de la "conversación entre iguales". A continuación, y como forma de avanzar un segundo paso en ese difícil debate, voy a presentar, y descartar a la vez, a algunas de las principales alternativas que encontramos, en la discusión pública contemporánea, destinadas a remediar o resolver la actual crisis democrática o de la representación política.

Permítanme, entonces, ofrecer algunas primeras y resumidas notas, en la materia —notas que pueden ayudarnos a "limpiar el terreno" de las respuestas posibles en torno a cómo hacer frente a la grave crisis de representación que hoy nos agobia.

*Aumentar el número de representantes.* Una alternativa institucional que parece obvia, cuando se habla de que vivimos en sociedades multiculturales que ya no se sienten representadas por la política, es la de aumentar el número de los representantes. Sin embargo, esta pronta alternativa no parece atractiva, ni mucho menos capaz de reunir respaldo ciudadano suficiente. Aunque las razones en contra de esta posibilidad son muchas y variadas, aquí me concentraré sólo en las dos siguientes. Por un lado, la explosión de diversidad —la explosión de multiculturalidad— propia de nuestras sociedades, no parece que pueda remediarse incorporando al sistema institucional, y por decirlo así, a representantes de dos, de cuatro, o de diez grupos adicionales. Los grupos relevantes nuevos son demasiados, incontables tal vez. Pero, por otro lado, y lo que es más importante, los intereses de esas distintas secciones no son homogéneos ni, mucho menos, fijos o estables en el tiempo. Se trata, de alguna manera, del problema que pudimos observar en el Chile del 2023, con las fracasadas discusiones constituyentes. Aprendimos de allí, con dolor, que los representantes que se eligen un día, con enorme entusiasmo, y como expresiones de los grupos "de base," los "nuevos" sectores, los núcleos sociales más "dinámicos" o "vitales", pueden ser descartados de plano, en tanto expresiones de lo "viejo"

y “ajeno” a nuestros intereses fundamentales, mañana mismo. Ello así, menos por nuestro súbito cambio de perspectivas, que por la presencia de nocivas estructuras e incentivos institucionales.

*Concentrar el poder en el Presidente.* La concepción “conversacional” de la democracia que aquí sostengo, no sólo desaconseja aumentar el número de legisladores (como modo de mejorar la representación política), sino —mucho más enfáticamente— desaconseja concentrar el poder en el Poder Ejecutivo. Ya he argumentado largo, al respecto, en demasiados lugares. Por lo tanto, permítanme insistir aquí, simplemente, con la siguiente idea. Para quienes entendemos que democratizar el constitucionalismo requiere “horizontalizar” el proceso de toma de decisiones, distribuyéndolo entre “todos los afectados”, la idea de “verticalizar” aún más ese proceso decisorio (por ejemplo, concentrando todo el poder en el Presidente) resulta, simplemente, la peor de las opciones posibles. De ese modo, perdemos en términos democráticos; perdemos en calidad epistémica; perdemos en materia de diversidad; y, para peor, aumentamos exponencialmente el riesgo de que se adopten sesgadas o parciales, favorables a los *lobbies* con mayor capacidad de influencia.

*Fortalecer al Poder Judicial.* De manera tal vez sorprendente, muchos piensan que la actual crisis que afecta a los órganos de la representación política, puede ser compensada con un reforzamiento del poder de los órganos no —representativos, como el Poder Judicial (o el Banco Central, etc.)—. Una versión más vieja de este argumento —como la que presentara en su momento el jurista Mauro Cappelletti— se afirmaba en la idea de que los jueces desarrollan vínculos de fuerte cercanía con la sociedad y sus problemas, por ejemplo, a través de las audiencias con las partes. Una versión más moderna del argumento —como la que presenta el jurista alemán Robert Alexy— se afirma, en cambio, en la idea de la “representación argumentativa”, para decir que la representación no se da sólo a través de los comicios, y con los votos, sino también en

los estrados (judiciales), y a través de los argumentos —siendo que —según se sostiene— nadie se encuentra en mejores condiciones de ofrecer argumentos jurídicos, que los jueces. Ninguno de los argumentos referidos, sin embargo, resulta atractivo para quienes pensamos la democracia en términos de la “conversación entre iguales”. Y es que, ni la legitimidad democrática depende del contacto social o su frecuencia (de ser así, podríamos hablar de la legitimidad democrática de los taxistas o de los almaceneros), ni la imparcialidad que reivindica la concepción de la democracia dialógica, depende de la inteligencia o capacidad argumentativa de los magistrados (lo cual nos ayuda a explicar los siglos de decisiones racistas o sexistas tomadas desde los tribunales). Por lo dicho, además (y quiero mencionar esta idea, al menos, como nota al pie), el argumento que propone el empoderamiento de la justicia, frente a la crisis de representación política, se torna aún menos defendible cuando sube algunos escaños o niveles. Quiero decir, el argumento favorable a un mayor de los jueces no gana fuerza, sino que la pierde, cuando hablamos de tribunales y cortes internacionales (como el Tribunal Europeo, o la Corte Interamericana de Derechos Humanos). El punto es, otra vez: cuanto menos injerencia tienen los propios afectados en la reflexión y decisión de sus propios problemas, mayores son las chances de que tales decisiones dejen de considerar puntos de vista cruciales, y mayores los riesgos de que se asigne un peso indebido a visiones parciales.

*Consultas populares.* La última alternativa que voy a examinar es la que nos refiere a los mecanismos de la participación popular directa. Dicha opción parece irreprochable, en principio, porque nos ofrece exactamente aquello que las alternativas previas no nos daban, esto es decir, el componente de la intervención directa de la ciudadanía, que resulta una condición necesaria para quienes defendemos el valor de la “inclusión social” en los procesos de decisión colectiva. El problema grave que presentan estas alternativas —nuevamente, para quienes pensamos la democracia en términos de

“conversación entre iguales”— es que ellas niegan, a su pesar tal vez, mucho de lo que nos resulta más esencial, mucho de lo que más nos importa. Pienso en uno de los dos pilares fundamentales de la “conversación entre iguales” —justamente, el pilar que se refiere a la “conversación”, al intercambio de razones. En efecto, y lamentablemente, por lo que sabemos de historia política, los mecanismos de participación directa más conocidos —plebiscitos, referéndums, consultas populares— tienden a reemplazar y negar, antes que a favorecer, el diálogo entre iguales. Permítanme cerrar este punto con una nota aún más enfática, relacionada con el mecanismo más esencial, que se encuentra detrás de este último punto: permítanme decir una palabra, al menos, sobre el mecanismo del “voto periódico”. Quiero aprovechar la ocasión para señalar el problema que significa haber reducido la democracia al voto periódico. Quiero subrayarlo fuertemente, ya sobre el final de mi presentación. Afirmando lo siguiente: Para quienes valoramos la “conversación entre iguales,” lo esencial de la democracia no aparece en el momento del voto, ni se agota con el mismo. Muy por el contrario: el *locus* de la democracia, su centro esencial, toma lugar *entre* “comicio” y “comicio”, entre elección y elección. Lo más importante, lo crucial, en una democracia, tiene que ver con los procesos de crítica y discusión colectiva: los que se desarrollan a través de los periódicos, los medios audiovisuales y las redes sociales; los que ganan vida, sobre todo, a través de los procesos de movilización social y de protesta popular, en las calles, en las plazas, en los bares y en las escuelas—procesos estos a través se moldea y gana contenido y espesor la opinión ciudadana. Allí —en los foros públicos, en las calles— es donde toma forma sustantiva la democracia.

## 5. SOBRE EL TRÁNSITO DESDE LAS "DEMOCRACIAS EN EL NOMBRE", A LAS "DEMOCRACIAS EN LA REALIDAD"

Ingreso en el tramo final de mi presentación, retomando y subrayando algunas de las ideas centrales que he ofrecido hasta aquí. Me interesó destacar, desde un principio, una cuestión referida al carácter necesariamente igualitario del constitucionalismo. Demarqué en el horizonte, por lo demás, un ideal regulativo —el de la "conversación entre iguales"— y a partir de ahí fijé un objetivo principal para el proyecto que aquí presento, cual es el de revitalizar el carácter democrático del constitucionalismo. Insistí, de manera especial, en la necesidad de re-democratizar al constitucionalismo, a la luz de un problema que, según entiendo, es de los principales —sino el principal— de los que afectan a nuestros sistemas institucionales: la crisis radical —la crisis que arrasa— al viejo modelo de la representación política. Frente a dicha crisis, por lo demás, argumenté que no eran buenas las principales alternativas de remedio, sugeridas por el constitucionalismo contemporáneo. El balance de lo presentado hasta aquí, por tanto, muestra luces y sombras, que nos ayudan —o, al menos, así lo espero— a ver mejor dentro del opaco panorama del constitucionalismo de nuestro tiempo. Ahora conocemos mejor dónde es que estamos parados; tenemos alguna noción de hacia dónde ir; sabemos algo de los problemas que enfrentamos; y podemos reconocer bien, al menos, cuáles son las salidas por donde no conviene transitar. No es poco, agregaría. En todo caso, y antes de concluir, me animaría a dar todavía un pequeño paso adicional.

Intentaré dar ese paso, una vez más, con la ayuda de Juan Bautista Alberdi, una figura hoy nuevamente célebre, tal vez no por las mejores razones. De Alberdi me generan incomodidad muchas de sus ideas pero, debo reconocerlo, siempre es más lo que aprendo de él —de sus razonamientos, de sus intuiciones y aún de sus contradicciones— que lo que resisto de sus escritos. Y

es que se trata de una persona que argumentaba, alguien decidido a fundamentar todo lo que decía, un intelectual animado a dar razones, y a polemizar con sus contemporáneos. De Alberdi me han quedado muchas cosas, pero voy a retomar de él, en lo que sigue, sólo dos lecciones, y una propuesta. La primera lección tiene que ver con su reivindicación del (así llamado) “primer constitucionalismo latinoamericano”, un constitucionalismo que muchos criticaban, en su tiempo. Alberdi, en cambio, elogió y celebró a dicho constitucionalismo temprano. Ello así, a partir de un modo —muy interesante y original, agregaría— de entender el constitucionalismo. Contra los críticos de aquellos primeros textos constitucionales, Alberdi sostuvo entonces que los primeros constituyentes latinoamericanos estuvieron muy bien orientados. Cito a Alberdi “todas las constituciones dadas en Sudamérica durante la guerra de la independencia, fueron expresión completa de la necesidad dominante de ese tiempo... La independencia y la libertad exterior eran los vitales intereses que preocupaban a los legisladores de ese tiempo. Tenían razón: comprendían su época y sabían servirla”. Encontramos, en esto que señala Alberdi, una visión muy atractiva sobre el constitucionalismo, que no puedo sino suscribir y compartir: el constitucionalismo debe orientarse a resolver las “necesidades dominantes” de su época—orientarse a resolver lo que podríamos llamar los “dramas” de su tiempo.

Y de allí mismo se desprende una segunda lección, tan importante como la primera: el constitucionalismo no merece ser pensado y escrito de una vez y para siempre. No hay un molde único, igualmente útil para todos los Estados, ni un modelo llamado a tener vida eterna, capaz de mantenerse vigente con independencia del contexto dentro del cual está escrito. En tal sentido, Alberdi propugnaba un constitucionalismo localizado, atento —como hemos visto— a las demandas de su era. Acertado o no —y en esto que sigue, yo creo que no— Alberdi pensó que, para su tiempo, lo que se necesitaba era una multitud de “libertades



civiles": libertades económicas "abundantísimas". Solo después, solo bastante más tarde —pensaba Alberdi— sobrevendría una nueva etapa, en donde las libertades políticas se convertirían en imperiosas: la etapa en que las libertades políticas se convertirían en la nueva necesidad del tiempo. Pues bien, allí reside la sugerencia o propuesta que tomo de Alberdi, de aquella reflexión que él hiciera en su momento, y que considero errada. Lo que podemos decir, en todo caso, y con independencia de lo ocurrido en el pasado, que el de las libertades políticas extendidas —recobradas— es el nuestro, o también el nuestro: decididamente el nuestro. Ello, entre otras razones, porque el drama que enfrentamos hoy —la necesidad dominante de nuestra época— es el drama la desigualdad, una desigualdad que se manifiesta también en política, una desigualdad que nuestras actuales Constituciones no resuelven, sino que hoy agravan. La pregunta crucial que nos queda por responder, entonces, es qué puede hacer el derecho de nuestro tiempo, para enfrentarse al drama de la época, definido por la desigualdad (política, económica, constitucional)? Qué puede hacer nuestro ordenamiento jurídico actual, a fin de hacer realidad los derechos de todos —darles sentido y entidad— y a la luz de los fracasos propios de las actuales instituciones, y las promesas vanas de las alternativas que se nos han ofrecido?

Aventura, a la luz de nuestras reflexiones previas, y de la mano de Alberdi, un camino de salida. Según entiendo, y por lo que hemos visto, el camino que nos queda por transitar circunda, antes que recorre, las instituciones conocidas, vigentes en la actualidad. Para decirlo en términos metafóricos, "nuestra vida política," en la actualidad, parece moverse por fuera de los órganos representativos establecidos. Necesitamos salir en búsqueda de toda una ciudadanía que se considera ajena, es decir no representada, por la política cotidiana. Diría algo más, tomando en cuenta las manifestaciones más gravosas de la crisis de la representación que hoy vivimos, y considerando ejemplos como el que mencionara

de Chile. La representación política, en la actualidad, no puede seguir concibiéndose como hace dos siglos, es decir, como una representación más o menos permanente, estable en el tiempo. Más todavía, en la actualidad, los representantes no deben pretender la resolución de todos o casi los temas. Se hace necesario recurrir, por tanto, a formas de representación localizadas: representación para momentos concretos y para temas determinados, específicos. Así, por caso, como se pudo intentar (con éxito notable, agregaría) en ejemplos como los de las Asambleas Ciudadanas que tomaran vida, recientemente, en Canadá (Ontario y la Columbia Británica —un caso que estudiara magistralmente nuestro amigo John Ferejohn— para discutir sobre la reforma electoral) o Irlanda (para discutir sobre el aborto o el matrimonio igualitario). Tal vez —y concluyo de este modo— tal vez sea esta la única o mejor forma que nos queda para iniciar un tránsito—en términos de Alberdi— de la “república posible” a la “república verdadera”. Tal vez sea ésta la única o mejor forma que nos queda para iniciar un tránsito —otra vez, en términos de Alberdi—que nos lleve desde el vano lugar de las “democracias en el nombre”, al deseado momento de las “democracias en la realidad”.

# IGUALDAD REAL Y PERSPECTIVA DE NIÑEZ EN EL DEBIDO PROCESO: ANÁLISIS DE DOS CASOS ARGENTINOS SOBRE EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y CONSTITUCIONALIDAD<sup>1</sup>

**MARIANA J. REY GALINDO**

Facultad de Derecho (UNCa)  
marianareygalindo@gmail.com

## INTRODUCCIÓN

### CONTEXTUALIZACIÓN DEL TEMA

En el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, el control de convencionalidad emerge como un mecanismo esencial para asegurar que las normativas internas de los Estados armonicen con sus obligaciones internacionales. Este principio, desarrollado y refinado a través de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), permite a los jueces, jueza y a todas las autoridades públicas verificar la conformidad de las leyes internas con la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y otros tratados relevantes.

En materia de infancia, específicamente, la Corte IDH, en los dos últimos fallos dictados en 2023 —“María vs. Argentina” y “Córdoba vs. Paraguay”—, reitera cómo los Estados fracasan en adecuar su legislación y prácticas judiciales a los estándares internacionales

---

1. Este artículo corresponde a un examen final, modalidad posgrado, del posdoctorado Control de Convencionalidad y Constitucionalidad, presentado el 30 de junio de 2024.

de los derechos humanos de los niños<sup>2</sup>.

Casos como esos no solo destacan las deficiencias en el cumplimiento de los Estados con respecto a sus obligaciones internacionales, sino que también demuestra la importancia del control de convencionalidad en la práctica judicial cotidiana para proteger los derechos humanos.

La relevancia de este artículo radica en una comprensión más profunda de las interacciones entre los sistemas jurídicos nacionales e internacionales, ofreciendo perspectivas críticas sobre el rol del Poder Judicial en el marco de la Doctrina de la Protección Integral de los derechos de NNA, establecida por la Convención sobre los Derechos del Niño.

Esto es especialmente crítico en casos que involucran *el debido proceso*, donde las *garantías judiciales* deben ser manejadas con una consideración cuidadosa del interés superior del niño y sus facultades evolutivas<sup>3</sup>.

## Dos casos argentinos: uno internacional y otro nacional

En el marco del análisis de las garantías procesales desde el enfoque de los derechos humanos de la niñez, en este trabajo tomo como punto de partida, dos casos significativos de Argentina: el caso "María vs. Argentina" resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)<sup>4</sup> y un caso nacional resuelto por la

---

2. Sin desconocer que el uso del lenguaje no es inocuo y que la recomendación es expresarnos en términos género-sensitivos, en este documento utilizaré el término "niño" en referencia indistinta a todas las niñas, los niños y adolescentes, entendiendo por éstos a toda persona menor de 18 años cumplidos, conforme al concepto utilizado por la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas y el *corpus juris* internacional sobre la materia. En idéntico sentido lo hizo la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) para la redacción del informe especial de 2017. En este trabajo también se utilizará las siglas NNA para referirse a los niños, niñas y adolescentes.

3. Convención Americana de los Derechos Humanos (CADH): artículo 8, 19 y 25; Convención de los Derechos del Niño (CDN): artículo 3, 5, 12; Constitución Nacional (CN): art. 16 y 18; Ley Nacional 26061 (SPI): artículo 3, 5, 27.

4. Corte IDH, caso María y Otros vs Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 22 de agosto

Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante CSJN)<sup>5</sup> sobre Control de Legalidad. Ambos fallos no solo son un emblema técnico por sí mismos, sino que además presentan puntos de contacto claves que ofrecen un terreno fértil para el análisis del tema objeto de este estudio, destacando la interacción entre los tribunales nacionales e internacionales en la protección de los derechos de la niñez.

## 1. Corte IDH. Caso “María vs. Argentina”

El fallo dictado en este caso aborda cuestiones fundamentales sobre el *debido proceso* en la esfera de los *derechos de la niñez* bajo la luz del control convencional.

La Corte IDH examinó la implementación y el respeto del debido proceso, enfatizando la importancia de que los niños sean oídos y que sus opiniones sean consideradas en los procedimientos judiciales que los afectan, en línea con el principio del interés superior del niño. La sentencia subrayó fallas en el sistema judicial argentino para proporcionar respuestas rápidas y efectivas, resaltando cómo los retrasos y la falta de medidas adecuadas pueden tener impactos negativos duraderos en los NNA involucrados en el escenario judicial y extrajudiciales.

## 2. CSJN. Control de Legalidad

En el contexto nacional, la Corte Suprema de Justicia de la Nación abordó un caso que implicaba la guarda provisoria de dos hermanos menores, donde se cuestionó la legalidad de las decisiones administrativas y judiciales que afectaban su situación familiar.

El tribunal destacó la necesidad de aplicar el principio del interés

---

de 2023. Disponible en: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_494\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_494_esp.pdf)

5. CSJN en autos: “Recurso de hecho deducido por G. A. V. y H. E. de M. en la causa B., C. y otro s/ control de legalidad- ley 26.061”, sentencia de fecha 16/05/2024

superior del niño, considerando cuidadosamente los informes psicológicos y las condiciones actuales de los niños.

La sentencia subrayó la importancia de un *enfoque proactivo* en la protección de los derechos de la niñez, garantizando un proceso *que responda adecuadamente a sus necesidades y derechos*<sup>6</sup>.

### 3. Punto de contacto y análisis crítico

El punto de contacto entre ambos pronunciamientos reside en cómo cada tribunal abordó las garantías judiciales desde una perspectiva centrada en los derechos de la niñez. Uno y otro caso refleja la aplicación de un enfoque basado en el control convencional y constitucional, resaltando la categoría "del interés superior del niño" como una fórmula con potencial sustancial y procesal expansiva.

Sin embargo, del análisis de ambos fallos y la argumentación que cada uno presenta revelan dificultades en la implementación de los estándares internacionales de derechos humanos en materia de niñez. Esto es particularmente evidente en cuanto a: a) los plazos y la agilidad del sistema judicial; b) el derecho a ser oído y que su participación sea real y no simbólica; c) a su capacidad para adaptarse a las necesidades específicas de los NNA involucrados.

Desde este enfoque crítico, queda demostrada la necesidad de una mayor coherencia y eficacia en la protección de los derechos de la niñez, instando a una continua evaluación y mejora del proceso judicial.

### Objetivo y pregunta de investigación

El objetivo principal de este artículo es analizar la aplicación del control de convencionalidad y constitucionalidad en la protección de los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes dentro del sistema judicial argentino.

---

6. Las cursivas me pertenecen.

Mediante un análisis comparativo de dos sentencias —internacional y nacional—, este estudio busca responder a la siguiente pregunta principal:

¿En qué medida el actual sistema judicial argentino cumple efectivamente con los estándares internacionales de derechos humanos en el tratamiento de casos que involucran a niños, niñas y adolescentes, y qué factores contribuyen a cualquier deficiencia observada?

## **FUNDAMENTACIÓN TEÓRICA**

### **1.1 Derechos Humanos de niños, niñas y adolescentes: conceptos y evolución**

Este apartado presenta un resumen conciso de los conceptos y la evolución de los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes, limitado por la extensión total del trabajo, lo que restringe una exploración más detallada.

