

AÑO 2_ N° 2

Julio 2021

ISSN Versión online: 2683-9016

REVISTA DE ESTUDIO

30 AÑOS _ *Saber y Saber Hacer*



REVISTA

Derecho Constitucional

CONSTITUTIONAL LAW MAGAZINE

Revista de la Sala de Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional
Instituto de Investigación en Ciencias Jurídicas (IDI-CJ)
Universidad Blas Pascal

REVISTA

Derecho Constitucional

**SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y
DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL**

*INSTITUTO DE INVESTIGACIÓN EN CIENCIAS JURIDICAS (IDI-CJ)
UNIVERSIDAD BLAS PASCAL - CÓRDOBA, ARGENTINA*

Año 2 · Nro. 2 · Junio 2021 // ISSN Versión online: 2683-9016

REVISTA

Derecho Constitucional

ISSN Versión online: 2683-9016

Consejo Editorial

- ***Director: Dr. Lorenzo Barone. UBP. UNC.***
- ***Secretario Ab. Hugo Zanatta. UBP.***
- ***Secretario Ab. Matias Dante Berardo. UBP. UNC.***

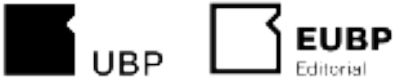
Consejo Científico

- ***Dr. Ricardo Haro. UNC. UBP.***
- ***Dr. Hugo Valdez. UNC. UBP.***
- ***Dr. Guillermo Ford. UBP. UCC.***
- ***Dr. Alberto Zarza Mensaque. UNC. UBP.***
- ***Ing. Nestor Pisciotta. UBP.***

Diseño y Diagramación

- ***Mauricio Tagliavini. DG.***

La revista de Estudios de Derecho Notarial y Registral es una publicación anual con referato realizada por el Instituto de Investigación en Ciencias Jurídicas (IDI-CJ) de la UBP. El Comité Editorial agradece a todos los evaluadores que intervinieron en la revisión de los artículos presentados en este número.



Copyright © 2021 by Editorial UBP
 Todos los derechos reservados

Director
 Néstor Pisciotta
 Av. Donato Álvarez 380
 CP X5147ERG Argüello, Córdoba
 Argentina
 Tel: 54 (0351) 414-4444
 Para mayor información
 contáctenos en www.ubp.edu.ar
 O vía e-mail a: editorialUBP@ubp.edu.ar

Publicación editada e impresa en
 Córdoba, Argentina

La reproducción de esta revista,
 ya sea total o parcial, en forma idéntica
 o con modificaciones, escrita a máquina
 por el sistema Multigraph, mimeógrafo,
 impreso, etc., que no fuera autorizada por
 Editorial UBP, es violatoria de derechos
 reservados. Su infracción está penada por
 las leyes 11.723 y 25.446.
 Toda utilización debe ser solicitada con
 anterioridad.

Revista Derecho Constitucional

Publicación anual de la Sala de Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional del Instituto de Investigación en Ciencias Jurídicas (IDI-CJ) de la Universidad Blas Pascal.

E-Mail: salaconstitucional@ubp.edu.ar

ISSN (Versión online): 2683-9016

Esta Revista no se responsabiliza por las opiniones vertidas en los artículos firmados, cuyas ideas responden exclusivamente a sus autores.

ÍNDICE

EDITORIAL	9
EL MODELO "SOCIAL" DE LA DISCAPACIDAD. ANÁLISIS Y PERSPECTIVAS DESDE LA JURISPRUDENCIA. <i>THE "SOCIAL" MODEL OF DISABILITY. ANALYSIS AND PERSPECTIVES FROM JURISPRUDENCE</i>	
Eduardo AVALOS	13
BASES CONSTITUCIONALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO URUGUAYO <i>CONSTITUTIONAL BASES OF URUGUAYAN ADMINISTRATIVE LAW</i>	
Miguel PEZZUTTI	24
ELEMENTOS HISTÓRICOS, SOCIOLÓGICOS Y JURÍDICOS DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS EN ARGENTINA UNA BREVE RESEÑA. APORTES PARA EL DEBATE <i>HISTORICAL, SOCIOLOGICAL AND LEGAL ELEMENTS OF THE POLITICAL PARTIES IN ARGENTINA A BRIEF OVERVIEW. CONTRIBUTIONS TO THE DEBATE</i>	
David Cela HEFFEL - Sabrina GARBOVETZKY	38
EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN EL CONTEXTO DE LA TENSION ENTRE EL MARGEN DE APECIACION NACIONAL Y EL "IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE" LATINOAMERICANO <i>THE CONTROL OF CONVENTIONALITY IN THE CONTEXT OF THE TENSION BETWEEN THE NATIONAL MARGIN OF APPRECIATION AND THE LATIN AMERICAN "IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE"</i>	
Federico Agustin ACHERITEGUY	52
LAS SENTENCIAS EXHORTATIVAS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN A LA LUZ DEL DERECHO DE EJECUCION DE SENTENCIAS <i>THE EXHORTATIVE SENTENCES OF THE ARGENTINEAN SUPREME COURT OF JUSTICE IN THE LIGHT OF THE RIGHT TO EXECUTE JUDGMENTS</i>	
Cynthia Belén CONTRERAS	105
LA GESTIÓN JUDICIAL EN LOS EXÁMENES DEL CONSEJO DE LA MAGISTRATURA <i>THE JUDICIAL MANAGEMENT IN THE EXAMS OF THE COUNCIL OF THE MAGISTRATURE</i>	
Manuel LEGUIZAMÓN	120
DIRECTRICES PARA AUTORES/AS	129

Editorial

La Revista Derecho Constitucional es una publicación de la Sala de Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional del Instituto de Investigación en Ciencias Jurídicas (IDI-CJ) de la Universidad Blas Pascal.

El objetivo central de esta publicación es profundizar los conocimientos y fomentar el desarrollo de actividades en juristas, docentes y alumnos mediante el estudio de las instituciones típicas del Derecho Constitucional y del Derecho Procesal Constitucional.

Asimismo, se pretende continuar el desarrollo académico y científico de los egresados de la Especialización en Derecho Procesal Constitucional y de la Diplomatura en Amparo Constitucional que se dicta en la Universidad, además de los docentes y miembros de la comunidad, estimulando su participación a través de la presentación de artículos.

Las publicaciones son anuales, pudiendo los Profesores y egresados de posgrado ser participantes invitados permanentes a presentar contribuciones, además de recibir la colaboración de autores externos con reconocida trayectoria en el tema.

En este segundo volumen, se ofrece al lector cinco trabajos de doctrina de autores nacionales e internacionales, que se refieren a temas actuales y relevantes en el ámbito del Derecho Constitucional (el modelo social de la discapacidad, y bases constitucionales del derecho administrativo uruguayo, y elementos históricos, sociológicos y jurídicos de los partidos políticos en Argentina) y del derecho procesal constitucional (control de convencionalidad, y sentencias exhortativas de la Corte Suprema de Justicia de la Nación).

Finalmente, se publica el artículo de doctrina del alumno de la UBP Manuel Leguizamón, ganador del concurso monográfico para alumnos de la carrera de abogacía con motivo del 25° aniversario de la reforma constitucional del año 1994, en el marco de las actividades de la Sala de Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional (Resolución Rectoral N° 70/2018) del Instituto de Investigación en Ciencias Jurídicas (IDI-CJ), conjuntamente con la Cátedra de Derecho Constitucional.

Lorenzo Barone
Director

Hugo Zanatta
Matias Dante Berardo
Secretarios

1. Doctrinas

EL MODELO "SOCIAL" DE LA DISCAPACIDAD. ANÁLISIS Y PERSPECTIVAS DESDE LA JURISPRUDENCIA

THE "SOCIAL" MODEL OF DISABILITY. ANALYSIS AND PERSPECTIVES FROM JURISPRUDENCE

Eduardo AVALOS¹

RESUMEN:

En el presente artículo se realiza un análisis sobre la evolución en los diversos contextos históricos y/o sociales de las personas con discapacidad. Para luego adentrarse en la normativa que tiene jerarquía constitucional en Argentina como la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, igualmente se analizan casos jurisprudenciales de Comisión Interamericana como la Corte Interamericana de Derechos Humanos han intervenido en casos originados por la violación de derechos de las personas con discapacidad, y la justicia federal.

Finalmente, se concluye con una reflexión personal sobre la discapacidad como cuestión social, diferenciando el rol normativo, y judicial en Argentina.

ABSTRACT

In this article an analysis is made of the evolution in the various historical and / or social contexts of people with disabilities. To later delve into the regulations that have constitutional hierarchy in Argentina such as the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, jurisprudential cases of the Inter-American Commission are also analyzed, such as the Inter-American Court of Human Rights that have intervened in cases originating from the violation of rights people with disabilities, and federal justice.

Finally, it concludes with a personal reflection on disability as a social issue, differentiating the normative and judicial role in Argentina.

PALABRAS CLAVE: Discapacidad. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Jurisprudencia.

KEY WORDS: Disability. Convention on the Rights of Persons with Disabilities. Jurisprudence.

¹ Doctor en Derecho y Ciencias Sociales

I.- Introducción

El papel desempeñado por la persona con discapacidad en los diversos contextos históricos y/o sociales no ha dependido de la naturaleza, o del tipo o grado de condición, sino más bien de la concepción y actitudes sociales imperantes.

Así, ha habido distintos enfoques o modelos:

a) **Prescindencia.** Es propio de la antigüedad clásica y la edad media. Y en alguna medida del nazismo. Consideraba a la discapacidad fruto de causas ajenas a la naturaleza humana, el pecado o un castigo de los dioses y por lo tanto una situación inmodificable. La sociedad decidía prescindir de estas personas a través de políticas eugenésicas o situándolas en el espacio destinado a los "anormales", marcados por el sometimiento y la dependencia.

b) **Médico-Rehabilitador.** El segundo enfoque, aborda a la discapacidad como una enfermedad, fruto de causas naturales, biológicas, ambientales. El tratamiento de la discapacidad se encamina a conseguir la cura, o una mejor adaptación de la persona o un cambio en su conducta. Es abordada exclusivamente dentro de la legislación de la asistencia y de la Seguridad Social. Y desde el derecho civil desde la incapacitación, la tutela y curatela. En el ámbito de la discapacidad mental, se desarrolló el concepto de locura y se crearon las instituciones asistenciales y los manicomios.

c) **Social.** Tuvo su origen en EEUU e Inglaterra en las últimas décadas del siglo XX. Se concibe a la discapacidad como una situación, integrada en gran medida por factores sociales. Alienta a modificar prejuicios, prácticas y barreras que impiden la participación de las personas con diversidad funcional en igualdad de condiciones que las demás. Se considera que las causas que originan la discapacidad son preponderadamente sociales. Las soluciones no deben centrarse exclusivamente en las condiciones de la persona, sino deben estar dirigidas hacia la sociedad. Se busca la inclusión a través de la igualdad de oportunidades.

La Reforma Constitucional de 1994 situó en el máximo nivel de jerarquía normativa nacional una serie de preceptos y principios vinculados con los derechos de las personas con discapacidad, que hasta ese momento era considerado una de los derechos implícitos del art. 33 de la C.N.-

En nuestra Constitución Nacional deben destacarse muy especialmente los arts. 14 bis, 41, 42, 75 incs. 17, 19 y 23 y en función del art. 75 inc. 22, la jerarquía constitucional del derecho internacional de los DDHH.

Específicamente a la discapacidad se refieren la **Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (ley 25280, año 2000)**, que cuenta con jerarquía superior a las leyes, y más recientemente, la **Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ley 26378, año 2008)**, que cuenta con jerarquía constitucional, mediante **ley 27.044** promulgada el 11/12/14.

II. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

Ha generado una verdadera revolución en el abordaje de los derechos de las personas con discapacidad. Pretende provocar un cambio social, que le asegure a todas las per-

sonas con discapacidad su plena inclusión en la sociedad, eliminando para ello todas las barreras que impiden su participación activa en ella.

Se considera que **las personas con discapacidad no son “objeto” de políticas curativas o asistenciales, sino que son “sujetos” de derechos humanos.**

Así el inc. “e” de su Preámbulo, establece que “...la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.”

Este marco normativo se basa en el modelo social de la discapacidad, lo cual supone un cambio de paradigma en el modo de abordarla, en todos los ámbitos; educación, salud, trabajo, derechos civiles –como el ejercicio de la capacidad jurídica-, la protección de la libertad e integridad personal, el acceso a la justicia y el ejercicio de los derechos políticos.

Veamos algunas de sus disposiciones:

Artículo 9°. **Accesibilidad** “...asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales...”

Artículo 12. **Igual reconocimiento como persona ante la ley**“... las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.... capacidad jurídica en igualdad de condiciones en todos los aspectos de la vida.... apoyos que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica:

“...garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.”

Artículo 13. **Acceso a la justicia**“... acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, en todos los procedimientos judiciales

Artículo 16. **Protección contra la explotación, la violencia y el abuso, tanto en el seno del hogar como fuera de él.**

Artículo 17. **Protección de la integridad personal**

Artículo 18. **Libertad de desplazamiento, la libertad para elegir su residencia y una nacionalidad, en igualdad de condiciones con las demás.**

Artículo 19. **Derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad**

Artículo 21. **Libertad de expresión y de opinión y acceso a la información**

Artículo 22. **Respeto de la privacidad**

Artículo 23. Respeto del hogar y de la familia... medidas efectivas y pertinentes para poner fin a la discriminación contra las personas con discapacidad en todas las cuestiones relacionadas con el matrimonio, la familia, la paternidad y las relaciones personales, y lograr que las personas con discapacidad estén en igualdad de condiciones con las demás.

Artículo 24. **Educación. Un sistema de educación inclusivo a todos los niveles, así**

como la enseñanza a lo largo de la vida.

Artículo 27. **Trabajo y empleo.** Derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con las demás; ello incluye el derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles

Artículo 28. **Nivel de vida adecuado y protección social.** Asegurar el acceso de las personas con discapacidad a programas de vivienda pública; asegurar el acceso en igualdad de condiciones de las personas con discapacidad a programas y beneficios de jubilación.

Artículo 29. **Participación en la vida política y pública**

Artículo 30. **Participación en la vida cultural, las actividades recreativas, el esparcimiento y el deporte**

III. La tutela de la discapacidad en el sistema interamericano

Tanto la Comisión Interamericana como la Corte Interamericana de Derechos Humanos han intervenido en casos originados por la violación de derechos de las personas con discapacidad. El primer caso que se abordó en el sistema —en el que intervino la Comisión Interamericana— fue "**Víctor Rosario Congo vs. Ecuador**" (Comisión IDH, Informe 63/99, 13 de abril de 1999). El organismo determinó la responsabilidad del Estado ecuatoriano por la muerte de una persona con discapacidad mental dentro de un centro de reclusión. Se determinó que Ecuador no tomó las medidas pertinentes para la protección de la integridad de Víctor Rosario Congo.

Un segundo caso, en el que intervino la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha sido "**Ximenes López vs. Brasil**" (Corte IDH, 4 de julio de 2006). Aquí puede observarse que se profundiza en un concepto en el que ya había avanzado la Comisión en el Caso Congo: la especial situación de vulnerabilidad en la que encuentran personas con discapacidad mental. Estableciendo la Corte que "debido a su condición psíquica y emocional, las personas que padecen de discapacidad mental son particularmente vulnerables a cualquier tratamiento de salud, y dicha vulnerabilidad se ve incrementada cuando las personas con discapacidad mental ingresan a instituciones de tratamiento psiquiátrico".

La Comisión Interamericana tomó otra decisión relevante en esta materia, a través de una medida cautelar, adoptada en el año 2003 y reafirmada en el 2008, con respecto a los **pacientes del Hospital Neuropsiquiátrico de Paraguay**, estableciendo protecciones para las personas con discapacidad mental allí internadas. En el caso se determinó que el sistema paraguayo no cumplía con los estándares internacionales sobre la asistencia médico psiquiátrica, de conformidad con los Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental.

Es importante destacar que, con posterioridad a la vigencia de la CDPD en el sistema universal, tanto la Comisión como la Corte han abordado la temática de discapacidad desde una perspectiva que incluye la concepción del modelo social, y pone el énfasis asimismo en el derecho de acceso a la justicia de personas con discapacidad. Se hace referencia al caso "**Furlán y Familiares vs. Argentina**" (Corte IDH, 31 de agosto de 2012), en el que se focaliza en la determinación de la violación del derecho de acceso a la justicia y debido proceso, por las demoras injustificadas en la tramitación del proceso.

En el caso "**Artavia Murillo y otros ('Fecundación in vitro') vs. Costa Rica**" (28/11/2012) la Corte IDH recurre a los estándares generales en materia de protección de derechos de

las personas con discapacidad, como ya lo había hecho en el caso Furlán.

El caso "**Chinchilla Sandoval y otros vs. Guatemala**" (Corte IDH, 29 de febrero de 2016) aborda la situación de una mujer privada de libertad en un centro penitenciario para mujeres en Guatemala, donde cumplía una condena penal, cuyo estado de salud se deterioró progresivamente en relación con la diabetes y otros padecimientos. Tal situación le generó una discapacidad a partir de una serie de complicaciones, particularmente cuando le fue amputada una pierna, lo que la obligó a moverse en silla de ruedas, en razón de lo cual se requerían ajustes en el centro penitenciario que se alega no fueron debidamente realizados.

En el caso "**Irene vs. Argentina**" (Resolución del 7/7/2016) se solicitó una medida cautelar ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por dos Organizaciones, el Centro de Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL) y la Red por los Derechos de las Personas con Discapacidad (REDI), en favor de Irene, una niña con discapacidad de 12 quien requería de un sistema de apoyos permanente e integral para desarrollar actividades de la vida diaria.

En el caso "**ZaheerSeepersad vs. Trinidad & Tobago**" (2017), se solicitó asimismo medidas cautelares ante la Comisión Interamericana alegando una situación de riesgo debido a la condición médica y la amenaza existente de la persona de ser internada en un asilo psiquiátrico, lo que agravaría su condición.

Finalmente, en el año 2018 la Comisión conoció a su vez sobre la situación del Adolescente "**M**", joven que, tras deambular por las calles de México, habría sido detenido y presuntamente desaparecido entre el 23 y 28 de enero de 2018, para finalmente ser ingresado en el Hospital Psiquiátrico Infantil "Juan Navarro" (12 /4/2018). En dicho nosocomio se le habrían practicado numerosos estudios médicos sin su conocimiento ni consentimiento, ni el de sus padres, además de habersele suministrado agresivos fármacos y sometido a sujeción física de cuatro puntos.

Debido a las profundas implicancias que tiene el tema en relación con el ejercicio de los derechos humanos de personas con discapacidad, se hace imprescindible mencionar la **Observación General del Comité para la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad**, sobre la necesidad de tomar medidas, en consonancia con el artículo 12 de la CDPCD, para garantizar el reconocimiento de la capacidad jurídica universal, incluyendo a todas las personas con discapacidad, independientemente de su tipo y grado de discapacidad, y en consecuencia con ello, **iniciar en el más breve plazo un proceso de sustitución de la práctica de la interdicción, curatela o cualquier otra forma de representación, que afecte la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, a favor de la práctica de la toma de decisiones con apoyo**".

El cambio de paradigma que exige el artículo 12 ha sido el antecedente y la justificación para que en nuestro país se haya vivido una reforma muy importante en materia de capacidad jurídica, cuya consagración se ha dado a través de la Unificación del Código Civil y Comercial de la Nación. Hoy es sabido que **el proceso no se centrará en dilucidar si la persona con discapacidad tiene capacidad jurídica, sino que buscará ofrecer respuesta a qué necesita la persona para el ejercicio de su capacidad jurídica.**

Ello exige por parte del sistema judicial una serie de garantías, entre las que se destacan la condición de parte de la persona, el otorgamiento de asistencia letrada, un abordaje interdisciplinario, condiciones de accesibilidad, ajustes razonables y, sobre todo, un sistema de apoyos para la toma de decisiones, acompañado por una serie de salvaguardias que lo complementan.

Si bien Argentina ha sido el primer país a nivel latinoamericano en intentar incorporar estos estándares exigidos por derecho internacional de los derechos humanos, hoy en día pueden identificarse reformas de las legislaciones internas de varios países. Así, el proceso vivido en Argentina en aras de implementar este cambio de paradigma en materia de capacidad jurídica se vio fortalecido por las reformas que transitan en nuestra región. Sin duda la reforma de Costa Rica, la reciente modificación del Código Civil en Perú, y la más reciente de Colombia, conforman un contexto más que interesante para la puesta en práctica de un sistema que centra la mirada en la persona como sujeto de derecho, con todas las implicaciones que ello requiere.

IV. Algunos precedentes de Tribunales locales

Nos referiremos al caso "**Naranjo**" resuelto por la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín en fecha 17/3/2014. En el caso, una persona con una discapacidad motora aspiraba a inscribirse en el Profesorado Universitario de Educación Física. La Universidad a la que concurría se negó a hacer las adaptaciones curriculares pertinentes para que pueda cumplimentar los estudios respectivos a la carrera.

La Secretaría Legal y Técnica de la UNLM rechazó la inscripción alegando "no resulta posible realizar nuevamente 'adecuaciones curriculares'". Naranjo denunció la situación ante el Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo [INADI]. Resulta de interés citar algunos tramos del dictamen del organismo vertido en la causa: "un/a Profesor/a de Educación Física, tendrá como alumnos/as a personas con distintas destrezas físicas. Cabe suponer que el día de mañana, el Sr. Naranjo —si obtuviera efectivamente el título requerido— podría encontrar dentro de su alumnado a personas con características físicas idénticas a la suya propia [...] no habría mejor estímulo para ese alumno/a que ver como Profesor de Educación Física a una persona cuyas características físicas no coinciden necesariamente con los cánones impuestos desde la concepción tradicional del cuerpo", porque "imponer una imagen de qué rasgos físicos debe tener una persona para poder ejercer la profesión de Profesor de Educación Física significa la adscripción a un paradigma que, a partir de la adopción con rango supralegal de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha devenido obsoleto".

La Cámara al confirmar la sentencia de grado, con cita de los instrumentos internacionales aplicables, hace especial hincapié en el art. 24 de la CDPD, sobre derecho de las personas con discapacidad a la educación, conforme el cual a fin de "hacer efectivo este derecho sin discriminación y sobre la base de la igualdad de oportunidades, los Estados Partes asegurarán un sistema de educación inclusivo a todos los niveles.

En un contemporáneo fallo, el Juzgado en lo contencioso, administrativo y tributario de la Ciudad de Buenos Aires n° 1, en fecha 24/10/2016 "**Rodríguez, César Alan c/ GCBA-Amparo**" aborda la petición incoada mediante acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y la Escuela Jesús María de San Vicente de Paul con el objeto

de que se entregue al peticionante "el certificado oficial de finalización de estudios secundarios y la demás documentación oficial escolar que corresponda, en igualdad de condiciones que a [sus] demás compañeros". Afirma que simplemente se le otorgó un diploma no oficial de graduado, de modo que no cuenta con un certificado que acredite válidamente que finalizó el colegio secundario. Refiere que tiene síndrome de down y que cursó sus estudios con un proyecto pedagógico individual (PPI), diseñado con ajustes razonables, metas personalizadas y una propuesta pedagógica-didáctica que atiende a las necesidades, intereses y desarrollo del máximo potencial de cada alumno/a; también contó con la asistencia de una maestra integradora. Destaca que todos los años aprobó la cursada de cada nivel acorde al PPI elaborado por la escuela y que ello surge de los boletines que le entregaron durante los cinco años. Asevera que, no obstante, ello, al terminar quinto año se le comunicó verbalmente que no le extenderían el título correspondiente por considerar que no había alcanzado los contenidos mínimos que habilitan su emisión.

Frente a similar problemática encontramos otro precedente, ahora en el ámbito de la provincia de Buenos Aires; se trata del caso resuelto por el Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo nro. 4 de La Plata en fecha 28/12/2018. frente a la petición incoada por los señores **F. C. y L. P., contra la Dirección General de Cultura y Educación de la Provincia de Buenos Aires**, con el objeto de que se les emita y entregue el título secundario homologable al nivel, sin distinciones por motivos de discapacidad y en igualdad de condiciones al resto de los estudiantes, en los términos del artículo 24 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y las normas que de ella se desprenden, así como del bloque normativo aplicable.