Los derechos de la niñez han evolucionado significativamente desde la Declaración de los Derechos del Niño en 1924, pasando por la Declaración de Ginebra de 1924 y la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, hasta la adopción de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) en 1989.

La CDN marcó un hito al ser el primer instrumento internacional jurídicamente vinculante que reconoce a los niños como portadores de derechos propios y no simplemente como objetos de protección. Establece en detalle los derechos fundamentales de los niños, incluyendo —para lo que aquí importa— el derecho a tener una voz y participar activamente en los asuntos que los afectan.

En Argentina, la evolución legal ha reflejado estos principios internacionales. La CDN fue incorporada a la Constitución Nacional en 1994, lo que garantiza su jerarquía suprallegal. Posteriormente,

el sistema de protección integral de derechos de niños, niñas y adolescentes se consolidó con la Ley 26.061 de 2005, que promueve la protección integral para garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de los derechos reconocidos en el ordenamiento legal. Más recientemente, estos principios se han integrado en el Código Civil y Comercial de la Nación (2015), donde la participación de niños, niñas y adolescentes en los procesos judiciales es reconocida como un principio rector fundamental del proceso de familia (artículos 26, 595, 617, 639, 644, 646, 707 entre otros).

En nuestra provincia, el Código Procesal de Familia de Tucumán —Ley 9.581, sancionada el 15/09/2022— fortalece este marco legal acogiendo los principios convencionales.

## **1. 2. Principios de control de convencionalidad y constitucionalidad**

En el marco de los derechos humanos, los principios de control de convencionalidad y constitucionalidad son determinantes para asegurar que las leyes y prácticas nacionales sean compatibles tanto con la Constitución de un país como con los tratados internacionales ratificados por el Estado. Estos principios se han vuelto fundamentales en la jurisprudencia latinoamericana, destacándose particularmente a partir de interpretaciones y directrices emanadas de la Corte IDH.

El caso emblemático fue “Almonacid-Arellano y otros vs. Chile<sup>7</sup> en 2006”, y se enfatiza en casos como “Fornerón e hija vs. Argentina (2012)<sup>8</sup>”. Este último resalta la importancia del derecho de los niños a ser oídos en procedimientos que los afecten, subrayando

---

7. Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154. Disponible en: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_154\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf)

8. Corte IDH. Caso Fornerón e hija Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C No. 242. Disponible en: [https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_242\\_esp.pdf](https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_242_esp.pdf)



la necesidad de garantizar la participación infantil en los procesos judiciales y administrativos. En Fornerón, la Corte IDH sostuvo que cualquier proceso legal o administrativo que afecte a un niño *debe incluir mecanismos que aseguren su participación activa y consideren seriamente su opinión, acorde con su edad y madurez*.

Por su parte, el control de constitucionalidad, ejercido en Argentina por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, garantiza que las leyes y actos de gobierno estén en conformidad con la Constitución. Este control se manifiesta tanto de forma preventiva, como represiva, asegurando que las leyes y prácticas nacionales respeten los mandatos constitucionales.

Ambos controles son complementarios y esenciales para el fortalecimiento del Estado de derecho y la protección efectiva de los derechos humanos.

En el contexto de la niñez, estos principios garantizan que las leyes y procedimientos judiciales honren y reflejen el interés superior del niño, asegurando que sus derechos y protecciones no sean solo teóricos o meras declamaciones legales, sino la exigencia que sean efectivamente aplicados y respetados en la práctica.

### **1. 3. El diálogo entre Tribunales en los dos casos argentinos**

El diálogo entre tribunales, entre la Corte IDH y la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, juega un papel determinante en la armonización de los estándares internacionales de derechos humanos con la legislación y jurisprudencia nacional.

En los casos de “María vs. Argentina” y el caso nacional sobre “Control de Legalidad”, este diálogo se manifiesta de manera significativa, mostrando cómo las decisiones de internacionales pueden influir y transformar las prácticas judiciales nacionales.

En el caso internacional, la Corte IDH destacó deficiencias en el sistema judicial argentino en cuanto al tratamiento de las garantías procesales desde una perspectiva centrada en los derechos de la

niñez. Específicamente, la Corte IDH resaltó falencias relacionadas con el derecho a ser oídos y la participación activa y protagónica de la adolescente, quien es madre, y su hijo, ambos directamente implicados en el proceso. En su sentencia [la Corte IDH] enfatizó la necesidad de que Argentina garantice este derecho en todos los procesos que involucren a niños, niñas y adolescentes, alineándose así con la Convención sobre los Derechos del Niño.

Por otro lado, en la trama resuelta por la CSJN, refleja un esfuerzo interno por aplicar principios similares, asegurando que los derechos de los NNA sean una prioridad en los procedimientos judiciales. Este caso muestra una clara influencia de los estándares internacionales, donde ese Tribunal Címero aplicó un enfoque que prioriza el interés superior del niño, como norma procesal, en consonancia con lo promulgado por la Corte IDH.

Este diálogo de fuentes refleja un proceso de retroalimentación donde la jurisprudencia internacional impulsa y en ocasiones corrige la trayectoria de la jurisprudencia nacional.

Interacciones como esas demuestran un compromiso creciente —aunque aún falta mucho más— con los estándares internacionales de derechos humanos, especialmente en lo que se refiere a la protección de los derechos de la niñez, y subraya la importancia del respeto y la implementación de estos derechos en el ámbito nacional.

#### **1. 4. Estándares de razonabilidad y proporcionalidad en la jurisprudencia interamericana**

La jurisprudencia de la Corte IDH ha sido fundamental en la definición y aplicación de los estándares de razonabilidad y proporcionalidad, especialmente en casos que involucran los derechos de NNA. Estos principios son esenciales para asegurar que las medidas judiciales guarden coherencia con el principio del *debido proceso en perspectiva de infancia*.

En un acotado recorrido histórico de los casos resueltos por ese Tribunal, en los cuales involucraban derechos de niños, podemos apreciar cuánto insiste en el control de convencionalidad y la debida diligencia por parte de los Estados:

- “Atala Rizzo y Niñas vs. Chile”<sup>9</sup>, donde la Corte IDH abordó la discriminación y la violación de las garantías judiciales en el contexto de la custodia de los hijos debido a la orientación sexual de la madre. Ese Tribunal enfatizó que cualquier decisión que afecte a niños debe considerar primordialmente su interés superior y ser proporcional a los fines que busca proteger, en este caso, el bienestar emocional y psicológico de las niñas.

- En “Villagrán Morales y Otros (Niños de las calles) vs. Guatemala”<sup>10</sup>, la Corte IDH se pronunció sobre la responsabilidad del Estado en la protección de niños que vivían en la calle. La Corte sostuvo que el Estado debe actuar con especial diligencia y tomar medidas que sean proporcionales a la situación de vulnerabilidad de los niños, niñas y adolescentes.

Estos casos reflejan cómo la Corte IDH utiliza los principios de razonabilidad y proporcionalidad para evaluar si las acciones de los Estados en casos que afectan a niños, cumplen con sus obligaciones de proteger los derechos bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La Corte IDH ha establecido claramente que las garantías judiciales para niños requieren una consideración cuidadosa de cómo las decisiones judiciales o administrativas afectan sus derechos y su bienestar, asegurando que estas decisiones sean adecuadas y efectivas<sup>11</sup>.

---

9. Corte IDH. Caso Atala Rizzo y niñas Vs. Chile. Solicitud de Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 21 de noviembre de 2012. Serie C No. 254. Disponible en: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_254\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_254_esp.pdf)

10. Corte IDH. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas, sentencia de 26 de mayo de 2001. Serie C No. 77. Disponible en: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_77\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_77_esp.pdf)

11. Corte IDH - Cuadernillo No 5 de Jurisprudencia NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES. Disponible en

## 2. Control de Convencionalidad en el caso "María vs Argentina"

El fallo en el caso "María vs. Argentina" proporciona un análisis minucioso sobre la implementación del control de convencionalidad en el contexto de los derechos de la niñez, enfocándose especialmente en el derecho de los niños a ser oídos y participar como garantías judiciales explícitas para la infancia.

Uno de los aspectos más significativos de la condena es la crítica de la Corte IDH hacia las insuficiencias y el déficit del sistema judicial argentino en garantizar este derecho fundamental. El Tribunal señala que, aunque la legislación nacional reconoce teóricamente el principio del interés superior del niño, en la práctica, las instancias judiciales no siempre garantizan que este principio se aplique de manera efectiva. Esto se ve reflejado en la *falta de mecanismos adecuados* que permitan a los niños expresar su opinión de manera informada, considerada y oportuna en los procedimientos judiciales que los conciernen (párrafo 134).

134. De esta forma, este Tribunal considera que a lo largo del proceso no se cumplió con el deber reforzado de escuchar a María, quien era una niña al momento de los hechos, ya que no se hicieron esfuerzos para que sus decisiones fueran realmente informadas, su representación no fue tomada en cuenta sino hasta siete meses después de empezado el proceso y se pusieron obstáculos para reconocer su voluntad de cambiar de representantes [...]

Además, la Corte IDH hace hincapié en otro elemento que compone el *debido proceso*, y es la cuestión del *plazo razonable*. En su fallo, remarca la necesidad de que las decisiones judiciales sean no solo razonables y proporcionadas, sino también *oportunas*. Enfatiza que los retrasos en los procesos pueden tener impactos negativos significativos y duraderos en los niños, agravando su situación de vulnerabilidad y afectando sus derechos fundamentales (párrafos 145 al 148).

145. La falta de diligencia y la duración excesiva del proceso implicó en el caso concreto que Mariano haya permanecido durante más de 8 años, desde su nacimiento hasta la actualidad, con el matrimonio López a pesar de que no cuentan con una declaratoria de guarda. De esta forma se ha perpetuado una situación con vocación temporal. Si bien se estableció un régimen de visitas entre María y su hijo, éste se vio obstaculizado y no ha permitido una verdadera vinculación entre madre e hijo (supra, párrs. 64 a 68). Consecuentemente, teniendo en cuenta los derechos e intereses en juego, el retraso en las decisiones judiciales generó afectaciones significativas a los derechos de María, su madre y su hijo.

146. El retraso judicial en este caso sirvió, además, de fundamento para que los jueces de alzada justificaran la decisión de no proceder con el reintegro y mantener el procedimiento de declaración de adoptabilidad...

148. Con base en todo lo anterior, la duración total del procedimiento de más de ocho años sin que se haya llegado a una decisión definitiva sobrepasa excesivamente un plazo que pudiera considerarse razonable en procedimientos relativos a la guarda y a la vinculación de un niño con su madre, por lo que constituyen una violación del artículo 8.1 de la Convención en relación con el artículo 17.1 y 1.1 del mismo instrumento, en perjuicio de María, su hijo Mariano y su madre [...]

La sentencia destaca la responsabilidad del Estado Argentino de implementar y adecuar todas las medidas necesarias para asegurar que los procedimientos judiciales respeten los derechos de los niños a ser escuchados, conforme a su edad y madurez, y que sus opiniones sean debidamente consideradas en la toma de decisiones. Adviértase que el término utilizado es “todas”, sin dejar dudas que no basta con “algunas”, pues también responde al *principio de*

*exigibilidad* previsto en artículo 4 de la CDN para la restauración de los demás derechos que se vieron vulnerados como consecuencia de la debilidad del procedimiento.

En resumen, el caso "María vs. Argentina" sirve como un llamamiento crítico de la importancia del control de convencionalidad en la protección de los derechos humanos, especialmente los de los niños, y subraya la necesidad de que los Estados parte en la CADH y de la CDN tomen todas las medidas necesarias para garantizar que estos principios se reflejen verdaderamente en la práctica judicial.

### **3. Control Convencional-Constitucional en el caso "Control de Legalidad"**

Por su lado, nuestra CSJN, en el fallo "Control de Legalidad", también evidencia un cuidadoso e implacable análisis del control convencional y constitucional centrado en los derechos de niños y niñas.

Este caso proporciona un escenario detallado donde la Corte aborda la importancia de considerar el "interés superior del niño", un principio estructurante tanto en la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) como en la legislación nacional argentina. Asumiendo que, este principio es entendido como un concepto dinámico que abarca diversos temas en constante evolución, y que, según el Comité de los Derechos del Niño, el interés superior del niño constituye una consideración primordial, o en algunos casos, "la" consideración primordial (Comité de los Derechos del Niño: Opinión Consultiva No 14/2013).

Con claridad, esta fórmula convencional cobra sentido cuando la CSJN advierte:

[...] Con eje en el principio del interés superior del niño... no se ponderó la situación real de la niña y del niño ni las consecuencias que podrían derivarse para ellos, entre otros aspectos, la edad, la relación afectiva y que carecían de una familia biológica y la familia extensa no se hallaba

en condiciones de asumir la guarda ... 5°) Que esta Corte Suprema ha enfatizado firmemente sobre la necesidad de resolver los asuntos que atañen a los infantes a la luz del principio del interés superior del niño, en tanto sujetos de tutela preferente. En ese contexto, ha puntualizado que la consideración del referido interés superior debe orientar y condicionar toda decisión de los tribunales llamados al juzgamiento de los casos que los involucran, incluido este Tribunal, y en reiteradas ocasiones ha destacado que, ante un conflicto de intereses de igual rango, el interés moral y material de los niños debe tener prioridad, aun frente al de sus progenitores... En tales condiciones, la decisión de la Cámara enfocó el análisis del asunto desde la perspectiva de una de las partes involucradas, sin ponderar la situación real de la niña y del niño ni las consecuencias que podrían derivarse para ellos [...]

El propósito general del despliegue de sus argumentos es promover un verdadero cambio de actitud de las instancias inferiores que favorezca el pleno respeto de los niños como titulares de derechos. Criterio éste que tampoco es nuevo porque es una reiteración de lo expuesto en los autos “DHC (Causa N° 1645)” cuando expusiera:

[E]l “interés superior del niño” no puede ser aprehendido ni entenderse satisfecho sino en la medida de las circunstancias comprobadas en cada asunto. [S]u configuración exigirá examinar en concreto, por un lado, las particularidades del caso para privilegiar, frente a las alternativas posibles de solución, aquella que contemple del mejor modo la situación real del infante, y por el otro, cómo se ven o se verán afectados sus derechos por la decisión cuestionada y por la que corresponda adoptar. Ello pues, lejos de presentarse como un concepto abstracto y vacío de contenido, el mencionado principio 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 (confr. Fallos: 330:642)..." (considerando N° 6)<sup>12</sup>.

Por tanto, esto tiene repercusiones concretas en los siguientes aspectos:

a) la necesidad impostergable de adecuar todas las medidas adoptadas por órganos judiciales a las directrices internacionales sobre los Derechos del Niño;

b) cuando una decisión vaya a tener repercusiones importantes en personas menores de edad, se requiere adoptar un nivel superior de protección y ajustes procedimentales que respeten de forma irrestricta el *interés superior* como estándar internacional de Derechos Humanos aplicado al *debido proceso*.

### 3.1. Análisis de las garantías judiciales

En función de los hechos que motivaron la intervención judicial (los cuales daban cuenta que se involucraba la determinación de la guarda y la adopción de dos hermanos menores), la CSJN tuvo que considerar no solo el bienestar emocional y social de los niños al mantenerlos en un ambiente familiar estable sino también el cumplimiento de los procedimientos que respetaran sus derechos a "*un debido proceso*".

- El *plazo razonable* como principio de legalidad.

La CSJN analizó la razonabilidad de los plazos procesales, destacando que los retrasos excesivos en los procesos judiciales afectan negativamente el interés superior del niño y violan los principios establecidos tanto en la CDN como en la Constitución Nacional.

Del fallo surge con meridiana claridad que el derecho al debido proceso en perspectiva de infancia es fundamental en la protección

---

12. CSJN en "DHC (Causa N° 1645)", sentencia de fecha 20 de abril de 2023. Disponible en <https://repositorio.mpd.gov.ar/jspui/handle/123456789/4275>.



judicial de los niños involucrados y puede conceptualizarse como un sistema de tres pilares esenciales: 1) el derecho a ser oído; 2) ante un juez competente, independiente e imparcial; y 3) dentro de un plazo razonable.

En primer lugar, *el derecho del niño a ser oído* garantiza la oportunidad de presentarse ante autoridades judiciales competentes para defender derechos o intereses, permitiéndoles expresar sus opiniones y que las mismas sean tenidos en cuenta. Este derecho es intrínsecamente vinculado a la tutela judicial efectiva, asegurando que todas las personas, en la que se incluya a los niños, tengan acceso a un tribunal que pueda emitir una sentencia.

Este derecho adquiere especial relevancia en contextos de vulnerabilidad o durante procedimientos críticos como los de guarda de niños en vistas a una adopción, donde la protección efectiva de los derechos debe ser máxima. La tutela judicial efectiva no solo facilita el contacto directo con el órgano decisor, bajo el principio de inmediación, sino que también se extiende a garantizar todas las medidas necesarias para proteger los derechos de los involucrados en el proceso.

Además, es fundamental que estos derechos se ejerzan dentro de un plazo razonable. La temporalidad de las decisiones judiciales es determinante; decisiones tardías pueden resultar inútiles y violar gravemente el derecho al debido proceso y la tutela judicial efectiva. Por ello, los plazos deben ser tanto máximos, para evitar demoras innecesarias, como mínimos, para asegurar que las partes tengan tiempo suficiente para preparar y presentar su defensa efectivamente.

Finalmente, es importante reconocer que las garantías *del debido proceso en perspectiva de infancia* van más allá de las enumeradas explícitamente en instrumentos legales como el artículo 8 de la CADH. La interpretación de las necesidades específicas de cada caso puede requerir la adaptación o inclusión de garantías adicionales para asegurar la protección efectiva y completa de los derechos

implicados, tal como lo establece el *corpus iuris* de los Derechos del Niño (CDN, Opiniones Consultivas del Comité de los Derechos del Niño; la jurisprudencia de la Corte IDH y los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, entre otros).

### **3.2 Recomendaciones a Tribunales inferiores**

En su fallo, la CSJN, hizo hincapié en la necesidad de implementar un enfoque más proactivo y centrado en el niño, sugiriendo que los tribunales inferiores aseguren mecanismos efectivos para capturar y considerar la voz de los niños en todos los procesos que los afectan directamente. Esto incluye la adopción de prácticas judiciales que faciliten la participación activa de los niños de manera que puedan expresar sus deseos y opiniones, los cuales deben ser tomados en cuenta seriamente en la toma de decisiones.

### **4. Derecho a tener un procedimiento especializado (Art. 5.5 y 8.1 CADH)**

Es claro que un niño no participa en un proceso judicial de la misma manera que un adulto. Ignorar esta distinción significaría negar la realidad y fallar en la implementación de medidas especiales necesarias para la protección de los niños, lo cual podría resultar en un perjuicio grave para ellos. Por lo tanto, es fundamental reconocer y respetar las diferencias de trato que se deben a las distintas situaciones de quienes están involucrados en un procedimiento.

En última instancia, aunque los derechos procesales y las garantías correspondientes son aplicables a todas las personas, en el caso de los niños, debido a las condiciones especiales en que se encuentran, se requiere la adopción de medidas específicas. Esto asegura que los NNA gocen de manera efectiva de estos derechos y garantías.

Nada de esto es nuevo. La Corte IDH viene señalando esta necesidad hace más de veinte años. Veamos:

- **Caso “Instituto de Reeducción del Menor Vs. Paraguay”. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 2 de septiembre de 2004.<sup>13</sup>**

En su sentencia, la Corte IDH dijo, conforme a las normas internacionales relevantes, la jurisdicción especial para niños en conflicto con la ley en Paraguay, junto con sus leyes y procedimientos asociados, debe incluir los siguientes aspectos: 1) la capacidad de implementar medidas que eviten el uso de procesos judiciales para tratar a estos niños; 2) en situaciones donde un proceso judicial sea imprescindible, el tribunal deberá contar con una variedad de medidas como asesoramiento psicológico para el niño durante el proceso, supervisión de cómo se recaba el testimonio del niño y regulaciones sobre la publicidad del proceso; 3) también se otorgará un margen adecuado para el ejercicio de la discreción judicial en todas las etapas del proceso y en las distintas fases de la administración de justicia juvenil; y 4) aquellos que ejerzan estas facultades deben estar debidamente capacitados en derechos humanos y psicología infantil para evitar cualquier abuso de discrecionalidad y garantizar que las medidas tomadas sean adecuadas y proporcionales.

- **Caso “Fornerón e hija Vs. Argentina”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 27 de abril de 2012.<sup>14</sup>**

Ese Tribunal ha enfatizado que, dada la importancia de los intereses involucrados, los procedimientos administrativos y judiciales que afectan la protección de los derechos humanos de los menores, especialmente aquellos relacionados con la adopción, la guarda y la custodia de niños en sus primeros años, deben ser

---

13. Disponible en: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_112\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_112_esp.pdf)

14. Op.cit.

administrados con excepcional diligencia y celeridad por las autoridades.

- **Caso “Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia”. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 25 de noviembre de 2013<sup>15</sup>.**

Apuntó que, en el contexto de solicitudes de asilo por parte de niños, los principios de la Convención sobre Derechos del Niño deben guiar tanto los aspectos sustantivos como procedimentales. Los niños solicitantes deben disfrutar de garantías procedimentales y probatorias especiales para asegurar que las decisiones tomadas en su solicitud de asilo sean justas, lo que implica el desarrollo e integración de procedimientos seguros y apropiados para los niños, así como un entorno que genere confianza en todas las etapas del proceso. Además, bajo este mismo principio, si el solicitante principal es excluido de la condición de refugiado, se debe garantizar que las solicitudes de los familiares se evalúen de manera independiente. Sin embargo, estas no son las situaciones presentadas en el caso actual.

## **5. El derecho a la tutela judicial diferenciada y el sujeto de preferente tutela**

Afirman la doctrina que, la tutela judicial efectiva más allá de ser una expresión tautológica, pero aceptada, es —según se mire— un derecho fundamental que beneficia a los justiciables, un deber funcional para el órgano jurisdiccional llamado a hacerlo realidad y también un principio en el sentido de ser un portador de valores<sup>16</sup>.

En ese contexto, se reserva al órgano jurisdiccional y estos vienen llamados a asumir el ejercicio de verdaderas y trascendentes

---

15. Disponible en: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_272\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_272_esp.pdf)

16. Peyrano Jorge W. “Importancia de la consolidación del concepto de la tutela judicial efectiva en el ámbito del juicio civil y el análisis de su contenido”, colección ebook Nova Tesis (2013) – Herramientas procesales. Cita: IJ-DCCLI-961.

funciones de garantías destinadas a asegurar la efectiva operatividad de los derechos fundamentales<sup>17</sup>.

La tutela judicial real es una garantía que tiene una connotación más relacionada con la eficiencia, sin perjuicio de preocuparse por la eficacia<sup>18</sup>. La eficacia y eficiencia denotan que no basta con el respeto de meras fórmulas rituales para tener por satisfecho este derecho, sino que se trata de una garantía que sólo se cumple cuando puede ejercerse el derecho [fondo y forma] de manera certera y efectiva. Es por ello que la compatibilización del *tiempo*, el *proceso* y la *afección del derecho tutelado* se ha tornado en una preocupación constante en la doctrina especializada en Infancia<sup>19</sup>.

En función de estos estándares internacionales, considero —tal como lo sostuve en otra oportunidad<sup>20</sup>— que el principio de la *tutela judicial diferenciada* es un “mandato de optimización” ya que ordena al juez a ser ágil y expedito para tutelar a la persona y su derecho fundamental según fueren las posibilidades jurídicas y fácticas existentes en el caso. Este deber constituye una categoría específica dentro de la tutela judicial efectiva, que no solo implica criterios procesales o pautas procedimentales adaptadas a la naturaleza del derecho en cuestión, sino que también permite una auténtica justicia “protectora” o “de acompañamiento”, en virtud de la fuerza vinculante de los compromisos en materia de derechos humanos incorporados a nuestro ordenamiento. Estos compromisos se

---

17. Berizzone, Roberto O. “La jurisdicción protectora o de acompañamiento”, SJA 06/02/2019, Cita Online: AR/DOC/3643/2018.

18. Peyrano, Jorge W., Eficiencia del sistema de justicia, en “Nuevas Tácticas Procesales”, Buenos Aires (2011), Ed. Nova Tesis, 12.

19. Para ampliar: *Tratados sobre los derechos de niños, niñas y adolescentes*, de Silvia Fernández, Editorial Abeledo Perrot (1o y 2o Edición); *Los derechos de niñez y adolescencia hacia una disciplina autónoma*, de Olga Orlandi, Fabián Faraoni y Andrea Kowalenko, Editorial Nuevo Enfoque, Córdoba (2021); *Procesos de familia*, de Gonzalo Javier Gallo Quintian y Hernán Quadri, La Ley, Buenos Aires (2019).

20. Rey Galindo, Mariana J.; Acuña Matías y Silva, María Celeste, “Derechos de las Familias: Fondo y Forma”, Editorial Contexto, Chaco (2021), 582.

convierten en pautas esenciales al momento de resolver un caso concreto, sea de manera definitiva o no.

En cuanto al sujeto protegible o pretensor diferenciado, Torres Traba lo ha definido como aquel que, por estar en condición de extrema vulnerabilidad o en una notoria necesidad de protección amerita que su partición en el proceso judicial obligue al juzgador a optimizar las reglas del procedimiento y asumir un rol activo que le permita ordenar el debate y el dictado de resoluciones oportunas o urgentes, cuya procedencia se encuentra determinada por la naturaleza sensible del derecho a judicializar o por la urgencia de su protección, sea conservándolo o innovando, para evitar con ello lesiones jurídicas irreparables<sup>21</sup>.

Como se advierte, no se trata de una diferencia cualquiera, sino de una situación que involucra a sujetos de preferente tutela o bien de una diferencia notable, grave y esencialmente susceptible de protección judicial.

En la misma línea, la Corte IDH ha sostenido que

[...] toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos". Y que "no basta que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre [...]"<sup>22</sup>.

---

21. Torres Traba, Luis, "Tutelas procesales diferenciadas", Suplemento de Doctrina Judicial Procesal (2013), 66. Cita online: AR/DOC/1859/2013.

22. 20 Corte IDH, "Furlán vs Argentina" -sentencia de 31 de agosto de 2012 - Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Disponible en: [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_246\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_246_esp.pdf)

En otras palabras, la tutela judicial diferenciada actúa como una herramienta que nos ayuda a entender que, ante determinadas situaciones donde derechos fundamentales como la vida, la identidad, la salud y la integridad personal están en riesgo, y las personas se encuentran en una situación de vulnerabilidad, es lógico y necesario establecer un tratamiento diferenciado a favor del sujeto protegible.

En este mismo sentido, la Comisión No 1 del Congreso Procesal de 2019, titulada ‘Nuevos paradigmas de la jurisdicción protectoria’, recomendó en su conclusión, específicamente en el punto 9, que se establezca una tutela preferente para las personas en condición de vulnerabilidad<sup>23</sup>.

## 6. Análisis de impacto de los dos casos argentinos

El impacto a largo plazo de las sentencias del caso “María vs. Argentina” y el fallo de la CSJN en “Control de Legalidad” ofrece una perspectiva valiosa sobre los cambios legislativos y las prácticas judiciales en Argentina. Estos fallos son significativos no solo en términos de jurisprudencia sino también en su capacidad para influir en la mejora de las prácticas administrativas y judiciales relativas a los derechos de la niñez.

- **Caso María vs. Argentina:**

Este fallo de la Corte IDH ha resaltado defectos significativos en el sistema judicial argentino, especialmente en la rapidez y efectividad con que se manejan los casos que afectan a niños y niñas. Posterior a esta sentencia, ha habido un esfuerzo visible por parte de los órganos judiciales en Argentina para adaptar sus procedimientos y asegurar que se respeten los derechos de ser oídos y una participación real y protagónica de los NNA en los procesos judiciales que los afectan,

---

23. Congreso Nacional de Derecho Procesal San Juan 2019, Conclusiones Comisión N° 1.

alineándose así con las normativas internacionales y reforzando el principio del interés superior.

- **Caso Control de Legalidad:**

La decisión de la CSJN ha demostrado un compromiso robusto con la implementación del debido proceso con enfoque basado en los estándares internacionales de los derechos humanos de los NNA, enfatizando la necesidad de procedimientos judiciales que prioricen las necesidades y los plazos cuando se trate de sujetos de preferente tutela. El Supremo recomienda a los tribunales inferiores tener una mayor diligencia y celeridad, asegurando que las decisiones se tomen considerando de manera primordial el bienestar de los niños, lo que puede ser visto como un paso hacia prácticas judiciales restaurativas.

## RECOMENDACIONES

En síntesis, el análisis de los casos y sus resoluciones reflejan avances de gran envergadura, pero también destacan áreas donde aún es necesario mejorar. Las lecciones aprendidas de estos veredictos deberían guiar futuras reformas tanto en el sistema judicial como en el legislativo.

- **Para los cuerpos legislativos:** fortalecer la legislación existente para asegurar la plena integración de los estándares internacionales sobre los derechos de la niñez, con especial enfoque en la operatividad y ejecución de estas leyes. Como, por ejemplo, la revisión del Código Procesal de Familia en el que se incluyan normas específicas en materia de Niñez, como lo tiene la provincia de Chaco<sup>24</sup>.

---

24. Chaco, Ley 2950-M. Disponible en: <https://www.cnaj.gob.ar/cnaj/docs/ChacoL2950M.pdf>



- **Para el sistema judicial:** incrementar la capacitación de personal judicial en materia de Derechos Humanos, Derechos del Niño. Además, es fundamental diseñar e implementar protocolos de actuación específicos que guíen la interacción judicial con niños y niñas, asegurando un trato adecuado y respetuoso de los derechos fundamentales. También es necesario mejorar los mecanismos de supervisión y evaluación de la práctica judicial para garantizar el cumplimiento de los estándares internacionales y la efectividad de estos protocolos en el ámbito judicial.
- **Para los operadores judiciales:** dada la legislación vigente y la operatividad del bloque constitucional actual, es esencial adaptar los procedimientos judiciales a las necesidades de niños, niñas y adolescentes para que sean ágiles, accesibles, apropiados y comprensibles para ellos. Esto incluye asegurar que los niños y adolescentes tengan información suficiente sobre los procedimientos que les afectan, presentada en un lenguaje que puedan entender fácilmente. Además, la tramitación de sus casos debe ser diligente, garantizando una rápida resolución.

Es importante disponer de todos los mecanismos necesarios para facilitar el derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser escuchados en todos los procedimientos que les afecten y establecer métodos efectivos para evaluar y documentar cuál sea su interés superior en cada situación.

- Para los defensores de los derechos de la niñez: continuar con la labor de monitoreo y denuncia de las falencias en la aplicación de la ley y en la protección judicial efectiva de los derechos de los niños.

## **PERSPECTIVAS FUTURAS**

Mirando hacia el futuro, es fundamental que nuestro país continúe adaptándose a los desafíos emergentes en el ámbito de los derechos de la niñez.

Esto incluye responder de manera proactiva a las nuevas necesidades que surjan de cambios sociales, tecnológicos y legales, y asegurar que todos los niños disfruten de protecciones legales y judiciales robustas y efectivas.

La adaptación y adecuación continua de las prácticas judiciales y legislativas, alineadas con los desarrollos internacionales y los principios de derechos humanos, serán esenciales para garantizar la justicia y la protección integral de los niños de manera uniforme.

Ajustar los procedimientos judiciales a los NNA para que sean ágiles, accesibles, apropiados y comprensibles para ellos y ellas, asegurando otorgar centralidad a sus derechos de fondo y forma, lo cual implica:

1. Reconocerlos titulares de todos los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, y partir de la lógica del desarrollo integral de los NNA;
2. Entender la protección de sus derechos como un continuum y no como intervenciones aisladas y desconectadas;
3. Asumir la existencia de necesidades diferentes en función de la evolución de las capacidades de los NNA y de su crecimiento, las cuales llevan aparejadas responsabilidades de diferente naturaleza e intensidad por parte del Estado, la familia y la sociedad en cada etapa de desarrollo;

4. Respetar la autonomía que progresivamente adquieren los NNA para el ejercicio autónomo de sus derechos, en función de su edad y madurez;

5. Reconocer y promover su derecho a participar y a que su voz y opiniones sean debidamente escuchadas y tomadas en consideración en todas las decisiones que les afecten;

6. Poner especial atención en aquellos grupos de NNA que enfrentan desafíos especiales o particulares en el goce de sus derechos con el objetivo de promover condiciones para asegurar sus derechos;

7. Introducir el principio del interés superior del niño como una consideración principal en todas las decisiones que se adopten que afecten a los NNA, así como adoptar las medidas necesarias para velar que este interés sea efectivamente valorado y justificado objetivamente;

8. Analizar el artículo 8 de la CADH a la luz del artículo 12 de la CDN, como categorías “del debido proceso en perspectiva de infancia” cuya fórmula encierra un potencial sustancial y procesal expansivo.

9. Adoptar una perspectiva de género e intercultural; y

10. Considerar la protección de la familia como un elemento destacado de la protección de los derechos de los NNA.

## LA CUENTA PENDIENTE

El análisis realizado en este artículo demuestra que, aunque nuestro país forma parte de los Estados firmantes de los tratados internacionales más importantes en materia de derechos humanos, aún encontramos un déficit en las prácticas judiciales y administrativas de los estándares internacionales de derechos humanos, especialmente en lo que respecta a los derechos de niños, niñas y adolescentes. Tras casi 35 años de la CDN resulta inexcusable seguir deliberando ¿cómo escuchar a un niño? ¿cuándo

escuchar a un niño? ¿a qué edad escuchar a un niño? ¿en qué etapa del proceso escuchar a un niño? ¿se propone abogado del niño? ¿cómo se designa un abogado para el niño? Estas preguntas no hacen más que resaltar una perspectiva adultocéntrica obsoleta y perjudicial.

Es urgente que abordemos estas cuentas pendientes desde una dimensión normativa, programática e institucional que incorporen completamente los derechos de la niñez en todas las fases del proceso judicial.

Al mismo tiempo, es fundamental implementar programas de capacitación continua para jueces y operadores judiciales que enfatizen técnicas de entrevista adaptadas a niños y el respeto por su participación efectiva en los procedimientos judiciales.

Finalmente, la evaluación y supervisión de las prácticas judiciales deben ser mejoradas, garantizando que los cambios no solo sean teóricos sino efectivamente aplicados.

Solo entonces, podremos asegurar que el sistema judicial argentino cumpla plenamente con los compromisos internacionales asumidos para la protección de los Derechos de la Niñez.

- **El reto personal**

Desde una perspectiva propia, albergo la esperanza de que, con el énfasis puesto en el trabajo diario desde lo profesional, en cada intervención jurisdiccional y en aportes académicos como éste, favorezcan y contribuyan significativamente a alcanzar *una igualdad real y a garantizar un debido proceso* que respete plenamente el Sistema de Protección Integral.

“Para el adulto es un escándalo que el ser humano en estado de infancia sea su igual”

(Dolto, Françoise, 1996: *La causa de los Niños*).

## BIBLIOGRAFÍA

### Fuentes institucionales y sitios web:

Comité de los Derechos del Niño. (2013). *Opinión Consultiva N° 14/2013*. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

<https://www.ohchr.org/es/treaty-bodies/crc>

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (s.f.). *Sitio oficial*.

<https://www.corteidh.or.cr/>

### Ponencias y congresos:

Comisión N° 1. (2019). *Conclusiones Comisión N° 1: Congreso Nacional de Derecho Procesal – San Juan 2019*.

### Libros y capítulos de libros:

Peyrano, J. W. (2011). *Eficiencia del sistema de justicia*. En *Nuevas Tácticas Procesales* (p. 12). Ediciones Nova Tesis.

Peyrano, J. W. (2013). *Importancia de la consolidación del concepto de la tutela judicial efectiva en el ámbito del juicio civil y el análisis de su contenido*. Nova Tesis. [II-DCCLI-961].

Rey Galindo, M. J., Acuña, M., & Silva, M. C. (2021). *Derechos de las familias: Fondo y forma* (p. 582). Editorial Contexto.

### Artículos en revistas y suplementos:

Berizzone, R. O. (2019). La jurisdicción protectoria o de acompañamiento. *Suplemento Jurisprudencial Argentina*, 06/02/2019. [AR/DOC/3643/2018].

Torres Traba, L. (2013). Tutelas procesales diferenciadas. *Suplemento Doctrina Judicial Procesal*, (junio), 1-6-13, p. 66. [AR/DOC/1859/2013].

# CONVERGENCIAS DIALÓGICAS DE LOS TRIBUNALES EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. ALGUNOS EJEMPLOS ESCLARECEDORES

**ESTEBAN NADER**

INSTITUCIÓN  
@hotmail.com

En Argentina, con anterioridad a 1992, la relación entre los tratados internacionales, las leyes y la constitución era poco clara. En un principio, el artículo 31 de la Constitución Nacional establecía (y establece al día de hoy): “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...”, con lo cual, aparentemente, el orden jerárquico estaba liderado por el texto constitucional, las leyes nacionales y los tratados internacionales, en ese orden. Esta postura implicaba que el país consideraba que su derecho interno primaba sobre el derecho internacional.

Sin embargo, a través de la jurisprudencia de la CSJN podían encontrarse casos en donde se aplicaban directamente los tratados internacionales o donde se expresaba que en tiempos de paz la República Argentina adhería a la teoría dualista pero en tiempos de guerra, el país se aparta de esos principios. En fin, como bien lo expresa Góngora Mena, la jurisprudencia no fue estable en este período<sup>1</sup>.

La situación entre la Constitución, las leyes y los tratados se aclara con un fallo emblemático de la CSJN en 1992: “Ekmekdjian c. Sofovich”<sup>2</sup>. En ese caso, el tribunal argentino dejó claramente

1. Góngora Mena, Manuel E., *El Bloque de Constitucionalidad en Argentina y su relevancia en la lucha contra la impunidad*, Centro de Derechos Humanos de Nüremberg, Alemania, 19 de enero de 2007, p. 3.

2. Fallos 315:1492, 07/07/92.

establecido, en forma clara y tajante, que los tratados internacionales tenían supremacía sobre las leyes de la Nación. Si bien fue por una mayoría ajustada (5 a 4), el fallo supuso dejar de lado la postura dualista para abrazar una postura a favor del derecho internacional, revolucionando la concepción imperante hasta ese momento.

## 1. LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994

Esta cuestión quedó resuelta con la reforma del año 1994 y la incorporación del art. 75 inc. 22. Este establece lo que nos interesa: a) la jerarquía suprallegal de todos los tratados internacionales; b) la jerarquía constitucional de 11 instrumentos internacionales sobre derechos humanos<sup>3</sup>; c) la complementariedad y la no derogación de todos los derechos y garantías de la constitución en las condiciones de su vigencia; d) el procedimiento de denuncia; e) el procedimiento para dotar de jerarquía constitucional a otros tratados sobre derechos humanos<sup>4</sup>.

En primer lugar, con esta norma, Argentina eliminó la incertidumbre sobre la jerarquía de los tratados sobre las leyes, evitando cualquier tipo de contradicción con la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, reconociendo la primacía del derecho internacional sobre el derecho interno.

En segundo lugar, se internalizó gran parte del derecho internacional de los derechos humanos al dotar de jerarquía constitucional a

---

3. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruces, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño.

4. Mediante este procedimiento se le otorgó jerarquía constitucional a tres tratados Internacionales de Derechos Humanos más por lo que actualmente son catorce tratados con jerarquía constitucional. Estos tres fueron: la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (1997), la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad (2003) y la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2014).

catorce instrumentos internacionales (declaraciones, convenciones, protocolos, pactos) sobre esa temática.

El primer efecto de esta decisión fue extender en forma magnífica la carta de derechos. Los derechos a la salud, a la integridad, por poner algunos como ejemplos, que solo tenían cabida en los derechos implícitos previstos por la constitución histórica (artículo 33), y que a partir de su incorporación en el artículo 75 inc. 22 se encuentran contemplados expresamente.

El segundo efecto que podríamos nombrar es lo que se ha denominado la flexibilización de la Constitución Argentina, históricamente rígida, si se piensa que en 161 años solo fue reformada en seis oportunidades. Esto se produce porque la misma cláusula prevé la forma de incorporar o sustraer de esa jerarquía constitucional a los tratados de derechos humanos. Estos, en conjunto con la Constitución, son denominados por la doctrina como “bloque de constitucionalidad federal” o, al decir de Andrés Gil Domínguez, la regla de reconocimiento en el derecho argentino. Al margen de la discusión sobre si los tratados son o no parte de la Constitución, lo cierto es que actualmente la pirámide jurídica fue modificada para pasar a ser un trapecio, con la Constitución y los tratados de derechos humanos jerarquizados en un mismo techo. Con esto, el artículo 31 de la Constitución Nacional hoy debe leerse “armónicamente” con el artículo 75 inciso 22.

### **1.1 El efecto de apertura constitucional**

Dentro de los efectos que tuvo la reforma, hubo uno que nos atrevemos a especular que los constituyentes no previeron en cuanto a su impacto: la constitucionalización de la apertura al sistema interamericano de los derechos humanos. En efecto, dotar de jerarquía constitucional a la Convención Americana de Derechos Humanos implicó para la Argentina reconocer como máximo intérprete de esta a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.



Si bien el país ya formaba parte del sistema y ya había reconocido la jurisdicción de la CorteIDH, la disposición del artículo 75 inciso 22, en conjunto con una jurisprudencia de la misma CSJN, marcaron una verdadera revolución jurídica.

El país lógicamente perdió soberanía con la decisión, ya que, actualmente, un ente como la Corte IDH es quien tiene la última palabra en casos donde se pone en duda la convencionalidad del derecho interno argentino<sup>5</sup>. Sin embargo, las personas han ganado con esta jerarquización de otro ámbito para discutir, luchar y defender sus derechos humanos.

Cabe destacar que la cláusula constitucional argentina funciona también como la válvula de escape a través de la cual se dieron, se dan y pueden darse cambios fundamentales tanto en la jurisprudencia como en el derecho interno del país. Piénsese que, a raíz de la jerarquización y de decisiones importantes de la CorteIDH, la CSJN cambió de criterio en materia de crímenes de lesa humanidad, indultos y amnistías en forma drástica, como veremos más adelante.

De esta forma, la cláusula constitucional hace las veces de mecanismo de ajuste, de dinámica del sistema, sin ser necesaria la convocatoria a una reforma constitucional. Quizás porque la misma Constitución ha dejado de ser una constitución nacional rígida para pasar a ser una constitución convencional flexible, en constante dinamismo como consecuencia de los diálogos multiniveles que se producen con el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

---

5. A partir del fallo Fontevecchia de la CSJN, se debería hacer una relectura de este punto, ya que la postura que toma el máximo tribunal argentino con respecto al margen de apreciación nacional, plantea varios interrogantes.