Relatan que son personas con discapacidad que han cursado y finalizado sus estudios secundarios en la escuela de nivel "común" con las adaptaciones curriculares necesarias para hacer efectivo su derecho a una educación inclusiva. Que, a tales fines, se realizaron apoyos y adaptaciones para sus aprendizajes y que la escuela de modalidad especial acompañó sus trayectorias educativas, articulando con la escuela de nivel, todo lo cual permitió que concluyan sus estudios y evaluaciones.

Refieren, con relación a la actora F.C., que la misma posee 26 años de edad, que presenta Síndrome de Down y que concluyó el ciclo secundario en la Escuela de Educación Media nro. 21 de la Ciudad de La Plata.

Con relación al actor L. P., señalan que posee 21 años de edad, que presenta un "Déficit de Atención Hiperactividad y Dislexia", que en el año 2016 concluyó el Colegio Secundario en la Escuela Nuestra Señora del Valle de la ciudad de La Plata, donde llevó a cabo toda su trayectoria escolar de 1° a 6° año.

A la luz de la reforma del Código Civil, en relación al derecho a celebrar matrimonio, Juzgado Civil y Comercial de Azul, tuvo ocasión de resolver el pedido de autorización judicial planteado por el curador e hijo de una mujer con discapacidad a quien se había privado de su capacidad civil —incapacidad— a la luz del régimen anteriormente vigente. Sin perjuicio que a la fecha aún no había sido practicada la reevaluación de la sentencia en los términos del art. 40 del Cód. Civ. y Com., el magistrado decide asumir el análisis de la cuestión. El pedido comprendía la autorización para celebrar matrimonio con quien resultaba el conviviente durante más de veinte años, relación familiar de la cual habían

también nacido hijos. Cumplida la evaluación interdisciplinaria relativa al objeto concreto de autorización, la entrevista personal con la solicitante, así como con su apoyo y con el otro contrayente, el Juez resolvió autorizar la celebración del acto matrimonial.

En el derecho argentino, el régimen civil derogado atributivo de incapacidades genéricas provocaba un efecto desmedido y desproporcionado en cuanto arrasaba no solo con los derechos patrimoniales de la persona sino también con sus derechos personalísimos, Otro interesante precedente da cuenta de la situación de una niña de dos años internada en un hospital público desde el momento de su nacimiento; dicha internación obedece exclusivamente a razones "sociales" atento que por la patología que padece debe vivir en una vivienda que presente rigurosas condiciones de asepsia y salubridad; la vivienda familiar que habita en tanto presenta severas deficiencias, carece de pisos, revoques adecuados, cobertura de cerámicos, mosquiteros y mamparas de aislación.

Los hechos dan cuenta de un diagnóstico de "cardiopatía congénita, Síndrome de Di George, desnutrición severa a los 4 días de vida fue trasladada en un avión sanitario al Garrahan gracias a lo cual sobrevivió. Desde entonces se encuentra internada en el hospital materno infantil de Mar del Plata. En cuanto a su familia el progenitor presenta una neuropatía grave, HIV, se encuentra postrado en silla de ruedas. La progenitora cuida a dos niñas menores de edad y realiza ocasionales tareas remuneradas.

Veamos algunos fallos emanados de Córdoba, concretamente de la **Cámara Federal de Córdoba, Sala A: "AG., M. S. Y OTRO EN REPRESENTACION DE SU HIJA c/ INSSJP - PAMI/AFILIACIONES" del 17/5/2016.**

Inconstitucionalidad del art. 10 de la Resolución 1100/2006 del PAMI, en cuanto prohíbe la afiliación de familiares que gocen de una pensión no contributiva, pese tener derecho a su incorporación en virtud de ser hija discapacitada de un beneficiario titular. El sistema de salud que según esta resolución le correspondía a quien es titular de una pensión no contributiva, otorgadas a partir del 1 de enero de 1999, es el Programa Federal "Incluir Salud" (ex Programa Federal de Salud). El art. 10 de la Resolución N° 1100/06 prescribe que **"... No podrán afiliarse a este Instituto los familiares, convivientes o no, ... que gocen de una pensión graciable o no contributiva otorgada por el Ministerio de Desarrollo Social."** Es decir que se hizo prevalecer la circunstancia de que C. C. era titular de esa categoría de pensión por sobre el hecho de que se trataba de la hija discapacitada de una afiliada titular, o sea integrante de su grupo familiar primario. Además, ante el reclamo efectuado por los padres, la hoy recurrente respondió que la única manera de obtener la reafiliación solicitada, era renunciando al referido beneficio. Más allá de cualquier discusión, está claro que la postura asumida por el INSSJP respecto a la cuestión planteada carece de toda justicia y razonabilidad. Para acceder a la reafiliación perseguida y brindar la correspondiente cobertura, el Instituto de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados exige que se renuncie a una pensión no contributiva, otorgada a la hija discapacitada de la afiliada titular justamente en razón de su minusvalía y la situación de vulnerabilidad en la que su dolencia la coloca. **Es decir que se llegaría al absurdo de que gozar de un beneficio peticionado para que se le brinde alguna suerte de protección, termina constituyendo un perjuicio para quien lo obtuvo; en otras palabras, "volviéndose" en su contra.**

La falta de lógica de ese razonamiento, casi escandaloso en términos de derechos

humanos, se opone absolutamente a lo establecido en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Exigir que C. C. renuncie a la pensión no contributiva de la que estitular para que se la reincorpore como afiliada adherente al INSSJP, también implica una “regresión” dentro de todo el sistema de protección de los derechos de las personas con discapacidad, hecho que también se opone a la normativa contenida de nuestra Carta Magna. En efecto, la “progresividad” que se desprende del inc. 23 del art. 75 de la Constitución Nacional, cuando habla de “Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de las personas con discapacidad.”, resulta totalmente burlada con el dictado de la Resolución N° 1100/06 del INSSJP, pues de acuerdo a esta norma C. C. debería renunciar y perder una pensión que le fue acordada para ayudarla a atender a sus necesidades y así arribar a una mejor calidad de vida, la que adquirió en razón de su dolencia, para recién poder acceder a la reafiliación pretendida. Es decir que se le exige “retroceder” en relación a los beneficios alcanzados para lograr que se le restituya otro. Repárese igualmente que la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), en su art. 26 consagra el desarrollo progresivo de los derechos humanos, para lograr su plena efectividad.

“DÍAZ, FRANCISCO OSCAR c/ MINIST. DESARROLLO SOCIAL s/AMPARO LEY 16.986”, 4 de Junio de 2019.

Paciente de 52 años con diagnóstico de Hemofilia A SEVERA congénita. El paciente mantiene controles en Hospital Córdoba donde se desempeña el Programa Provincial para pacientes con Hemofilia junto con la Fundación de Hemofilia Filial Córdoba. El paciente se infunde concentrado de factor VIII a demanda. Presenta al examen físico artropatía hemofílica severa en ambas rodillas, tobillos...” (fs. 80).

Por esta razón el hecho de que del señor Díaz cuente con la titularidad del 100% de un vehículo modelo 2014, Marca Chevrolet, Modelo Montana 1.8, tipo pick-up Cabina dominio NQP 984 (según informe nominal del Registro Nacional de la Propiedad del Automotor) (fs. 154) y otro modelo 1998 tipo pick-up dominio CEO 699 (que dice haber vendido), no es causal suficiente para suspender el pago de su pensión no contributiva por invalidez, por cuanto los mismos no permiten su subsistencia y más si se tiene en cuenta que dicho vehículo es utilizado para trasladarse los 50 kilómetros que separan su pueblo con las localidades de Jesús María o Colonia Caroya en donde debe concurrir periódicamente a los fines del tratamiento de su enfermedad.

Las limitaciones y/o condicionamientos al goce de la pensión no contributiva por invalidez dispuestas por el Decreto N° 432/97, se dan de bruces con el “modelo social” sobre discapacidad que nutre la normativa convencional y que no carga sobre las espaldas de las personas que las padece con las secuelas sociales de su infortunio, como sucedía con los modelos que lo antecedieron y en los que la sociedad no consideraba ni tenía presente a las personas con discapacidad.

El Anexo I del decreto reglamentario **432/97** (Normas Reglamentarias para el Otorgamiento de Pensiones a la Vejez y por Invalidez), en su Capítulo I “Beneficiarios- Requisitos”, en su artículo 1°, establece: “Podrán acceder a las prestaciones instituidas por el Art.

9 de la Ley N°13.478, las personas que cumplan los siguientes requisitos: ...d) no poseer bienes, ingresos ni recursos que permitan su subsistencia.

"A., P. A. c/ OMINT S.A. Y OTRO s/PRESTACIONES MEDICAS", 8/2/2019.

Como consecuencia de un lamentable y cruento accidente de tránsito ocurrido en diciembre de 2014, que le costó la vida a una de sus hijas, terminó con la amputación de su pierna derecha (diagnóstico médico concreto: "Amputación traumática a nivel supracondíleo del Miembro Inferior Derecho"). A raíz de ello, obtuvo Certificado de discapacidad conforme Ley N° 22.431 expedido por el Gobierno de la Provincia de Córdoba. Resalta que ha sido **siempre deportista y que esa pasión lo llevó a jugar al Rugby y a recibirse como Profesor de Educación Física**, de lo que ha trabajado siempre, y dado que en algunos casos el trabajo independiente en dicha actividad suele ser inestable, consiguió un trabajo en otra actividad, pero nunca dejó su verdadera vocación. Que, tras el trágico hecho, su labor como entrenador personal no pudo continuar, pero gradualmente y con la rehabilitación se siente en condiciones de volver y que incluso actualmente es entrenador de Rugby en el Córdoba Athletic Club, tarea que desempeña ad honorem. Manifiesta que la necesidad de recuperar la labor profesional como entrenador no es solo a los fines de reinsertarse en el aspecto laboral y deportivo, sino que es esencial para poder recuperar una fuente de ingresos para sustento personal y familiar.

Las demandadas le proveyeron de una prótesis, que es con la que ha podido volver a caminar hasta ahora, pero que la misma no le permite desarrollar adecuadamente su profesión, que comprende obviamente una actividad física más que el mero caminar. Menciona que la prótesis actual ha tenido mucha utilidad en un período de "transición" en el proceso de rehabilitación, pero que su adaptación es total y ya su funcionalidad ha llegado a un "techo" insuperable. La misma no le permite correr, ni ascender escaleras o cuevas con pasos alternados. El subir escaleras sólo se puede hacer subiendo primero la pierna sana y luego subiendo la pierna ortopédica, lo que genera una sobrecarga sobre la rodilla izquierda, que además ya está desgastada, por haber sufrido una fractura de platillos tibiales en el mismo accidente, que requirió cirugía inicial, y actualmente presenta una incipiente artrosis, lo que obligó a una segunda intervención quirúrgica el 30 de septiembre de 2016. Por todo ello, su médico tratante consideró que estaba en condiciones de pasar a una nueva etapa de rehabilitación y prescribió una nueva prótesis con características específicas mencionadas ut supra. Tal prótesis solo puede ser proveída por dos marcas y son importadas, no existiendo en el orden nacional ninguna de este tipo.

"P., N. M. c/ PROGRAMA FEDERAL DE SALUD (PROFE) Y OTROS/AMPARO LEY 16.986", 6/3/2015.

Surge de la historia clínica y del certificado de discapacidad otorgado por la Provincia de Córdoba (fs. 14), que la niña N. M. P. padece de epidermolisis ampollar congénita o bullosa, por lo que se le recomendó atención generalizada, consistente en una serie de tratamientos multidisciplinarios que incluían servicios de dermatología, kinesiología, psicología, atención terapéutica y domiciliaria, entre otros. Asimismo, quedó sentado en autos que, atento el delicado estado de salud de la niña, debían tomarse una serie de recaudos para su cuidado personal e higiene, procurando adecuar su vivienda de modo tal que desarrolle sus actividades en un ambiente ventilado y fresco, que garantice su total asepsia. El derecho a gozar del más alto nivel posible de salud que le asiste a la niña N. M. P., debe contemplar no sólo la cobertura integral respecto de todos los tratamientos, medicamentos e insumos indicados conforme a su diagnóstico de Epidermolisis ampollar o

bullosa distrófica recesiva, sino que también debe garantizarle el acceso a una vivienda digna cuyas condiciones resulten aptas para su desarrollo en un ambiente sano e higiénico, a fin de prevenir el agravamiento de la dolencia que la aqueja desde su nacimiento.

“A., P. F. c/ DASPU y Otro- Prestaciones Farmacológicas”, 30/1/2019.

Medida Cautelar- Atrofia muscular espinal- Medicación SPINRAZA- Enfermedad Poco Frecuente- Ley 26689- Decreto 794/2015. 4 unidades- U\$S 500.000- Cobertura 30% DASPU- 70% Estado Nacional-

V. Conclusiones

Nuestro país, al incorporar la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad con jerarquía constitucional, ha adoptado el modelo “social” de la discapacidad. Este modelo nos debe hacer comprender que la discapacidad es una cuestión social, que hay que eliminar las barreras sociales para hacer lugar a la diversidad en nuestra sociedad.

No obstante, las leyes reglamentarias argentinas todavía tienen el espíritu del modelo rehabilitador, y aun así resulta muy difícil hacerlas cumplir.

Estos temas terminan dirimiéndose en los tribunales, que parecen haberse convertido en organismos asistenciales, ya que la comparecencia ante los estrados parece ser el antídoto más eficaz contra el descuido de los derechos sociales de los ciudadanos.

Todavía queda mucho camino para lograr una real inclusión de las personas con discapacidad; es un camino arduo y complicado.

El primer paso es la aceptación de la discapacidad dentro del núcleo familiar.

Desde la temprana edad, las distintas rehabilitaciones.

La edad escolar, con la integración curricular y social.

La adolescencia, con la necesidad de tener una vida de esparcimiento igual a la de sus pares

Estudios terciarios

La salida laboral.

En particular, soy padre de María José, de 23 años que tiene Síndrome de Down. Toca piano, juega tenis, toma clases de canto, danza y comedia musical, tiene un personal trainer, se recibió de ayudante de cocina; y creo que es más feliz que cualquiera de mis otros hijos supuestamente normales.

La clave: considerar su síndrome como un dato más, como el color de pelo o de los ojos, y no un impedimento para tratarla y educarla como uno más. Por eso la importancia de la mirada de la discapacidad desde este modelo llamado “social.

Con acierto, se ha dicho que “la discapacidad está en el ojo de quien observa” (Robert Garland).

BASES CONSTITUCIONALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO URUGUAYO

CONSTITUTIONAL BASES OF URUGUAYAN ADMINISTRATIVE LAW

Miguel PEZZUTTI¹

RESUMEN:

El artículo tiene por objetivo identificar los vínculos del Derecho Administrativo con el Derecho Constitucional en Uruguay, efectuando además algunas referencias comparativas con el Derecho Argentino. Enfoca en las raíces constitucionales de la Administración Pública en el Derecho Uruguayo basadas en la idea de centralidad de la persona humana. Analiza las fuentes del Derecho Administrativo reconocidas en el texto constitucional, así como importancia de los Principios Generales en la construcción de un sistema organizado y coherente. Con relación a la organización, se analiza la posición institucional del Poder Ejecutivo y las distintas formas de gestión administrativa, en particular las descentralizadas. Partiendo de los principios generales, se analiza la normativa relativa a la actividad administrativa y la importancia de los medios de defensa de las situaciones jurídicas de los particulares, así como las bases del servicio público.

ABSTRACT

The article aims to identify the links between Administrative Law and Constitutional Law in Uruguay, also making some comparative references with Argentine Law. It focuses on the constitutional roots of Public Administration in Uruguayan Law based on the idea of centrality of the human person. It analyzes the sources of Administrative Law recognized in the constitutional text, as well as the importance of the General Principles in the construction of an organized and coherent system. Regarding the organization, the institutional position of the Executive Branch and the different forms of administrative management, particularly decentralized ones, are analyzed. Starting from the general principles, the regulations relating to administrative activity and the importance of the means of defense of the legal situations of individuals are analyzed, as well as the bases of public service.

¹ Profesor Adjunto de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho, Universidad de la República. Profesor de Maestría en Derecho Administrativo Económico, Universidad de Montevideo. Profesor en la Maestría en Derecho y Técnica Tributaria de la Universidad de Montevideo. Profesor en el Posgrado en Tributación de la Facultad de Derecho de la UDELAR. Miembro del Instituto de Derecho Administrativo de la Universidad de la República. Miembro del Instituto Uruguayo de Estudios Tributarios. Miembro de las Comisiones de Derecho Tributario y Derecho Administrativo del Colegio de Abogados del Uruguay. Posgraduado en Fundamentos de Derecho Público Global, Universidad de la Coruña. Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. Miembro de la Asociación Iberoamericana de Regulación. Socio en Pescadere/Peri/Pezzutti – abogados.

PALABRAS CLAVE: Administración Uruguaya. Principios Generales de Derecho Administrativo. Organización Administrativa. Separación de Poderes.

KEY WORDS: Uruguayan Administration. General Principles of Administrative Law. Administrative organization. Separation of powers.

I. Introducción

Las relaciones entre el Derecho Constitucional y el Derecho Administrativo son inescindibles. La feliz expresión de Werner resume adecuadamente este vínculo, en tanto que el Derecho Administrativo no es más -ni menos- que el Derecho Constitucional concretizado².

Desde esta perspectiva, y descartada que sea una visión de la Constitución como mera carta de buenas intenciones, la operatividad concreta de aquella en las disposiciones de Derecho Administrativo proyecta consecuencias trascendentes, ya sea como límite, como deber de acción o norte que guía toda acción hacia la satisfacción de mandatos constitucionales.

Sin embargo, los modelos constitucionales que se adopten condicionan o modulan los alcances de las soluciones concretas que se adopten en cada ordenamiento.

En Uruguay, a diferencia de Argentina, el actual régimen constitucional -fruto de seis reformas acumuladas y otras tres modificaciones parciales- debe menos notas de inspiración al modelo norteamericano que su vecina, y en cambio fue recibiendo influencias notorias de las soluciones propias del derecho continental europeo.

En primer lugar, ofrece una menor intensidad del poder en cabeza del Presidente. Tanto que el jerarca máximo del Poder Ejecutivo, en Uruguay, no es el Presidente de la República, sino el órgano que éste integra y se denomina también Poder Ejecutivo. Dos experiencias constitucionales previas de *colegialismo* (la primera en un Poder Ejecutivo bicéfalo, en la Carta de 1918, y la segunda en 1952 con un Consejo Nacional de Gobierno) han atemperado la centralidad de la figura del Presidente de la República, sin perjuicio de su notable incidencia política reinstaurada en 1967 y su calificación como Jefe de Estado. Probablemente este proceso de desarrollo dispar, ha determinado que figuras como la delegación legislativa o los Decretos de Necesidad y Urgencia -recogidos en la Constitución Argentina de 1994- no hayan sido consagrados en la Constitución uruguaya.

Por otra parte, la notoria ausencia de fundamentos federalistas en el régimen uruguayo contrasta con el régimen argentino. La descentralización territorial uruguaya, al tenor del modelo administrativo francés, se organiza por Departamentos-asimilables en su base territorial a los llamados Distritos en diversas provincias argentinas- que con el paso del tiempo han ganado en autonomía política, sin perjuicio de las oscilaciones de su autonomía financiera.

El objetivo de esta nota se centra en la presentación al lector argentino de un resumen descriptivo del régimen uruguayo que -sin perjuicio de algunos comentarios valorativos-

² SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. La teoría general del Derecho Administrativo como sistema. Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid: Marcial Pons, 2003. p. 15.

permita al menos una aproximación, al tiempo que ofrezca elementos de contrastación para comprender la diversidad de la similitud de los problemas y las soluciones que encara cada nación, aún en el marco de una profunda imbricación cultural, económica y política entre ellas.

II. Constitución Uruguaya y Administración Pública.

A diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos, la expresión Administración Pública no se sigue de una técnica atributiva de personalidad jurídica.

Para generar una comprensión general del sistema uruguayo debe explicarse, antes que nada, que más allá de que la Constitución emplea el término en distintos sentidos (tanto en el sentido de "*actividad*" como de "*organización*"), para la doctrina más recibida Administración se entiende en un sentido que comprende varios aspectos, es decir, como todo *órgano del Estado que ejerce función administrativa*³.

La función administrativa no es otra cosa que uno de los denominados poderes jurídicos-identificables en base a criterios formales y orgánicos- que manifiestan la voluntad estatal. Existe consenso doctrinario y jurisprudencial en denominar así a las tres funciones que se asocian a los poderes jurídicos clásicos: administrativa, legislativa y jurisdiccional⁴. También existe acuerdo sólido en cuanto a que de la Constitución surge un criterio orgánico y formal para definir qué función ha sido ejercida⁵.

En este marco de ideas, la función legislativa refiere a las que son atribuidas de principio al Poder Legislativo en lo nacional y a las Juntas Departamentales en la descentralización territorial (criterio orgánico) y cuyo fruto es el de los procedimientos constitucionales para la aprobación de las Leyes o los Decretos de las Juntas Departamentales con fuerza de Ley en su jurisdicción (criterio formal). La función jurisdiccional es la atribuida de principio al Poder Judicial (criterio orgánico) y cuyo fruto es el de los procedimientos fijados por las leyes para el dictado de las sentencias (criterio formal).

Si bien la función administrativa es atribuida de principio al Poder Ejecutivo, ella puede ser ejercida por los otros Poderes en el ámbito interno de funcionamiento -criterio coincidente con el señalado en Argentina por la PTN⁶-. Por otra parte, no existe un procedimiento único para su ejercicio, ya que él puede ser establecido por Ley como por Reglamento.

De ello se sigue que, para la doctrina, la función administrativa es identificable sólo mediante un carácter residual y por la circunstancia de que incluye además del dictado de actos, la realización de operaciones materiales⁷.

En este escenario, la separación de poderes opera dentro del marco de atribuciones de competencias constitucionales sin que sea admisible la delegación de funciones, sino

3 MARTINS, Daniel Hugo. Bases Constitucionales de la Administración Pública y del Derecho Administrativo Uruguayo, 2012, p. 30.

4 SAYAGUES LASO, Enrique. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I: agrega la función constituyente, aunque a los efectos de este análisis, no profundizaremos en su caracterización.

5 CAJARVILLE, Juan Pablo. Apuntes sobre las "funciones" y "cometidos" del Estado. En Sobre Derecho Administrativo, Tomo I, 3ª. Ed. FCU, 2012, p. 127. PEZZUTTI, Miguel. "Los criterios para definir los límites de las funciones jurídicas del Estado y las facultades sancionatorias de la Administración", en Anuario de Derecho Administrativo, Tomo XIV, FCU, 2007, p. 65.

6 PTN, "Dictamen 179:154", en el que se asume que los órganos parlamentarios también desarrollan actividad administrativa.

7 SAYAGUÉS LASO, Enrique. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, 9ª. Ed. FCU, p. 70.

sólo, y en la medida que la Constitución lo habilite, la delegación de atribuciones que veremos más adelante.

Tanto la Suprema Corte de Justicia como el Tribunal de lo Contencioso Administrativo reconocen que la atribución de funciones es de carácter privativo en la constitución, es decir, que en principio cada poder del Estado ejerce preferentemente una función jurídica salvo que lo contrario sea dispuesto por norma expresa constitucional⁸. Así lo resolvió el TCA, por ejemplo, en el caso IBELAR⁹.

III. Las fuentes del Derecho Administrativo en la Constitución.

1. La Constitución.

Es considerada la primera fuente de Derecho administrativo y su operatividad repercute exclusivamente en su eficacia formal directa, que permite la declaración de inconstitucionalidad de los actos legislativos y consecuente desaplicación en el caso (art. 258), o la declaración de nulidad de los actos administrativos que a ella se opongan (art. 309). Se deriva de ella la idea de sometimiento de la Administración a la legalidad en sentido amplio (legitimidad) como idea inherente al Estado de Derecho.

En efecto, la doctrina y la jurisprudencia han remarcado que las reglas de Derecho Administrativo requieren de una interpretación "*conforme a la Constitución*"¹⁰. De esta forma, en caso de dos o más posibles interpretaciones de un texto normativo, ha de preferirse aquella que mejor se compadece con el texto y el sentido de la Constitución.

La protección de la Constitución aparece, sin embargo, matizada por la efectividad los medios para accionar ante su vulneración por el dictado actos legislativos inconstitucionales, ya que no existe un Tribunal Constitucional que se pronuncie con efectos generales, sino una vía jurisdiccional reservada a la Suprema Corte de Justicia para la cual se requiere de la existencia de un caso en que se pretenda la desaplicación del texto legal y al cual se accede con una determinada legitimación (art. 258). El fallo no erradica el acto legislativo del ordenamiento jurídico, sino que declara la inconstitucionalidad y, por ende, lo desaplica exclusivamente para el accionante (art. 259). En cambio, la violación de la Constitución -o de otros actos denominados reglas de derecho- por un reglamento puede derivar en la anulación con efectos generales y absolutos, aun cuando también se requiere de una legitimación especial para que proceda el planteo (art. 311).