## 1.2. El impacto y el contexto regional

Actualmente se torna incuestionable el impacto que la internalización del derecho interno de los Estados tuvo y tiene en la conformación de nuevos ordenamientos jurídicos que se retroalimentan en todas las direcciones y que tienen como eje el respeto de los derechos humanos.<sup>6</sup>

Este fenómeno genera Estados abiertos<sup>7</sup>. Según Mariela Morales, en Sudamérica, esta “estatalidad abierta tiene una fisonomía heterogénea y progresiva. En Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela se constata el avance continuo en la regulación expresa del rango constitucional que se atribuye a los tratados internacionales de derechos humanos en los ordenamientos nacionales y muestran en general una concepción a favor del derecho internacional, del sistema interamericano. Sin embargo, la progresividad va acompañada de una diversidad de mecanismos que permiten la permeabilidad normativa. Hay distintas denominaciones (como cláusulas de apertura, cláusulas de diálogo, normas de reenvío, habilitaciones constitucionales para la integración). Igualmente la graduación va de la generalidad a la especificidad, en la medida en que convergen, de modo acumulativo o no, figuras jurídicas como primacía de los tratados de derechos humanos, bloques

---

6. Si bien la internacionalización produjo efectos importantes en los sistemas jurídicos estatales, al mismo tiempo la constitucionalización del ordenamiento jurídico internacional y regional produjo efectos en estos ordenamientos.

7. Según Morales Antoniazzi Mariela: “El Estado constitucional actual sólo puede entenderse como un Estado en el concierto de la comunidad internacional y por lo tanto con las limitaciones inherentes a esa pertenencia y las que el Estado, en decisiones soberanas, ha plasmado mediante la transferencia de competencias en su propio texto constitucional. La inherente limitación de los Estados constitucionales, particularmente, en materia de derechos humanos, marcó un cambio en la concepción tradicional de la soberanía. Morales Antoniazzi, Mariela, *El Estado abierto y el cambio de paradigma de la soberanía: Objetivo y desafío del Ius Constitutionale Commune en: Ius Constitutionale Commune en derechos humanos en américa latina: Una aproximación conceptual*, Armin von Bogdandy, Mariela Morales Antoniazzi y Eduardo Ferrer Mac-Gregor (Coord), Editorial Porrúa, 2013.

de constitucionalidad, efecto directo, interpretación conforme, derechos implícitos, interpretación por homine".<sup>8</sup>

Es en este sentido que el artículo 75 inc. 22 de la Constitución Argentina se torna paradigmático, siendo la primera cláusula constitucional a nivel latinoamericano que incorpora de manera explícita una serie de tratados de derechos humanos y declaraciones, a los cuales otorga jerarquía constitucional. Asimismo, genera un mecanismo por el cual este listado de tratados puede ser ampliado, como ya mencionamos anteriormente.<sup>9</sup> En este sentido, la Constitución Argentina se convierte en un referente a nivel Latinoamericano<sup>10</sup>.

## 2. CONVERGENCIAS DIALÓGICAS ENTRE LAS CORTES

Estas cláusulas de apertura que se incorporaron en la gran mayoría de las Constituciones latinoamericanas, han permitido de alguna manera que se esparciera un germen común en todo el

---

8. Morales Antoniazzi, Mariela, *El Estado abierto y el cambio de paradigma de la soberanía: Objetivo y desafío del Ius Constitutionale Commune en Ius Constitutionale Commune en derechos humanos en américa latina: Una aproximación conceptual*, Armin von Bogdandy, Mariela Morales Antoniazzi y Eduardo Ferrer Mac-Gregor (Coord), Editorial Porrúa, 2013.

9. El mecanismo establecido por el artículo mencionado consiste en: "Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional." Por medio de este mecanismo fueron aprobados y poseen jerarquía constitucional: Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (CIDFP) por la Ley N° 24.820, publicada el 29 de mayo de 1997; y la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, mediante la Ley N° 25.778, publicada el 3 de septiembre de 2003.

10. Si bien según Rodrigo Uprimny, los procesos de reforma constitucionales a partir de los años 90' en Venezuela, Ecuador y Bolivia parecen inscribirse en los llamados procesos constitucionales más fundacionales, con ruptura del orden anterior, mientras los otros procesos eran más transaccionales o de consenso, como fue en Colombia y Argentina. UPRIMNY, RODRIGO, "Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos", en *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Rodríguez Garavito (Coord.), Argentina, 2011. Además debe tenerse en cuenta que en la mayoría de países la equiparación de normas internacionales con normas constitucionales nacionales ha tenido lugar a través de la incorporación de la doctrina del bloque de constitucionalidad por parte de las cortes constitucionales.

continente. Este germen viene conformando las bases de un *Ius Constitutionale Commune* en América Latina (ICCAL) que se va desarrollando y consolidando de manera paulatina<sup>11</sup>. Un ejemplo claro de esto lo plantean estos ricos diálogos jurisdiccionales que se vienen dando entre las Cortes y el Sistema Interamericano, aunque también entre las mismas Cortes nacionales. Si bien, no podemos negar que todavía nos encontramos en un continente muy desigual y que el progreso latinoamericano no es lineal, estas interacciones van generando certezas sobre cuestiones trascendentales como, la concepción fuerte sobre los DESC, el no retorno a las dictaduras, el juzgamiento de los crímenes de lesa humanidad, solo por citar algunos ejemplos.

## **2.1. Uno de los impactos de la reforma: el Diálogo entre la Corte IDH y la CSJN y las convergencias de la CCC y la CSJN en el abordaje de casos estructurales**

Como pudimos ver, la internalización de los tratados internacionales de derechos humanos, se dio en Latinoamérica en general bajo el formato de las cláusulas de apertura y más bien delimitado a los derechos humanos. Argentina se enmarca dentro de este formato, y al mismo tiempo se convirtió en un referente a nivel latinoamericano a través de la incorporación de la cláusula de apertura de manera explícita en la Constitución. Este fenómeno produjo al mismo tiempo la incorporación cada vez más profunda del derecho internacional en el derecho interno de los países, lo que ocasionó de manera paulatina una internacionalización e interamericanización<sup>12</sup> de los sistemas jurídicos, creando novedosas

---

11. "Von Bogdandy, Armin, *Ius Constitutionale Commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador*". *Revista Derecho del Estado*. 34 (jul. 2015), 3-50. Para profundizar en más detalles sobre esta línea de investigación del Instituto Max Planck de derecho Público Comparado y Derecho Internacional, ver: <https://www.mpil.de/de/pub/forschung/nach-rechtsgebieten/oeffentliches-recht/ius-constitutionale-commune.cfm>.

12. Morales Antoniazzi, Mariela, ob. cit.

convergencias normativas en el marco del sistema interamericano.

Estos procesos como ya deslizamos, generan Estados abiertos donde se producen procesos de retroalimentación entre las Constituciones y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos<sup>13</sup> como espacios jurídicos compartidos en el vértice superior de la antigua pirámide y que busca más dibujar la figura geométrica del trapecio.<sup>14</sup>

Asimismo estas interacciones, en palabras de Manuel Góngora Mera, generan diálogos policéntricos en el contexto latinoamericano, entendiendo por estos a "las interacciones entre diferentes cortes del sistema sobre el alcance o contenido de derechos y obligaciones, que generan una adopción policéntrica de estándares normativos. A través de estos diálogos se diseminan estándares normativos entre distintos niveles o de un sistema nacional a otro, sin que haya necesariamente una resolución de la Corte Interamericana contra el país o los países respectivos que acogen el estándar". Según sostiene, a mayor apertura hacia el derecho internacional de los derechos humanos, mayor recepción de estándares globales y regionales.<sup>15</sup>

Es en este sentido que, en este puntome propongo mostrar a través de algunos ejemplos, estos diálogos policéntricos que se producen a raíz de la cláusula de apertura de la Constitución Argentina, y la internacionalización e interamericanización del sistema jurídico latinoamericano, entre la CSJN y la CorteIDH.

Asimismo, pretendoexponer las convergencias existentes entre

---

13. Bazán, Victor, *"Justicia constitucional y protección de los derechos fundamentales en Argentina"*, en: *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales, Aportes de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Perú, Uruguay y Venezuela*, Bazán/Nasch (Coord.), Montevideo, 2009.

14. Pizzolo, Calógero, *"Los mecanismos de protección en el sistema interamericano de derechos humanos y el derecho interno de los países miembros. El caso argentino"*, en *Derecho internacional de los derechos humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Méndez Silva, (Coord.), 2002.

15. Góngora-Mera, Manuel Eduardo, *Judicializando las desigualdades raciales en América Latina: Un diálogo interamericano*, en *Diálogo sobre diálogos jurisdiccionales. Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum*, von Bogdandy, Armin, Ferrer Mac Gregor, Eduardo, Morales Antoniazzi, Mariela (Coord.), México, 2013.

algunas Cortes nacionales en el abordaje de casos estructurales,<sup>16</sup> donde se ven vulnerados de forma sistemática derechos de porciones importantes de personas, en este caso me centraré sobre todo en las convergencias existentes entre la CSJN y la Corte Constitucional Colombiana (CCC).

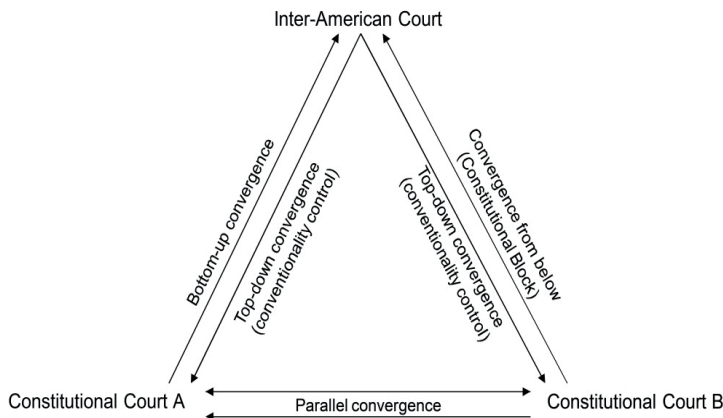
Para mostrar esta interacción utilizaremos el modelo coevolutivo de interrelaciones entre Cortes utilizada por Manuel Góngora Mera<sup>17</sup>. Este modelo nos permitirá observar en la jurisprudencia de ambas cortes: a) convergencia descendente (top-down), en la que la CSJN ha adoptado estándares interamericanos; b) convergencia ascendente (bottom-up), en la que la Corte Interamericana ha adoptado estándares desarrollados por la CSJN, y c) convergencia paralela entre las dos Cortes por la difusión horizontal de estándares consagrados entre las Cortes que impactan de alguna manera en el sistema interamericano<sup>18</sup>.

---

16. Los casos estructurales, están caracterizados por: a) afectar a un número amplio de personas que alegan la violación de sus derechos ya sea directamente o a través de organizaciones que realizan litigio de interés público con su causa, b) involucrar a varias entidades estatales como demandadas por ser responsables de fallas sistemáticas de políticas públicas, c) implicar ordenes de ejecución complejas mediante las cuales el juez de la causa instruye a varias entidades públicas a emprender acciones coordinadas para diagramar crear políticas públicas tendientes a resolver los problemas estructurales, 4) consistir la sentencia tan solo un punto de partida, a partir del cual se van buscando soluciones colectivas a través de la construcción dialógica entre la multiplicidad de actores involucrados.

17. Góngora-Mera Manuel Eduardo, *Inter-American Judicial Constitutionalism: On the Constitutional Rank of Human Rights Treaties in Latin America through National and Inter-American Adjudication*, Inter-American Institute of Human Rights, 2011.

18. Según Góngora, las características más importantes de este modelo consisten en: pluralismo, integralidad, deliberación, reciprocidad y multidireccionalidad.



**Gráfico 1: Modelo coevolutivo de interacciones formador del ICCAL. Fuente: Manuel Eduardo Góngora Mera, 2011.**

### 2.1.1. Convergencia descendente (top-down) entre la Corte IDH y la CSJN en casos de crímenes contra la humanidad

En este apartado, intentaré demostrar a través de casos concretos de la CSJN, el tipo de diálogo descendente (top-down) entre ambas Cortes. No es la idea de este punto desarrollar in extenso todos los casos sino simplemente revelar estas interacciones a través de algunos ejemplos.

Antes de comenzar a describir las convergencias descendentes, es importante destacar que la CSJN tiene ya desde el año 1995 como regla seguir los lineamientos plasmados en la jurisprudencia de la Corte IDH, lo que determinará la gran importancia e influencia de esta dentro del sistema jurídico argentino<sup>19</sup>.

19. Esta regla fue esbozada en el caso *Giroldi, Horacio David y otro s/ Recurso de casación —causa No. 32/93—*, donde la Corte manifestó que: “Que la ya recordada “jerarquía constitucional” de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (consid. 5°) ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente, “en las condiciones de su vigencia” (art. 75, inc. 22, párr. 2°, esto es, tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su

Antes de finalizada la dictadura militar en el año 1983, esta sancionó una ley de amnistía con la intención de evitar que sus crímenes sean juzgados, sin embargo dicha ley fue anulada por el gobierno democrático y se juzgaron a nueve comandantes por violaciones graves de derechos humanos. Sin embargo, con posterioridad, fueron dictadas las leyes de Punto Final y la de Obediencia Debida (23.492 y 23.521, respectivamente), además de ser concedidos con posterioridad numerosos indultos a militares en el gobierno de Menem<sup>20</sup>.

La incorporación de los tratados de derechos humanos como la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas<sup>21</sup> y la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad<sup>22</sup> en la cláusula de apertura, tanto como las sentencias de la Corte IDH, allanaron el camino para que comiencen a juzgarse en el país los crímenes de lesa humanidad cometidos por la dictadura.

El siguiente esquema es una presentación que intenta mostrar solo algunas de las interacciones<sup>23</sup>, que se produjeron a través de citas, donde la CSJN utiliza reglas creadas por la Corte IDH en sentencias

---

interpretación y aplicación.

De ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana (confr. arts. 75, Constitución Nacional, 62 y 64 Convención Americana y 2°, ley 23.054)." (cons. 11).

20. Decreto 1002/89.

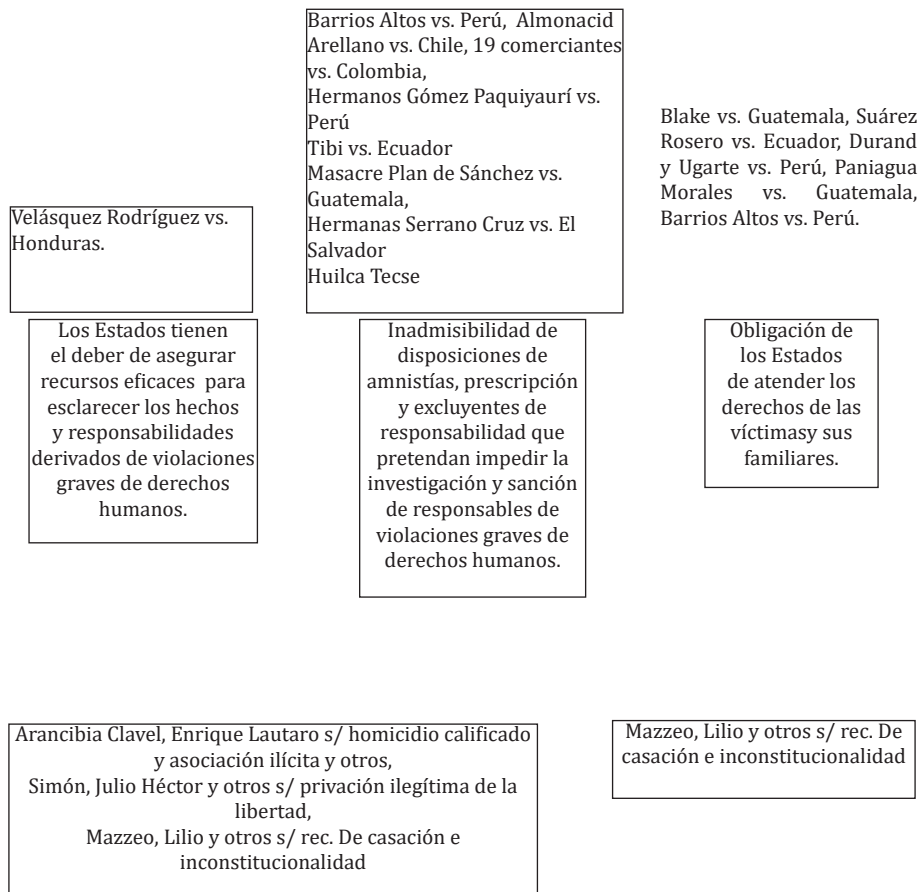
21. Se le otorgó jerarquía constitucional por medio de Ley 24.820, publicada el 29 de mayo de 1997.

22. Se le otorgó jerarquía constitucional por medio de Ley 25.778, aprobada el 20 de agosto de 2003.

23. En el esquema solo se toman en cuenta algunas interacciones a modo ejemplificativo, no la totalidad de las mismas, que se producen en los casos Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros, Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, Mazzeo, Lilio y otros s/ rec. de casación e inconstitucionalidad, y tan solo las acontecidas en los votos de la mayoría de cada uno de los fallos. Los tres fallos por su complejidad, produjeron disidencias y votos fundamentados de forma separada por los jueces, es por ello que al no ser un punto central en el artículo se decidió solo analizar los votos de la mayoría, pero a lo largo de los distintos votos de los fallos pueden observarse más interacciones y convergencias que las mencionadas.



que tienen como eje el juzgamiento de los crímenes de lesa humanidad perpetrados por la dictadura en Argentina.



**Gráfico 2: Convergencia descendente top-down entre la Corte IDH y la CSJN (cuadros de elaboración propia).**

El esquema evidencia el efecto acumulativo de los estándares creados por la jurisprudencia interamericana que se produjeron en, al menos estos tres casos y su convergencia con jurisprudencia de la CSJN en materia de violaciones graves de derechos humanos,

cómo fueron los crímenes de lesa humanidad producidos por la dictadura argentina.

En los tres casos analizados puede observarse claramente cómo la CSJN, basándose en estándares creados por la jurisprudencia interamericana, decide sobre la inadmisibilidad de excluyentes de responsabilidad en estos casos y declara la inconstitucionalidad de las leyes de Punto Final y la de Obediencia Debida (23.492 y 23.521, respectivamente) en el caso Simón; manifiesta que la acción penal no se ha extinguido respecto de Enrique Lautaro Arancibia Clavel, al quedar las reglas de prescripción de la acción penal previstas en el ordenamiento jurídico interno desplazadas por el derecho internacional consuetudinario, la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad<sup>24</sup> y, según lo establecido por la jurisprudencia de la Corte IDH; asimismo declara la inconstitucionalidad del decreto 1002/89 por el cual se dispuso el indulto de Julio Mazzeo.

### **2.1.2. Convergencia ascendente (bottom-up) entre la Corte IDH y la CSJN en el caso Gelman vs. Uruguay**

De una manera similar a lo acontecido en Argentina, el Congreso uruguayo sancionó una vez restablecida la democracia la Ley de Caducidad<sup>25</sup> por la cual “caducaba el ejercicio de la pretensión punitiva del Estado respecto de los delitos cometidos hasta el 1º de marzo de 1985 por funcionarios militares y policiales, equiparados y asimilados por móviles políticos o en ocasión del cumplimiento de sus funciones y en ocasión de acciones ordenadas por los mandos que actuaron durante el período de facto” (art. 1). Tras la sanción de esta norma, la Corte Suprema de Uruguay tuvo la posibilidad de manifestarse sobre la inconstitucionalidad de la norma en el año 1989, pero esta sostuvo la constitucionalidad con un fallo dividido

---

24. Leyes 24.584 y 25.778 respectivamente.

25. Ley 15.848.

con tres votos a favor y dos en contra.<sup>26</sup> Con posterioridad, en el año 1989 un grupo de ciudadanos y familiares de desaparecidos logro juntar firmas para promover un referéndum en contra de la Ley de Caducidad, aunque la mayoría de sociedad uruguaya se pronunció a favor de la Ley<sup>27</sup>. En el año 2009 la Suprema Corte de Justicia declaró la inconstitucionalidad de los artículos 1, 3 y 5 de la Ley en la causa Sabalsagaray Curutchet Blanca Estela<sup>28</sup>. Sin embargo, el 25 de octubre de 2009 se sometió a consideración de la ciudadanía a través del mecanismo de iniciativa popular un proyecto de reforma constitucional por el cual se buscaba crear una disposición especial para declarar nula la Ley de Caducidad, pero al no obtener la mayoría necesaria no fue aprobado<sup>29</sup>.

Con estos antecedentes, el caso Gelman llegó a la Corte Interamericana, quien dictó sentencia el 24 de febrero de 2011<sup>30</sup>.

El siguiente esquema pretende mostrar, a partir de citas de la Corte IDH, algunas interacciones que ponen de relieve una convergencia de tipo ascendente (*bottom-up*) entre esta y la CSJN en el caso Gelman,

---

26. Suprema Corte de Justicia de Uruguay, autos caratulados "Detta, Josefina; Menotti, Noris; Martínez, Federico; Musso Osiris; Burgell, Jorge s/inconstitucionalidad de la ley 15.848.

27. Corte Electoral, Testimonio sobre el resultado del referéndum de 1989, acta N°. 6336, de 22 de junio de 1989, aprobada el 23 de agosto de ese año, prueba, folios 3463 a 3468 (porcentaje calculado por la Secretaría con base en la información presentada por las partes), y Servicio Paz y Justicia-Uruguay, Derechos Humanos en el Uruguay. Informe 2009, Montevideo, Uruguay, 2009, prueba, folio 3175.