Cabe señalar que los fallos judiciales no tienen en el ordenamiento uruguayo el carácter de vinculantes, otra nota que lo separa del modelo anglosajón, y por ende no constituyen precedentes obligatorios para otros magistrados. Con este modelo, la declaración de inconstitucionalidad de una ley es vinculante entre las partes, pero no respecto de terceros, y tampoco lo es el precedente de la declaratoria respecto de otros casos. La única nota de objetivación que posee el fallo que declara la inconstitucionalidad es el deber de remitir noticia del fallo al legislador -aunque dispuesto por vía legal mediante el art. 522 del CGP-, para que éste resuelva lo que entienda corresponder respecto del acto legislativo.

2. Los principios generales de derecho.

La segunda fuente a mencionar por su relevancia cualitativa, son los Principios Generales

8 REAL, Alberto Ramón. "La función judicial es privativa del Poder Judicial, salvo excepciones constitucionales expresas" en La Justicia Uruguaya, Tomo 17, p. 51.

9 TCA, Sentencia 325 de 2006.

10 CAJARVILLE, Juan Pablo. Supremacía Constitucional e Interpretación. En Revista de Derecho Público N° 1, FCU, 1992, p. 51.

de Derecho. Ellos constituyen una “*regla de derecho*” conforme dispuso el art. 23 del DL 15.524, por lo cual el derecho positivo supera divergencias dogmáticas y despojándolas de un sentido meramente indicativo o como “*mandatos de optimización*”¹¹, les da un tratamiento equivalente al del resto de las reglas.

Algunos de esos principios están expresamente reconocidos en la Carta pero el art. 72 de la Constitución incluye, a juicio de reputados comentaristas, una verdadera consagración “*estimativa jus naturalista*”¹², aun cuando su contenido no sea considerado de manera unánime en términos de valores dogmáticos apriorísticos sino como “*convicciones socialmente predominantes en un momento histórico determinado*”¹³.

La disposición comentada establece que la enunciación de derechos, deberes y garantías efectuada a texto expreso no excluye aquellos que se derivan de la forma republicana de gobierno, como el de separación de poderes,¹⁴ formula que al igual que el art. 33 de la Constitución argentina reconoce su matriz en la IX Enmienda de la Constitución norteamericana aprobada en 1791.

Sin embargo, la redacción incorporada por el constituyente de 1917 (art. 173 por entonces) es más amplia que la de sus antecedentes, puesto que agrega una mención a los derechos, deberes o garantías que “*son inherentes a la personalidad humana*”. Con ello se reconocen con rango constitucional derechos que por hacer a la dignidad de persona humana preexisten y declaran pese a que no se encuentren en la Constitución de modo expreso, requiere de una fuente que sólo puede ser la de los principios generales. Como sostiene DELPIAZZO: “*su reconocimiento por el derecho positivo (positivización) les confiere carta de ciudadanía, aún a riesgo de implicar su congelamiento o agotamiento ya que la norma positiva puede plasmar un aspecto del principio per no siempre toda su potencialidad aplicativa*” (...) “*cuando el Derecho positivo reconoce principios generales preexistentes, no se produce una transformación de su esencia sino que seguirán siendo principios generales con independencia del valor y fuerza de la norma positiva que los recoja*”¹⁵

Además, esta disposición se ha considerado como verdadera puerta de ingreso al sistema de convencionalidad, puesto que es ahí donde anida en buena medida el reconocimiento de derechos “*que puede predicarse respecto de cualquier individuo por igual*”¹⁶. Así las cosas, el Derecho uruguayo no posee en su texto constitucional una disposición similar a la del art. 75.22 de la Constitución argentina de 1994, pero reconoce principios cuya operatividad resulta en una solución asimilable a la de aquella.

A partir de esto se sostiene que, en el Derecho Administrativo Uruguayo, los principios generales de Derecho tienen cuádruple operatividad: constructiva, interpretativa, integrativa y directiva¹⁷.

11 ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 86.

12 REAL, Alberto Ramón. Los Principios Generales de Derecho en la Constitución Uruguaya. Vigencia de la estimativa jusnaturalista. en “Los Principios Generales de Derecho en el derecho Uruguayo y Comparado”, FCU, 2005, p. 33.

13 CAJARVILLE, Juan Pablo. Sobre Derecho Administrativo, Tomo II, 3ª. Ed, 2012, p. 520.

14 BARBÉ PEREZ, Héctor. Los principios Generales de Derecho como fuente de derecho administrativo en el derecho positivo uruguayo, en “Los Principios Generales de Derecho en el derecho Uruguayo y Comparado”, FCU, 2005, p.23.

15 DELPIAZZO, Carlos. Derecho Administrativo General, Volúmen I, 3ª. Ed, 2020, FCU, p. 142.

16 CAJARVILLE, Juan Pablo. “Relaciones de los Principios Generales con otras fuentes del Derecho Administrativo en el Derecho Positivo Uruguayo”, en “Los Principios en el Derecho Administrativo Uruguayo”, AMF, 2009, p. 59.

17 DELPIAZZO, Carlos. Derecho Administrativo General, Volumen I, cit. p. 143.

3. Ley y Reglamento.

La Constitución uruguaya (y la interpretación unánime que le asigna la doctrina) descarta la existencia de actos legislativos emanados del Poder Ejecutivo.

Tan sólo en un plano material, el reglamento ostenta caracteres similares a la Ley, pero ello resulta irrelevante a los efectos de la calificación formal del acto y consiguientemente, su fuerza y valor¹⁸. Los actos de carácter general y abstracto emanados del Poder Ejecutivo son reglamentos¹⁹ y poseen la denominación de Decretos²⁰. Ellos no son ni pueden ser considerados actos legislativos, ni a los efectos de su validez formal, ni a los de su impugnación.

Por otra parte, el Parlamento no puede delegar función legislativa en el Poder Ejecutivo. No existen en el derecho uruguayo mecanismos como la delegación legislativa regulada en el art. 76 de la Constitución Argentina ni tampoco existe un tratamiento de la emergencia como el que se prevé para el dictado de los DNU en el art. 99 de la Carta argentina. A lo más, en casos de conmoción interior o ataque exterior, la Constitución uruguaya habilita al Poder Ejecutivo el dictado de medidas prontas de seguridad (art. 168 núm. 17), con intervención parlamentaria y sin que pueda sostenerse indisputablemente que incluya poderes normativos.

Sin embargo, la realidad que se deriva de la complejidad de las relaciones modernas y su consiguiente dificultad de previsión, aproxima las fronteras de las soluciones aparentemente diversas de ambos países con el reconocimiento de la categoría de las llamadas “*leyes marco*” y su derivado en los llamados “*reglamentos de integración*”²¹. En tales supuestos, si bien no existe llana delegación legislativa en la reglamentación, se admite que la ley establezca límites o parámetros de actuación reglamentaria que de este modo resulta legítima, incluso con gran amplitud. La posibilidad ha sido reconocida por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo mediante la admisión de la “*técnica legislativa primaria*” por la cual se establecen en la propia Ley las especies alcanzadas en la previsión normativa, pero ellas pueden luego ser concretizadas o identificadas de modo secundario en el Reglamento²². La Suprema Corte de Justicia, por su parte, y desde antiguo, ha admitido la distinción entre delegación legislativa y “*ampliación legal del poder reglamentario del Poder Ejecutivo*”, ámbito dentro del cual opera la legítima atribución legal de potestad normativa al reglamento²³.

A diferencias de otros textos comparados, como el de la Constitución Francesa de 1958, no existe una zona de reserva genérica del reglamento como solución de principio, sino una atribución de ámbitos de reserva: uno a la Ley, otro al reglamento y como consecuencia de ellos, una zona compartida por ambas fuentes en la que opera, de todos modos, la primacía jerárquica de la Ley.

18 La distinción entre fuerza y valor refiere a la resistencia que un acto ostenta respecto de otros para su modificación o extinción, o en la posibilidad de que él modifique o extinga otros.

19 Art. 120 del Decreto 500/991, Procedimiento Administrativo en la Administración Central.

20 Es interesante ver que, pese a la diversidad de denominaciones, los fenómenos considerados presentan problemas comunes. Así, la referencia que hace el art. 25 de la LNPA a las disposiciones de carácter general para regular la vía del reclamo administrativo impropio, es reconocida también en Uruguay por el Decreto 500/991 para distinguir a las disposiciones generales de los reglamentos, considerando que no existe en aquellos la abstracción que es atributo de éstos.

21 ROTONDO, Felipe. Manual de Derecho Administrativo, 10ª. Ed, p. 58.

22 Sentencia 405/018.

23 Entre varias Sentencias, la más reciente, 528/016.

La reserva de la ley está consagrada, en términos generales para los ámbitos vinculados a la libertad y el patrimonio. El art. 7 de la Constitución establece que todo habitante tiene derecho a ser protegido en su “vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad”, de los que nadie puede ser privado sino conforme las Leyes que se establecieron conforme razones de interés general.

Como consecuencia de ello, en este ámbito de reserva legal sólo son admisibles los reglamentos de ejecución en los términos que establece el art. 168 núm. 4, que reconoce al Poder Ejecutivo la facultad de reglamentar las Leyes expedidas por el Parlamento.

Fuera de ello, se reconoce implícitamente a los jerarcas de cada sistema orgánico la potestad de dictar reglamentos internos.

Los reglamentos autónomos se vinculan al área de reserva del Reglamento, es decir, aquella que deriva expresamente de la atribución directa de competencia al reglamento por la norma constitucional, aún cuando se sostiene que él siempre estará sometido jerárquicamente a la Ley²⁴.

Lo visto refiere a las relaciones entre reglamentos y actos legislativos, pero, aún deja abierta la interrogante sobre las relaciones entre actos legislativos emanados de distintos órganos que tienen competencia para ejercer dicha función. Por ello se ha puesto en duda la potestad de los Gobiernos Departamentales para limitar por acto legislativo los derechos individuales, ya que el concepto de Ley puede interpretarse en un sentido estricto, como acto legislativo emanado del Poder Legislativo, o en un sentido más amplio, como todo acto legislativo. La jurisprudencia de la SCJ se ha inclinado por la tesis amplia, admitiendo que dentro de la llamada “*materia municipal*”- ahora devenida en “*materia departamental*”- puede verificarse legítimamente la restricción o regulación de derechos individuales por Decretos de las Juntas Departamentales con fuerza de ley en su jurisdicción.²⁵

IV. Modelo constitucional de Administración y relación con los individuos

1. La relación entre la Administración pública y persona.

La Constitución Uruguaya gira en el eje de una idea primordial: la centralidad de la persona humana.²⁶

De ello se derivan tanto el reconocimiento inmanente de la dignidad de la persona humana²⁷ como el carácter vicarial de la Administración en relación con el interés general, a modo de gestor principal y no de titular. El concepto de interés general incluye, por ende, el concepto de dignidad y centralidad de la persona humana²⁸. Bien ha dicho el Maestro Mariano BRITO que el interés general encierra el reconocimiento de la necesidad propia de la persona humana y de sus comunidades de la acción de la sociedad políticamente estructurada (el Estado) para afirmar las potencialidades de su naturaleza. Ello se confunde con la razón misma de ser del Estado. Su negación o ausencia, referente a los

24 DELPIAZZO, Carlos. Derecho Administrativo General, Volumen 1, cit. P. 186.

25 Esta es la tesis es sostenida por la SCJ desde la sentencia 82/991 -publicada en la Revista de Derecho Público N° 2, FCU, 1992, p. 139, con comentario de Pablo BALARINI- hasta el presente.

26 ...

27 DELPIAZZO, Carlos. Derecho Administrativo, Vol. 1, ... p. 50.

28 PEZZUTTI, MIGUEL. “Ética pública y preeminencia del interés general: manifestaciones en el Derecho uruguayo” en LA BUENA ADMINISTRACIÓN Y LA ÉTICA PÚBLICA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO, Tomo II, Grupo Editorial Ibañez, 2019, p. 65 y ss.

derechos de la persona humana "*supone incurrir en la arbitrariedad y el despotismo*"²⁹ Con ello, la Constitución uruguaya "*establece un modo de entender el mundo, la vida y el hombre*"³⁰.

Esta idea se refleja luego en la singularidad de la base social que constituye la familia, cuya protección está expresamente encomendada a la Ley en el art. 40. La actual redacción de esta disposición fue incorporada en la reforma de 1967 y consagró un "cambio importante"³¹ adjudicándole el carácter basal en el sistema social, cuando antes únicamente se limitaba a consagrar el deber estatal de "velar" por su "fomento social".

Como corolario de ello se reconoce la idea de subsidiariedad³² respecto del ámbito individual y de las organizaciones intermedias, entendida como principio jerarquizado constitucionalmente en materias tan sensibles como la educación, reservada a los padres-art. 41-, sin perjuicio de la actuación prestacional en materia de enseñanza, garantizada en el art. 71.

Este reconocimiento de la centralidad de la persona humana incluye su manifestación política, mediante los derechos de ciudadanía (sección III), pero también y de manera principal la social, cultural y económica, consagrada bajo la denominación de "Derechos, Deberes y Garantías" (sección II).

Por ello puede decirse que del texto constitucional no sólo emergen derechos y garantías, sino también deberes. Al respecto MARTINS enumeraba los deberes de asistirse en caso de enfermedad, de recibir enseñanza, de aplicar las energías intelectuales o corporales de modo que redunden en beneficio de la colectividad, abstenerse de causar actos de depredación o grave contaminación del medioambiente, formar organizaciones sociales o políticas que ataquen las bases de la nacionalidad mediante el recurso a la violencia o propaganda que la incite³³.

V. El esquema constitucional de organización administrativa

La Constitución uruguaya consagra una organización Estatal unitaria, sin perjuicio de la descentralización territorial de funciones administrativas y legislativas.

Administración Centralizada

La Administración Central se caracteriza por incluir al Poder Ejecutivo y sus dependencias. En lo organizativo tiene atribuidas funciones administrativas y co-legislativas, tanto en la iniciativa (estableciendo ciertas que son privativas del Poder Ejecutivo, especialmente en materia económico-financiera³⁴) como en la etapa final del procedimiento de aprobación mediante la promulgación o la posibilidad de que formule observaciones (art. 137 y ss), comúnmente denominados vetos.

29 BRITO, Mariano, "El Principio de legalidad" en La Justicia Uruguaya, Tomo XC, Sección Doctrina, p. 11 y ss. También en "Derecho Administrativo...", p. 267.

30 MARTINS, Daniel Hugo. Bases Constitucionales... cit. p. 40.

31 BARBÉ PEREZ, Héctor. Aspectos Administrativos de la Reforma Constitucional Uruguaya. Of. De Apuntes del Centro de Estudiantes de Notariado, 1967, p. 85.

32 La doctrina uruguaya no admite, sin embargo, pacíficamente sus alcances. Para algunos autores, como BRITO, alcanza a toda manifestación de la actividad estatal; para otros, como CAJARVILLE -Sobre Derecho Administrativo, Tomo I, p. 432-, no alcanza sino aquellas que están consideradas de tal suerte en el texto constitucional, de modo que en las actividades económicas, el Estado no se encuentra limitado. La Ley también lo reconoce. Así la Ley 19253, conocida como Ley de Turismo, en su art. 3, consagra este principio en los siguientes términos: "La prestación de servicios turísticos corresponde, de principio, a la actividad privada, sin perjuicio de que el Estado podrá participar directamente en dicha prestación cuando los particulares no quieran o no puedan prestarla, o cuando así lo impongan razones de interés general".

33 MARTINS, Daniel Hugo. Bases Constitucionales..., cit. p. 32.

34 Tal el caso de las leyes que aprueban exoneraciones impositivas (art. 133) o el Presupuesto Nacional (art. 214).

Sin embargo, cabe tener presente que en materia organizativa la Constitución regula tres claros niveles: la persona pública, los sistemas orgánicos y los órganos, "Poder Ejecutivo" es la denominación común al sistema orgánico y al jerarca máximo de dicho sistema (que ejerce la Jefatura de Gobierno), integrado por la Presidencia de la República y los Ministerios. Sin embargo, el Poder Ejecutivo no ostenta -ni como órgano ni como sistema- el atributo de la personalidad jurídica, sino que integra la persona denominada "Estado", en el sentido de persona pública estatal mayor³⁵, la cual incluye también a los restantes sistemas orgánicos en que se conforman el Poder Judicial y el Legislativo, así como los asimilados institucionalmente a los poderes, es decir, el Tribunal de Cuentas de la República, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo y la Corte Electoral.

De acuerdo con el art. 24 de la Constitución que regula la responsabilidad del Estado, se ha interpretado que tienen atribuida personalidad jurídica pública también los Entes Autónomos, los Servicios Descentralizados y los Gobiernos Departamentales que veremos más adelante. La Constitución no prevé expresamente la existencia de personas públicas no estatales, sin perjuicio de que la Ley las ha creado en el entendido de que constituyen instrumentos del poder público no prohibidos por la carta o, incluso, implícitamente consideradas³⁶.

La Constitución establece dos modelos de funcionamiento del Poder Ejecutivo como órgano jerarca del sistema: el *Consejo de Ministros*, al que atribuye competencias privativas y exclusivas³⁷ a texto expreso, y el "acuerdo", figura orgánica innominada que funciona cuando el Presidente y uno, vario o todos los Ministros adoptan una decisión fuera del Consejo. La existencia del Consejo de Ministros permite, al menos teóricamente, que el Poder Ejecutivo decida incluso contra la voluntad de Presidente de la República, lo que en el caso del "acuerdo" no es posible. Finalmente, una parte de la doctrina ha reconocido una tercera modalidad de actuación del Poder Ejecutivo, que se verifica con la voluntad del órgano Presidencia de la República³⁸.

Los Ministerios operan dentro del sistema orgánico Poder Ejecutivo en el ámbito de la llamada desconcentración, fenómeno organizativo que implica la atribución de competencias propias (art. 181 de la Constitución) que permiten el dictado de actos imputables al órgano desconcentrado. Lo propio de la desconcentración es, además, el mantenimiento del vínculo jerárquico por lo que el Poder Ejecutivo la mantiene respecto de los Ministerios y éstos respecto de sus reparticiones desconcentradas. En principio, la atribución de competencias corresponde a un órgano desconcentrado opera por vía legal, aunque se admite la atribución reglamentaria de la competencia que hubiere sido atribuida genéricamente al sistema.

Respecto de estas competencias existirá siempre control jerárquico del Poder Ejecutivo, que será ejercido por vía de oficio mediante avocación (cuando la competencia no es privativamente desconcentrada por la Constitución o la Ley) o cuando medie recurso jerárquico, según lo previsto en el art. 317 de la Carta.

35 En este sentido CAJARVILLE, Juan Pablo. "Sobre las personas públicas no estatales" en *Sobre Derecho Administrativo*, Tomo I, cit. P. 827.

36 CASINELLI MUÑOZ, Horacio. *Las Personas Públicas No estatales y la Constitución*. En *Revista de Derecho Público* N° 1, FCU, 1992, p. 13.

37 Entre ellas, la declaración de urgente consideración de los proyectos de Ley, la adopción de Medidas prontas de seguridad, la declaración de guerra y la delegación de atribuciones.

38 DURAN MARTINEZ, Augusto. "La Presidencia de la República: naturaleza, posición institucional, situación de su personal y resolución de recursos administrativos", en *Rev. Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, tomo II, N° 7, pág. 2 y ss.

Descentralización por Servicios

La Descentralización por servicios ha sido caracterizada como aquella transferencia de competencias fuera de la Administración Central, acompañada por ruptura del vínculo jerárquico y su sustitución por un régimen de control tutelar o autonómico, y la asignación de principio de personalidad jurídica pública. También tiene expresa regulación constitucional, mediante la consagración de dos estructuras básicas: los Servicios Descentralizados, como forma sujeta a tutela administrativa, y los entes autónomos. Los últimos ostentan un mayor grado de descentralización, ya que sus actos sólo pueden ser objeto de un recurso sometido a decisión del propio Ente, lo que en cambio sucede en los Servicios Descentralizados que admiten un recurso de anulación para ante el Poder Ejecutivo (art. 317) por razones de legalidad y no de mérito, de modo similar a lo que ocurre en Argentina con el recurso de alzada según lo previsto en el art. 97 de la reglamentación de la LNPA.

A diferencia del régimen federal argentino, el sistema de recursos administrativos ha sido instaurado en Uruguay por vía constitucional y de manera unificado para todos los órganos administrativos con la finalidad de otorgar mayores certezas en cuanto al agotamiento de la vía administrativa. Sin embargo, y como contrapartida, el sistema ha perdido cierta ductilidad, especialmente en cuanto a la posibilidad de establecer plazos más razonables para la interposición. En efecto, de acuerdo con el art. 317 de la Constitución, corresponde la interposición de manera conjunta y subsidiaria de todos los recursos que corresponden al agotamiento de la vía administrativa dentro del plazo de diez días corridos desde la publicación en el Diario Oficial o la notificación personal³⁹. A diferencia del derecho argentino en relación a los actos dictados por autoridades federales, el recurso de revocación y el de anulación (es decir, el paralelo de los recursos de reconsideración y de alzada a que refieren los arts. 84 y 94 del Reglamento de la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo en Argentina) son necesarios para el agotamiento de la vía administrativa.

Algunas actividades están limitadas en su descentralización y no pueden serlo sino en una estructura que mantenga tutela administrativa, como sucede con los correos, telégrafos, salud pública y aduanas (art. 186). Otras no pueden ser sino organizadas como Entes Autónomos, puesto que la propia constitución los estructura como tales. Este es el caso del Banco de Previsión Social, el Banco Central del Uruguay y los entes de Enseñanza Pública.⁴⁰

De todos modos, existe un control político y de gestión que desempeña el Poder Ejecutivo sobre los sistemas descentralizados por servicios, lo que incluye la remoción de sus directores sin perjuicio de la intervención del Senado (arts. 197 y 198)⁴¹, lo cual reduce considerablemente la efectividad política de la autonomía.

Se regulan, finalmente, estructuras asociativas entre estos organismos y particulares, mediante las llamadas sociedades de economía mixta (art. 188) que deben contar con aprobación legal previa. Pese a que esta regulación podría implicar una restricción a la existen-

39 La Ley ha establecido algunas modulaciones a estos plazos. Así, el art. 10 de la ley 18569 dispuso que ese plazo se suspende durante las ferias judiciales y semana de Turismo, y si vencen en día inhábil, se prorrogan hasta el primer día hábil siguiente. La reciente Ley 19879 estableció que el plazo para la interposición de recursos se suspende durante la feria judicial extraordinaria que fue decretada durante los primeros días de declarada la emergencia sanitaria consecuencia de la pandemia de COVID 19.

40 Artículos 195, 196 y 202.

41 Este control es más tenue en el caso de los entes de enseñanza pública.

cia de sociedades comerciales del Estado fuera de las hipótesis reguladas, se ha admitido su conformación al punto que ha sido objeto de regulación legal en diversas materias.

Descentralización Territorial.

Pese a la discusión de su caracterización como verdaderos fenómenos de descentralización⁴², los Gobiernos Departamentales tienen atribuidas competencias territoriales mediante una distribución cuyas bases se encuentran en la Constitución, sin perjuicio de que su desenvolvimiento principalmente se realice por ley. En efecto, la Constitución refiere a que a ellos se atribuye la materia municipal que disponga la Ley. Actualmente continúa en vigor una Ley de 1935 que estableció, con diversas y amplias modificaciones posteriores, el contenido de dicha materia.

Los Gobiernos Departamentales ostentan según la Carta, poderes de gobiernos y administración. La descentralización alcanza a las funciones legislativa y administrativa, pero no jurisdiccional. De esta suerte, no existe justicia departamental. En consecuencia, los actos legislativos o administrativos de los Gobiernos Departamentales son aplicados o desaplicados, según corresponda, por los magistrados del Poder Judicial o del Tribunal de lo Contenciosos estructurados por las normas de nivel nacional.

Asimismo, dentro de la función administrativa algunos cometidos específicos están reservados al ámbito nacional y por ende no pueden ser descentralizados territorialmente. El más claro y sensible es el de la policía del orden, razón por la cual tampoco existen cuerpos policiales departamentales. Ello no alcanza a otras policías denominadas especiales, en las que los departamentos tienen competencias atribuidas.

El órgano jerarca de la Administración departamental es el Intendente y la función legislativa es desarrollada por la Junta Departamental, órgano unicameral constituido por 31 miembros.

La Constitución reconoce además del departamental, el nivel local. Los órganos locales⁴³, sin embargo, no poseen más que poderes de administración (carecen de función legislativa) y la Ley ha reconocido su carácter de desconcentrados del Intendente, aunque por vía indirecta al regular la procedencia del recurso administrativo denominado “de apelación” frente al Intendente⁴⁴.

En materia tributaria, los Gobiernos Departamentales tienen asignadas constitucionalmente ciertas fuentes de recaudación, sobre las que tienen amplia potestad para la creación de tasas o contribuciones especiales, y acotadas materias sobre las que pueden crear impuestos. En todos los casos, los tributos creados por los Gobiernos Departamentales deben respetar el principio de legalidad, por lo que son establecidos por las Juntas Departamentales (art. 297 para las fuentes de recursos departamentales, y 273num. 3 para la creación de tributos). El Intendente, sin embargo, puede fijar las tarifas de los servicios públicos departamentales, en consonancia con su naturaleza de precios (art. 275).

42 CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo - “La descentralización. Su estatuto constitucional y posibilidades de regulación legal”, en Anuario de Derecho Administrativo, tomo XII, pág. 11 y ss.; también publicado en “Sobre Derecho Administrativo” Tomo I.F.C.U., Montevideo, 1ª Ed, 2007.

43 En la Constitución los órganos locales pueden ser unipersonales o pluripersonales. Si bien habla de Juntas Locales, la SCJ entendió que el legislador tiene discrecionalidad para la estructuración y denominación de los órganos locales y por ende, asumió la constitucionalidad de la figura de los Municipios.

44 La Constitución no califica de manera directa a las autoridades locales como desconcentradas, aunque en general se ha considerado que salvo que el legislador les atribuya la calidad de “autónomas” en su ley de creación, serán siempre órganos sometidos a jerarquía del Intendente. Este punto fue ratificado por la Ley 19355, luego de que la Ley 19272 hubiera dispuesto que los actos de los Municipios se impugnaban con un recurso de anulación para ante el Intendente por razones de legalidad, asimilándolo a un vínculo de tutela administrativa.

VI. Las bases constitucionales de la función pública.

Dado que la Administración es gestora del interés general, la Constitución regula algunos aspectos de la función pública y del estatuto de los funcionarios públicos.

La doctrina ha explicitado la existencia de un Estatuto de la función pública en sentido material, es decir el conjunto de normas de distintas fuentes que establecen el conjunto de deberes, derechos y garantías que alcanzan a los funcionarios públicos; pero existe una pluralidad de fuentes formales y dependiendo de la repartición estatal, la fuente formal que aprueba el estatuto en concreto, pudiendo incluso -como en el caso de los Entes Autónomos del servicio comercial e industrial o en los de Enseñanza, aprobarse por reglamentos autónomos⁴⁵.

El estatuto material tiene unas bases que alcanzan a todos los funcionarios e incluye reglas previstas por la propia Constitución, en virtud de lo cual se consagran garantías para asegurar la objetividad del funcionario en el ejercicio de la función (mediante la regla de que el funcionario existe para la función y no la función para el funcionario -art. 59-, y como derivado necesario de ello, que el funcionario no sirve a ninguna facción política por lo que no podrán realizarse actividades proselitistas en horas de trabajo -art. 58-).

La Constitución establece, además, ciertos contenidos básicos a ser respetados y reglamentados por los actos legislativos o reglamentos que aprueben los estatutos formales (art. 61): el derecho a la permanencia en el cargo, al ascenso, al descanso semanal y al régimen de licencia anual y por enfermedad; las condiciones de la suspensión o del traslado; sus obligaciones funcionales y los recursos administrativos contra las resoluciones que los afecten. Este último punto, lejos de parecer una obviedad, no deja de representar una garantía elemental para el funcionario. La posibilidad de recurrir administrativamente sin consecuencias de ninguna naturaleza es parte del derecho a la tutela administrativa y jurisdiccional efectiva, y por ende, no puede considerarse un demérito. Éste es el sentido que dio la interpretación del Tribunal de lo Contencioso Administrativo a un reglamento del Banco de la República Oriental del Uruguay que ordenaba anotar en los legajos de los funcionarios los recursos administrativos que presentasen, anulándolo con efectos generales y absolutos.⁴⁶

También se consagra la preceptiva vista previa de las actuaciones administrativas previo a resolver cualquier investigación contra un funcionario. Esta premisa, consagrada en el art. 66, ha sido elevada a principio inherente a la persona humana, como parte del derecho de defensa, y por ende, reconocida a toda persona que puede ser agraviada por una decisión administrativa, en particular, como resultado de un procedimiento de oficio.

Por otra parte, la Constitución uruguaya garantiza la carrera administrativa para los funcionarios presupuestados de la Administración Central, a los que además declara inamovibles (art. 60). La inamovilidad implica que no procede destitución sin causal (ineptitud, omisión o delito) y además, venia del Senado (art. 168 núm. 10).

45 CASINELLI MUÑOZ, Horacio. "Lo contencioso administrativo" en "Derecho Constitucional y Administrativo", La Ley, 2010, p. 1280, nota al pie 34.

46 Nótese que esta tesis tiene conexiones conceptuales con el fallo Astorga Bracht por el que la CSJN declaró violatorio del art. 18 de la Constitución argentina y los pactos internacionales en materia de derechos humanos una resolución del COMFER que condicionaba el otorgamiento de una licencia a la inexistencia de recursos previos.

VII. Los medios de defensa contra la actividad de la Administración.

En un breve capítulo final pueden resumirse los distintos medios de defensa de las situaciones jurídicas subjetivas del administrado frente a la actividad de la Administración. La Constitución establece algunos pilares de manera expresa:

- La responsabilidad de la Administración (art. 24) como regla de principio por la cual todas las administraciones responden del daño causado a los particulares en la ejecución de los servicios públicos confiados a su gestión o dirección. Al respecto se discuten los alcances⁴⁷ pero el texto expreso no permite dudar de la responsabilidad del Estado en el ejercicio de sus tres funciones clásicas.

- La tutela de los derechos subjetivos por el Poder Judicial (art. 23 y 72). A juicio de la doctrina, esta premisa incluye la desaplicación en el caso concreto de los actos administrativos ilegítimos, pero no la nulidad, que se rige por el punto siguiente.

Lamentablemente esta tutela de los derechos fundamentales no reconoce expresamente una vía expedita, salvo el Habeas Corpus para la libertad ambulatoria (art. 17), a modo de acción de amparo. Ella ha sido consagrada por vía legislativa (Ley 16.011) sin perjuicio de que, para fundada doctrina, existe una vía constitucional implícita.

- La tutela de los intereses directos, personales y legítimos, así como de los derechos subjetivos lesionados por actos administrativos contrarios a una regla de derecho o con desviación de poder, mediante la acción de nulidad del acto administrativo ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo (art. 309). La fórmula constitucional uruguaya no reconoce los derechos de incidencia colectiva ni las acciones de clase como situaciones jurídicas legitimantes para pedir la nulidad del acto administrativo, sin perjuicio de insistente búsqueda de la doctrina para ampliar el ámbito de tutela frente a los actos ilegítimos. A diferencia de la legislación federal argentina -en particular mediante el denominado reclamo administrativo impropio-, el concepto de acto administrativo recogido por la Constitución se ha interpretado como inclusivo de los generales (reglamentos o disposiciones generales) y por ende, ellos son pasibles de los recursos administrativos previstos en general para aquellos.

- La existencia de reclamo administrativo previo no está consagrada como regla de principio. Sin embargo, se encuentra en debate la exigencia de previo agotamiento de la vía administrativa para el reclamo para la responsabilidad por actividad administrativa. En efecto, en cuanto a la acción de nulidad, existe la necesidad de agotar la vía administrativa mediante todos los recursos administrativos previstos por el ordenamiento (art. 317 y 319). El art. 312, antes de su modificación en 1995, se había interpretado en el sentido de la necesaria instancia contencioso-anulatória para reclamar la responsabilidad patrimonial de la Administración por un acto administrativo. Con la reforma constitucional se pretendió solucionar el problema, aunque lo fue con una redacción poco afortunada que aún hoy continúa generando efectos indeseados. En efecto, la jurisprudencia de la SCJ ha oscilado entre la exigencia de la previa interposición de recursos administrativos o no, para accionar contra la Administración por los daños derivados de los actos administrativos dictados. La responsabilidad por hechos u omisiones no requiere de previo reclamo administrativo.

47 La doctrina ha dividido aguas en relación a si el criterio consagrado es objetivo o subjetivo. La jurisprudencia de la SCJ, en cambio y sin fisuras, ha señalado que el criterio consagrado es el de la falta del servicio.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993
- BARBÉ PEREZ, Héctor. Los principios Generales de Derecho como fuente de derecho administrativo en el derecho positivo uruguayo, en "Los Principios Generales de Derecho en el derecho Uruguayo y Comparado", FCU, 2005.
- BRITO, Mariano, "El Principio de legalidad" en La Justicia Uruguaya, Tomo XC, Sección Doctrina, p. 11 y ss. También en "Derecho Administrativo...".
- CAJARVILLE, Juan Pablo. Supremacía Constitucional e Interpretación. En Revista de Derecho Público N° 1, FCU, 1992
- CAJARVILLE, Juan Pablo. "Relaciones de los Principios Generales con otras fuentes del Derecho Administrativo en el Derecho Positivo Uruguayo", en "Los Principios en el Derecho Administrativo Uruguayo", AMF, 2009.
- CAJARVILLE, Juan Pablo. Apuntes sobre las "funciones" y "cometidos" del Estado. En Sobre Derecho Administrativo, Tomo I, 3ª. Ed, FCU, 2012.
- CASINELLI MUÑOZ, Horacio. Las Personas Públicas No estatales y la Constitución. En Revista de Derecho Público N° 1, FCU, 1992.
- CASINELLI MUÑOZ, Horacio. "Lo contencioso administrativo" en "Derecho Constitucional y Administrativo", La Ley, 2010.
- DEL PIAZZO, Carlos. Derecho Administrativo General, Volumen I, 3ª. Ed, 2020, FCU.
- DURAN MARTINEZ, Augusto. "La Presidencia de la República: naturaleza, posición institucional, situación de su personal y resolución de recursos administrativos", en Rev. Uruguaya de Derecho Constitucional y Político, tomo II, N° 7.
- MARTINS, Daniel Hugo. Bases Constitucionales de la Administración Pública y del Derecho Administrativo Uruguayo, 2012.
- PEZZUTTI, Miguel. "Los criterios para definir los límites de las funciones jurídicas del Estado y las facultades sancionatorias de la Administración", en Anuario de Derecho Administrativo, Tomo XIV, FCU, 2007.
- REAL, Alberto Ramón. "La función judicial es privativa del Poder Judicial, salvo excepciones constitucionales expresas" en La Justicia Uruguaya, Tomo 17.
- REAL, Alberto Ramón. Los Principios Generales de Derecho en la Constitución Uruguaya. Vigencia de la estimativa jusnaturalista, en "Los Principios Generales de Derecho en el derecho Uruguayo y Comparado", FCU, 2005.
- SAYAGUÉS LASO, Enrique. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, 9ª. Ed, FCU.
- SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. La teoría general del Derecho Administrativo como sistema. Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid: Marcial Pons, 2003.

ELEMENTOS HISTÓRICOS, SOCIOLÓGICOS Y JURÍDICOS DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS EN ARGENTINA UNA BREVE RESEÑA. APORTES PARA EL DEBATE

HISTORICAL, SOCIOLOGICAL AND LEGAL ELEMENTS
OF THE POLITICAL PARTIES IN ARGENTINA A BRIEF
OVERVIEW. CONTRIBUTIONS TO THE DEBATE

David Cela HEFFEL¹ - Sabrina GARBOVETZKY²

RESUMEN:

El presente artículo tiene como finalidad analizar el status jurídico de los partidos políticos argentinos como corolario de la etapa democrática que se inicia en la década de 1980, se institucionaliza en la década de 1990, entra en crisis hacia finales de esos años y comienza un ciclo de transformaciones a partir del inicio del siglo XXI que permanece permeable hasta hoy y que se hace notar principalmente en las transformaciones normativas que acaecen a su labor cotidiana de representación política.

ABSTRACT

The purpose of this article is to analyze the legal status of Argentine political parties as a corollary of the democratic stage that began in the 1980s, became institutionalized in the 1990s, entered into crisis towards the end of those years and began a cycle of transformations at the beginning of the 21st century that remains permeable until today and that is mainly noticeable in the normative transformations that affect their daily work of political representation.

PALABRAS CLAVE: Partidos Políticos. Estado .Régimen electoral.

KEY WORDS: Political Parties. State . Electoral System.

I. Introducción

Durante la década del '80 y principios de los '90 del siglo XX, los sistemas políticos de América Latina sufrieron graves consecuencias de varios procesos de envergadura: la

¹ Lic. y Prof. en Ciencia Política (UBA); Magister en Administración Pública (UBA); Especialista en Administración de Entidades sin fines de Lucro (UBA); Especialista en Política y Planificación del Transporte (UNSAM).

² Lic. y Prof. en Ciencia Política (UBA); Diplomada en Curriculum y Prácticas Escolares (FLACSO); Magistrando en Ciencia Política (IDAES - UNSAM).

transición democrática, el declive de la matriz estado céntrica, la ingobernabilidad -derivada de la incapacidad de poner en práctica reformas económicas de largo alcance- y un quiebre en los modelos tradicionales de representación.

En Argentina, la vuelta de las instituciones democráticas despertó grandes expectativas en una sociedad que había gozado de una inestabilidad política de largo alcance. Este retorno a la democracia se inauguró como resultado de una crisis interna de la coalición gobernante hegemónica durante la última dictadura cívico-militar. Establecido el nuevo régimen, el gobierno -encabezado por la Unión Cívica Radical- se enfrentó ante el problema del mantenimiento de las instituciones poliárquicas; sin embargo, la consolidación de esta joven democracia no resultó hasta entrados los años '90 cuando el disciplinamiento de las Fuerzas Armadas y la llegada de las políticas neoliberales (durante presidencia justicialista de Carlos S. Menem) parecían solucionar la ingobernabilidad padecida por su predecesor. El modelo neoliberal implementado responsabilizaba ese déficit de gobernabilidad a la crisis fiscal de las instituciones públicas, al desarrollo orientado hacia el mercado interno y al propio Estado como responsable del desequilibrio macroeconómico del país. Bajo estos preceptos, se remarcó la urgencia y necesidad de un ajuste estructural orientado hacia el mercado, y ya no hacia el Estado, como principal protagonista.

La llegada de este tipo de políticas recomendadas por el "Consenso de Washington"³ generó un nuevo tipo de sociedad con el surgimiento de actores sociales más autónomos, menos politizados⁴, más diversificados, con menor identidad organizativa e ideológica que reconfiguró la relación Estado - Sociedad - Partidos. El derrumbe del modelo de desarrollo hacia adentro, su reemplazo por un modelo que da prioridad al sector privado y el intento de transformar al Estado (quitándole su rol protagónico y articulador) son, todos ellos, fenómenos que han contribuido a un "proceso de descentramiento de la política" (Lechner, 1996). La disolución de un tipo de sociedad caracterizada por la presencia de actores sociales con fuerte arraigo en la política partidaria se hizo evidente. Consecuentemente a ello, las instituciones precisamente representativas se vieron ante una encrucijada y punto de quiebre que, comúnmente, se denomina "crisis de representación". Este proceso, podría decirse, fue el resultado de problemas de gobernabilidad, de la falta de institucionalización de una democracia demasiado joven, de un insurgente cambio societal y, además, de la falta de respuesta por parte de los partidos políticos a los problemas reales de la ciudadanía (Novaro; 1996)

Podría pensarse, entonces, que esa pérdida de centralidad de la política junto con los problemas del vínculo representativo estimularon la emergencia de nuevas formas y de nuevos vínculos que derivaron en una transformación política, institucional y jurídica de los partidos políticos como instituciones centrales del funcionamiento de la democracia representativa. Por un lado, los partidos -en este contexto- transformaron sus estructuras y sus estilos de representación modificando los mecanismos de interacción entre estos y sus seguidores. Por el otro, como es de público conocimiento, esta etapa es precisamente aquella de la constitucionalización (reconocimiento estatal) de las organizaciones partidarias y de la garantía del monopolio representativo de éstas sobre la población.

3 Paradójicamente no fue ningún consenso sino más bien una imposición de discursos, ideas y propuestas que delinearon las reformas de los Estados en su conjunto en casi todos los países de la región. Sostuvo, entre otras cuestiones, que el logro de buenos resultados económicos requería la liberalización comercial, la estabilidad macroeconómica y la correcta fijación de precios.

4 La despolitización, consideramos, es un proceso derivado, de manera conjunta, por el miedo instaurado por las persecuciones políticas desarrolladas durante el autodenominado "Proceso de Reorganización Nacional" y fuertemente complementada por el contexto económico producido como consecuencia de las reformas privatistas de la década del '90.

Ello no es un dato menor ni un hecho aislado sino que expresa la institucionalización de prácticas políticas con más de 100 años de historia que, no obstante, entrarán en crisis muy poco tiempo después.

Este primer reconocimiento jurídico de las organizaciones político partidarias es el puntapié inicial para una secuencia de normativas públicas que regularon y regulan a estas organizaciones políticas hasta nuestros días. En este marco, el presente artículo tiene como finalidad analizar el status jurídico de los partidos políticos argentinos como corolario de la etapa democrática que se inicia en la década de 1980, se institucionaliza en los '90, entra en crisis hacia finales de esos años y comienza un ciclo de transformaciones a partir del inicio del siglo XXI que permanece permeable hasta hoy y que se hace notar principalmente en las transformaciones normativas que acaecen a su labor cotidiana de representación política.

II. Conceptualización y naturaleza de los partidos políticos

Iniciando estas páginas, creemos conveniente comenzar con una definición sobre lo que consideraremos qué es un partido político (PP de ahora en adelante). Coincidimos con Juan Manuel Abal Medina en contemplar a estos como "una institución voluntaria que busca explícitamente influir en el estado, generalmente tratando de ocupar posiciones en el gobierno a través de elecciones y otra forma de legitimidad popular: posee una organización que pretende ser, o al menos se presenta, como duradera y estable y usualmente consiste en algo más que la expresión de un interés particular de la sociedad e intenta en alguna medida agregar intereses distintos" (2004:13).

Bajo esta noción, los partidos políticos son organizaciones necesarias para el desenvolvimiento de la democracia representativa, por tanto son instrumentos de gobierno cuya institucionalización genera vínculos y efectos jurídicos entre los miembros del partido y entre éstos y el partido, en su relación con el cuerpo electoral y la estructura del Estado, como órgano intermedio entre el cuerpo electoral y los representantes. Los PP coexisten como fuerzas de cooperación y oposición para el mantenimiento de la vida social, a cuya ordenación concurren participando en la elaboración y cristalización de normas jurídicas e instituciones (es decir, reglas de juego social), vinculados al desarrollo y evolución política de la sociedad moderna. Los PP reflejan los intereses y las opiniones que dividen a los ciudadanos, y actúan como intermediarios entre el gobierno y las fuerzas sociales, y de ellos surgen los que gobiernan.

"La institución de la representación, como mecanismo a través del cual la deliberación pública y las decisiones de gobierno se trasladan desde el titular de la soberanía democrática (el pueblo) hacia sus agentes (los representantes), establece la frontera histórica y teórica entre la democracia antigua o directa y la moderna o representativa". "La condición histórica del surgimiento de los partidos fue el incremento de la participación política, que se verificó fundamentalmente a partir de la profundización del proceso de urbanización de los siglos XVIII y XIX". (Malamud, 2009: 322).

La función o tarea que se considera habitualmente propia de los partidos es la de fungir como actores de intermediación entre la sociedad y el Estado.

Los PP, por definición, no actúan solos en un medio aislado sino que están en interacción permanente con las otras "partes" (partidos) del sistema político. Se diferencian de

la burocracia y las demás instituciones estatales porque, a título individual, carecen de monopolio alguno de representación o función. (Bartolini, 1986, en Malamud, 2009: 334). Para muchos autores del campo de la ciencia política y de la sociología, lo que define a un partido es su sociología. En ese sentido, es importante recordar que la principal tipología se construyó en torno al par derecha-izquierda que, a partir de la Revolución Francesa (1789, fin del régimen monárquico), se ha transformado en el criterio por excelencia para ordenar las ideas políticas. En general, pueden aceptarse las siguientes características:

1. Las fuerzas de izquierda tienen generalmente a cambiar el estado de cosas de la sociedad, preferentemente en favor de los sectores más desprotegidos de la población. Propone una mayor intervención del Estado en la economía y las políticas sociales -acentuando el valor igualdad-.

2. Las fuerzas de derecha pretenden mantener la situación social dentro de los límites estructurales en que se encuentra. La derecha contemporánea suele sostener la conveniencia de la no injerencia estatal y la primacía del mercado para la más eficaz asignación de los recursos entre las sociedades -recalcando el valor libertad-. (Bobbio, 1995, en Malamud, 2009: 325).

Para el caso argentino, es necesario destacar que la cuestión de la polarización no se produce de manera tradicional en términos de "izquierda" y "derecha" del espectro político, sino que la diferenciación entre las organizaciones radicará en un arco político entre peronismo y antiperonismo, nombre que irá modificándose pero que, a la larga, remitirá siempre a la misma distinción. Esta polarización se sustenta sobre diferentes ejes: en la manera de entender los procesos económicos, en los modos de ver el rol de la sociedad y, por consecuencia, el Estado. Mientras que, por un lado, Perón destacaba constantemente la búsqueda de una democracia en todos los ámbitos sociales basada en una mejor distribución de los ingresos y una mayor participación obrera dentro del proceso de toma decisiones; por el otro, el Radicalismo y otros partidos que encarnan el ala antiperonista de la representación política, toman como suyo el discurso de la democracia liberal. "No se trataba de un mero conflicto de distribución de bienes económicos, sino de una suerte de doble legitimidad. Por un lado la atribuida a las instituciones tradicionales de la democracia representativa -partidos, parlamentos, etc.- y la otra, atribuida a las fuerzas y organizaciones sociales [...]" (Zelaznik y Rovner; 1995).

III. Evolución histórica de la legislación sobre Partidos políticos en Argentina

En 1857, la Ley 140 fijaba el sistema de "lista completa" para la presentación de candidatos políticos a ocupar cargos públicos, con el fin de asegurar la gobernabilidad, pero también la hegemonía de los sectores conservadores. En efecto, sólo era posible que "votase" una pequeña fracción de la sociedad. Los caudillos locales controlaban, manipulando las listas electorales o mediante simple soborno e intimidación, siendo que el voto era "cantado" (es decir, a viva voz).

En los primeros casi 100 años de historia del país, la sanción en 1912 de la ley 8.871 (conocida como "Ley Sáenz Peña") reconoció los derechos políticos (sólo de los hombres mayores de edad, ya que recién en 1947 se instituyó el "voto femenino"), instaurando el sufragio universal, igual, secreto y obligatorio. En los hechos, significó la incorporación de enormes sectores de la sociedad al cuerpo electoral, y consecuentemente, al régimen político. Se modificó también el régimen electoral, que al incorporar el sistema de lista incompleta favoreció una mejor representación que las conocidas hasta entonces.

El régimen político cerrado que imperaba había dado lugar al surgimiento de expresiones políticas opuestas que se agrupaban de diversas maneras, entre las que se destacaron no sólo los socialistas (contando Argentina con el primer legislador socialista de América⁵), sino también anarquistas, y particularmente la Unión Cívica Radical, primer partido político estructurado orgánicamente como tal en Argentina.

Durante el siglo XX, el período democrático que fue de 1916 a 1930, estuvo gobernado por la UCR, configurándose así, lo que Sartori (1980) denomina, un “unipartidismo predominante” en el cual, a pesar de que existían otras organizaciones partidarias tales como el Partido Conservador, éste era el único capaz de obtener la mayoría de los sufragios.

A partir de la irrupción del golpe militar de 1930, y la inauguración de gobiernos parlamentarios elegidos mediante fraudes electorales, se constituyó un sistema partidario de índole hegemónica (cuyo principal beneficiario fue el Partido Conservador) caracterizado por la ausencia de competencia real y efectiva entre las instituciones partidarias. Los próximos 50 años de la historia política del país estarán marcados por sucesivas interrupciones al orden democrático ya sea por golpes militares o por golpes cívico-militares, secuencias que contribuirían a delinear el perfil del régimen político argentino. Tan es así, que la primera norma que reguló la actividad de los PP fue dictada por un gobierno de facto, mediante un decreto-ley del 4 de agosto de 1931.