28. Caso "Sabalsagaray Curutchet Blanca Stela, Denuncia de Excepción de Inconstitucionalidad", sentencia N° 365, de 19 de octubre de 2009.

29. El apoyo a la iniciativa se materializaba mediante la introducción en el sobre de votación de las elecciones nacionales a Presidente, Vicepresidente y miembros del Poder Legislativo una papeleta rosada con una sola opción para el SI. Para ser aprobada la propuesta se necesitaba más de la mitad de los votos computados. La propuesta alcanzó el 47.7% de los votos emitidos y el 43.15 % de los votos habilitados (válidos).

30. En relación con los hechos del caso, María Claudia García, madre de María Macarena Gelman García, sufrió la desaparición forzada por parte de la dictadura uruguaya dando a luz en cautiverio. Su hija fue colocada en un canasto y dejada en la puerta de la casa del policía Angel Tauriño, ubicada en el barrio Punta Carretas de Montevideo. Una vez finalizada la dictadura, el Abuelo de la niña, Juan Gelman tomo conocimiento de la posible existencia de su nieta y comenzó su búsqueda, lo que entre otras cosas generó este caso ante la Corte IDH.

que daría la pauta de un verdadero diálogo bidireccional entre ambas Cortes y algunos tribunales inferiores argentinos en lo que refiere a la temática de crímenes de lesa humanidad<sup>31</sup>.

### Gelman vs Uruguay

Las operaciones clandestinas incluyeron en muchos casos la sustracción y apropiación de niños y niñas, varios de ellos recién nacidos o nacidos en cautiverio, donde una vez ejecutados sus padres, los niños eran entregados a familias de militares o policías.

Tribunal Oral en lo Criminal Federal nro. 6 de la Capital Federal, Buenos Aires, Argentina, Causa nro. 1278

Cámara Federal en lo Criminal y Correccional, Sala II, Argentina, Causa 17.890

Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Nro. 10, Expte N°: 275/91

Cámara Federal en lo Criminal y Correccional, Sala II, Causa 17.890.

A fin de dar cumplimiento a los tratados internacionales en materia de derechos humanos, la supresión de las leyes de amnistía resulta impostergable y ha de producirse de tal forma que no pueda derivarse de ellas obstáculo normativo alguno para la persecución de hechos producidos por violaciones graves de derechos humanos.

Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad.

La sustracción y apropiación ilícita de niños y niñas, afectaba el derecho a la identidad de las víctimas, toda vez que se ha alterado el estado civil de los niños y se han atribuido datos filiatorios que impidieron conocer la verdadera identidad de los mismos, quedando eliminado cualquier indicio relativo a su verdadero origen y evitando el contacto con la verdadera familia.

Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, Argentina, Sala Tercera, Causa N° 08.787

Tribunal Oral en lo Criminal Federal No. 6 de la Capital Federal de Argentina, causa N° 403.

### Gráfico 3: Convergencia ascendente (*bottom-up*) entre la CorteIDH y la CSJN

31. Aunque a lo largo del fallo puede observarse que el dialogo que propicia la Corte Interamericana no es tan solo con la Corte Suprema Argentina y los tribunales inferiores argentinos, sino también con otros tribunales superiores de países latinoamericanos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Organismos Internacionales. Pero a los fines de este trabajo solo abordaremos de forma superficial las interacciones con los primeros.

En el esquema presentado, pueden observarse interacciones ascendentes (*bottom-up*) entre la Corte Suprema Argentina y algunos tribunales inferiores argentinos y la Corte IDH.

La Corte Interamericana no aplica estándares creados por la CSJN y los tribunales inferiores, sino que cita a la Corte Suprema como parámetro y ejemplo de aplicación de estándares del sistema interamericano, con la intención de otorgarle una mayor legitimación a su sentencia y demostrar el cumplimiento de los distintos países a la prohibición de aplicar amnistías o excluyentes de responsabilidad en casos de violaciones graves de derechos humanos, como lo fueron los crímenes de lesa humanidad perpetrados por las dictaduras latinoamericanas, colocando al caso Simón de la CSJN como *leading case* en ese sentido.

Asimismo, a lo largo de la sentencia se apoya en fallos de los tribunales inferiores argentinos a los fines de probar el *modus operandi* de las dictaduras con respecto a la sustracción de niños y niñas de mujeres en situación de cautiverio, quienes eran mantenidas vivas hasta que dieran a luz y en general desaparecidas con posterioridad.

También se nutre de la jurisprudencia argentina, para confirmar el grave perjuicio que los niños y niñas sustraídos sufren al perder todo contacto con su familia biológica. Y es en este sentido que citando un voto minoritario de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, sostiene que: "[e]l reconocimiento social del derecho prevaleciente de la familia a educar a los niños que biológicamente traen a la vida, se cimenta además en un dato que cuenta con muy fuerte base científica, que es la herencia genética de las experiencias culturales acumuladas por las generaciones precedentes", añadiendo que "la personalidad no se forma, entonces, en un proceso sólo determinado mediante la transmisión de actitudes y valores por los padres y otros integrantes del grupo familiar; sino también por las disposiciones hereditarias del sujeto, ante lo cual la vía normal de formación de la identidad resulta ser la familia biológica", concluyendo que el

“derecho del niño es, ante todo, el derecho a adquirir y desarrollar una identidad, y, consecuentemente, a su aceptación e integración por el núcleo familiar en el que nace” (párrafo 124).

Este tipo de convergencias *bottom-up*, de mantenerse, podrían generar una auspiciosa homogeneización del sistema jurídico interamericano, ya que por el diálogo bidireccional produce una convergencia de tipo evolutiva donde tanto los tribunales nacionales como la Corte IDH se nutren mutuamente a través de la aplicación de estándares generados en los distintos sistemas jurídicos y, al mismo tiempo, genera mayor legitimación de las sentencias de la Corte IDH y espacios de diálogos constructivos<sup>32</sup>.

### **2.1.3. La convergencia paralela en el abordaje de casos estructurales entre la Corte Constitucional Colombiana (CCC) y Corte Suprema de Justicia Argentina (CSJN)**

Una de las críticas más fuertes que hace parte de la doctrina con respecto al involucramiento de las Cortes en casos estructurales, tiene que ver con que estas en principio carecerían de legitimidad para intervenir en materia de políticas públicas, estas serían un espacio que incumbe a los otros dos poderes del Estado. En ese marco tenemos, por un lado, la crítica de legitimidad democrática, en el sentido de que los miembros del poder judicial no son elegidos directamente por el pueblo, por lo que, de entrometerse las Cortes en materia de políticas públicas, atentarían contra el principio

---

32. Según Eduardo Ferrer Mac-Gregor Pissot: “transitamos hacia un “Sistema Interamericano Integrado” con un “control de convencionalidad” dinámico y complementario, lo que está forjando progresivamente un auténtico *Ius Constitutionale Commune Americanum* como un núcleo sustancial e indisoluble para preservar y garantizar la dignidad humana de los habitantes de la región”. Hacia la formación jurisprudencial interamericana de un *Ius Constitutionale Commune Americanum*. Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (res judicata) e indirecta hacia los Estados Parte de la Convención Americana (res interpretata) (Sobre el cumplimiento del Caso Gelman Vs. Uruguay), *Ius Constitutionale Commune en derechos humanos en América Latina: Una aproximación conceptual*, coordinadores: Armin von Bogdandy, Mariela Morales Antoniazzi y Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Editorial Porrúa, 2013.

democrático del auto gobierno; y por el otro, la crítica referida a la falta de capacidad institucional del Poder Judicial para decidir sobre cuestiones complejas de políticas públicas.

La disyuntiva se plantea cuando estos poderes que, en principio, serían los que democráticamente pueden y deben efectivizar políticas públicas para garantizar los derechos de la población, se encuentran bloqueados o esclerosados y se mantienen inertes e inactivos para resolver problemas estructurales que provocan la vulneración masiva de derechos de grandes porciones de la población. Es en ese momento donde el Poder Judicial como poder del Estado tiene la obligación de intervenir para contribuir en la resolución de estas vulneraciones de derechos. Justamente su fin último consiste en ejercer el control constitucional tanto de las acciones como omisiones de los demás poderes del Estado que producen estos Estados de Cosas Inconstitucionales, en términos de la CCC.

Esta situación plantea el desafío sobre qué tipo de intervenciones son las adecuadas para que un tribunal se involucre en este tipo de casos estructurales. En ese sentido, trabajos como los de Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco<sup>33</sup>, a través un abordaje sociojurídico del estudio del derecho, realizaron un trabajo empírico donde concluyen que los abordajes que, por un lado, inciden en menor medida contra el principio de autogobierno democrático, y por el otro, da mejores resultados en cuanto al verdadero impacto para modificar la realidad social que motiva su intervención serían abordajes dialógicos que Rodríguez Garavito denomina como Empowered Participatory Jurisprudence (EPJ)<sup>34</sup>.

---

33. Rodríguez Garavito C. y Rodríguez Franco D. 2015, *Juicio a la exclusión: El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global*, Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires.

Rodríguez Garavito C. y Rodríguez Franco, D. 2010, "Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia", Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, De justicia, Bogotá.

34. Rodríguez Garavito C. 2017, "Empowered Participatory Jurisprudence: Experimentation, Deliberation and Norms in Socioeconomic Rights Adjudication", en Young, K. (ed.), *The Future of Economic and Social Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, Versión Preliminar.

Los mecanismos institucionales de la EPJ comprenden una intervención de las Cortes que contenga: una afirmación de derechos, sobre todo de DESC, fuertes, remedios moderados y mecanismos de monitoreo fuertes para la implementación de la sentencia. Conceptualmente, la EPJ es una instancia de experimentalismo democrático, donde las Cortes actúan como catalizadoras de procesos interactivos colectivos donde se procuran resolver problemas estructurales.

Estos procesos tienen lugar a través de parámetros legales sustantivos de los DESC, por un lado, y derechos procesales que favorezcan la efectivización de esos derechos, por el otro. Esto último, implica garantizar tanto la participación empoderada dentro del proceso a actores defensores de DESC, como la promoción de negociaciones dialógicas dentro del proceso que, garanticen la implementación de las órdenes de la Corte y se traduzcan en políticas públicas efectivas. Enfoque que se encuentra enmarcado dentro de lo que se conoce como activismo dialógico.

Las Cortes pueden, mediante el uso de un tipo de activismo dialógico, convertirse en un motor de cambios sociales. Lejos de erosionar la democracia, puede servir para crear espacios o arenas complementarias que sean utilizadas para poner en la agenda pública problemáticas estructurales que permitan hacer exigibles los DESC, sobre todo, de una gran parte de la población que aún se encuentra sumergida en graves situaciones de pobreza y desigualdad.

A modo de ejemplo, con dos casos estructurales paradigmáticos a nivel Latinoamericano, el de la contaminación de la Cuenca Matanza Riachuelo en Argentina<sup>35</sup> y el de los Desplazados en Colombia<sup>36</sup>, se

---

35. Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo), Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. Para más detalles sobre el caso de la Cuenca Matanza Riachuelo de la Corte Suprema Argentina ver: Nader, Esteban, "Cortes y Cambios Sociales La Corte Suprema Argentina y su impacto en políticas públicas. El caso de la Cuenca Matanza Riachuelo y el efecto irradiador sobre la Cuenca Salí Dulce del noroeste argentino". Tesis Doctoral, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Argentina, 2021.

36. - 025, Corte Constitucional Colombiana. Para más detalles de este caso ver: Rodríguez Garavito C.



mostrarán estas convergencias que existen a nivel de las Cortes Nacionales en intervenciones sobre casos estructurales.

| Caso          | Derechos | Remedio  | Monitoreo | Impacto |
|---------------|----------|----------|-----------|---------|
| T-025 CCC     | fuerte   | moderado | fuerte    | alto    |
| Caso CMR CSJN | fuerte   | moderado | fuerte    | alto    |

**Gráfico 3: Convergencias entre Cortes Supremas Nacionales en casos estructurales (cuadro de elaboración propia)**

Con respecto a la concepción de derechos, tanto la CSJN como la CCC, sobre todo en materia de DESC, puede verse en ambas intervenciones como optan por una concepción fuerte de derechos, lo cual implica la operatividad directa de estos derechos en ambos sistemas jurídicos. Las concepciones sobre los DESC que, en general se encuentran ya impregnadas en toda Latinoamérica, donde no existen ya dudas respecto a la interdependencia e indivisibilidad de los derechos y por lo tanto de descarta cualquier tipo de jerarquía entre los mismos, forma parte indispensable de este *corpus iuris* latinoamericano que llamamos Ius Constitutionale Comune Latinoamericano. Esta concepción sobre los DESC, de alguna manera, están influyendo también de manera *bottom-up* o ascendente en ciertas concepciones de la Corte IDH como la que construye a partir del caso Poblete Vilches sobre los DESC<sup>37</sup>.

En ambos casos pueden observarse que las Cortes interpelan a las agencias estatales a que resuelvan la situación de un número

---

y Rodríguez Franco D., *Juicio a la exclusión: El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global*, Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2015.

37. Morales Antoniazzi, Mariela y Clérico, Laura (Coordinadoras), "Interamericanización del derecho a la salud Perspectivas a la luz del caso Poblete de la Corte IDH", Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro México, 2019.

considerable de personas sobre derechos de variada gama como el de salud, vivienda, educación, acceso a la información, etc<sup>38</sup>.

Con respecto a la forma del remedio por el cual ambas Cortes deciden intervenir, pueden observarse similitudes, ya que, si bien ambas Cortes ante la inacción de las agencias estatales obligan a estas a cumplir con un programa diagramado por ellas que consta de ciertos puntos que, inexorablemente, deben abordar y resolver las administraciones correspondiente, por lo que dejan en manos de estas la elaboración e implementación de las políticas públicas mediante las cuales se resolverán estos puntos del programa.

Esta forma de intervención permite contrarrestar las críticas de cierta parte de la doctrina que sostiene que las Cortes no pueden inmiscuirse en cuestiones de políticas públicas. De esta manera, las Cortes, sin diseñar las políticas, que queda en manos de la administración, obliga a esta a realizar avances, a brindar una solución. Lo que la Corte produce en términos de Mangabeira Unger es una desestabilización de derechos<sup>39</sup>, no decide sobre qué políticas públicas son las adecuadas para resolver la vulneración estructural de derechos, pero sí mueve el tablero, desbloquea a las agencias estatales y pone el tema en la agenda pública, obligándola a movilizarse.

Por último, un punto vital en la intervención de las Cortes en casos estructurales tiene que ver con el monitoreo del cumplimiento de la sentencia. La instancia se transforma, en este tipo de casos, en una prolongación de la orden remedial, el éxito de depende casi exclusivamente de esta etapa porque los casos estructurales solo comienzan a partir de las sentencias. En la etapa del seguimiento es donde se producen interacciones constantes entre los distintos

---

38. Para más detalles sobre el caso de la Cuenca Matanza Riachuelo de la Corte Suprema Argentina ver: Nader, Esteban, "Cortes y Cambios Sociales La Corte Suprema Argentina y su impacto en políticas públicas. El caso de la Cuenca Matanza Riachuelo y el efecto irradiador sobre la Cuenca Salí Dulce del noroeste argentino". Tesis Doctoral, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Argentina, 2021.

39. Mangabeira Unger, R. 1987, *False necessity: antynecessitarian social theory in the service of radical democracy*, Cambridge University Press.

actores del proceso que son las que van delineando las políticas públicas adecuadas para resolver los problemas de fondo y van marcando el éxito o fracaso del proceso. Es por ello la importancia de un mecanismo de seguimiento fuerte.

Ambos casos muestran como un mecanismo de seguimiento fuerte, aunque dialógico, fue generando estas dinámicas constructivas entre los distintos actores que redundaron en la implementación de políticas públicas que fueron solucionando algunas problemáticas de forma paulatina. Si bien en ambos casos no se llegó a un cumplimiento total de la sentencia, en casos estructurales como los analizados es prácticamente imposible, la intervención de ambas Cortes permitió que el andamiaje institucional comience a rodar, que las partes por primera vez se vieran las caras, que existan responsable visibilizados para los afectados, y que de forma paulatina se comenzaran a resolver muchos de los problemas estructurales que motivaron la intervención de los Tribunales.

Estas formas de seguimiento dialógicos de las sentencias, generaron patrones que también están siendo tenidos en cuenta en el Sistema Interamericano,<sup>40</sup> lo que da, nuevamente, la pauta de la convergencia ascendente y marca un claro diálogo multidireccional dentro del universo latinoamericano que va forjando, no sin retrocesos, el contenido tanto teórico como práctico del *Ius Constitutionale Commune* en América Latina.

---

40. Parra, Oscar, "Reflexiones generales en torno al impacto y los retos para la implementación de decisiones judiciales en derechos sociales", p. 202-203 en Mariela Morales Antoniazzi y Laura Clérico (Coordinadoras), *Interamericanización del derecho a la salud Perspectivas a la luz del caso Pobleto de la Corte IDH*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro México, 2019.

## CONCLUSIONES

De lo expuesto se pueden extraer algunas conclusiones. En primer lugar, se observa cómo las cláusulas de apertura constitucionales de los países latinoamericanos han permitido una irradiación de derechos hacia el interior de sus ordenamientos jurídicos y, al mismo tiempo, han generado un espacio de interacción con el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

La utilización del modelo coevolutivo de interacciones nos permite ver en el caso argentino la existencia de un diálogo entre los tribunales nacionales y el Sistema Interamericano, y como este se traduce en interacciones tanto descendentes como ascendentes, lo que plantea la importancia del diálogo dentro del sistema.

Asimismo, se detectó en el trabajo un tipo de interacción un tanto novedosa que pasa por la manera en que las Cortes intervienen en casos estructurales. Utilizando los ejemplos de dos casos paradigmáticos de la Corte Constitucional Colombiana y de la Corte Suprema Argentina, se llegó a la conclusión de que existen también interacciones, aunque no explícitas, que tienen que ver con la forma en que esta Corte decide intervenir en este tipo de casos, a través de un enfoque fuerte en cuanto a la exigibilidad de los DESC, la utilización de remedios de tipo moderados y un monitoreo del cumplimiento de la sentencia fuerte, Rodríguez Garavito los llama abordajes *Empowered Participatory Jurisprudence*. Tipo de intervención que permite contrarrestar las críticas de legitimidad y falta de capacidad institucional de las Cortes y garantizar mejores resultados.

En definitiva, a partir de esta investigación puede observarse como la conformación de un ICCAL camina en la dirección correcta y va consolidándose paulatinamente, lo que no implica que en algunas ocasiones se observen retrocesos.

## BIBLIOGRAFÍA

- Bazán, Victor., *Justicia constitucional y protección de los derechos fundamentales en Argentina*, en *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales, Aportes de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Perú, Uruguay y Venezuela*, Bazán/Nasch (Coord.), Montevideo, 2009
- Bidart Campos, Germán J., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, t. I, *El derecho constitucional de la libertad*, EDIAR, Argentina, 1989.
- Ferrer Mac-Gregor Pissot, Eduardo, *Hacia la formación jurisprudencial interamericana de un Ius Constitutionale Commune Americanum. Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (res judicata) e indirecta hacia los Estados Parte de la Convención Americana (res interpretata) (Sobre el cumplimiento del Caso Gelman Vs. Uruguay)*, en: *Ius Constitutionale Commune en derechos humanos en américa latina: Una aproximación conceptual*, von Bogdandy, Armin Morales Antoniazzi, Mariela y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, Editorial Porrúa, 2013
- Gallo, Darío y Álvarez Guerrero, Gonzalo, *El coti*, Sudamericana, Argentina, 2009.
- Gongora-Mera Manuel Eduardo, *Diálogos Jurisprudenciales entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional de Colombia: una visión Coevolutiva de la convergencia de Estándares sobre Derechos de las Víctimas*, en [www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx), consultado en agosto de 2014.
- *El Bloque de Constitucionalidad en Argentina y su relevancia en la lucha contra la impunidad*, Centro de Derechos Humanos de Nuremberg, 19 de enero del 2007.
- *Inter-American Judicial Constitutionalism: On the Constitutional Rank of Human Rights Treaties in Latin America through National and Inter-American Adjudication*, Inter-American Institute of Human Rights, 2011.
- *Judicializando las desigualdades raciales en América Latina: Un diálogo interamericano*, en: *Diálogo sobre diálogos jurisdiccionales. Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum*, von Bogdandy, Armin, Ferrer Mac Gregor, Eduardo y Morales Antoniazzi, Mariela (Coord.), México, 2013.
- Mangabeira Unger, R., "False necessity: antynecessitarian social theory in the service of radical democracy", Cambridge University Press, 1987.
- Morales Antoniazzi, Mariela, *El Estado abierto y el cambio de paradigma de la soberanía en Ius Constitutionale Commune en derechos humanos en américa latina: Una aproximación conceptual*, Armin von Bogdandy, Mariela Morales Antoniazzi y Eduardo Ferrer Mac-Gregor (Coord), Editorial Porrúa, 2013.
- Morales Antoniazzi, Mariela y Clérico, Laura (Coordinadoras), "Interamericanización del derecho a la salud Perspectivas a la luz del caso Poblete de la Corte IDH", Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro México, 2019.
- Pizzolo, Calógero. *Los mecanismos de protección en el sistema interamericano de derechos humanos y el derecho interno de los países miembros. El caso argentino*,

- en *Derecho internacional de los derechos humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Méndez Silva (Coord), 2002.
- Nader, Esteban, *Cortes y Cambios Sociales La Corte Suprema Argentina y su impacto en políticas públicas. El caso de la Cuenca Matanza Riachuelo y el efecto irradiador sobre la Cuenca Salí Dulce del noroeste argentino*. Tesis Doctoral, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Argentina, 2021.
- Rodríguez Garavito C. y Rodríguez Franco D., "Juicio a la exclusión: El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global", Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2015.
- "Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia", Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, Bogotá, 2010.
- Rodriguez Garavito C., "Empowered Participatory Jurisprudence: Experimentation, Deliberation and Norms in Socioeconomic Rights Adjudication", en Young, K. (ed.), "The Future of Economic and Social Rights", Cambridge University Press, Cambridge, 2017. Versión Preliminar.
- Sagüés, Néstor P., *Elementos de derecho constitucional*, t. I, Astrea, Argentina, 2003.
- Uprimny Rodrigo, *Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos*, en: *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Rodríguez Garavito (Coord.), Argentina, 2011.
- Von Bogdandy, Armin, *Ius Constitutionale Commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador*. Revista Derecho del Estado. 34 (jul. 2015), 3-50.