Los procesos de modernización del país -desarrollados como consecuencia de un nuevo perfil productivo y de inserción en los mercados mundiales- trajeron consigo nuevos clivajes sociales y políticos dando origen a un nuevo partido político representante de la clase obrera emergente: el peronismo o, posteriormente, Partido Justicialista. Este vino a desplazar el protagonismo de la UCR hacia el partido liderado por Juan Domingo Perón dando continuidad a una mecánica de competencia centrada en una sola organización política como lo sostienen Cavarozzi y Casullo (2002), aunque algunos otros académicos consideran a esta época como el verdadero origen de la competencia bipartidista. En este contexto, se dictaron leyes que rigieron la materia: en 1943 y, en plena inestabilidad democrática, en 1965.

Con el retorno del régimen democrático, se sancionó el texto básico de la actual Ley Orgánica de Partidos Políticos (LOPP), N° 23.298 y se pone en evidencia la mecánica competitiva entre los dos partidos políticos principales: la Unión Cívica Radical y el Partido Justicialista. El primero de ellos, la UCR, se vio sumamente afectada por las problemáticas acaecidas durante el gobierno alfonsinista (amenazas a la democracia, crisis económica, hiperinflación, violentas protestas, entre otras) hecho que generó un descreimiento sobre la representación política encabezada por este partido político y produciendo en él “[...] debilidad e inestabilidad institucional [...]” (Novaro; 1994: 1). Por su parte, el PJ logró reconstruirse por medio de una democratización interna y una reconfiguración de la alianza con el movimiento sindical y logró, debido a lo enunciado previamente, alcanzar el triunfo en las elecciones adelantadas de 1989. Esta modernización partidaria, sumada a su caracterización como un “partido de masas subinstitucionalizado” (Levitsky; 1996) y la fuerte predominancia de un candidato con un discurso mediático y neutral, le permitieron sobrevivir los vaivenes de la economía nacional en los primeros años de su mandato y adoptar las decisiones políticas y económicas -básicamente neoliberales y aleja-

5 Alfredo Palacios (1878-1965).

das de los elementos característicos del peronismo- que condujeron a una estabilidad aparente en lo social, en lo económico, y en lo político durante los siguientes 10 años.

Como todo sistema de partidos bipartidista, estos dos se alternaron en el ejercicio del poder gubernamental y fueron capaces de obtener mayorías propias sin la necesidad de recurrir a coaliciones electorales para alcanzar esta cantidad de votos, hasta la mitad de los años 90.

Es en este momento donde se quiebra el propio peronismo y surge una tercera fuerza política de centro izquierda: el Frente País Solidario (Frepaso)⁶. Por su parte, en este momento, el radicalismo logra recomponerse a partir de una estrategia distrital y local por medio de la autonomización de sus dirigentes locales cada vez más cerca de este nuevo partido político, el Frepaso, el cual contaba con el apoyo mediático pero no con los recursos políticos ni técnicos para pensarse como coalición gobernante. Este momento, y por ende la contextualización política, es clave para entender las normas que vinieron a posteriori incluida la reforma de la Constitución Nacional en 1994, el estatus constitucional y la de los partidos políticos, y la institucionalización de leyes regulatorias de estos y de los mecanismos electorales, los cuales estuvieron precisamente pensados para frenar el avance de nuevos contrincantes a la reelección menemista y, de esa manera, continuar con la competencia bipolar entre UCR y PJ totalmente beneficiosa para este último.

IV. Sobre los partidos políticos en la Constitución Nacional

Encontramos en la Constitución Nacional referencias a la forma de gobierno (representativa, republicana y federal, Artículo 1), y al tipo de actores que están habilitados para el ejercicio de la representación política, específicamente en el artículo 22: *"El pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución [...]".* Como se mencionó, recién en 1994 se reconoce en la Constitución Nacional a los PP como actores definidos en la escena política en el Art. 38.- *Los partidos políticos son instituciones fundamentales del sistema democrático. Su creación y el ejercicio de sus actividades son libres dentro del respeto a esta Constitución, la que garantiza su organización y funcionamiento democráticos, la representación de las minorías, la competencia para la postulación de candidatos a cargos públicos electivos, el acceso a la información pública y la difusión de sus ideas. El Estado contribuye al sostenimiento económico de sus actividades y de la capacitación de sus dirigentes. Los partidos políticos deberán dar publicidad del origen y destino de sus fondos y patrimonio.*

En el artículo 37 reconoce la igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios. Art. 37.- *Esta Constitución garantiza el pleno ejercicio de los derechos políticos, con arreglo al principio de la soberanía popular y de las leyes que se dicten en consecuencia. El sufragio es universal, igual, secreto y obligatorio. La igualdad real de oportunidades entre varones y mujeres para el acceso a cargos electivos y partidarios se garantizará por acciones positivas en la regulación de los partidos políticos y en el régimen electoral.* Este elemento se ha visto modificado en varias oportunidades. En primera instancia, las cuotas de género constituyeron un mecanismo correctivo de la participación política femenina, pues contribuyeron a hacer efectivo el derecho a ser electas como parte del cuerpo político. Argentina fue el primer país en introducir cuotas

6 Se aclara su denominación como frente y no como partido político ya que el FREPASO fue una alianza compuesto de los siguientes partidos políticos: Frente Grande, Partido PAIS, Unidad Socialista y el Partido Demócrata Cristiano. Algunos de sus referentes fueron: Carlos "Chacho" Alvarez, Graciela Fernández Meijide, Fernando "Pino" Solanas, Carlos Auyero, Carlos Custer, Juan Pablo Cañero, Anibal Ibarra, entre otros.

de género en su sistema electoral, con la sanción de la Ley 24.012 (de 1991) –de Cupo Femenino– que establece que los partidos están obligados a incorporar en sus listas un mínimo de 30% de mujeres en proporciones con posibilidades de ser electas, provocando desde su implementación un progresivo incremento de la representación parlamentaria femenina (Martin, 2016). No obstante, más allá de la existencia de un cupo mínimo de representación femenina en los ámbitos político partidario la condición de igualdad de participación entre los géneros y, por ende la representación parlamentaria, no llegaba a ser la necesaria para garantizar esa condición. Por ello, en noviembre de 2017, se sanciona la Ley de Paridad (27.412) basada en el principio equivalente por género de las listas presentadas por los partidos a cada elección. De esa manera, pasa a modificarse el Art. 60 bis del Código Electoral obligando a las instituciones partidarias a ordenar sus listas de candidatos legislativos (nacionales y del Mercosur) intercalando a mujeres y varones desde el primer candidato hasta el último de los suplentes. Además, regula el mecanismo de reemplazo debiendo este respetar indefectiblemente el género del legislador a suplantar.

En el artículo 77, al fijar mayorías agravadas para los proyectos de ley que modifiquen el régimen electoral y de los PP:

Art. 77.-Las leyes pueden tener principio en cualquiera de las Cámaras del Congreso, por proyectos presentados por sus miembros o por el Poder Ejecutivo, salvo las excepciones que establece esta Constitución.

(*) Los proyectos de ley que modifiquen el régimen electoral y de partidos políticos deberán ser aprobados por mayoría absoluta del total de los miembros de las Cámaras.

En el artículo 99, inciso 3, al contemplar la atribución del Poder Ejecutivo de dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, se exceptúa de los mismos, entre otras materias, a la electoral y los PP.

La Ley Orgánica de los Partidos Políticos (LOPP) vigente es la número 23.298 (con las modificaciones introducidas por las leyes números 23.476, 24.191 y 25.611). Otras normas aplicables al régimen de partidos políticos están contenidas en el Código Electoral Nacional (CEN), Ley número 19.945 (texto ordenado por decreto número 2.135/83, con las modificaciones introducidas por las leyes números 23.247, 23.476, 24.012, 24.444, 24.904, 25.610, 25.658, 25.858 y 25.983). En particular, el CEN se refiere a los partidos políticos en sus artículos 55, 56, 60 y 61, pero además es de aplicación subsidiaria. Asimismo, este conjunto normativo debe complementarse con la Ley número 24.012 y su decreto reglamentario número 1246/2000, en relación al enfoque de género como ya hemos mencionado; la Ley 26.215 y sus modificaciones mediante Ley número 27.504, de Financiamiento de los partidos políticos.

V. Naturaleza jurídica en la Constitución y en la ley

Respecto a la naturaleza jurídica, la CN sólo reconoce a los partidos políticos como “instituciones”. Por eso, el tema presenta dos ámbitos diferenciados. Por un lado, se trata de asociaciones civiles, en tanto personas jurídicas, en lo que hace a la existencia de los partidos. Otro aspecto es la personería jurídico-política para presentar candidatos e intervenir en elecciones, que está sujeta a requisitos contenidos en la LOPP, de modo tal que

la caducidad de la personería jurídico-política no implica la extinción de la personalidad civil. La LOPP (artículos 1o., 3o., inciso c y 49) contempla el derecho de los partidos a obtener personalidad jurídico-política mediante reconocimiento judicial que comporta su inscripción en el registro público correspondiente. Dicha personalidad política se pierde si caduca el partido. Según el artículo 4o. de la ley que analizamos, los partidos pueden adquirir derechos y contraer obligaciones de acuerdo con el régimen dispuesto por el Código Civil (Hernández y Belisle, 2006).

VI. Formación de los partidos políticos

El artículo 38 de la CN expresa sobre los partidos políticos que *“su creación y el ejercicio de sus actividades son libres dentro del respeto a la Constitución, la que garantiza su organización y funcionamiento democráticos y la representación de las minorías”*, además del *“acceso a la información pública”* propio de un régimen republicano de gobierno.

La LOPP (artículo 1o.), garantiza a los ciudadanos el derecho de asociación política para agruparse en partidos políticos democráticos, a las agrupaciones el derecho a su constitución, organización, gobierno propio y libre funcionamiento como partido político para actuar en uno, varios o todos los distritos electorales, o como confederación de partidos. Establece, además, las condiciones sustanciales (artículo 3o.): a) Grupo de ciudadanos unidos por un vínculo político permanente. b) Organización estable y funcionamiento reglados por la carta orgánica, de conformidad con el método democrático interno, mediante elecciones periódicas de autoridades, organismos partidarios y candidatos, en la forma que establezca cada partido.

VII. Reconocimiento judicial de su personería jurídico-política como partido, la que comporta su inscripción en el registro público correspondiente.

En los artículos 14, 18 y 19 reconoce el derecho a establecer el nombre partidario, al uso permanente de un número de identificación, y deber de establecer un domicilio legal; garantiza (de acuerdo a los artículos 35, 36 y 38) a las autoridades constituidas el uso del nombre partidario, el ejercicio de las funciones de gobierno y administración del partido y, en general, el desempeño de todas las actividades inherentes al mismo, lo que comporta además, los bienes, símbolos, emblemas, número, libros y documentación del partido, que son de uso exclusivo del mismo; indica también (artículos 57 y 63) que los partidos reconocidos o en constitución tendrán personería para actuar ante la Justicia Federal con competencia electoral, la que cumplidos los trámites necesarios, procederá mediante resolución fundada a conceder o denegar la personalidad solicitada (Hernández y Belisle, 2006).

En general, se trata de libertades amplias tanto para la constitución como cuanto para el ejercicio de las actividades de los partidos políticos en los procesos electorales, como lo testimonian diversas normas del CEN (entre ellos, los artículos 55, 56, 108 y 111). Se superan así etapas de la historia argentina signadas por proscripciones o restricciones para el reconocimiento de partidos que en la práctica significaban limitaciones de hecho a su organización.

En cuanto a restricciones la LOPP (artículo 11), indica que en los partidos nacionales, los partidos de distrito carecen del derecho de secesión, y agrega (según los artículos 13, 15, 16 y 17) que el nombre del partido no podrá ser usado por ningún otro, ni asociación o entidad de cualquier naturaleza dentro del territorio de la nación. La denominación

“partido” podrá ser utilizada únicamente por las agrupaciones reconocidas como tales, o en constitución. El nombre no podrá contener designaciones personales, ni derivadas de ellas, tampoco expresiones tales como “argentino”, “nacional”, “internacional” y sus derivados, o aquellas cuyo significado afecten o puedan afectar las relaciones internacionales de la nación, ni palabras que exterioricen antagonismos raciales, de clases, religiosos, o conduzcan a provocarlos. En caso de escisión, el grupo desprendido no tendrá derecho a emplear, total o parcialmente, el nombre originario del partido o agregarle aditamentos. Cancelada la personalidad política de un partido (ya sea por caducidad o por declaración de extinción), su nombre no podrá ser usado por ningún otro partido durante cuatro y ocho años, respectivamente (Hernández y Belisle, 2006).

Existen restricciones respecto de emblemas y símbolos análogos a las establecidas para el nombre (artículo 38), y además el partido extinguido por sentencia firme no podrá ser reconocido nuevamente con el mismo nombre, la misma carta orgánica, declaración de principios, programa o bases de acción política, por el término de seis años (artículo 53). Si bien, la Ley 23.298 no establece un control programático ni ideológico sobre los partidos políticos, se infiere a partir del artículo 38 que establece que su creación es libre dentro del respeto a sus disposiciones.⁷

La LOPP establece en su artículo 51, inciso d, entre las causas de extinción de un partido, la de impartir instrucción militar a los afiliados u organizarlos militarmente (Hernández y Belisle, 2006).

VIII. Sobre la Constitución / formación de los partidos políticos a nivel nacional

Entre los requisitos respecto de número o porcentaje de afiliados o adherentes, celebración de asambleas previas, funcionamiento en circunscripciones territoriales, la LOPP (artículo 7o., inciso a) exige una adhesión de un número de electores no inferior al cuatro por mil del total de los inscriptos en el registro electoral; nombre, declaración de principios y programa o bases de acción política, además de carta orgánica sancionados por la asamblea de fundación y constitución (artículo 7o., incisos b, c y d); y actuar en cinco o más distritos con el mismo nombre, declaración de principios, programa o bases de acción política y carta orgánica (artículo 8o.) (Hernández y Belisle, 2006).

La LOPP exige además (según consta en artículos 7o., 8o. y 37): acta de fundación y constitución suscritas por adherentes; acta de designación de las autoridades promotoras, las que convocarán a elecciones para constituir las autoridades definitivas del partido; libros de registro (de inventario, de caja, de actas y resoluciones, etcétera); declaración de principios, programa o bases de acción política y carta orgánica nacional; acta de designación y elección de las autoridades nacionales del partido y de las autoridades de distrito; domicilio partidario central y acta de designación de los apoderados. En los partidos nacionales (artículo 11), los partidos de distrito carecen del derecho de secesión (Hernández y Belisle, 2006).

Afiliación, desafiliación y doble afiliación

Los artículos 23 y 24 de la LOPP estipulan bajo qué condiciones es posible afiliarse a un partido (domicilio en el distrito, presentar una ficha de solicitud que contenga datos per-

⁷ En la década de los años sesenta, la jurisprudencia de la Corte Suprema había admitido, en su momento, el control ideológico de los partidos —antisistema—, convalidando la negativa a otorgar la personería política a un partido que implicara un peligro para la subsistencia del Estado democrático, debiendo sujetarse al programa real o verdadero que surja, inequívocamente, de las actividades y antecedentes de cada agrupación política.

sonales, etcétera); y explicitan quiénes no pueden ser afiliados (los excluidos del padrón electoral, a consecuencia de las disposiciones legales vigentes; personal superior y subalterno de las Fuerzas Armadas de la Nación en actividad, o en situación de retiro cuando haya sido llamado a prestar servicios; personal superior y subalterno de las fuerzas de seguridad de la nación o de las provincias, en actividad o retirados llamados a prestar servicios; magistrados del Poder Judicial Nacional, provincial y tribunales de faltas municipales).

El artículo 25 expresa que no podrá haber doble afiliación. La afiliación a un partido implicará, en el mismo acto, la renuncia automática a toda afiliación anterior y su extinción. También se extinguirá por renuncia, expulsión o violación de lo dispuesto en las normas precedentes y en la carta orgánica partidaria.

IX. Requisitos para la Constitución / formación de partidos a nivel provincial

En cuanto a la constitución de partidos de distrito (provinciales), la LOPP específica, respecto de los requisitos ya enunciados para los partidos nacionales (artículo 7o. incisos b, c, d, e, f y g, y artículo 37), la adhesión de un número de electores no inferior al cuatro por mil del total de los inscriptos en el registro electoral del distrito o provincia. En rigor de verdad, los partidos de distrito son los primeros en formarse ante el juez federal con competencia electoral en cada provincia o distrito, ya que los partidos nacionales deben acreditar, previamente, tener personería en cinco distritos por lo menos.

X. Financiamiento de los partidos políticos

Como se podrá visualizar en los siguientes párrafos, el financiamiento partidario ha sido uno de los elementos que se ha visto modificado en contadas oportunidades. Ello se debe, principalmente, por la consideración e importancia de este en la competencia y la igualdad de condiciones de las organizaciones partidarias y, a su vez, por las diferentes transformaciones que han trastocado a estas estructuras políticas como consecuencia de la crisis de representación de finales de los '90 y principios de los años 2000 y que debieron ser institucionalizadas en un cuerpo normativo acorde.

Antes de comenzar a describir esta evolución, creemos pertinente definir que entendemos por financiamiento. El financiamiento hace mención a la "(...) política de ingresos y egresos de las fuerzas políticas tanto para sus actividades electorales como permanentes (...)" (Zovatto; 2000: 10). Este se produce de dos maneras diferentes en nuestro país: es público y además privado, dando origen así a un tipo de financiamiento mixto en; en este tipo se combinan ambas modalidades las cuales siempre una de ellas tiene predominancia sobre la otra generando así un desequilibrio entre ellas que es muy difícil de resolver.

XI. Contribución del Estado

La categoría de financiamiento público refiere a las contribuciones realizadas por el Estado a los partidos políticos, los cuales son otorgados de dos formas diferentes: 1) de manera directa en forma de beneficios monetarios o bonos o 2) indirecta tales como beneficios en reducciones impositivas, servicios de transporte, entre otras modalidades. Este tipo tiene como objetivo crear condiciones más equitativas para los actores políticos en una contienda electoral y, además, lograr una mayor transparencia en las contabilidades presentadas por los partidos ante los organismos públicos de control. Por el contrario, tiene como desventaja la dependencia que genera en muchas de las instituciones

partidarias sobre los recursos públicos que pueden llegar a obtener.

El artículo 38 de la CN expresa que el Estado contribuye al sostenimiento económico de sus actividades y de la capacitación de sus dirigentes. Además, los partidos políticos deberán dar publicidad del origen y destino de sus fondos y patrimonio.

La materia estaba regulada en la LOPP; no obstante se sancionó la Ley 25.600, denominada “de Financiamiento de los Partidos Políticos”, que derogó las disposiciones de la LOPP sobre el punto, e introdujo precisiones sobre el particular. Luego se sancionó la Ley 26.215 (que derogó la Ley 25.600) y se introdujeron algunas modificaciones mediante la Ley 27.504, del año 2019.

La Ley 26.215 comienza definiendo que el patrimonio del partido político se integrará con los bienes y recursos que autoricen la presente ley y la respectiva carta orgánica (artículo 1o.). Sobre las contribuciones estatales en dinero, la misma ley aclara que el Estado nacional garantizará el normal funcionamiento de los *partidos políticos reconocidos* mediante aportes destinados a las siguientes actividades: a) desenvolvimiento institucional b) capacitación y formación política, y c) campañas electorales primarias y generales.

Por desenvolvimiento institucional se entiende todas las actividades políticas, institucionales y administrativas derivadas del cumplimiento de la Ley 23.298, la presente ley y la carta orgánica partidaria, así como la actualización, sistematización y divulgación doctrinaria a nivel nacional o internacional.

Se agrega (artículo 6) que el Fondo Partidario Permanente será administrado por el Ministerio del Interior, y estará constituido por:

- a) El aporte que destine anualmente la Ley de Presupuesto General de la Nación.
- b) El dinero proveniente de las multas que se recauden por aplicación de esta ley.
- c) El producto de las liquidaciones de bienes que pertenecieren a los partidos políticos extinguidos.
- d) Los legados y donaciones que se efectúen con ese destino al Estado nacional.
- e) Los reintegros que efectúen los partidos, las federaciones y las alianzas.
- f) Los aportes privados destinado a este fondo.
- g) Los fondos remanentes de los asignados por esta ley o por la Ley de Presupuesto General de la Nación, al Ministerio del Interior, una vez realizadas las erogaciones para las que fueron previstos.

Por otra parte (el artículo 7) establece que el Ministerio del Interior recibirá el veinte por ciento (20%) de la partida presupuestaria asignada al Fondo Partidario Permanente en la ley de Presupuesto General de la Nación, previo a toda otra deducción con el objeto de:

- a) otorgar las franquicias que autoriza la presente ley y aportes extraordinarios para atender gastos no electorales a los partidos políticos reconocidos;
- b) asignar el aporte para el desenvolvimiento institucional de aquellos partidos políticos reconocidos con posterioridad a la distribución anual del Fondo Partidario Permanente y aportes de campaña a partidos sin referencia electoral anterior.

Los fondos remanentes se integrarán al Fondo Partidario Permanente.

El artículo 9 establece cómo será la asignación del Fondo Partidario Permanente. Los recursos disponibles para el aporte anual para el desenvolvimiento institucional se distribuirán de la siguiente manera:

- a) veinte por ciento (20%), en forma igualitaria entre todos los partidos reconocidos.
- b) ochenta por ciento (80%), en forma proporcional a la cantidad de votos que el partido hubiera obtenido en la última elección de diputados nacionales. Sólo participarán en esta distribución los partidos que acrediten haber obtenido al menos un número de sufragios equivalente al uno por ciento (1%) del padrón electoral.

XII. Contribución de particulares

El financiamiento privado consta de los recursos provenientes del sector privado derivados de aportes individuales (de afiliados, donaciones individuales, grupos de interés, empresas). Esta modalidad tiene como principal ventaja, como sostiene Zovatto, el fortalecimiento del vínculo entre los ciudadanos y los partidos políticos en el cual este financiamiento "(...) puede verse a la vez como una prueba y como un motor del sano arraigo de los partidos en las sociedades en que operan, acercando los candidatos a los ciudadano y los sensibiliza sobre las demandas sociales. Opuestamente a ello, el financiamiento privado presenta la desventaja en la cual existe la posibilidad de generar una relación simbiótica entre partido y donantes respecto de los recursos y la posibilidad de crear redes clientelares en donde las entidades privadas solo pretendan financiar a los partidos para cooptarlos como representantes exclusivos de sus intereses corporativos generando así un intercambio de favores y prebendas en un tráfico de influencias (2000: 23).