# FALLOS COMENTADOS

## EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD ABSTRACTO. UN CASO A PARTIR DE LA LEY DE EDUCACIÓN SUPERIOR

**BRUNO MARTÍN OVEJERO SILVA**

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UNT)  
brunoovejerosilva@gmail.com

### INTRODUCCIÓN

Este breve trabajo tiene por finalidad hacer un análisis del control jurisdiccional habilitado por la Ley de Educación Superior Nº 24521 de 1995 (en adelante, LES), por medio del cual se habilita a que el Estado nacional a realizar observaciones a los estatutos de las universidades nacionales y plantearlas ante el Poder Judicial de la Nación. A los fines de analizar la cuestión, en el marco de las consignas de este curso de posgrado, el análisis se hará a partir de un caso de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (“Estado nacional, Ministerio de Cultura y Educación de la Nación formula observación estatutos U.N.C., art. 34 ley 24.521 del 27/05/1999, fallos 322:881”), que evidencia un interesante conflicto interpretativo a nivel constitucional.

### EL CASO

El art. 34 de la LES dispone que los estatutos de las universidades y sus modificaciones entran en vigencia a partir de su publicación en el Boletín Oficial, pero pone como condición que éstos sean comunicados al Ministerio de Cultura y Educación. Se habilitaba de esta forma a este ministerio a verificar la adecuación de los estatutos a la ley y:



si el Ministerio considerara que los mismos no se ajustan a la presente ley, deberá plantear sus observaciones, dentro de los diez días a contar de la comunicación oficial ante la Cámara Federal de Apelaciones, la que decidirá en un plazo de veinte días, sin más trámite que una vista a la institución universitaria.

La Universidad Nacional de Córdoba (UNC) había incluido en su estatuto el art. 82 que prescribía que "el ingreso, como así también el desarrollo posterior de la enseñanza, serán completamente gratuitos". El Ministerio de Educación formuló una observación a ese art. por entender que violaba el art. 75 inciso 19 de la Constitución (gratuidad y equidad) y el art. 59 inciso c de la LES (sobre la posibilidad de financiarse con contribuciones o tasas por los estudios de grado). En definitiva, la Corte resolvió que asistía razón al ministerio y dispuso que debían incluirse en el estatuto los términos gratuidad y equidad a fin de que actúen equilibradamente.

La decisión fue dividida con opiniones que mostraron una clara fractura entre los miembros de la Corte respecto al art. 75 inciso 19 de la Constitución Nacional. El art. incluye entre las atribuciones del Congreso la de "sancionar leyes de organización y de base de la educación que garanticen los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal y la autonomía y autarquía de las universidades nacionales". Para determinar si el estatuto de la UNC se adecuaba a la Constitución y a la LES era necesario dotar de contenido a expresiones como "gratuidad y equidad".

En el análisis de los distintos votos de los jueces de la Corte distinguimos al menos dos interpretaciones que dan cuenta de la relación entre los conceptos constitucionales de gratuidad y equidad, de las cuales –en aras de la simplificación de argumento– vamos a resaltar sus notas esenciales. La primera postura<sup>1</sup> dentro de la Corte (la mayoritaria) entendía que el concepto de

---

1. Esta postura estaba sostenida por los jueces Nazareno, Moliné O'Connor, Boggiano, López y Vázquez, este último con un voto concurrente.

equidad constituía un límite a la gratuidad y recurre al concepto de solidaridad como fundamento de aquella. El equilibrio entre los dos conceptos significaba que quien pudiera contribuir al mantenimiento del sistema educativo universitario debía pagar y aquel que contrariamente no puede hacerlo sea eximido del pago del arancel. La segunda postura<sup>2</sup> (la de la minoría) definía a la gratuidad como un principio absoluto. Se afirmaba que es errado presumir que exista una cláusula de la Constitución que anule o ponga en pugna una contra otras. Así, el principio de equidad no puede entenderse de manera de restringir hasta desvirtuar el principio de gratuidad, el cual cuenta también con igual tutela constitucional. Se concibe al principio de equidad como “suma al de gratuidad”, es decir que, en aquellos casos en que la gratuidad no alcance por sí sola a garantizar la igualdad de oportunidades, se impone al Estado la carga de proveer a los habitantes de los medios suficientes para acceder a la educación gratuita.

## ¿PRINCIPIOS JURÍDICOS O DIRECTRICES POLÍTICAS?

Entiendo que para el caso concreto es necesario un análisis en dos niveles: desde la forma en que se ejerce la jurisdicción constitucional y desde la estructura de las disposiciones constitucionales.

### **a) El control abstracto del art. 34 de la LES**

Si bien se ha reconocido cierta ambigüedad en la definición de caso abstracto<sup>3</sup>, nos interesa en este punto detenernos en las peticiones planteadas ante los Tribunales como mera consulta

---

2. Se incluyen aquí los ministros Belluscio, Petracchi, Bossert y Fayt, aunque este último remitió a los fundamentos dados por él en el caso vinculado resuelto el mismo día: “Universidad Nacional de Córdoba (Doctor Eduardo Humberto Staricco, Rector) c/ Estado nacional. Declaración de inconstitucionalidad. Sumario”, 27/05/1999 (fallos 322:919).

3. Bianchi, A. *Control de constitucionalidad. El proceso y la jurisdicción constitucionales*. Buenos Aires: Ábaco, 1992, pp. 129-132.

sin que se suscitara un caso contencioso. Desde sus orígenes, el control de constitucionalidad estuvo sujeto a una serie de reglas jurisprudencialmente definidas, entre las que estaba la imposibilidad de declarar la inconstitucionalidad en un procedimiento voluntario y la necesidad de probar el perjuicio. Específicamente, la doctrina constitucional argentina precisó que la inconstitucionalidad no procede en caso abstractos, lo que implica la necesidad de un "caso judicial"<sup>4</sup>.

Conceptualmente, el control abstracto de constitucionalidad es un control *directo* u *objetivo* en donde no enjuicia ningún supuesto de hecho singular, sino la compatibilidad del contenido abstracto de una ley (un estatuto en nuestro caso) y el de la norma constitucional<sup>5</sup>. Se da al margen de un proceso judicial típico entre partes adversas que disputan posiciones sobre una situación fáctica o que controvierten o la clasificación jurídica de esa situación. No se indaga sobre un interés particular o un derecho subjetivo afectado, sino que es el acto o norma el objeto directo, inmediato, sobre el que debe recaer la decisión por medio de un juicio de validez o invalidez<sup>6</sup>. Es por estos motivos que se ha entendido que este control abstracto no importa el ejercicio de funciones propiamente jurisdiccionales, ya que no se determina ni reconoce ningún derecho subjetivo a favor de una persona en concreto. La actuación del órgano aparece más bien como *legisferante* y su decisión tiene carácter anulatorio de la norma cuestionada. Se trataría entonces de un poder que se desenvuelve en el campo de la normación general<sup>7</sup>.

En este marco parece claro que el art. 34 de la LES otorgó competencia a un órgano jurisdiccional para revisar la adecuación de un estatuto a la normativa legal y constitucional sin que exista

---

4. Ibid. pp. 164.

5. Loutayf Ranea, R. *Control de constitucionalidad y convencionalidad*. Buenos Aires: Astrea, 2018, p. 224.

6. Falcón, E. *Tratado de derecho procesal constitucional*, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2010, p. 351.

7. Loutayf Ranea, R. *Control de constitucionalidad y convencionalidad*, cit., quien cita al dictámen del Procurador Marquardt (CSJN, Fallos 307:1387); p. 228.

una “causa” o “caso judicial”, es decir una controversia entre las partes que respectivamente afirmen y contradigan sus pretendidos derechos. No se trata del control estatal de un acto particular de las universidades, sino que se busca un juicio de adecuación que tiene por objeto la norma general (el estatuto) que —en razón del concepto mismo de autonomía— regula los principales aspectos de las universidades.

### **b) La estructura normativa del art. 75 inciso 19 de la Constitución**

Atienza y Manero han profundizado en una distinción entre principios jurídicos en sentido estricto y directrices o normas programáticas. Los primeros son definidos como normas que expresan valores superiores de un ordenamiento jurídico y que son el reflejo de una determinada forma de vida, de un sector del mismo, de una institución, etc. Las segundas serían aquellas normas que estipulan la obligación de perseguir determinados fines<sup>8</sup>. Para estos autores hay una diferencia estructural —desde su estructura lógica— entre principios y directrices. Desde este enfoque, como las reglas, los principios pueden formularse siempre como enunciados que correlacionan casos con la calificación normativa de una determinada conducta, con la diferencia que los principios configuran el caso de forma abierta. En otras palabras, las condiciones de aplicación de los principios no se encuentran siquiera genéricamente determinadas. Por su parte, las directrices o normas programáticas se caracterizan porque configuran de forma abierta tanto sus condiciones de aplicación como el modelo de conducta prescripto. No ordenan ni prohíben ninguna conducta, sino que persiguen la consecución de un objetivo, de un estado de cosas<sup>9</sup>.

---

8. Atienza, M - Ruiz Manero, J. Las piezas del derecho, pp. 25-27

9. Ibid. pp. 31-34.

En lo que respecta al caso bajo análisis, en primer término, es interesante remarcar cómo la misma disposición constitucional fue reconocida por la mayoría de la Corte como una directriz política que valora la adecuación de los medios con los fines, mientras que la minoría la formuló directamente como un principio jurídico de donde se infiere una regla de prohibición de cobrar aranceles. La disputa interpretativa aquí apuntada permite reducir la cuestión al siguiente interrogante: ¿las universidades nacionales están facultadas a cobrar aranceles por los estudios de grado o esos cobros están directamente prohibidos por la Constitución? La complejidad del asunto está en que, además de la ambigüedad y vaguedad de los conceptos gratuidad y equidad, la dificultad está en entender cuál es el modelo de conducta prescripto en tanto medios para alcanzar aquellas finalidades. En otras palabras, si aceptamos reformular la norma como una directriz, ¿cómo se garantiza la gratuidad y la equidad? ¿se garantizan estos derechos eliminando barreras económicas a todo estudiante de grado o sólo a aquellos que no pueden afrontar los pagos? ¿la equidad está dirigida a ser un instrumento que permita que los estudiantes con mejores ingresos contribuyan solidariamente a solventar gastos de los estudiantes de menores ingresos o la equidad incorpora una obligación del Estado de solventar otros gastos de los grupos desaventajados? No nos interesa en este punto dar respuesta dogmática a estos interrogantes, lo que es relevante determinar es si tales cuestiones tienen una respuesta que pueda ser adjudicada imparcialmente en sede jurisdiccional (tal como lo intentó la Corte), o bien, si se tratan de conflictos que no pueden ser resueltos sino políticamente.

Desde el punto de vista argumentativo, parece claro que, en el caso de la discusión en torno a la gratuidad y equidad, estamos frente a verdaderos conceptos constitucionales cuya atribución de significado depende de las diferentes concepciones políticas de los miembros del tribunal. Si esto es así, en el caso concreto, no sería necesariamente inconstitucional una norma 1 que faculte

a las universidades a cobrar aranceles, como tampoco sería necesariamente inconstitucional una Norma 2 que prohíba el cobro de aranceles.

## A MODO DE CONCLUSIÓN

Como consecuencia del control abstracto habilitado por la LES, los jueces federales se ven compelidos a hacer un análisis normativo de adecuación constitucional sin que exista una controversia contenciosa o *caso judicial*.

La diferenciación entre principios y directrices en ese marco tiene una importante consecuencia teórica hacia *dentro* de las teorías de la argumentación. Representa un cuestionamiento al tal difundido concepto de principio jurídico como “mandatos de optimización” (que pueden ser cumplidos en diversos grados y la medida ordenada no sólo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas). A juicio de Atienza y Ruiz Manero, que los principios puedan ser cumplidos en diversos grados es verdadero en lo que se refiere a las directrices pero no es en el caso de los principios en sentido estricto<sup>10</sup>. A su vez, ello implica que en estos casos los jueces se ven obligados a recurrir a lo que Dworkin llamó “argumentos políticos” que son aquellos justifican una decisión política demostrando que favorece o protege alguna meta colectiva de la comunidad en cuanto todo; y no entran en ese juego interpretativo los “argumentos de principios” (los propiamente jurídicos) que justifican una decisión demostrando que ella respeta o asegurar algún derecho individual o del grupo. Según este autor, las decisiones judiciales se justifican siempre con argumentos de principios aunque una ley haya sido generada por una directriz política<sup>11</sup>.

---

10. Ibid. p. 35.

11. Dworkin, R. *Taking Rights Seriously*, Cambridge: Harvard University Press, 1977. *Los derechos en serio*, 1993, pp. 82-84.

A partir de este análisis es posible concluir que: 1) cuando la Corte intervino en este supuesto habilitado por el art. 34 de la LES ejerció un control de constitucionalidad abstracto; y 2) que para justificar la solución al caso tuvo que necesariamente recurrir a argumentos políticos (y no jurídicos).

## MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL: CASO FONTEVECCHIA Y D'AMICO

**DANTE ALFREDO MIRRA**

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UNT)  
dante.mirra@derecho.unt.edu.ar

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en fecha 25 de septiembre de 2001, confirmó una sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil que había admitido una acción de daños y perjuicios contra Editorial Perfil S.A., Jorge Fontevecchia y Héctor D'Amico, interpuesta por el expresidente argentino Carlos Saúl Menem<sup>1</sup>. En dicha oportunidad, la Cámara que había condenado a los demandados a abonar una suma de dinero a causa de la difusión de ciertas notas periodísticas referidas a la presunta existencia de un hijo no reconocido de Menem, entendiendo que ello habría lesionado en forma ilegítima su derecho a la intimidad. La Corte solo difirió de criterio con el tribunal en el monto de la condena pecuniaria, la que fue reducida por la misma<sup>2</sup>.

Posteriormente, Fontevecchia, D'Amico y Horacio Verbitsky —este último en representación de la Asociación de Periodistas— presentaron el caso en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos argumentando que la sentencia de la Corte Suprema vulneraba el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión<sup>3</sup>,

1. Causa "Menem, Carlos Saúl c/ Editorial Perfil S.A. y otros s/ daños y perjuicios-sumario". Fallos: 324:2895.

2. "En 1997 un juez de primera instancia en lo civil rechazó la demanda interpuesta por el señor Menem. La sentencia fue apelada y en 1998, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal revirtió la decisión y condenó a la editorial y a Jorge Fontevecchia y Héctor D'Amico a pagar la suma de \$150.000,00. Los demandados interpusieron un recurso extraordinario federal. En el año 2001 la Corte Suprema confirmó la sentencia recurrida aunque modificó el monto indemnizatorio, reduciéndolo a la suma de \$60.000,00" (textual de la Sección B, Desarrollo del Caso, punto 13. Hechos de la sentencia de la CIDH, 29/11/2011)

3. *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Art. 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión



por lo que solicitaron que se declarara la responsabilidad internacional del Estado argentino.

Luego de tramitarse el planteo por los carriles correspondientes a este proceso de naturaleza internacional en el que participaron las presuntas víctimas y los representantes de Argentina, el 29 de noviembre de 2011, la Corte Interamericana determinó que el Estado argentino había violado el derecho a la libertad de expresión de los peticionantes contemplado en el art. 13 de la Convención y que el Estado no incumplió la obligación general de adoptar disposiciones de derecho interno, reconocida en el art. 2 de la Convención Americana<sup>4</sup>.

De esta suerte dispuso: a) la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas constituye per se una forma de reparación; b) el Estado debe dejar sin efecto la condena civil impuesta a los señores Jorge Fontevecchia y Héctor D'Amico así como todas sus consecuencias, en el plazo de un año contado a partir de la notificación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas; c) el Estado debe realizar las publicaciones dispuestas en la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, de conformidad con lo establecido en el párrafo 108 de la misma; d) el Estado debe entregar los montos referidos en los párrafos 105, 128 y 129 de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, dentro del plazo de un año contado a partir de su notificación; e) la Corte supervisará el cumplimiento íntegro de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, en ejercicio de sus atribuciones y en cumplimiento de sus deberes conforme a la

---

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

4. Art. 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el art. 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados parte se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

Convención Americana, y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la misma. El Estado deberá, dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, rendir a la Corte un informe sobre las medidas adoptadas para cumplir con la misma<sup>5</sup>.

En relación con la obligación de dejar sin efecto la condena civil impuesta a los accionados por el Tribunal Regional, la Dirección General de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la Nación remitió a la Corte Suprema un oficio donde se le comunica el pedido formulado por la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación al Máximo Tribunal Nacional para que cumpla con la sentencia dictada por la Corte Interamericana. Ante esto, la CSJN corrió vista a la Procuradora General, quien en su dictamen sostuvo que era necesario correr traslado a Menem sobre el planteo. Realizado tal acto procesal, el mismo sostuvo que no había sido parte del proceso internacional donde se condenó al Estado Argentino, por lo que nada podía expresar al respecto.

La Corte Nacional en fecha 14 de febrero de 2017, ante este planteo va a dictar una sentencia que tuvo importante trascendencia internacional.

De esta suerte, el Tribunal Argentino sostiene que respecto de las publicaciones ordenadas por la Corte Interamericana, las mismas ya se encontraban cumplidas y en lo referente los montos que debía entregar el Estado argentino, ello se encontraba fuera del alcance de la Corte y que no resulta necesaria su intervención para que el Estado proceda voluntariamente a su cumplimiento conforme a la distribución constitucional de la competencia de los poderes. De este modo, pasa a expresar: a) que se encuentra fuera de discusión que las sentencias de la corte Interamericana contra el Estado argentino son, en principio, de cumplimiento obligatorio, pero alcanza únicamente a las sentencias de la CIDH dentro del

---

5. Textual del punto 19. Reparaciones de la sección B, Desarrollo del caso de la referida sentencia.

marco de sus potestades remediables, porque —sostiene— resta saber si lo requerido está dentro de las atribuciones previstas por CADH y puede ser cumplida por la Corte conforme al ordenamiento constitucional local. Con esto se da un primer paso en limitar la esfera de potestades del Tribunal internacional, expresando además que de acuerdo al preámbulo de CADH se crea “una protección internacional de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos” y que esa subsidiariedad se muestra en la necesidad de agotar los remedios locales antes de recurrir al sistema internacional, por lo que, claramente, la Corte Interamericana no se constituye en una cuarta instancia, lo que a su entender ha sido reconocido por este último tribunal en diversos casos y por el Tribunal Europeo en la materia. Concibe también que “dejar sin efecto” es sinónimo de “revocar”, según la primera acepción de la RAE y que, en consecuencia, “la idea de revocación se encuentra en el centro mismo del concepto de “cuarta instancia”. Reconocer esto, dice la Corte, “implicaría la paradoja de que esa instancia revisora hubiera sido ejercida que no reconoce continuidad con el desarrollado por esta Corte, al ser diferentes sus elementos fundamentales, tales como las partes y las prueba” y, además, “en clara violación de los principios estructurantes del Sistema Interamericano y en exceso de las obligaciones asumidas por el Estado argentino al ingresar a dicho sistema”; b) tampoco sería procedente dejar sin efecto una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada de acuerdo con el derecho público argentino con sostén en el art. 27 de la CN<sup>6</sup> y que así lo ha entendido el constituyente argentino cuando, al incorporar los tratados con jerarquía constitucional, estatuyó que: “no derogan art. alguno de la primera parte de esta Constitución”. Ratifica así su carácter de

---

6. Art. 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 en esta Constitución. (la Corte subrayó de esta forma cuando transcribió este artículo).

órgano supremo y cabeza del Poder Judicial, por lo que revocar su sentencia y sustituirlo por un tribunal internacional implica una violación a los arts. 27 y 108 CN<sup>7</sup>. Hasta aquí brevemente el voto de los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco y Rosenkrantz.

Por su voto, el Dr. Rosatti: a) reitera la aplicación del art. 27 de la CN; b) además, sostiene que se estaría erigiendo a la CIDH como una instancia “revisora” o “casatoria” de decisiones jurisdiccionales estatales, categoría que excede el carácter coadyuvante y complementario de la jurisdicción internacional”; c) por último, entiende que en un contexto de “diálogo jurisprudencial” que “procure mantener la convergencia decisional entre los órganos” debe reconocerse a la CIDH el carácter de último intérprete de la CADH (art. 62, p. 1 y 3, CADH) y a la CSJN como último intérprete de la Constitución Argentina (arts. 116 y 117 de la CN)<sup>8</sup>.