Respecto de contribuciones de particulares, la Ley 26.215 admite los aportes privados, que podrán destinarse al Fondo Partidario Permanente o directamente a los partidos políticos (artículo 14). *Los partidos políticos podrán obtener para su financiamiento los siguientes aportes del sector privado:*

- a) *De sus afiliados, de forma periódica, de acuerdo a lo prescripto en sus cartas orgánicas;*
- b) *Donaciones de otras personas humanas -no afiliados- y personas jurídicas;*
- c) *De rendimientos de su patrimonio y otro tipo de actividades, incluidas las actividades promocionales;*
- d) *De las herencias o legados que reciban.*

El artículo 15 establece que *los partidos políticos no podrán aceptar o recibir, directa o indirectamente, ni tampoco se permitirán como aportes privados al Fondo Partidario Permanente:*

- a) *Contribuciones o donaciones anónimas. No podrá imponerse a las contribuciones o donaciones el cargo de no divulgación de la identidad del contribuyente o donante;*
- b) *Contribuciones o donaciones de entidades centralizadas o descentralizadas, nacionales, provinciales, interestaduais, binacionales o multilaterales, municipales o de la Ciudad de Buenos Aires;*
- c) *Contribuciones o donaciones de permisionarios, empresas concesionarias o contratistas de servicios u obras públicas o proveedores de la Nación, las provincias, los municipios o la Ciudad de Buenos Aires;*
- d) *Contribuciones o donaciones de personas humanas o jurídicas que exploten juegos de azar;*
- e) *Contribuciones o donaciones de Gobiernos o entidades públicas extranjeras;*
- f) *Contribuciones o donaciones de personas humanas o jurídicas extranjeras que no tengan residencia o domicilio en el país;*
- g) *Contribuciones o donaciones de personas que hubieran sido obligadas a efectuar la contribución por sus superiores jerárquicos o empleadores;*
- h) *Contribuciones o donaciones de asociaciones sindicales, patronales y profesionales;*
- i) *Contribuciones o donaciones de personas humanas o jurídicas que se encuentren imputa-*

das en un proceso penal en trámite por cualquiera de las conductas previstas en la ley penal tributaria vigente o que sean sujetos demandados de un proceso en trámite ante el Tribunal Fiscal de la Nación por reclamo de deuda impositiva. (Frase en negrita observada por art. 1° del Decreto N° 388/2019 B.O. 31/5/2019)

Se fijan, además, límites (artículo 16) al financiamiento. *Los partidos políticos no podrán recibir de una misma persona humana o jurídica por cada año calendario para desenvolvimiento institucional un monto superior al dos por ciento (2%) del que surja de multiplicar el valor del módulo electoral por la cantidad de electores registrados al 31 de diciembre del año anterior. Este límite no será de aplicación para aquellos aportes que resulten de una obligación emanada de las Cartas Orgánicas Partidarias referida a los aportes de los afiliados cuando desempeñen cargos públicos.*

La Ley 27.504 incorporó un artículo 16 bis respecto de los aportes en dinero. *Los aportes en dinero deberán ser efectuados únicamente mediante transferencia bancaria, depósito bancario acreditando identidad, medio electrónico, cheque, tarjeta de crédito o débito, o plataformas y aplicativos digitales siempre que éstos permitan la identificación fehaciente del donante y la trazabilidad del aporte.*

Prácticamente todos los artículos que hacen referencia a la financiación de los partidos políticos es reciente, según Ley 27.504 de mayo de 2019, e intenta brindar de mayor institucionalidad y transparencia al manejo de los fondos de los principales actores del sistema democrático como lo son los partidos políticos.

XIII. Reflexiones finales

Los partidos políticos son un actor esencial del sistema democrático y, con sus aciertos y errores, cuentan con legalidad para realizar la representación política de las demandas de la sociedad. No son los únicos actores que cumplen con ese rol, en tanto diferentes organizaciones de la sociedad civil (ya sean constituidos jurídicamente o no), grupos de interés, movimientos sociales, o medios masivos de comunicación, pero sí son los únicos que -amparados en la legislación vigente- logran acceder al ejercicio del poder político.

A lo largo de su existencia, los partidos políticos han intentado adaptarse institucionalmente a las realidades del contexto para cumplir con la función principal para la que son creados a la vez que las normas jurídicas que los regulan intentaron dar cuenta de ello. Muchas ya se han visto modificadas ante situaciones y prácticas políticas transformadas; muchas otras aún tienen desafíos importantes pendientes que permitan fortalecer el vínculo entre los partidos políticos y los ciudadanos, entre representantes y representados.

Coincidimos con Cingolani (2011) que aún con todas sus deficiencias, los partidos políticos continúan siendo la forma más aceptable de agregar intereses y evitar el riesgo de caer en formas peligrosamente fragmentarias, cortoplacistas e individualistas de entender y ejercer la política.

BIBLIOGRAFÍA

- ABAL MEDINA, Juan Manuel (2004). "Los partidos políticos, ¿un mal necesario?" en Nun, José (director) Colección Claves para Todos, Buenos Aires.
- CAVAROZZI, Marcelo y CASULLO, María Esperanza (2002). "Los partidos políticos en América Latina hoy. ¿Consolidación o crisis?" en *El Asedio a la política: los partidos latinoamericanos en la era neoliberal*. Buenos Aires: Homo Sapiens.
- CINGOLANI, Luciana (2001): "Partidos Políticos y Sistema de Partidos" en Aznar, Luis y De Luca, Miguel (comps.) *Política. Cuestiones y Problemas*. Buenos Aires: Editorial Cengage.
- HERNÁNDEZ, Antonio María; BELISLE, José Manuel (h) (2006). *Regulación Jurídica de los partidos políticos en Argentina*. En Zovatto, Daniel. *Regulación jurídica de los partidos políticos en América Latina*. Universidad Nacional Autónoma de México, IDEA Internacional.
- KINEN, Nicolás. (2011). *Los partidos políticos en Argentina: reflexiones y propuestas para su fortalecimiento en el marco del humanismo cristiano*. - 1a ed. - Buenos Aires: Konrad Adenauer Stiftung.
- LECHNER, Norberto (1996). "La política ya no es lo que fue" en *Revista Nueva Sociedad* N° 144.
- Leyes 23.298, 23.247, 23.476, 24.012, 24.191, 24.444, 24.904, 25.610, 25.658, 25.858 y 25.983, 26.215, 26.571, 27.504 en www.infoleg.gov.ar
- LEVITZKY, Steven (1996). "Una desorganización organizada: organización informal y persistencia de estructuras partidarias locales en el peronismo argentino"; en *Revista de Ciencias Sociales*, N° 6.
- MALAMUD, Andrés (2009). *Los partidos políticos*. En Pinto, J. (comp.). *Introducción a la ciencia política*. 4° edición, 7° reimpresión, Buenos Aires, EUDEBA.
- MARTIN, María Elena (2016). *Ciudadanía y participación política femenina en Argentina*. Cuadernillo del Instituto Nacional de Capacitación Política, Secretaría de Asuntos Políticos e Institucionales, Ministerio del Interior, Obras Públicas y Vivienda. Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- NOVARO, Marcos (1996). "Los populismos latinoamericanos transfigurados", en *Revista Nueva Sociedad* N° 144.
- SARTORI, Giovanni (1980). *Partidos y Sistema de Partidos*. Madrid. Editorial Alianza.
- ZELAZNIK, Javier y ROVNER, Helena (1995). "Crisis y transformación del sistema de partidos en Argentina: probables escenarios" en Sidicaro, Ricardo y Mayer, Jorge *Política y sociedad en los años del menemismo*, Carrera de Ciencia Política, Oficina de publicaciones del CBC, Buenos Aires.
- ZOVATTO, Daniel (2017): "El financiamiento político en América Latina" en *STUDIA POLITICÆ* Número 40 primavera-verano 2016~2017 Publicada por la Facultad de Ciencia Política y Relaciones Internacionales, de la Universidad Católica de Córdoba, Córdoba, República Argentina

EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN EL CONTEXTO DE LA TENSION ENTRE EL MARGEN DE APRECIACION NACIONAL Y EL "IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE" LATINOAMERICANO

THE CONTROL OF CONVENTIONALITY IN THE CONTEXT OF THE TENSION BETWEEN THE NATIONAL MARGIN OF APPRECIATION AND THE LATIN AMERICAN "IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE"

Federico Agustin ACHERITEGUY¹

RESUMEN:

En este trabajo se abordará el tenso equilibrio existente entre las fuerzas centrífugas y centrípetas del proceso de construcción del derecho internacional de los derechos humanos en Latinoamérica, a saber: las doctrinas del *ius constituionalecommuneamericanum* y del margen de apreciación nacional.

En tal sentido, nuestra hipótesis es que un análisis crítico de las tesis que proponen la consolidación de un derecho constitucional común latinoamericano, a través de la obra de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el ejercicio del control de convencionalidad, arroja la conclusión de que aquel, por el momento, no es más que un ordenamiento de mínimos, y que, como consecuencia, la doctrina del margen de apreciación nacional seguirá estando vigente en esta parte del mundo.

ABSTRACT

This paper will address the tense balance between centrifugal and centripetal forces in the process of building international human rights law in Latin America, namely: the doctrines of the *iusconstituionale commune americanum* and the national margin of appreciation.

In this sense, our hypothesis is that a critical analysis of the theses that propose the consolidation of a Latin American common constitutional right, through the work of the Inter-American Court of Human Rights in the exercise of conventionality control, yields the conclusion that that, for the moment, is nothing more than a minimum order, and that, as a consequence, the doctrine of the national margin of appreciation will continue to be in force in this part of the world

¹ Abogado egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba (UNC). Especialista en Derecho Procesal Constitucional por la Universidad Blas Pascal (UBP). Adscripto en las asignaturas Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba (UNC). Correo electrónico: facheriteguy@hotmail.com.

PALABRAS CLAVE: Doctrina del margen de apreciación nacional. *ius constitutionale commune* latinoamericano. Control de convencionalidad. Res interpretata. Proporcionalidad.

KEY WORDS: Doctrine of the national margin of appreciation. Latin American *ius constitutionale commune*. Conventionality control. Res interpretata. Proportionality

I. Introducción

En el presente estudio se abordará un aspecto del control de convencionalidad que, actualmente, ha dado lugar a un intenso debate en la doctrina especializada: el espacio de discrecionalidad de los Estados partes del sistema interamericano para configurar, en general, la disciplina de los derechos humanos reconocidos en el Pacto de San José de Costa Rica, de acuerdo a las particularidades de cada realidad nacional.

Esta posibilidad, que ha sido de hecho reconocida por los tribunales de los sistemas regionales de protección de los derechos humanos, ha quedado enmarcada dentro de lo que se ha dado en llamar la doctrina del margen de apreciación nacional.

Esta doctrina, si bien no es negada en esta parte del orbe, ha tenido fricciones cuando ha entrado en contacto con una de las más novedosas *creaciones* de la doctrina internacionalista, apoyada por algunos fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dictados en el marco del ejercicio del control de convencionalidad: estamos hablando de un *ius constitutionale commune* pensado para América Latina.

Así y todo, e independientemente del empeño que se ha puesto para consolidar esta última idea, consideramos, junto con buena parte de la doctrina, que todavía no puede sostenerse que estemos en presencia de un auténtico derecho constitucional común en Latinoamérica, razón por la cual, en definitiva, el margen de apreciación de los Estados del sistema seguirá jugando un papel importante a la hora del ejercicio el control de convencionalidad.

En este orden, y por tales razones, se impone, en lo que sigue, el abordaje del marco teórico existente acerca de la mencionada doctrina del margen, para luego poder entrar al análisis de la aplicación efectiva que ha tenido en la jurisprudencia de los órganos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos -Comisión y Corte Interamericanas de Derechos Humanos-. En cuanto a esto último, se advertirá sobre las diferencias que tuvo el desarrollo de este instituto en la jurisprudencia del sistema europeo, en donde se le dio mayor protagonismo a la discreción nacional.

Por último, llegaremos al estudio del surgimiento y evolución de la idea de un *ius commune* americano en materia de derechos humanos, vinculándola con los nuevos alcances que sus defensores propician para el control de convencionalidad. En este contexto, podrá advertirse que, así como la construcción teórica de un derecho constitucional común podría suprimir, en cierto modo, los particularismos que se evidencian en la región, las dudas que surgen sobre la plausibilidad de su concretización termina por revitalizar la doctrina del margen de apreciación nacional.

II. La doctrina del margen de apreciación nacional: abordaje teórico

1. Preliminares

Antes de entrar plenamente al estudio de las construcciones teóricas acerca de la doctrina del margen de apreciación nacional, debe advertirse que ella ha tenido un alcance que excede el campo del derecho internacional de los derechos humanos, a tal punto que es considerada, actualmente, como una doctrina general del derecho internacional.²

No obstante, aquí nos enfocaremos en el campo de los derechos humanos y, en tal contexto, resulta fundamental tener en cuenta el carácter universal de aquellos, el cual es reconocido en los múltiples instrumentos internacionales que se han suscripto sobre la materia.³ Desde esta perspectiva, constituye un acontecimiento fundamental la adopción, mediante consenso internacional, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948.⁴

Mas, a pesar de la concreción de tan notable esfuerzo, se destaca un hecho sucedido hace ya un tiempo en el marco de la Segunda Conferencia Mundial de Derechos Humanos de las Naciones Unidas realizada en Viena en 1993. Allí, adquirió gran protagonismo el debate iniciado por un grupo de Estados, en su mayoría países asiáticos, que alzaron su queja en contra de los principios que consagraba la Declaración Universal, en tanto reflejaban únicamente lo que ellos consideraban "valores occidentales".⁵

En tal sentido, estos países advirtieron que Occidente se estaba entrometiendo en sus asuntos internos, al imponerles su propia definición de los derechos humanos, la cual no siempre estaba en consonancia con sus tradiciones culturales, lo que implicaba, en definitiva, que se estaba poniendo en tela de juicio la misma idea de la universalidad de aquellos.⁶

Este hecho, que quizás hoy podría considerarse anecdótico, demuestra que el trabajo de la comunidad internacional, en los últimos 50 años, ha permitido alcanzar el consenso únicamente en torno a estándares mínimos de reconocimiento y protección de derechos humanos, ya que, en el mundo, actualmente, resultan evidentes las diferencias, no solo culturales sino también jurídicas, en lo que hace al contenido de tales derechos y cómo protegerlos.⁷

Y otro tanto puede predicarse, incluso, *ad intra* de los niveles regionales de protección, ya que, como la propia doctrina destaca, la virtud que tienen en común los procesos de

2 NUÑEZ POBLETE, Manuel (2012): "Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional. La experiencia latinoamericana confrontada y el thelos constitucional de una técnica de adjudicación del derecho internacional de los derechos humanos" en NUÑEZ POBLETE, Manuel y ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea (coords.): El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos: proyecciones regionales y nacionales, México D. E., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 3 - 49; p. 7.

3 BENAVIDES CASALS, María Angelica (2009): El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos, *Ius et Praxis* n° 1 (Año 15), pp. 295 - 310 (<http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v15n1/art09.pdf>) (fecha de consulta: 05 de enero de 2018); p. 296..

4 CERNA, Christina Mónica (1995): "La universalidad de los derechos humanos y la diversidad cultural: la realización de los derechos humanos en diferentes contextos socioculturales" en CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto y GONZALEZ VOLIO, Lorena (comps.): Estudios Básicos de Derechos Humanos (vol. 2), San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos - Fundación Mc Arthur - García Hnos., pp. 377 - 396; p. 377.

5 CERNA, Christina Mónica (1995): "La universalidad de los derechos humanos y la diversidad cultural: la realización de los derechos humanos en diferentes contextos socioculturales" en CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto y GONZALEZ VOLIO, Lorena (comps.): Estudios Básicos de Derechos Humanos (vol. 2), San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos - Fundación Mc Arthur - García Hnos., pp. 377 - 396; p. 377 y 378.

6 CERNA, Christina Mónica (1995): "La universalidad de los derechos humanos y la diversidad cultural: la realización de los derechos humanos en diferentes contextos socioculturales" en CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto y GONZALEZ VOLIO, Lorena (comps.): Estudios Básicos de Derechos Humanos (vol. 2), San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos - Fundación Mc Arthur - García Hnos., pp. 377 - 396; p. 377.

7 BENAVIDES CASALS, María Angelica (2009): El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos, *Ius et Praxis* n° 1 (Año 15), pp. 295 - 310 (<http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v15n1/art09.pdf>) (fecha de consulta: 05 de enero de 2018); p. 297.

integración⁸ finca, precisamente, en asociar a Estados que son diversos en lo geográfico, político, económico, social, cultural, etc.⁹

De tal modo, se puede señalar que, aun cuando en el derecho internacional actual sea incuestionable el consenso acerca de la existencia de los derechos humanos, dicho consenso no abarca, sin embargo, al contenido y alcance de cada uno de ellos.¹⁰

En definitiva, un derecho no puede juzgarse en abstracto, prescindiendo del contexto económico y cultural que lo rodea, ya que el desconocimiento de dichos condicionantes atentaría contra la propia vigencia del régimen de protección.¹¹ Y esta circunstancia, precisamente, es la que permitió el surgimiento del instituto del margen de apreciación nacional, que consiste, a fin de cuentas, en un mecanismo que permite medir con distinta vara la vigencia de los derechos humanos en un determinado Estado y en un determinado tiempo.¹²

2. Noción

Como premisa básica, puede decirse que la doctrina del margen de apreciación nacional propende a la adaptación de un sistema normativo de derechos humanos al ambiente en donde tal sistema debe aplicarse,¹³ de donde podemos concluir que aquella se relaciona, básicamente, con los límites de la jurisdicción internacional en la materia.¹⁴

En virtud de esto último, la citada doctrina aconseja al tribunal de la jurisdicción internacional se abstenga de sustituir a la autoridad nacional en la valoración de las circunstancias que hagan a la conformación de la versión local de cada uno de los derechos consagrados en el tratado internacional de que se trate.¹⁵

En ese orden, los autores identifican esta doctrina con la deferencia que los órganos de la jurisdicción internacional deben dispensarle a los órganos nacionales para el cumpli-

8 Empleamos los términos "procesos de integración" para guardar fidelidad a la cita que se parafrasea, pero no se nos escapa que quizás haya un error en suponer que un tratado internacional de derechos humanos, que establezca órganos y procedimientos de revisión, hace nacer, per se, un proceso de integración entre los Estados signatarios. En efecto, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho de la integración, como capítulos del derecho internacional público, quizás no tengan demasiado que ver entre sí, ya que las integraciones son un fenómeno que ha surgido como respuesta a los desafíos que la economía globalizada presenta a las naciones.

En este sentido, las realidades de Europa y Latinoamérica son diferentes, ya que en la primera, a diferencia de la segunda, sí puede hablarse de la existencia de un proceso de integración a nivel continental, mientras que en América Latina nunca sucedió cosa semejante, más allá de las experiencias que vinculan a grupos pequeños de países (por ej., el Mercosur). Así y todo, la integración europea se originó en los diversos tratados que dieron nacimiento a la Unión Europea, y no en el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

9 MIDON, Mario Antonio Roque (2016): Control de convencionalidad, Buenos Aires, Argentina, Astrea; p. 132.

10 BENAVIDES CASALS, María Angelica (2009): El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos, *Ius et Praxis* n° 1 (Año 15), pp. 295 – 310 (<http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v15n1/art09.pdf>) (fecha de consulta: 05 de enero de 2018); p. 297.

11 SAGÜES, Néstor Pedro (2003): Las relaciones entre los tribunales internacionales y los tribunales nacionales en materia de derechos humanos. Experiencias en Latinoamérica, *Ius et Praxis* n° 1 (Año 9), pp. 205 – 221 (<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19790111>) (fecha de consulta: 10 de enero de 2018); p. 219.

12 MIDON, Mario Antonio Roque (2016): Control de convencionalidad, Buenos Aires, Argentina, Astrea; p. 132.

13 SAGÜES, Néstor Pedro (2003): Las relaciones entre los tribunales internacionales y los tribunales nacionales en materia de derechos humanos. Experiencias en Latinoamérica, *Ius et Praxis* n° 1 (Año 9), pp. 205 – 221 (<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19790111>) (fecha de consulta: 10 de enero de 2018); p. 219 y 220.

14 NUÑEZ POBLETE, Manuel (2012): "Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional. La experiencia latinoamericana confrontada y el thelos constitucional de una técnica de adjudicación del derecho internacional de los derechos humanos" en NUÑEZ POBLETE, Manuel y ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea (coords.): El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos: proyecciones regionales y nacionales, México D. F., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 3 – 49; p. 5.

15 NUÑEZ POBLETE, Manuel (2012): "Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional. La experiencia latinoamericana confrontada y el thelos constitucional de una técnica de adjudicación del derecho internacional de los derechos humanos" en NUÑEZ POBLETE, Manuel y ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea (coords.): El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos: proyecciones regionales y nacionales, México D. F., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 3 – 49; p. 5.

miento de las obligaciones internacionales derivadas de los instrumentos de derechos humanos,¹⁶ aunque otros advierten que dicha deferencia solo puede ser concedida en aquellas circunstancias en que no existe ningún tipo de consenso interestatal.¹⁷

Partiendo de esta idea, se puede decir que el instituto en cuestión consiste, fundamentalmente, en un margen de interpretación y aplicación de los derechos humanos, que los tribunales internacionales le confieren a los Estados,¹⁸ o, en otros términos, en el espacio de discrecionalidad con que cuentan estos últimos para fijar el contenido y alcance de los derechos establecidos en el instrumento internacional de que se trate, de acuerdo a las circunstancias jurídicas, sociales y culturales.¹⁹

De esta aproximación inicial, se deduce que la doctrina del margen de apreciación nacional se traduce en ese "espacio para maniobrar" que tendría un Estado nacional, y que sería relevante en dos momentos diferentes: por un lado, para definir el contorno de los derechos y libertades convencionales, y por otro, para evaluar las circunstancias que exigirían una restricción o suspensión de aquellos.²⁰ Asimismo, en lo que hace a este último aspecto, las autoridades de cada Estado, evaluando dichas circunstancias, determinarán no sólo si se justifica una limitación del derecho de que se trate, sino también en qué medida.²¹

En un abordaje más preciso, se destaca que esta doctrina trae como consecuencia que, ante una situación de hecho que admita distintas respuestas posibles por parte de las autoridades nacionales, sólo tendrá lugar la intervención del tribunal internacional cuando la decisión que aquellas tomen no pueda justificarse razonablemente.²²

De ese modo, podemos traer como ejemplo el juicio de proporcionalidad que realiza habitualmente la Corte Europea de Derechos Humanos, en donde la doctrina del margen de apreciación nacional se convierte en un elemento más de ese juicio, fungiendo, asimismo, como un límite a esa pesquisa de ponderación. En este esquema, se advierte que si el Tribunal de Estrasburgo, al momento de realizar el examen de razonabilidad, considera legítima la finalidad que la autoridad nacional persigue con la restricción, y considera, a su vez, que la medida adoptada es *prima facie* necesaria a esos efectos, se abstendrá de revisarla.²³

16 NUÑEZ POBLETE, Manuel (2012): "Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional. La experiencia latinoamericana confrontada y el thelos constitucional de una técnica de adjudicación del derecho internacional de los derechos humanos" en NUNEZ POBLETE, Manuel y ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea (coords.): El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos: proyecciones regionales y nacionales, México D. F., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 3 - 49; p. 5 y 6.

17 BARBOSA DELGADO, Francisco Roberto (2013): "El margen nacional de apreciación en el derecho internacional de los derechos humanos: entre el Estado de derecho y la sociedad democrática", en FERRER MAC GREGOR, Eduardo y HERRERA GARCIA, Alfonso (coords.): Dialogo jurisprudencial en derechos humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales, México D. F., México, Tirant lo Blanch, pp. 1089 - 1117; p. 1090.

18 BARBOSA DELGADO, Francisco Roberto (2013): "El margen nacional de apreciación en el derecho internacional de los derechos humanos: entre el Estado de derecho y la sociedad democrática", en FERRER MAC GREGOR, Eduardo y HERRERA GARCIA, Alfonso (coords.): Dialogo jurisprudencial en derechos humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales, México D. F., México, Tirant lo Blanch, pp. 1089 - 1117; p. 1091.

19 MIDON, Mario Antonio Roque (2016): Control de convencionalidad, Buenos Aires, Argentina, Astrea; p. 132 y 133.

20 FAUNDEZ LEDESMA, Héctor (2004): El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales (3ra. ed.). San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos; p. 64.

21 FAUNDEZ LEDESMA, Héctor (2004): El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales (3ra. ed.). San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos; p. 66.

22 FAUNDEZ LEDESMA, Héctor (2004): El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales (3ra. ed.). San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos; p. 65 y 66.

23 GARCIA ROCA, Javier (2007): La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración, Teoría y realidad constitucional n° 20, pp. 117 - 143 (<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/181640>) (fecha de consulta: 26 de noviembre de 2017); p. 121.

En todo caso, es relevante tener en cuenta que el margen de apreciación varía según diversos factores, tales como las circunstancias, las materias implicadas o el contexto, y, en tal sentido, una de las variables que influyen en esa graduación es la existencia o no de *estándares* comunes en la definición de los derechos en los ordenamientos de los países alcanzados por la convención internacional en cuestión.²⁴

Así, se ha señalado que, de existir un acuerdo acerca de los detalles de configuración de uno de esos derechos en los Estados signatarios, cada uno de estos últimos dispondría, entonces, de un margen más reducido a la hora de interpretarlo.²⁵

En línea con esta idea está aquella conceptualización que entiende que la doctrina del margen de apreciación nacional, al abordar el problema de la definición de cualquier derecho, distingue entre su “núcleo duro”, irreductible e innegociable, y su restante complejidad, la cual sí podría ser variable y admitir que cada nación pueda moldearla de acuerdo a sus nociones vernáculas de moral pública, orden público, interés social, etc.²⁶

A estos efectos, cabe llamar la atención sobre cierta conceptualización de la doctrina bajo estudio que, a propósito del análisis de la realidad europea, expone que el margen de acción para los Estados del viejo continente se abre en casos en que no exista un “mínimo común europeo”.²⁷

En este sentido, creemos que esta última descripción no es del todo exacta, ya que el espacio de maniobra de los Estados en el marco de un tratado regional de derechos humanos, no se reduce al único supuesto de la ausencia total de consenso, es decir, cuando no exista siquiera un mínimo común en la definición de un derecho. Por el contrario, siempre se deberá partir del “núcleo duro” del derecho en entredicho, al punto tal que, como se verá, aquel “mínimo minimorum” se convierte en un límite a la acción del margen de apreciación nacional.