En su disidencia, el Dr. Maqueda sostiene que: a) la Corte “como uno de los poderes del Estado argentino y conforme lo previsto en el art. 68.1 de la misma convención, debe cumplir y ejecutar el pronunciamiento del tribunal interamericano”<sup>9</sup>; b) además, que esto “responde a un principio básico del derecho sobre la responsabilidad internacional del Estado”, y que conforme al art. 27 de la Convención de Viena, los estados no pueden, por razones de orden interno, dejar de cumplir las obligaciones ya asumidas.

---

7. Hay quien entiende que “No altera esta facultad el hecho de que la decisión judicial que se dispone revisar provenga de la máxima instancia del Poder Judicial del Estado”, conforme al art. 2 y 68 de la Convención, pues todas las instancias del Estado están obligadas a cumplir, agrega, de la misma manera que lo hacen las cabezas del poder legislativo y del ejecutivo, haciendo pie en el caso Gelman. Abramovich Víctor. “Comentarios sobre “Fontevicchia”, la autoridad de las sentencias de la Corte Interamericana y los principios de derecho público argentino”.

8. Posición que no es compartida por Abramovich al expresar que esta sentencia “No tuvo un tono dialógico, sino que expresó una disputa de autoridad”, op.cit. p.12.

9. Art. 68 1. Los Estados parte en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes.

Compartimos con el ministro Maqueda los dos puntos precitados, pero no la conclusión a la que llega porque entendemos que la Corte Interamericana no ordenó literalmente revocar la sentencia de la Corte Argentina pues como sostiene Manili: "los órganos internacionales no "revisan" la sentencia en el sentido en que ese término se usa en derecho procesal...", y continúa expresando que: "... sí son competentes para para "juzgar" si esa decisión comprometió la responsabilidad internacional del Estado por ser violatoria de lo establecido en una norma internacional"<sup>10</sup>. De allí que no parece adecuado concebir que "hacer cesar los efectos" signifique sin más "revocar" una sentencia<sup>11</sup>. En primer lugar porque no creemos que ese haya sido el sentido que quiso darle en su origen el tribunal internacional, en tanto que si se entendiese que constituye una instancia revisora superior en grado jurisdiccional —cosa que negamos— tendría que haber ordenado directamente "revocar" como cualquier tribunal en esa misma situación jerárquica; en segundo lugar, y en esta misma línea, una sentencia puede dejar de tener efectos sin ser revocada, por ejemplo en el caso que haya prescripto, o una cautelar que cesa cuando concluye el proceso principal o simplemente cuando se la cumple; y en tercer lugar, y esto no ya desde el ámbito estrictamente procesal, sino también convencional y constitucional, cabe decir que el trámite ante el órgano internacional es uno nuevo y distinto al que establecen los Estados miembros en su derecho interno.

Nótese que en este caso, ante CIDH ni siquiera son las mismas partes del juicio cuyo fallo se pensaría que debe ser revocado, en tanto que en el proceso nacional eran partes Menem, Fontevecchia y D'Amico y el que tramitó ante la Corte Internacional eran el Estado Nacional, el CELS, Fontevecchia y D'Amico. Y ello es lógico porque

---

10. Aut. cit. *Tratado de Derecho Constitucional Argentino y Comparado*, Ed. La Ley, 2021 T. II p.258.

11. Así también lo entiende la CIDH cuando en su resolución de Supervisión de Cumplimiento de Sentencia del 18 de octubre de 2017, en el punto 15, dijo: "Al ordenar esta reparación la Corte Interamericana no indicó que para cumplirla el Estado tuviera necesariamente que 'revocar' dichos fallos".

se está ante un sistema internacional de derechos humanos en el que los Estados asumen un compromiso y deben cumplirlo, por lo que ese proceso es contra estos, independientemente del órgano - poder interno que sea el supuesto autor de la violación a la norma convencional, y sin importar la forma jurídica de ésta (hecho, ley, decreto o sentencia)<sup>12</sup>. En eso compartimos fundamentos de la mayoría del Tribunal Nacional, pero no era necesario que se desarrollaran en este caso.

Partiendo de la premisa que proponemos, se hubiera evitado esta situación entre los dos tribunales disminuyendo un grado de análisis innecesario porque aquí no debió ser necesario un ejercicio efectivo del “margen de apreciación nacional”<sup>13</sup> a pesar que nuestro más alto tribunal parece haberlo entendido así, sino una cuestión de “interpretación”<sup>14</sup> literal del concepto “dejar sin efecto” contenida en la sentencia de la Corte Interamericana en una cuestión suscitada entre órganos del mismo Estado, y que ni siquiera tendría que haber dado lugar a la emisión de un acto jurisdiccional con contenido de sentencia<sup>15</sup> por parte de la Corte Argentina al

---

12. Cabe tener presente al respecto lo dicho por Manili en cuanto a que: “[...] las normas internas (incluidas las sentencias) son meros hechos para el derecho internacional” recordando que así lo venía resolviendo la Corte Permanente de Justicia Internacional y luego su sucesora, la Corte Internacional de Justicia (aut. cit. Tratado de Derecho Constitucional Argentino y Comparado, Ed. La Ley N° 2021, T. II, p. 258).

13. Sagiés explica que: “La legitimación de tal teoría parte de la afirmación de que no constituye un privilegio para los Estados, sino una consecuencia de la democracia y del pluralismo, ya que es bueno comprender las realidades jurídicas, económicas y sociales de cada país, y la apreciación que de ellas hagan los tribunales nacionales, que son los más próximos y autorizados (en principio) para evaluar, en cada terreno concreto, los problemas de aplicación de los derechos humanos provenientes de una fuente jurídica internacional”.

14. Midón parece entender que el margen de apreciación es una forma de interpretación cuando expresa que: “La justificación de este recurso interpretativo pasa por el hecho de que entre los numerosos Estados parte existen, en lo tocante al ejercicio de los derechos, diferencias que en algunos casos tornan conveniente regímenes de excepción hermenéutica cuya evaluación concierne al propio Estado donde se materializan, ya que se entiende que son sus autoridades las más idóneas para evaluar la situación”. (Aut.cit. *Control de Convencionalidad*. Astrea, 2016, p. 134).

15. Tampoco consideramos que lo “que ahora se impone es la posibilidad ejercida por la Corte

estar originada meramente en un instrumento remitido a la misma por la Dirección General de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la Nación donde se le comunica el pedido formulado por la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación como vimos. Puede verse entonces, que la sentencia de la CSJN no fue provocada por el planteo de un recurso extraordinario federal, ni por su variable de *per saltum*, ni es un caso de competencia originaria y exclusiva de la Tribunal prevista en el art. 117 de la CN, formas habituales que pueden dar lugar al dictado de tal sentencia.

De allí que siendo una cuestión meramente exegética, que mejor que echar mano a la llamada "interpretación previsorá" cuando Sagüés recuerda que "la Corte ha dicho que ella no puede prescindir de las consecuencias sociales de sus decisiones ni de la realidad que la precede"<sup>16</sup> en clara referencia a medir el impacto de estas. Así, con agregar la nota respectiva en la marginal de la Sentencia como lo hizo posteriormente la Corte sin ingresar en mayores desarrollos argumentativos, hubiera sido suficiente y de esta manera mantener sin sobresaltos la permanente situación dialógica jurisprudencial que debe primar entre estos tribunales. Entendemos que se hubiera evitado así una situación de discordancia —al menos aparente— entre los dos tribunales, que en nada favorece al camino dificultoso que debe atravesar el sistema internacional para efectivizar la concreción definitiva en la realidad continental de los postulados de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

---

argentina como guardián de la ley en "Fontevecchia", de someter la condena internacional a una suerte de exequatur para determinar si se adecua o no a ese orden público originario, quitándole fuerza vinculante a aquellas decisiones que no se ajusten a sus principios", como sostiene Abramovich, p.19).

16. Aut. cit. *La interpretación Judicial de la Constitución. De la Constitución Nacional a la Constitución Convencionalizada*. Editorial Porrúa, 2016, p. 224.

## **ANÁLISIS DE CONTROL DE CONVENCIONALIDAD REALIZADO POR EL TRIBUNAL DE IMPUGNACIÓN DEL FUERO PENAL DE SAN MIGUEL DE TUCUMÁN, EN EL MARCO DE LA CAUSA “LEIVA ERNESTO JUAN JOSÉ S/ ROBO AGRAVADO”- LEGAJO: S-033675/2023 – I1.**

**DIEGO ERNESTO LAMMOGLIA**

INSTITUCIÓN A LA QUE PERTENECE  
@hotmail.com

### **ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD**

A partir de la reforma constitucional del año 1994 se incorporaron, con jerarquía constitucional, una serie de tratados, pactos y convenciones, denominados bloque constitucional de Derechos Humanos, entre los cuales está la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, CADH) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ambos objeto de análisis en la sentencia objetos de este trabajo.

Esto implica que el control de constitucionalidad se amplía al de convencionalidad en relación con toda legislación puesta en crisis por entrar en conflicto con lo dispuesto en dichas convenciones, pactos, tratados y jurisprudencia de órganos de protección de Derechos Humanos como ser, por ejemplo, la Comisión Interamericana mediante sus recomendaciones y la Corte Interamericana a través de sus resoluciones.

Dicho control es de carácter difuso, donde cada juez en el caso concreto debe realizar en análisis de compatibilidad convencional interpretando desde una regla preferente: el principio *pro homine*; es decir, dicha interpretación debe ser



respetuosa y ajustada a los derechos consagrados en el bloque constitucional de Derecho Humanos, en donde los jueces son los últimos garantes de que el estado cumpla con los compromisos internacionales asumidos.

## **ANTECEDENTES DEL CASO. DIÁLOGO ENTRE PARTES**

La resolución bajo análisis, de fecha 27 de setiembre de 2023, se dicta como consecuencia de un planteo —Recurso de Impugnación— realizado por la Defensoría Oficial en lo Penal de la III° Nom. solo contra el punto 4 de la resolutive dictada por un Magistrado del Colegio de Jueces de San Miguel de Tucumán.

Para el tratamiento de dicho recurso se llevó a cabo una audiencia, en fecha 12 de septiembre de 2023, de la cual participaron el condenado, la Defensoría, la víctima, el Ministerio Público Fiscal y el Tribunal de impugnación, constituido en forma unipersonal por el Dr. Carlos Santiago Caramuti.

En una breve reseña, el agravio planteado por la defensa radica en la declaración de reincidencia en el marco de un proceso abreviado, donde dicho punto no había sido objeto del acuerdo propuesto y dando como motivo principal que el condenado había cumplido la condena por un delito anterior, en su totalidad en una comisaría. Como consecuencia de ello su representado no pudo tener acceso al régimen de progresividad previsto para las personas condenadas conforme la ley N° 24.660, causándole perjuicios por no poder acceder —conforme art. 14 del Código Penal (C.P.)— a la libertad condicional.

La declaración de reincidencia conlleva una serie de efectos perjudiciales para mi defendido que conforme artículo 14 del Código Penal, no va a poder acceder a la libertad condicional, es decir a los beneficios que prevé la ley de ejecución penal.

La defensora sostiene, además, que no se trató, como argumento decisivo, la interpretación del art. 50 del C.P.

En conclusión, la defensa sostiene que, al no haberse incorporado al régimen de progresividad previsto en la ley N° 24.660, en una correcta interpretación del art. 50 del C.P., no debería declararse la reincidencia, solicitando que se deje sin efecto la misma.

Como respuesta al agravio, el Ministerio Público Fiscal sostiene lo dispuesto en el punto 4 de la resolutive atacada centralizando sus argumentos en que para que opere el instituto de la reincidencia solo basta la privación de la libertad y no es necesaria la posibilidad de acceso al tratamiento progresivo previsto en la ley N° 24.660.

A la reincidencia no le interesa si la pena se ha cumplido en el servicio penitenciario o se ha cumplido en una dependencia policial o incluso en un arresto domiciliario, en una prisión domiciliaria.

Entonces, me pregunto si el art. 50 para su aplicación no nos exige donde se va a cumplir la pena, nos exige que se trate de una pena efectiva... La ausencia del tratamiento carcelario respecto de un condenado no puede ser un obstáculo para la aplicación de la reincidencia” (cita como antecedente a apoyo el precedente “Gómez Dávalos” de la CSJN).

## EL CONTROL CONVENCIONAL PROPIAMENTE DICHO

En la sentencia objeto de análisis, el Magistrado interviniente realizó un agudo control de convencionalidad respecto de la interpretación del art. 50 del Código Penal tomando en cuenta los arts. 1, 6, 12, 13, 13 bis, 14, 14 bis, 15, 16 y ccds de la ley N° 24660 y en relación al 5.6 de la CADH que establece que: “Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados” y el art. 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que sostiene: “El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados.

Los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica”.

De la misma manera justifica el control de convencionalidad en la obligación o deber estatal emanado del art. 1.1 de la CADH conforme el cual los Estados Partes se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que está sujeta a su jurisdicción.

Integra dicha justificación las prescripciones legales de los arts. 2 y 5 de la CIDH, así como del art. 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

## **LA SOLUCIÓN ARRIBADA**

La solución a la que se arriba en el marco del control de convencionalidad, a favor de la postura defensista, se nutre del tratamiento de varias cuestiones, las cuales voy a reseñar en honor a la brevedad. La primera está vinculada al contexto temporal del análisis de compatibilidad convencional, a la luz del precedente Gómez Dávalos (CSJN) respecto de la interpretación pretendida por las partes del art. 50 del C.P. En este sentido, destaca la sentencia que este precedente data del año 1986, fecha en la que los “tratados no prevalecían sobre las normas del Código Penal (en el caso del art. 50), ni era obligatorio tomarlos en cuenta para interpretarlas”, concluyendo que la reevaluación de la doctrina sentada en dicho fallo debía hacerse a la luz del cambio normativo consecuencia de la jerarquización constitucional de las convenciones, pactos y tratados del año 1994. De dicha reevaluación integral se concluye en la necesidad de una interpretación superadora y ajustada convencionalmente sobre los tópicos vinculados al alcance del art. 50 del C.P.

La segunda cuestión relevante tratada se enmarca en la interpretación de la expresión “cumplimiento total o parcial de

la pena” y si esta, a la luz de la normativa convencional aplicada a este caso, debe apartarse de la mera valoración estrictamente normativa.

La tercera cuestión, estrechamente vinculada a la tratada en el párrafo anterior, radica en la legitimidad o no del encierro o alojamiento en comisaría en función de la mera interpretación normativa del art. 50 del Código Penal y cuál sería el baremo mínimo compatible con las exigencias convencionales.

Sobre los tópicos reseñados, la sentencia lleva una adecuado y minucioso análisis de compatibilidad convencional a fin de arribar a una interpretación ajustada a los estándares internacionales y a los principios que rigen en materia de ejecución de pena.

En este sentido, tal como se adelantó, es la referida a la oportunidad de reevaluación del instituto de la reincidencia a la luz del bloque constitucional de derechos humanos incorporado con jerarquía constitucional en el año 1994. Este análisis sustenta la necesidad de realizar el “test” convencional dada las distintas circunstancias —año 1986— en la que el precedente “Gómez Dávalos” sentó doctrina.

El segundo tópico marca un hito interpretativo y como aporte doctrinario, ajusta la interpretación del art. 50 del art. del Código Penal respecto de la expresión “*cumplimiento total o parcial de la pena*” a los lineamientos convencionales, apartándose acertadamente de la mera interpretación normativa por la cual se consideraba que “por la sola privación de libertad” se estaba cumpliendo la pena y habilitaba la declaración de reincidencia. Sostiene que con la mera interpretación normativa, apartándose del precedente “Gómez Dávalos”:

[...] se transformarían en letra muerta las disposiciones de la ley 24.660 y los mencionados mandatos convencionales, legitimando el alojamiento en comisarías, sin cumplimiento ni acceso a ningún régimen penitenciario progresivo ni tratamiento. Esos lugares se transformarían en meros

depósitos de personas condenadas, situación que debería preocupar de sobremanera a todos los operadores judiciales.

De esta manera, el sentenciante sostiene que para que pueda habilitarse la reincidencia es necesario que durante la privación de libertad, el condenado tenga la real posibilidad de acceso al régimen progresivo y tratamiento individualizado.

Así, la interpretación de la expresión "cumplimiento total o parcial de la pena" como mera privación de libertad deberá integrarse, a los fines de la reincidencia, con información verificable sobre las condiciones y posibilidades de acceso del condenado a los derechos establecidos en la ley N° 24.660 a los fines de cumplir con los mandatos convencionales de reinserción y rehabilitación.

## **LA RAZONABILIDAD**

La razonabilidad, como derivación lógica de los argumentos para llegar esta conclusión, se refleja y atraviesa todos y cada uno de los fundamentos desarrollados en este fallo.

Por ello, desde la premisa de la necesidad de reevaluar el instituto de la reincidencia a luz de los pactos y convenciones de Derechos Humanos incorporados con jerarquía constitucional, el Sentenciante confronta la interpretación imperante por doctrina de la CSJN en el fallo "Gómez Dávalos" con las exigencias convencionales emanadas de la Convención Interamericana de Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos —explicitadas en la ley 24.660 de ejecución penal— concluyendo que no puede interpretarse como "cumplimiento de pena" la privación de libertad que no se integre con la real posibilidad por parte del condenado de acceder al régimen de progresividad, siendo esto lo central en el tratamiento carcelario.

Cabe señalar que, sin desentenderse de la realidad carcelaria, el Magistrado sostiene la posibilidad de efectivo cumplimiento de pena en comisarías u otros lugares de alojamiento distintos a los

estrictamente penitenciarios cuando el penado privado de libertad, tenga la posibilidad de acceder a tratamiento.

Entiende que:

[...] si es inevitable que el sujeto cumpla pena en una dependencia policial, por el motivo que fuere, deberá recibir en lo posible, y con los recursos que se puedan contar, un tratamiento asimilable al penitenciario, y que se optimicen los recursos estatales a fin de que se logren realizar los informes por parte de profesionales que los asistan y acompañen mientras dure su estadía privado de su libertad.

Para concluir, quiero advertir que la riqueza conceptual y argumentativa del fallo comentado es superior a la que refleja este acotado trabajo. El análisis de las razones esgrimidas por las partes y la elaboración de valiosos fundamentos (que demuestran el ejercicio de un control de convencionalidad de una excepcional rigurosidad) justifican acabadamente la labor “sentar doctrina”.

# **SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CSJN EN MATERIA DE IGUALDAD. REFLEXIONES EN TORNO AL CASO CASTILLO<sup>1</sup> Y SUS ARGUMENTOS IGUALITARIOS**

**JUAN CARLOS BAUTISTA MURILLO**

Centro de Estudios en Derechos Humanos  
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UNT)  
juancabm.10@gmail.com

## **INTRODUCCIÓN Y HECHOS DEL CASO**

El caso se inicia en la provincia de Salta, donde un grupo de padres y la Asociación por los Derechos Civiles (ADC), iniciaron una acción de amparo colectivo contra el Gobierno de la provincia de Salta (específicamente contra el Ministerio de Educación), planteando la inconstitucionalidad de un artículo la Constitución provincial (art. 49) y de una serie de artículos de una ley provincial (ley N° 7546), que establecen la educación religiosa obligatoria como parte de la currícula en las escuelas públicas locales. De acuerdo a los demandantes, las normas locales eran incompatibles con una serie de derechos y principios de raigambre constitucional y convencional como la libertad religiosa y de cultos, el derecho a la privacidad, el derecho a la educación libre de discriminación y la igualdad.

El caso transitó por todas las instancias locales hasta llegar vía de recurso extraordinario federal hasta la Corte Suprema de Justicia de la Nación, quien emitió su fallo en el año 2017. Si bien la

---

1. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Caso Castillo, Carina Viviana y otros c/ Provincia de Salta-Ministerio de Educación de la Prov. de Salta s/ amparo". Disponible en: <https://www.cij.gov.ar/nota-28821--La-Corte-Suprema-resolvi--que-en-Salta-no-podr--darse-educaci-n-religiosa-en-las-escuelas-p-blicas-en-el-horario-escolar-y-como-parte-del-plan-de-estudios.html>

Corte se refirió y reflexionó sobre la compatibilidad de las normas locales respecto a cada uno de estos derechos constitucionales, aquí solo nos centraremos en el debate en torno a la compatibilidad de las normas y prácticas mencionadas respecto al principio de igualdad constitucional.

En este sentido, si bien las normas cuestionadas establecían que la educación religiosa, su contenido y dictado sería determinado respetando la diversidad religiones que conviven en la provincia y con la libre elección de los padres sobre qué educación religiosa recibirían sus hijos, los demandantes reclamaban que su aplicación en los hechos significaba un impacto discriminatorio sobre las personas de cultos no católicos. Ello por cuanto muchas de las escuelas carecían de programas o contenidos de otras religiones que no sean la católica y, además, las escuelas públicas frecuentemente realizaban actos o manifestaciones católicas en diferentes momentos del día escolar, como rezos o celebraciones católicas, lo que en los hechos significaba la exclusión de dichas prácticas de aquellos alumnos que no profesaran esta creencia religiosa.

En las instancias judiciales provinciales el caso fue resuelto favorablemente para el gobierno provincial, instancia en la que el máximo tribunal de aquella provincia sostuvo la plena constitucionalidad de las normas cuestionadas por entender que ninguna de ellas violaba los derechos y principios mencionados<sup>2</sup>. El tribunal superior salteño entendió que dichas normas garantizaban el pleno ejercicio de los derechos disputados sin discriminación alguna y que la igualdad en materia educativa estaba plenamente asegurada desde el momento que las normas reconocían que la educación religiosa debía ser acorde a la religión que profesaran las familias que envían a sus hijos a la escuela, siendo estas libres de elegir qué educación religiosa debía impartirle el sistema educativo. Sin embargo, y aunque suene contradictorio, la última instancia de la jurisdicción local sí dio por probado que en la

---

2. Ver considerando N° 2.



práctica muchas escuelas no respetaban la normativa e impartían educación religiosa fuera de los horarios de clase y no contaban con currículas educativas alternativas que no sean de religión católica. Para subsanar ello ordenó que la educación religiosa sólo debía enseñarse en horarios de clase y se debían garantizar currículas alternativas para otras religiones no católicas.