Entonces, de lo anterior extraemos dos conclusiones que se interrelacionan mutuamente: en primer lugar, siempre contaremos con una definición de mínimos del derecho humano que esté en debate y, en segundo lugar, el margen de definición vernácula, así y todo, seguirá estando presente en todo aquello que exceda de ese núcleo esencial. En síntesis, aun cuando contemos con ese “mínimo común europeo” (o latinoamericano), el espacio de maniobra nacional podrá desplegarse para la construcción de lo restante del significado de los derechos.

3. Origen y fundamentos

A. La búsqueda de los fundamentos de la doctrina del margen de apreciación nacional

La doctrina del margen de apreciación nacional es una creación del derecho supranacional

24 SAGÜES, Néstor Pedro (2003): Las relaciones entre los tribunales internacionales y los tribunales nacionales en materia de derechos humanos. Experiencias en Latinoamérica, *Ius et Praxis* n° 1 (Año 9), pp. 205 - 221 (<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19790111>) (fecha de consulta: 10 de enero de 2018); p. 218.

25 SAGÜES, Néstor Pedro (2003): Las relaciones entre los tribunales internacionales y los tribunales nacionales en materia de derechos humanos. Experiencias en Latinoamérica, *Ius et Praxis* n° 1 (Año 9), pp. 205 - 221 (<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19790111>) (fecha de consulta: 10 de enero de 2018); p. 218.

26 SAGÜES, Néstor Pedro (2010): Obligaciones internacionales y control de convencionalidad, *Revista del Estudios Constitucionales (CECOCH)* n° 1 (Vol. 8), pp. 117 - 135 (<http://www.estudiosconstitucionales.cl/index.php/econstitucionales/article/view/206/194>) (Fecha de consulta: 25 de noviembre de 2017); p. 126.

27 BENAVIDES CASALS, María Angelica (2009): El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos, *Ius et Praxis* n° 1 (Año 15), pp. 295 - 310 (<http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v15n1/art09.pdf>) (fecha de consulta: 05 de enero de 2018); p. 301.

européo,²⁸ mas no está incluida en forma expresa en ninguna cláusula del Convenio Europeo de Derechos Humanos, ni tampoco apareció en los trabajos preparatorios de dicho instrumento,²⁹ sino que se trata, fundamentalmente, de una creación jurisprudencial.³⁰

Teniendo en cuenta este último dato, la doctrina especializada ha intentado encontrar los fundamentos últimos que permiten sustentar el instituto en cuestión, los cuales podrían ser agrupados, a los fines de ordenar el estudio, de acuerdo a la perspectiva tenida en cuenta.

Así, en un primer lugar, podríamos ubicar a aquellos que encuentran el origen del margen de apreciación nacional en el derecho internacional, siendo paradigmática, en este sentido, la postura de quienes afirman que debe buscarse en los principios fundamentales del derecho internacional y, más precisamente, del derecho internacional de los derechos humanos. De este modo, el sustento de la doctrina en estudio se encuentra en el principio de subsidiariedad, según el cual la jurisdicción internacional es complementaria y coadyuvante de la jurisdicción nacional,³¹ lo que implica que la mentada protección internacional actuará recién después que la interna, y en defecto de esta última.³²

También desde esta perspectiva se ha observado que bajo la doctrina de mientas, subyace la idea de soberanía nacional, aunque, en realidad, desde esta postura se sostiene que se trata de la concepción de la soberanía como absoluta. De todos modos, se cuestiona esta última concepción, por cuanto se entiende que la propia democracia constitucional se funda en la idea de la limitación de cualquier poder, siendo los derechos humanos los topes más importantes en tal sentido.³³

Luego, desde otra perspectiva, existen puntos de vista que ven el origen del margen de apreciación nacional en instituciones del derecho interno de los Estados, en tanto parten de la idea de que la construcción de los sistemas internacionales de protección de derechos humanos se ha basado en los principios del derecho constitucional.³⁴

En este último orden, la doctrina del margen de apreciación estaría emparentada con doctrinas de calado nacional, tal como la que prescribe la deferencia que deben tener los jueces encargados del control de constitucionalidad con el órgano legislativo, denomina-

28 MIDON, Mario Antonio Roque (2016): Control de convencionalidad, Buenos Aires, Argentina, Astrea; p. 132.

29 GARCÍA ROCA, Javier (2007): La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración, Teoría y realidad constitucional n° 20, pp. 117 – 143 (<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/181640>) (fecha de consulta: 26 de noviembre de 2017); p. 121.

30 SAGÜES, Néstor Pedro (2003): Las relaciones entre los tribunales internacionales y los tribunales nacionales en materia de derechos humanos. Experiencias en Latinoamérica, Ius et Praxis n° 1 (Año 9), pp. 205 – 221 (<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19790111>) (fecha de consulta: 10 de enero de 2018); p. 218.

31 NUÑEZ POBLETE, Manuel (2012): "Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional. La experiencia latinoamericana confrontada y el thelos constitucional de una técnica de adjudicación del derecho internacional de los derechos humanos" en NUÑEZ POBLETE, Manuel y ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea (coords.): El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos: proyecciones regionales y nacionales, México D. F., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 3 – 49; p. 41 y 42.

32 GARCÍA ROCA, Javier (2007): La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración, Teoría y realidad constitucional n° 20, pp. 117 – 143 (<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/181640>) (fecha de consulta: 26 de noviembre de 2017), p. 121.

33 GARCÍA ROCA, Javier (2007): La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración, Teoría y realidad constitucional n° 20, pp. 117 – 143 (<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/181640>) (fecha de consulta: 26 de noviembre de 2017), p. 118 y 119.

34 BARBOSA DELGADO, Francisco Roberto (2013): "El margen nacional de apreciación en el derecho internacional de los derechos humanos: entre el Estado de derecho y la sociedad democrática", en FERRER MAC GREGOR, Eduardo y HERRERA GARCIA, Alfonso (coords.): Dialogo jurisprudencial en derechos humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales, México D. F., México, Tirant lo Blanch, pp. 1089 – 1117; p. 1092.

da también autolimitación de los jueces o *selfrestraint*, mediante la cual se preservan los equilibrios institucionales que sustentan el sistema.³⁵

Asimismo, en estrecha vinculación con lo anterior, se ha advertido sobre la relación de la doctrina en estudio con las *politicalquestions* surgidas en la jurisprudencia norteamericana, mediante la cual los jueces evaden el análisis de ciertos asuntos, rotulándolos como “no justiciables”.³⁶

B. El origen de la doctrina del margen de apreciación nacional

Como ya se mencionó, la doctrina del margen de apreciación nacional nació en Europa, siendo su origen fundamentalmente jurisprudencial, a través de la actualmente extinta Comisión Europea de Derechos Humanos.³⁷

Este surgimiento se dio en el contexto de la interpretación del art. 15 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que autoriza a los Estados signatarios a suspender ciertos derechos en caso de un peligro público.³⁸ pues, para la valoración de las circunstancias que daban al lugar a este estado de excepción, el Tribunal de Estrasburgo recurrió, en su momento, a la doctrina en comento.³⁹

35 NUÑEZ POBLETE, Manuel (2012): “Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional. La experiencia latinoamericana confrontada y el thelos constitucional de una técnica de adjudicación del derecho internacional de los derechos humanos” en NUÑEZ POBLETE, Manuel y ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea (coords.): El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos: proyecciones regionales y nacionales, México D. F., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 3 – 49; p. 6.

36 GARCIA ROCA, Javier (2007): La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración, Teoría y realidad constitucional n° 20, pp. 117 – 143 (<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/181640>) (fecha de consulta: 26 de noviembre de 2017); p. 126 y 127.

37 SAGÜES, Néstor Pedro (2006): La interpretación judicial de la Constitución (2da. ed.), Buenos Aires, Argentina, Lexis Nexis; p. 222.

No se advierte acuerdo entre los comentaristas acerca de la ubicación temporal del surgimiento de la doctrina del margen de apreciación nacional. Así, en lo que hace a los pronunciamientos de la hoy desaparecida Comisión Europea de Derechos Humanos, algunos señalan que el primer caso en donde se hizo jugar dicha doctrina fue *Lawless vs. Irlanda de 1960* (NUÑEZ POBLETE, Manuel (2012): “Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional. La experiencia latinoamericana confrontada y el thelos constitucional de una técnica de adjudicación del derecho internacional de los derechos humanos” en NUÑEZ POBLETE, Manuel y ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea (coords.): El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos: proyecciones regionales y nacionales, México D. F., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 3 – 49; p. 9), mientras que otros destacan que fue en *Grecia vs. Reino Unido de 1958* (FAUNDEZ LEDESMA, Héctor (2004): El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales (3ra. ed.), San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos; p. 62).

En lo que hace a la jurisprudencia de la propia Corte Europea de Derechos Humanos, los casos pioneros que se citan son *Lawless vs. Irlanda de 1961* (NUÑEZ POBLETE, Manuel (2012): “Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional. La experiencia latinoamericana confrontada y el thelos constitucional de una técnica de adjudicación del derecho internacional de los derechos humanos” en NUÑEZ POBLETE, Manuel y ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea (coords.): El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos: proyecciones regionales y nacionales, México D. F., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 3 – 49; p. 9) y el Caso relativo a ciertos aspectos de la legislación lingüística de la enseñanza en Bélgica de 1968 (BARBOSA DELGADO, Francisco Roberto (2013): “El margen nacional de apreciación en el derecho internacional de los derechos humanos: entre el Estado de derecho y la sociedad democrática”, en FERRER MAC GREGOR, Eduardo y HERRERA GARCIA, Alfonso (coords.): Dialogo jurisprudencial en derechos humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales, México D. F., México, Tirant lo Blanch, pp. 1089 – 1117; p. 1095). Asimismo, se destaca que el primer caso en que se utiliza la expresión “margen de apreciación nacional” es *De Wilde, Ooms y Versyp vs. Bélgica de 1971* (MIDON, Mario Antonio Roque (2016): Control de convencionalidad, Buenos Aires, Argentina, Astrea; p. 133; y BARBOSA DELGADO, Francisco Roberto (2013): “El margen nacional de apreciación en el derecho internacional de los derechos humanos: entre el Estado de derecho y la sociedad democrática”, en FERRER MAC GREGOR, Eduardo y HERRERA GARCIA, Alfonso (coords.): Dialogo jurisprudencial en derechos humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales, México D. F., México, Tirant lo Blanch, pp. 1089 – 1117; p. 1095) y se menciona como otro de los casos relevantes en la materia a *Handyside vs. Reino Unido de 1976* (NUÑEZ POBLETE, Manuel (2012): “Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional. La experiencia latinoamericana confrontada y el thelos constitucional de una técnica de adjudicación del derecho internacional de los derechos humanos” en NUÑEZ POBLETE, Manuel y ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea (coords.): El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos: proyecciones regionales y nacionales, México D. F., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 3 – 49; p. 9).

38 BARBOSA DELGADO, Francisco Roberto (2013): “El margen nacional de apreciación en el derecho internacional de los derechos humanos: entre el Estado de derecho y la sociedad democrática”, en FERRER MAC GREGOR, Eduardo y HERRERA GARCIA, Alfonso (coords.): Dialogo jurisprudencial en derechos humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales, México D. F., México, Tirant lo Blanch, pp. 1089 – 1117; p. 1095. El art. 15 del Convenio Europeo faculta a los Estados signatarios, en caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la Nación, a tomar medidas que deroguen las obligaciones previstas en el mismo, en la estricta medida en que lo exija la situación, en tanto y en cuanto dichas medidas no estén en contradicción con las otras obligaciones que emanan del derecho internacional (BENAVIDES CASALS, María Angelica (2009): El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos, *Ius et Praxis* n° 1 (Año 15), pp. 295 – 310 (<http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v15n1/art09.pdf>) (fecha de consulta: 05 de enero de 2018), p. 302).

39 BENAVIDES CASALS, María Angelica (2009): El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos, *Ius et Praxis* n° 1 (Año 15), pp. 295 – 310 (<http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v15n1/art09.pdf>) (fecha de consulta: 05 de enero de 2018); p. 302.

La Corte Europea de Derechos Humanos ha realizado un gran desarrollo de la cuestión a través de sus fallos,⁴⁰ debiendo señalarse que aquel no se limitó a la indagación de la inteligencia del citado art. 15 del Convenio Europeo, sino que se extendió al análisis de las restricciones específicas que cada Nación europea pusiera a los derechos reconocidos en dicho Convenio.⁴¹

En este último sentido, se ha afirmado que la casuística de la Corte se ha construido en torno al análisis del estándar europeo relativo a aquellas condiciones que serían necesarias para aceptar las restricciones que cada Estado impusiera a los derechos reconocidos en el Convenio, en el marco de una sociedad democrática.⁴²

A este respecto, es necesario advertir, por un lado, que es el propio Convenio el que confirió a los Estados europeos una suerte de deferencia estructural, ya que dejó a la legislación de estos últimos la definición del contenido esencial de ciertos derechos, lo cual puede observarse en numerosas cláusulas que los reconocen "de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio".⁴³ Por otro lado, no le exige a los Estados partes la adopción de las mismas medidas, en tanto lo establecido como "ius commune" consiste en estándares mínimos.⁴⁴

Con todo, el estudio del desarrollo de la doctrina del margen de apreciación nacional por parte de la Corte de Estrasburgo, fue dividido de acuerdo a los ámbitos en los cuales aquella se desplegó con más intensidad. Así, uno de esos ámbitos a los que se dedicó la jurisprudencia europea, es el relativo a la evaluación de las circunstancias que hacían posible decretar el estado de excepción del ya citado art. 15 del Convenio, el cual permitía -según se vio- suspender derechos en estados de emergencia.⁴⁵

Otro de esos ámbitos es el referido a la revisión de aquellas medidas que afectan o restringen los derechos reconocidos en determinados artículos de la Convención.⁴⁶ Precisa-

40 NUÑEZ POBLETE, Manuel (2012): "Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional. La experiencia latinoamericana confrontada y el thelos constitucional de una técnica de adjudicación del derecho internacional de los derechos humanos" en NUÑEZ POBLETE, Manuel y ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea (coords.): El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos: proyecciones regionales y nacionales, México D. F., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 3 - 49; p. 7.

41 BARBOSA DELGADO, Francisco Roberto (2013): "El margen nacional de apreciación en el derecho internacional de los derechos humanos: entre el Estado de derecho y la sociedad democrática", en FERRER MAC GREGOR, Eduardo y HERRERA GARCIA, Alfonso (coords.): Dialogo jurisprudencial en derechos humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales, México D. F., México, Tirant lo Blanch, pp. 1089 - 1117; p. 1096.

42 NUÑEZ POBLETE, Manuel (2012): "Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional. La experiencia latinoamericana confrontada y el thelos constitucional de una técnica de adjudicación del derecho internacional de los derechos humanos" en NUÑEZ POBLETE, Manuel y ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea (coords.): El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos: proyecciones regionales y nacionales, México D. F., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 3 - 49; p. 8.

43 NUÑEZ POBLETE, Manuel (2012): "Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional. La experiencia latinoamericana confrontada y el thelos constitucional de una técnica de adjudicación del derecho internacional de los derechos humanos" en NUÑEZ POBLETE, Manuel y ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea (coords.): El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos: proyecciones regionales y nacionales, México D. F., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 3 - 49; p. 8.

44 GARCIA ROCA, Javier (2007): La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración, Teoría y realidad constitucional n° 20, pp. 117 - 143 (<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/181640>) (fecha de consulta: 26 de noviembre de 2017); p. 125.

45 NUÑEZ POBLETE, Manuel (2012): "Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional. La experiencia latinoamericana confrontada y el thelos constitucional de una técnica de adjudicación del derecho internacional de los derechos humanos" en NUÑEZ POBLETE, Manuel y ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea (coords.): El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos: proyecciones regionales y nacionales, México D. F., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 3 - 49; p. 7 y 8; y BENAVIDES CASALS, María Angelica (2009): El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos, Ius et Praxis n° 1 (Año 15), pp. 295 - 310 (<http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v15n1/art09.pdf>) (fecha de consulta: 05 de enero de 2018); p. 302.

46 NUÑEZ POBLETE, Manuel (2012): "Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional. La experiencia latinoamericana confrontada y el thelos constitucional de una técnica de adjudicación del derecho internacional de los derechos humanos" en NUÑEZ POBLETE, Manuel y ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea (coords.): El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos: proyecciones regionales y nacionales, México D. F., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 3 - 49; p. 7.

mente, se trata de las cláusulas de este último que autorizan a los Estados a dictar leyes que limiten los derechos, con fundamento en la protección de la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico, la salud, la moral y los derechos y libertades de los demás, y en la prevención de los delitos, todo ello en la medida en que fuere necesario en una sociedad democrática.⁴⁷

Otro ámbito fue conformado en torno a los fallos del Tribunal de Estrasburgo dedicados al análisis de la configuración del contenido de un determinado derecho por alguna Nación signataria, en base a las ya mencionadas autorizaciones del Convenio en tal sentido.⁴⁸ Asimismo, se ha separado como otro ámbito de estudio, los fallos atinentes a la cláusula de no discriminación del Convenio.⁴⁹

En definitiva, el Convenio Europeo no impone una uniformidad absoluta, sino que supone un acuerdo de mínimos, lo cual responde a la diversidad europea, y, en esa misma línea, la doctrina del margen de apreciación nacional ha sido central en las decisiones adoptadas por la jurisprudencia de Estrasburgo.⁵⁰

4. Naturaleza

Desentrañar la naturaleza jurídica de este instituto no es tarea fácil, ya que, en principio, no es sencillo, en general, determinar la naturaleza de cualquier instituto, y, además, las particularidades del margen de apreciación lo vuelven esquivo a intentos de esta clase. En este último sentido, cabe destacar la intersección de problemas del derecho internacional, del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho público nacional, como una de las tantas aristas que nutren la complejidad de la cuestión que se abordará en seguida.

De todos modos, la doctrina especializada a tratado este asunto, por lo que contamos con un acervo teórico que nos permitirá avanzar hasta poder delinear una idea tentativa acerca del encuadre de la doctrina.

En un principio, es relevante presentar el hecho de que ciertos autores distinguen dos facetas o sendas dentro de la misma doctrina del margen de apreciación nacional, ya que, según creemos, un enfoque adecuado a los fines de este apartado exige que las auténticas manifestaciones de aquella doctrina puedan ser discriminadas de aquellas que no hacen estrictamente a su objeto, o que se presentan vinculadas a ella solo tangencialmente.

Así, Barbosa Delgado insiste en que el margen de apreciación puede dividirse en dos partes, una de carácter interno y otra de carácter externo, siendo la primera aquella que permitiría el diálogo entre el derecho interno y el derecho internacional. No obstante,

47 BENAVIDES CASALS, María Angelica (2009): El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos, *Ius et Praxis* n° 1 (Año 15), pp. 295 - 310 (<http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v15n1/art09.pdf>) (fecha de consulta: 05 de enero de 2018); p. 303.

48 BENAVIDES CASALS, María Angelica (2009): El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos, *Ius et Praxis* n° 1 (Año 15), pp. 295 - 310 (<http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v15n1/art09.pdf>) (fecha de consulta: 05 de enero de 2018); p. 304.

49 NUÑEZ POBLETE, Manuel (2012): "Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional. La experiencia latinoamericana confrontada y el thelos constitucional de una técnica de adjudicación del derecho internacional de los derechos humanos" en NUÑEZ POBLETE, Manuel y ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea (coords.): *El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos: proyecciones regionales y nacionales*, México D. F., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 3 - 49; p. 7.

50 GARCIA ROCA, Javier (2007): La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración, *Teoría y realidad constitucional* n° 20, pp. 117 - 143 (<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/181640>) (fecha de consulta: 26 de noviembre de 2017); p. 134.

esta parte interna enfoca la cuestión, justamente, desde el punto de vista del Estado, en cuanto haya ratificado instrumentos internacionales de derechos humanos, ya que se para mientes en el rol de aquel como encargado de la interpretación y aplicación de esos derechos humanos, incorporados por dichos instrumentos al derecho interno.⁵¹

La parte externa de la doctrina, por su parte, referiría ya a la actuación de los tribunales de revisión instituidos por el Convenio regional de que se trate, ante los cuales se vería enfrentado el proceder del Estado, ya que aquellos se encargan del control de las medidas adoptadas en el plano interno de las naciones signatarias.⁵²

También Núñez Poblete alude a una distinción de dos facetas de la doctrina del margen, una sustantiva y otra estructural, de las cuales la primera aludiría al antiguo problema de la compatibilización de las libertades individuales con el interés colectivo, y la segunda pondría la atención en la intensidad del control de los tribunales internacionales sobre las medidas que adopten los Estados a través de sus diferentes órganos.⁵³

Sin embargo, el análisis de estas propuestas de subdivisiones temáticas dentro de nuestro instituto, revela -como se dijo *supra*- que solo una de las facetas mencionadas por cada uno de los autores citados se corresponde con una cabal expresión de la doctrina en estudio, mientras que las restantes, aun pudiendo estar vinculadas de alguna manera con ella, constituyen aspectos propios de otras realidades jurídicas.

De tal suerte, podría comenzarse advirtiendo que la faceta "sustantiva" de la doctrina del margen de apreciación, tal como fue bosquejada por el autor que la mencionó,⁵⁴ no constituye, en realidad, una manifestación concreta de tal doctrina, ya que el problema de la armonización entre derechos individuales e interés público campea en todas las ramas del derecho público, sea este interno o internacional.

Otro tanto podría decirse del compartimiento "interno" de la doctrina, que fuera propuesto por Barbosa Delgado,⁵⁵ ya que, al enfocar la cuestión desde la interpretación y aplicación que el Estado haga de los derechos humanos reconocidos en Convenciones que se hacen parte del derecho interno, tampoco podría verse como una manifestación específica de la doctrina del margen de apreciación, sino que, antes bien, tendría un vínculo más estrecho -quizás- con la doctrina del control de convencionalidad.

De tal manera, consideramos que las desagregaciones que con más precisión se compa-

51 BARBOSA DELGADO, Francisco Roberto (2013): "El margen nacional de apreciación en el derecho internacional de los derechos humanos: entre el Estado de derecho y la sociedad democrática", en FERRER MAC GREGOR, Eduardo y HERRERA GARCIA, Alfonso (coords.): *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, México D. F., México, Tirant lo Blanch, pp. 1089 - 1117; p. 1091.

52 BARBOSA DELGADO, Francisco Roberto (2013): "El margen nacional de apreciación en el derecho internacional de los derechos humanos: entre el Estado de derecho y la sociedad democrática", en FERRER MAC GREGOR, Eduardo y HERRERA GARCIA, Alfonso (coords.): *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, México D. F., México, Tirant lo Blanch, pp. 1089 - 1117; p. 1091.

53 NUÑEZ POBLETE, Manuel (2012): "Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional. La experiencia latinoamericana confrontada y el thelos constitucional de una técnica de adjudicación del derecho internacional de los derechos humanos" en NUÑEZ POBLETE, Manuel y ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea (coords.): *El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos: proyecciones regionales y nacionales*, México D. F., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 3 - 49; p. 5.

54 NUÑEZ POBLETE, Manuel (2012): "Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional. La experiencia latinoamericana confrontada y el thelos constitucional de una técnica de adjudicación del derecho internacional de los derechos humanos" en NUÑEZ POBLETE, Manuel y ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea (coords.): *El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos: proyecciones regionales y nacionales*, México D. F., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 3 - 49; p. 5.

55 BARBOSA DELGADO, Francisco Roberto (2013): "El margen nacional de apreciación en el derecho internacional de los derechos humanos: entre el Estado de derecho y la sociedad democrática", en FERRER MAC GREGOR, Eduardo y HERRERA GARCIA, Alfonso (coords.): *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, México D. F., México, Tirant lo Blanch, pp. 1089 - 1117; p. 1091.

decen con manifestaciones de la doctrina ahora en estudio son las que se denominaron “externa” y “estructural”, por cuanto ambas aluden a la actuación de los tribunales internacionales en su cometido de revisión de lo decidido por las autoridades nacionales, que es, justamente, el ámbito en que entra a jugar la consideración de reconocer o no, a estas últimas, un margen de apreciación.