Finalmente, la causa llegó a la máxima instancia federal, donde la Corte Suprema de Justicia de la Nación aceptó el recurso extraordinario interpuesto por los demandantes y realizó importantes consideraciones respecto a todos los temas y derechos en juego, en especial respecto al principio de igualdad en el acceso a la educación y la enseñanza pública. Si bien la Corte consideró constitucional el articulado de la Constitución de la Provincia de Salta que establece la educación religiosa como parte de los programas de educación pública, consideró en cambio que, un artículo de la ley reglamentaria de dicha disposición constitucional sí debía ser tachada de inconstitucional por violar el mandato de igualdad<sup>3</sup>.

Para llegar a esta conclusión, la Corte nacional realizó un control de constitucionalidad y convencionalidad amplio que tuvo en cuenta conceptos más robustos de igualdad. Estos conceptos de igualdad se relacionan, por un lado, el artículo 75 inc. 23 y otros de la Constitución Nacional, incorporados en la última reforma constitucional y, por otro lado, con la jurisprudencia de órganos internacionales de DDHH que han desarrollado importantes estándares en materia de derecho a la igualdad y derecho antidiscriminatorio. Sobre estos argumentos nos referiremos a continuación.

---

3. Ver considerandos N° 15, 16 y 17.

## EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD EN EL CASO Y EL DEBATE SOBRE LA IGUALDAD

Antes de pasar a analizar los argumentos vertidos por la CSJN en la causa, es importante reflexionar sobre los puntos de desacuerdo o puntos claves en los que se diferenciaron los tribunales locales respecto al máximo tribunal federal a la hora de fallar los casos en materia de igualdad.

Por un lado, La Corte Suprema de Salta entendió que la Constitución local y la ley provincial de educación no infringían el principio de igualdad consagrado en la Constitución Nacional y en los tratados internacionales de DDHH, por considerar que el texto de dicha normativa reconocía los mismos derechos a todos los grupos religiosos sin preferir al culto católico en especial<sup>4</sup>. El razonamiento del tribunal salteño se basó en que la letra misma de los artículos en disputa garantizaba la plena igualdad ante la ley de las personas involucradas respecto a la educación religiosa en las escuelas, o lo que es lo mismo, la letra misma de los textos no expresaba razones discriminatorias directas contra ningún grupo religioso en particular o general que pusieran en tensión el Artículo 16 de la Constitución Nacional. Esa misma corroboración, que podemos denominar meramente formal, realizó al momento de ejercer el control de convencionalidad y comparar la letra de la normativa cuestionada frente a la letra de los artículos de tratados internacionales de derechos humanos que garantizaban la igualdad y libertad religiosa de forma casi idéntica.

Esa sola comprobación, sin aludir al contexto, ni a la aplicación real o fáctica de la normativa, ni a la presencia de grupos minoritarios que alegaban sentirse discriminados, fueron suficientes para declarar que la norma era constitucional y además era coherente con los derechos consagrados en los tratados internacionales. En otras palabras, la sola igualdad formal ante la ley expresada por

---

4. Ver considerando N° 2.

la normativa disputada y su correlato con el entendimiento literal de los artículos que consagran la igualdad en la Constitución y los tratados fueron los principales argumentos en esta materia utilizados por la Corte Salteña.

Por otro lado, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, si bien mantuvo la Constitucionalidad del artículo de la Constitución de Salta que estaba en juego, sí declaró la inconstitucionalidad del artículo de la ley reglamentaria provincial, para lo cual recurrió a una modalidad de control de constitucionalidad y convencionalidad amplió y, además, también recurrió a nociones de igualdad más robustas y actuales. Por control de constitucionalidad amplio nos referimos a la comparación de la normativa de rango inferior cuestionada, no sólo frente al texto de la Constitución Nacional y de los tratados internacionales que integran el bloque constitucional federal, sino también, respecto de la jurisprudencia interpretativa de la propia corte federal como de los órganos internacionales de DDHH (Sagüés, 2020). Respecto a las nociones de igualdad que consideramos más robustas y que son utilizadas por la Corte para fundar su sentencia, nos referimos a la idea de igualdad estructural (Saba, 2016; Clérico & Viscelli, 2023) y de discriminación indirecta frente a determinados grupos sociales estructuralmente excluidos o desaventajados (Ronconi, 2019).

Sobre estos argumentos igualitarios nos referimos en el último apartado.

## **EL DESARROLLO DE LOS CONCEPTOS DE IGUALDAD ESTRUCTURAL Y DISCRIMINACIÓN INDIRECTA EN LA ARGUMENTACIÓN DE LA CORTE**

Ya mencionamos qué normativa fue tachada por inconstitucional por la CSJN, diferenciándose de la máxima autoridad jurisdiccional salteña. También mencionamos que para proceder a declarar la inconstitucionalidad de dicha norma la Corte nacional se apartó de la interpretación formal de la igualdad ante la ley y optó por una

interpretación más robusta que acoge a las nociones de igualdad estructural y la de discriminación indirecta de facto. También mencionamos que, para poder hacer estas distinciones, el máximo tribunal debió recurrir a un control de constitucionalidad y convencionalidad amplios. Estos estándares de control, a diferencia de su par salteño, incluyeron en el análisis de compatibilidad a la jurisprudencia del propio tribunal como máximo intérprete de la Constitucional Nacional y la jurisprudencia o doctrina de los organismos internacionales de DDHH como intérpretes autorizados de los tratados.

Con eso presente y respecto al principio de igualdad, la Corte afirmó que luego de la reforma constitucional del año 1994, es necesario incorporar a la interpretación constitucional una noción estructural de igualdad que reconociera la existencia de grupos estructuralmente desaventajados o excluidos, los que requerían de la protección especial del Estado<sup>5</sup>. Esta argumentación en principio se basó en la inclusión de nuevos artículos constitucionales que hacen mención a los grupos desaventajados y al derecho de igualdad real de oportunidades, como lo hace el art. 75. Inc. 23. Esta noción también se desprende de la inclusión de los tratados internacionales de DDHH con jerarquía constitucional, los cuales protegen como categorías especiales a muchos de los grupos que históricamente han sufrido procesos de exclusión o discriminación e incluso existen tratados específicos que reconocen estos estándares especiales de protección.

En palabras de la Corte, la consecuencia de incorporar un análisis estructural de igualdad para determinar la constitucionalidad y convencionalidad de las normas inferiores, implica no sólo

---

5. Ver considerando N° 18. Textualmente la Corte afirmó que: "En el marco que plantea la Constitución de 1994, la igualdad debe ahora ser entendida no solo desde el punto de vista del principio de no discriminación, sino también desde una perspectiva estructural que tiene en cuenta al individuo en tanto integrante de un grupo. El análisis propuesto considera el contexto social en el que se aplican las disposiciones, las políticas públicas y las prácticas que de ellas se derivan, y de qué modo impactan en los grupos desventajados, si es que efectivamente lo hacen."

considerar la letra de la norma en cuestión y la presencia de disposiciones directamente desigualitarias o discriminatorias, sino que además, se debía considerar el contexto social y la existencia de grupos frecuentemente excluidos, como también el impacto real que tiene dicha norma sobre esos grupos. En este punto, la fundamentación de la Corte incluye un diálogo convencional explícito con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de DDHH<sup>6</sup> y la doctrina del Comité DESC<sup>7</sup> como intérpretes autorizados de la Convención Interamericana de DDHH y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, respectivamente.

Es también en este punto donde la Corte incorpora, siguiendo al Comité DESC, la noción de discriminación indirecta, entendida como la discriminación que surge del impacto desproporcionado y nocivo de una norma “aparentemente neutral” respecto a determinados grupos sociales excluidos o discriminados<sup>8</sup>. Esta noción de igualdad justifica también que en el control de constitucionalidad y convencionalidad se tenga en cuenta el contexto y el real impacto discriminatorio que tuvo la norma controvertida en el caso frente a determinados grupos de personas.

De esta forma el máximo tribunal federal consideró que la norma cuestionada, si bien garantizaba formalmente la igualdad en la educación religiosa según la propia convicción de las familias de los alumnos, en los hechos su ejecución había significado que los integrantes de religiones minoritarias sufrieran un impacto discriminatorio desproporcionado. Este impacto se debía a prácticas recurrentes y sistemáticas que sólo afectaban a los alumnos cuyas familias profesaban cultos minoritarios o a quienes provenían de familias no creyentes. Dichas prácticas como los rezos en horarios escolar, las celebraciones religiosas o incluso el hecho de tener

---

6. Corte IDH. Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012, párrafos 79 y 124.

7. Observación General 20 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Puntos 10 y 12.

8. Ver considerandos N° 20 y N° 21.

que expresar en formularios ante las autoridades a que religión pertenecían, implicaba una exclusión de hecho que afectaba sólo a quienes no profesaban el culto católico.

## CONCLUSIONES

En síntesis, el trabajo argumentativo de la Corte se basó en nociones más robustas de la igualdad que dieran cuenta del contexto social y del impacto de la normativa en la vida de las personas, especialmente de quienes pertenecen a determinados grupos frecuentemente excluidos o desaventajados. Además, para robustecer dicha postura recurrió a un control de constitucionalidad o convencionalidad con mayor amplitud que requirió el dialogo jurisprudencial con precedentes propios y con precedentes de la Corte Interamericana de DDHH y del Comité DESC. El resultado posibilitó la protección de un conjunto de personas que no habían encontrado protección en las instancias jurisdiccionales locales donde se aplicaron nociones restrictivas de igualdad y del control de constitucionalidad y convencionalidad, a la vez que marcó un nuevo paso en la evolución la línea jurisprudencial de la Corte Nacional en Materia de Igualdad.

## BIBLIOGRAFÍA

- Clérico, L., & Viscelli, A. (2023). La desventaja estructural en el examen de igualdad en la jurisprudencia reciente de la Corte IDH. En E. Ferrer Mac-Gregor , & (Coord.), *La garantía de jurisdicción de la Constitución. A cien años del Verfassungsgerichtshof Österreich, a cuarenta años del Tribunal Constitucional de España - Tomo 2* (págs. 1081-1096). Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales.
- Ronconi, L. (2019). Repensando el principio de igualdad: alcances de la igualdad real. *Isonomía Núm. 49*, 103-140.
- Saba, R. (2016). *Más allá de la igualdad formal ante la ley. ¿Qué le debe el Estado a los grupos desaventajados?* Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.
- Sagüés, N. P. (2020). *Guía práctica de control latinoamericano de convencionalidad*. Bogotá: Tirant lo blanch-Konrad-Adenauer-Stiftung .

# FALLO “LUCÍA”. INOBSERVANCIA DEL DERECHO CONVENCIONAL

**NADIA GEORGINA SLAME**

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UNT)  
nadiagslame@gmail.com

## INTRODUCCIÓN

La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina resolvió en el histórico fallo “FAL” el derecho de una mujer a interrumpir un embarazo producto de una violación sin necesidad de obtener autorización judicial. En este precedente el tribunal sostuvo que en casos de violación, la mujer tiene derecho a acceder a un aborto de manera segura y sin obstáculos legales. Analizaremos en el fallo “Lucía” la inobservancia y falta de adecuada aplicación de las convenciones y los precedentes jurisprudenciales que llevaron a una notable violación de los DDHH, como así también el olvido del carácter tuitivo de estos, sobre todo en materia de violencia contra la mujer en el Norte argentino.

## ANTECEDENTES

El fallo “FAL” es una decisión histórica de la CSJN emitida en el año 2012. En este fallo, la Corte decidió que la penalización del aborto en casos de violación no constituía un obstáculo legal para acceder a la interrupción voluntaria del embarazo. La CSJ determinó que la penalización del aborto en casos de violación, atentaba con los Derechos Humanos de las mujeres, especialmente, el derecho a la salud y su integridad física y psicológica. Además, la Corte afirmó que la objeción

de conciencia de los profesionales de la salud no puede ser un obstáculo para el acceso de las mujeres a servicios de aborto legal y seguro.

Sin embargo, en Tucumán, los posicionamientos jurisprudenciales parece ser han olvidado las obligaciones convencionales de los Estados y siguen debatiendo cuestiones ya definidas no solo por nuestro máximo tribunal, sino también por la CIDH y el derecho convencional, muestra de ello fue el fallo "LUCÍA", caso judicial que tuvo lugar en esta provincia en 2018.

El caso involucró a una niña de 11 años, identificada como "Lucía", quien quedó embarazada como resultado de una violación por parte de la pareja de su abuela. "Lucía" solicitó un aborto legal en virtud de la legislación argentina que permite el aborto en casos de violación o cuando la vida o la salud de la mujer están en peligro. Sin embargo, las autoridades locales y el sistema de salud de la provincia de Tucumán se negaron a practicar el aborto y ella fue obligada a continuar con su embarazo a pesar de que el mismo representaba un grave riesgo para su salud, alegando objeción de conciencia y retrasando el procedimiento. La niña fue sometida a una cesárea, destacando las deficiencias en el sistema de salud y en la aplicación de la legislación relacionada con los derechos reproductivos de las mujeres.

## **ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE TRATADOS INTERNACIONALES**

Ambos fallos generaron debates y polémicas en el país, en el caso de "Lucía" por no garantizar el derecho a la salud y la autonomía de la mujer, y en "FAL" por ser un avance en la protección de los derechos reproductivos de las mujeres. Y nos recuerdan que, las obligaciones convencionales de los Estados Parte vinculan a todos los poderes y órganos del Estado, es decir, que todos los poderes del Estado (Ejecutivo, Legislativo, Judicial, y otras autoridades públicas o estatales, de cualquier nivel.



Dado que el fallo “Lucía” implicaba el acceso al aborto en casos de violación, un tema central en este caso sería si la negativa de las autoridades locales a proporcionar el aborto a Lucía estaba en conformidad con las normas y principios de los tratados internacionales de derechos humanos, como la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), entre otros.

El control de convencionalidad habría requerido que los tribunales nacionales, incluida la CSJ de Tucumán, evaluaran si las leyes y políticas que negaban el acceso al aborto a Lucía eran compatibles con los estándares internacionales de derechos humanos. Específicamente, los tribunales podrían haber considerado si la negativa a proporcionar el aborto a Lucía violaba su derecho a la salud, a la integridad física y psicológica, y su derecho a la no discriminación en virtud de la legislación nacional y los tratados internacionales de Derechos Humanos. Sumado a ello, siguiendo a Canção Trindade no consideraron el perfil tuitivo o protectorio que deben adoptar los diversos operadores jurídicos domésticos, obligados a organizar su ordenamiento jurídico interno de modo que las supuestas víctimas de violaciones de los derechos en ellos consagrados dispongan de un recurso eficaz ante las instancias nacionales.

Podemos ver entonces, como el caso “Lucía” de Tucumán y el fallo “FAL” comparten varios puntos en común y tienen implicaciones significativas en relación con los derechos de las mujeres y la legalización del aborto en Argentina, como ser:

- 1. Normativa aplicable:** Tanto el fallo “Lucía” como el fallo “FAL” se basan en la interpretación de tratados internacionales de Derechos Humanos, como la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos,

Sociales y Culturales (PIDESC), para argumentar a favor del acceso al aborto legal.

2. **Derechos reproductivos:** Ambos fallos resaltan las violaciones a los derechos reproductivos de las mujeres al negarles el acceso al aborto legal y seguro. Esto se considera una violación de su derecho a la salud, a la autonomía reproductiva y a la integridad física y psicológica. En ambos casos, se reconoce que las leyes que penalizan el aborto violan los derechos humanos de las mujeres, especialmente su derecho a la salud, a la autonomía reproductiva y a la igualdad.
3. **Derecho a la salud:** Al negar el acceso al aborto seguro y legal, se viola el derecho de las mujeres a recibir atención médica adecuada y a no ser sometidas a tratamientos inhumanos o degradantes.
4. **Violencia obstétrica:** Ambos casos destacan la violencia obstétrica como una forma de violencia de género. La falta de acceso al aborto legal conduce a situaciones en las que las mujeres son sometidas a procedimientos inseguros y traumáticos, lo que constituye una forma de violencia contra ellas.
5. **Discriminación de género:** La penalización del aborto es vista como una forma de discriminación de género, ya que afecta de manera desproporcionada a las mujeres y perpetúa estereotipos de género que limitan su autonomía y libertad reproductiva.

En ambos casos, se reconoce la responsabilidad del Estado en garantizar el acceso de las mujeres al aborto seguro y legal. El Estado debe asegurar que las leyes y políticas protejan los derechos de las mujeres y que se implementen servicios de salud reproductiva accesibles y seguros.

El principio de control de convencionalidad se refiere a la obligación de los tribunales nacionales de garantizar que las leyes y decisiones judiciales sean conformes con las normas y principios establecidos en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado. En el caso del fallo “Lucía” de Tucumán, este principio podría haber jugado un papel importante en la interpretación y aplicación de la ley. La Corte Interamericana ha sostenido que “La obligación de cumplir lo dispuesto en las decisiones del Tribunal corresponde a un principio básico del derecho sobre la responsabilidad internacional del Estado, respaldado por la jurisprudencia internacional, según el cual los Estados deben acatar el tratado internacional de buena fe (*pacta sunt servanda*) y, como ya ha señalado esta Corte y lo dispone el art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, aquellos no pueden, por razones de orden interno, dejar de asumir la responsabilidad internacional ya establecida.

En última instancia, el control de convencionalidad habría servido como un marco legal para asegurar que las decisiones judiciales, como la orden de la CSJT de proporcionar el aborto a Lucía, estuvieran en línea con los estándares internacionales de derechos humanos y protegieran los derechos fundamentales de las mujeres y niñas en situaciones similares.

En particular con respecto a las niñas que son víctimas de violencias, CLADEM<sup>1</sup> publica el informe denominado “Niñas madres. Balance Regional embarazo y maternidad infantil forzados en América Latina y el Caribe”, y define de manera categórica al embarazo infantil forzado como la situación en la que una niña queda embarazada sin haberlo deseado ni buscado y se le niega, dificulta, demora u obstaculiza la interrupción del embarazo posterior (CLADEM, 2016). En el mismo se explicitan las consecuencias y riesgos que un embarazo puede acarrear para una niña.

---

1. Comité de América Latina y el Caribe por la Defensa de los Derechos de las mujeres),

El caso del embarazo de Lucía termina con un fallo de una jueza del fuero de Familia que afirma lo que ya había dejado expresado de manera clara y concisa el Fallo FAL (2012): en estos casos, una interrupción legal del embarazo no debe judicializarse y, mucho menos, demorarse.

## CONCLUSIONES

El control de convencionalidad ha desempeñado un papel destacado en los fallos "FAL" y "LUCIA". En el caso "FAL", la CSJN interpretó la legislación nacional a la luz de los estándares internacionales de Derechos Humanos, especialmente en lo que respecta al acceso al aborto no punible en casos de violación. La Corte consideró que las leyes locales debían ser interpretadas de manera compatible con los tratados internacionales ratificados por Argentina, asegurando así el derecho de las mujeres a acceder a servicios de aborto seguro en situaciones de violación.

El caso Lucía fue un símbolo de los padecimientos y torturas a las que son sometidas las niñas cuando expresan su voluntad de interrumpir un embarazo en sociedades conservadoras. Una niña que llega al sistema público de salud para pedir ayuda por la violencia sufrida contra su integridad, su infancia y su decisión no debe, bajo ningún punto de vista, salir de allí siendo madre.

Es por eso que el Estado, responsable del cumplimiento de tratados internacionales que protegen a niñas, niños y adolescentes y de las leyes vigentes que estipulan claramente los casos en los que la práctica de aborto está contemplada como un derecho, debe dejar de reproducir este tipo de violencias e instar a sus agentes a respetar las leyes más allá de sus preceptos morales y religiosos.

Es su obligación generar políticas públicas con enfoque de género y respetuosas de los derechos humanos y de los derechos sexuales, y velar porque la educación y la salud sexual y reproductiva de todas las mujeres estén aseguradas por igual, y lleguen a todos

los territorios de manera justa y democrática, sin importar la pertenencia de clase, las creencias ni la edad.

## BIBLIOGRAFÍA

- Canção Trindade, Antonio Augusto (2001). *El derecho Internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, Santiago de Chile, Editorial jurídica de Chile, 2001.
- Sagüés, María S. (2017). Control de Convencionalidad, Max-Planck-Institut, en prensa.
- Sagüés, Néstor P. (2020). *Guía práctica de control latinoamericano de convencionalidad (para operadores judiciales, legislativos y de la Administración pública)*. KONRAD.

### Referencias Jurisprudenciales

- Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina). “FAL”, Sentencia del 13 de marzo de 2012.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). “Caso de ‘Belen’ vs. Argentina”, sentencia del 20 de marzo de 2018, Serie C, N°. 384.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina). “LUCIA”, sentencia del 25 de septiembre de 2008.

### Referencias web:

- Revista CONICET, Augier C. M., Lorenzo Pisarello J.S., Vulneración de derechos y comunicación en el «Caso Lucía», agosto 2022. ISSN: 1669-6581. DOI: <https://doi.org/10.24215/16696581e733>