Circunscripto así el supuesto que va a ser materia de análisis, resta ahora examinar las opiniones vertidas acerca de su naturaleza jurídica.

Así, en primer lugar, vemos que Núñez Poblete resalta que esta forma de deferencia judicial combina criterios hermenéuticos y principios procesales de decisión,⁵⁶ mas, en cuanto a esto último, García Roca advierte que la doctrina no podría verse, desde el punto de vista procesal, como un “derecho” a favor del Estado eventualmente demandado, ya que no está concebida como un privilegio en su favor, consistente en que se le aplique aquella. En este sentido, no se trataría de una especie de defensa o excepción dilatoria.⁵⁷

Precisamente en cuanto a esto último, García Roca, a diferencia de Núñez Poblete, no cree que se trate de una herramienta procesal, en el sentido de considerarlo un “principio ordenador del proceso”, ya que, desde su punto de vista, el alcance de la doctrina en cuestión no es formal sino material. En ese orden, el autor citado la identifica con un argumento propio de “una interpretación constitucional de unos derechos contenidos en un tratado internacional”.⁵⁸

Por su parte, Barbosa Delgado también identifica a esta doctrina con un criterio hermenéutico de uso de los tribunales regionales de derechos humanos, para interpretar y aplicar los Convenios Europeo y Americano.⁵⁹ Asimismo, otros adherentes a la tesis propuesta son Benavides Casals, quien se pronuncia por la tesis del criterio hermenéutico para la interpretación y aplicación de los derechos humanos,⁶⁰ y Sagüés, partidario de considerar a la doctrina del margen de apreciación como una técnica de interpretación.⁶¹

Por otro lado, García Roca postula que dicha doctrina, a su vez, lleva en si una regla de decisión, ya que, en virtud de ella, el Tribunal de Estrasburgo resuelve no enjuiciar el asunto y ratificar lo decidido por las autoridades del Estado en cuestión.⁶² Asimismo, para graficar esta última afirmación, señala que se trata de una “no decisión”, es decir, de una decisión

56 NUÑEZ POBLETE, Manuel (2012): “Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional. La experiencia latinoamericana confrontada y el thelos constitucional de una técnica de adjudicación del derecho internacional de los derechos humanos” en NUÑEZ POBLETE, Manuel y ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea (coords.): El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos: proyecciones regionales y nacionales, México D. F., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 3 – 49; p. 6.

57 GARCÍA ROCA, Javier (2007): La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración, Teoría y realidad constitucional n° 20, pp. 117 – 143 (<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/181640>) (fecha de consulta: 26 de noviembre de 2017); p. 130.

58 GARCÍA ROCA, Javier (2010): El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración. Cizur Menor (Navarra), España, Thomson Reuters; p. 219.

59 BARBOSA DELGADO, Francisco Roberto (2013): “El margen nacional de apreciación en el derecho internacional de los derechos humanos: entre el Estado de derecho y la sociedad democrática”, en FERRER MAC GREGOR, Eduardo y HERRERA GARCIA, Alfonso (coords.): Dialogo jurisprudencial en derechos humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales, México D. F., México, Tirant lo Blanch, pp. 1089 – 1117; p. 1089 y 1090.

60 BENAVIDES CASALS, María Angelica (2009): El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos, Ius et Praxis n° 1 (Año 15), pp. 295 – 310 (<http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v15n1/art09.pdf>) (fecha de consulta: 05 de enero de 2018); p. 298.

61 SAGÜES, Néstor Pedro (2006): La interpretación judicial de la Constitución (2da. ed.), Buenos Aires, Argentina, Lexis Nexis; p. 223.

62 GARCÍA ROCA, Javier (2007): La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración, Teoría y realidad constitucional n° 20, pp. 117 – 143 (<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/181640>) (fecha de consulta: 26 de noviembre de 2017); p. 124.

por reenvío a lo resuelto en la instancia nacional, por considerarlo razonable.⁶³

Por nuestra parte, creemos que más que una pauta de interpretación es una regla de derecho, ya que los criterios interpretativos sirven para hallar el contenido y alcance de un derecho, y lo que aquí está en juego es la definición de la autoridad cuya decisión va a ser considerada final en la materia. Siempre se va a necesitar de métodos de interpretación a la hora de definir la extensión de una norma que reconozca un derecho, sea en sede nacional o internacional, mas, aun cuando una definición de este tipo sea el punto de partida de una resolución de un tribunal internacional que estuviese evaluando aplicar o no la doctrina del margen a un caso, no debe perderse de vista que este último dilema apunta a convalidar o no una decisión de una autoridad nacional.

Así, y como definición provisoria, podría decirse que se trata de una regla de derecho que deslinda las competencias materiales de las jurisdicciones domesticas e internacional, algo así como una "regla de división de jurisdicciones".⁶⁴ No obstante, en contra de esta primera impresión, cabe destacar que el tribunal internacional que resuelve convalidar la discreción del Estado, no está declinando su competencia, sino que, simplemente, "da por buena" la decisión de la autoridad nacional.⁶⁵

Por ello es que parece interesante, en principio, tener en cuenta lo que se señaló, en su oportunidad, acerca del fundamento de esta doctrina, ya que, entre otras cosas, se la emparentó con una de las doctrinas propias del derecho constitucional, cual es la de las cuestiones políticas no justiciables. En efecto, a la hora de escudriñar en la naturaleza de la doctrina del margen de apreciación nacional, resulta muy atinada la reflexión de Núñez Poblete, quien indica que dicha doctrina se relaciona con los fines y límites de la jurisdicción internacional en materia de derechos humanos.⁶⁶

De este modo, al igual que lo que sucede en el ámbito doméstico con las "politicalquestions", en el ámbito de la jurisdicción internacional, la doctrina del margen de apreciación nacional alude, al parecer, a una regla de autolimitación que deberían tener en cuenta, a la hora de resolver un caso, los tribunales internacionales de derechos humanos.

5. Contenido

Se puede intentar exponer el contenido de la doctrina destacando los aspectos que, en principio, no integran la revisión de los tribunales regionales, tales como la apreciación que hagan las autoridades nacionales acerca de la prueba de los hechos, así como las interpretaciones de la legalidad ordinaria o la particular configuración que cada legislación

63 GARCIA ROCA, Javier (2007): La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración, Teoría y realidad constitucional n° 20, pp. 117 - 143 (<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/181640>) (fecha de consulta: 26 de noviembre de 2017); p. 131.

64 GARCIA ROCA, Javier (2007): La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración, Teoría y realidad constitucional n° 20, pp. 117 - 143 (<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/181640>) (fecha de consulta: 26 de noviembre de 2017); p. 124.

65 GARCIA ROCA, Javier (2007): La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración, Teoría y realidad constitucional n° 20, pp. 117 - 143 (<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/181640>) (fecha de consulta: 26 de noviembre de 2017); p. 131.

66 NUÑEZ POBLETE, Manuel (2012): "Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional. La experiencia latinoamericana confrontada y el thelos constitucional de una técnica de adjudicación del derecho internacional de los derechos humanos" en NUÑEZ POBLETE, Manuel y ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea (coords.): El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos: proyecciones regionales y nacionales, México D. F., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 3 - 49; p. 5.

le dé a un determinado derecho en su propio ordenamiento jurídico.⁶⁷

No obstante, se ha advertido que el Tribunal de Estrasburgo, en su jurisprudencia, ha decidido que aquella apreciación de los hechos del caso debe ser aceptable, y que la interpretación y aplicación del derecho interno también puede caer bajo su escrutinio, si dicha normativa doméstica establece restricciones a los derechos humanos que, por virtud del Convenio Europeo, deban ser fijadas por "ley".⁶⁸

Esto es así, ya que la supervisión de la Corte Europea no solo comprende la legislación nacional, sino también las decisiones de los tribunales que aplican esa legislación, y, en este orden, dicha Corte regional no se limita a examinar si el Estado en cuestión ha ejercido su discreción de modo razonable, sino que analizará la restricción en sí, en el contexto del caso, para determinar si ella es proporcionada y persigue un fin legítimo.⁶⁹

Dentro de estos parámetros, se ensayó una teoría explicativa de aquel desarrollo jurisprudencial del margen de apreciación, en base a un esquema de tres círculos concéntricos. En el primero, el margen sería muy amplio, y el control europeo sería, por consiguiente, poco intenso, y ello debido a que este círculo está integrado por derechos con escaso contenido esencial y mucho espacio para la reglamentación, como el derecho de propiedad.⁷⁰

Siguiendo en este esquema, en el segundo círculo el margen sería muy estrecho y la revisión europea sería muy amplia, ya que estamos ante derechos como los democráticos o como el derecho a la vida. Por último, el tercer círculo está integrado por el resto de los derechos, y es, por eso mismo, el espacio más problemático y donde la doctrina debería concentrarse en formular más precisiones.⁷¹

Con todo, de acuerdo a la doctrina del margen de apreciación nacional, los Estados tendrían libertad para: apreciar las circunstancias de hecho que darían lugar a la aplicación de medidas excepcionales durante estados de emergencia; limitar el ejercicio de los derechos reconocidos en los convenios internacionales con el fin de preservar los intereses de la comunidad y establecer el contenido de tales derechos; a lo que se suman las potestades para definir el sentido del derecho nacional y para definir el modo en que se debe cumplir una resolución de un órgano de supervisión de un tratado internacional de derechos humanos.⁷²

67 GARCIA ROCA, Javier (2007): La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración, *Teoría y realidad constitucional* n° 20, pp. 117 - 143 (<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/181640>) (fecha de consulta: 26 de noviembre de 2017); p. 125.

68 FAUNDEZ LEDESMA, Héctor (2004): El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales (3ra. ed.). San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos; p. 69.

69 FAUNDEZ LEDESMA, Héctor (2004): El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales (3ra. ed.). San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos; p. 68 y 69.

70 GARCIA ROCA, Javier (2007): La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración, *Teoría y realidad constitucional* n° 20, pp. 117 - 143 (<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/181640>) (fecha de consulta: 26 de noviembre de 2017); p. 127.

71 GARCIA ROCA, Javier (2007): La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración, *Teoría y realidad constitucional* n° 20, pp. 117 - 143 (<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/181640>) (fecha de consulta: 26 de noviembre de 2017); p. 127.

72 NUÑEZ POBLETE, Manuel (2012): "Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional. La experiencia latinoamericana confrontada y el thelos constitucional de una técnica de adjudicación del derecho internacional de los derechos humanos" en NUÑEZ POBLETE, Manuel y ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea (coords.): El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos: proyecciones regionales y nacionales, México D. E., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 3 - 49; p. 6.

En definitiva, el margen resultará mucho más amplio en aquellos espacios en los que el Tribunal regional no haya fijado criterio, ya que, en una situación semejante, las cortes locales no tendrán ninguna barrera para decidir, del modo que crean más adecuado, si la normativa local se aparta o no del tratado internacional que resulte aplicable.⁷³

6. Límites a la aplicación de la doctrina del margen de apreciación nacional

A. El margen de apreciación no es ilimitado

La doctrina especializada se ha preocupado de sistematizar los límites a la aplicación de la doctrina del margen de apreciación nacional, ya que este último, evidentemente, nunca podría considerarse absoluto.⁷⁴ En este sentido, es preciso anticipar que algunos autores han advertido que la existencia de un Estado de derecho y de una sociedad democrática constituirían elementos que operarían no ya como límite, sino directamente como condiciones de existencia del margen de apreciación.⁷⁵

Como se anticipó, la generalidad de los autores acuerda en que el margen de apreciación de los Estados no es ilimitado,⁷⁶ ya que una aplicación irrestricta de esta doctrina podría llevar a que un mismo derecho tenga una diferente modalidad o extensión, dependiendo del lugar de que se trate, lo que conduciría, en última instancia, a interpretaciones desigualitarias del mismo y a una afectación de la universalidad de su noción.⁷⁷ De este modo, incluso aquellos aspectos de la decisión nacional que se consideran "prima facie" amparados por la doctrina del margen de apreciación, podrían ser revisados si se constata un exceso, por cuanto aquella de ningún modo autoriza que existan categorías de actos que, en sí mismos y en todos sus elementos y consecuencias posteriores, sean completamente irrevisables.⁷⁸ Es que el espacio de maniobra que la doctrina bajo estudio reconoce a los Estados, no debe entenderse como un permiso para que las autoridades de estos últimos interpreten libremente las disposiciones de las Convenciones de Derechos Humanos, ni para que lo hagan de modo tal que estas tengan efectos diferentes en cada uno de ellos.⁷⁹ En definitiva, el referido espacio de maniobra con que cuentan las autoridades nacionales, no puede ser usado como pretexto para negar a las personas el ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención, destacándose, además, que el hecho de que aquellas no hagan uso de la mencionada facultad de regular o restringir dichos derechos, no significa que estos queden en suspenso.⁸⁰

B. Clasificación de los límites a la doctrina

73 MIDON, Mario Antonio Roque (2016): Control de convencionalidad, Buenos Aires, Argentina, Astrea; p. 134 y 135.

74 GARCÍA ROCA, Javier (2007): La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración, Teoría y realidad constitucional n° 20, pp. 117 - 143 (<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/181640>) (fecha de consulta: 26 de noviembre de 2017); p. 127.

75 BARBOSA DELGADO, Francisco Roberto (2013): "El margen nacional de apreciación en el derecho internacional de los derechos humanos: entre el Estado de derecho y la sociedad democrática", en FERRER MAC GREGOR, Eduardo y HERRERA GARCÍA, Alfonso (coords.): Dialogo jurisprudencial en derechos humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales, México D. F., México, Tirant lo Blanch, pp. 1089 - 1117; p. 1090.

76 FAUNDEZ LEDESMA, Héctor (2004): El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales (3ra. ed.). San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos; p. 68.

77 SAGÜES, Néstor Pedro (2003): Las relaciones entre los tribunales internacionales y los tribunales nacionales en materia de derechos humanos. Experiencias en Latinoamérica, Ius et Praxis n° 1 (Año 9), pp. 205 - 221 (<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19790111>) (fecha de consulta: 10 de enero de 2018); p. 219.

78 GARCÍA ROCA, Javier (2007): La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración, Teoría y realidad constitucional n° 20, pp. 117 - 143 (<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/181640>) (fecha de consulta: 26 de noviembre de 2017); p. 127.

79 FAUNDEZ LEDESMA, Héctor (2004): El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales (3ra. ed.). San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos; p. 64.

80 FAUNDEZ LEDESMA, Héctor (2004): El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales (3ra. ed.). San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos; p. 64.

Dentro de este contexto, Barbosa Delgado diseñó un esquema en donde sistematiza los límites a la doctrina del margen de discreción nacional, en donde comienza por diferenciar los límites que denomina “intrínsecos” de aquellos que llama “extrínsecos”.⁸¹

B.1. Los límites intrínsecos

Los límites intrínsecos son los que surgen de las obligaciones generales y de los deberes de adaptación que contraen los Estados cuando suscriben (y ratifican) un tratado de derechos humanos. Asimismo, estos límites son objeto de una subclasificación que separa, por un lado, las obligaciones generales y deberes de adaptación del derecho interno, y, por otro, los deberes específicos que surgen de la descripción de los derechos que se encuentran reconocidos en cada *corpus* regional.⁸²

Así, los primeros -obligaciones generales y deberes de adaptación, también generales- se enmarcan en el deber que asumen los Estados de respetar y garantizar los tratados de derechos humanos que suscriben y ratifican. Al respecto, se ha destacado que el Convenio Europeo de Derechos Humanos no ha establecido expresamente estas obligaciones⁸³, mientras que en la Convención Americana de Derechos Humanos aparecen detalladas en sus arts. 1° (obligación de respeto y de garantía) y 2° (deber de adaptar el derecho interno).⁸⁴

Por su parte, los límites vinculados a los deberes específicos derivan del hecho de que las autoridades estatales no solo deben velar por el cumplimiento de las obligaciones generales de respeto, garantía y adaptación mencionadas anteriormente, sino que también deben respetar cada uno de los derechos contemplados en el tratado en cuestión, lo cual implica que deben interpretarlos y aplicarlos de acuerdo a la descripción que de ellos se haya hecho en la Convención respectiva.⁸⁵

B.2. Los límites extrínsecos

Barbosa Delgado, al aludir a los límites extrínsecos, refiere al control material que los Tribunales regionales de derechos humanos efectúan sobre las decisiones de las autori-

81 BARBOSA DELGADO, Francisco Roberto (2011): Los límites a la doctrina del margen nacional de apreciación en el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: intervención judicial en torno a ciertos derechos de las minorías étnicas y culturales, *Revista Derecho del Estado* n° 26, pp. 107 – 135 (<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/283249>) (fecha de consulta: 28 de diciembre de 2017); p. 109.

82 BARBOSA DELGADO, Francisco Roberto (2011): Los límites a la doctrina del margen nacional de apreciación en el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: intervención judicial en torno a ciertos derechos de las minorías étnicas y culturales, *Revista Derecho del Estado* n° 26, pp. 107 – 135 (<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/283249>) (fecha de consulta: 28 de diciembre de 2017); p. 113 y 115.

83 No obstante, se ha entendido que las mencionadas obligaciones surgen implícitas del art. 1° del Convenio Europeo (BARBOSA DELGADO, Francisco Roberto (2011): Los límites a la doctrina del margen nacional de apreciación en el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: intervención judicial en torno a ciertos derechos de las minorías étnicas y culturales, *Revista Derecho del Estado* n° 26, pp. 107 – 135 (<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/283249>) (fecha de consulta: 28 de diciembre de 2017); p. 113), el cual, bajo el título de “Obligación de respetar los derechos humanos”, establece: “Las altas partes contratantes reconocen a toda persona bajo su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Título I del presente Convenio.”

84 BARBOSA DELGADO, Francisco Roberto (2011): Los límites a la doctrina del margen nacional de apreciación en el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: intervención judicial en torno a ciertos derechos de las minorías étnicas y culturales, *Revista Derecho del Estado* n° 26, pp. 107 – 135 (<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/283249>) (fecha de consulta: 28 de diciembre de 2017); p. 113.

El art. 1° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se intitula “Obligación de respetar los derechos”, y preceptúa lo siguiente:

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.
2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

Por su parte, el art. 2° lleva como título “Deber de adoptar disposiciones de derecho interno”, y establece que:

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes 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.

85 BARBOSA DELGADO, Francisco Roberto (2011): Los límites a la doctrina del margen nacional de apreciación en el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: intervención judicial en torno a ciertos derechos de las minorías étnicas y culturales, *Revista Derecho del Estado* n° 26, pp. 107 – 135 (<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/283249>) (fecha de consulta: 28 de diciembre de 2017); p. 115.

dades nacionales, basándose en el principio de proporcionalidad.⁸⁶

En ese orden, establece las condiciones de existencia formales y materiales del control que deriva del citado principio, siendo las primeras la necesidad de que sea una ley la que establezca la injerencia y la existencia de una sociedad democrática, mientras que las segundas son un objetivo idóneo, la necesidad de la medida y la proporcionalidad en sentido estricto.⁸⁷

En lo que hace a la exigencia de ley, como condición formal, se destaca que se trata de una limitación de doble sentido, ya que la noción debe atender, a estos fines, a su aspecto formal y a su aspecto material. En esta tesitura, el autor señala que en lo relativo al aspecto formal, debe emanar del órgano investido del Poder Legislativo (Congreso o Parlamento) y debe haber sido sancionada de conformidad al procedimiento establecido en la Constitución, y en lo que hace al aspecto material, debe haber sido realizada para satisfacer la voluntad general y, además, debe respetar los derechos fundamentales consagrados en la Constitución y en los tratados internacionales.⁸⁸

Por su parte, respecto del condicionante consistente en la existencia de una sociedad democrática, cabe destacar que, también aquí, la idea de democracia debe responder tanto a su concepción formalista como a la material. Así, desde el plano formal, se pone el acento en el respeto de los procedimientos establecidos para la elección de las autoridades, mientras que en el plano material se observa, además del aspecto procedimental, la concretización práctica de la democracia en la sociedad de que se trate.⁸⁹

Asimismo, se pone de relieve que la expresión "sociedad democrática" debe entenderse, a su vez, como aquella que está constituida por tres elementos esenciales, a saber: el pluralismo, la tolerancia y el espíritu abierto.⁹⁰

Desde otro costado, las condiciones de existencia material del principio de proporcionalidad, según se pudo ver, fincan en la existencia de un objetivo idóneo, en la necesidad de la medida y en la proporcionalidad en sentido estricto.

Con el primero de ellos se persigue limitar el margen de maniobra del Estado, exigiendo que la restricción del derecho fundamental que se cuestione debe perseguir uno o varios de los objetivos previstos en el instrumento internacional de protección que resulte aplicable. De este modo, se proscriben las abstracciones a las que recurren las autoridades

86 BARBOSA DELGADO, Francisco Roberto (2011): Los límites a la doctrina del margen nacional de apreciación en el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: intervención judicial en torno a ciertos derechos de las minorías étnicas y culturales, *Revista Derecho del Estado* n° 26, pp. 107 – 135 (<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/283249>) (fecha de consulta: 28 de diciembre de 2017); p. 109.

87 BARBOSA DELGADO, Francisco Roberto (2011): Los límites a la doctrina del margen nacional de apreciación en el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: intervención judicial en torno a ciertos derechos de las minorías étnicas y culturales, *Revista Derecho del Estado* n° 26, pp. 107 – 135 (<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/283249>) (fecha de consulta: 28 de diciembre de 2017); p. 118/125.

88 BARBOSA DELGADO, Francisco Roberto (2011): Los límites a la doctrina del margen nacional de apreciación en el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: intervención judicial en torno a ciertos derechos de las minorías étnicas y culturales, *Revista Derecho del Estado* n° 26, pp. 107 – 135 (<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/283249>) (fecha de consulta: 28 de diciembre de 2017); p. 119.

No se nos escapa que la noción de ley en sentido material, para el derecho público, requiere que se trate de una norma general, abstracta y que preceptúe para lo futuro. No obstante, hemos respetado el sentido de las expresiones vertidas por el autor en el artículo que se cita.

89 BARBOSA DELGADO, Francisco Roberto (2011): Los límites a la doctrina del margen nacional de apreciación en el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: intervención judicial en torno a ciertos derechos de las minorías étnicas y culturales, *Revista Derecho del Estado* n° 26, pp. 107 – 135 (<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/283249>) (fecha de consulta: 28 de diciembre de 2017); p. 120 y 121.

90 BARBOSA DELGADO, Francisco Roberto (2011): Los límites a la doctrina del margen nacional de apreciación en el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: intervención judicial en torno a ciertos derechos de las minorías étnicas y culturales, *Revista Derecho del Estado* n° 26, pp. 107 – 135 (<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/283249>) (fecha de consulta: 28 de diciembre de 2017); p. 122.

nacionales como fin de las normas que limitan los derechos.⁹¹

Asimismo, en virtud de la exigencia de la necesidad de la medida, se autorizará una restricción a los derechos convencionales, únicamente si se demuestra que el Estado no cuenta con ningún medio alternativo de menor impacto para llenar el objetivo perseguido.⁹²

Por último, el requisito de la proporcionalidad en sentido estricto persigue determinar si la medida cuestionada es proporcional al objetivo enunciado.⁹³

C. Epílogo de los límites: la lógica de la proporcionalidad o razonabilidad

El análisis de los diversos estudios acerca de los límites que se han propuesto al uso del margen de maniobra de las autoridades nacionales, nos lleva al convencimiento de que todos ellos convergen y encajan perfectamente en la lógica del respeto al principio de proporcionalidad.⁹⁴

Así, se ha podido observar que García Roca ha señalado a la mencionada lógica de la proporcionalidad como una barrera a los excesos que puedan cometerse en el uso de la prerrogativa del margen de discreción,⁹⁵ y, en el mismo sentido, Faúndez Ledesma advierte que el órgano de supervisión del tratado de que se trate, siempre examinará la medida de restricción adoptada por la autoridad estatal, a fin de determinar “si ella es proporcionada y persigue un fin legítimo, y si las razones aducidas por las autoridades nacionales son relevantes y suficientes”.⁹⁶

Asimismo, y en términos similares, el autor citado en último término pone de resalto que la doctrina del margen de apreciación solo podría ser ejercida dentro de límites “razonables” y que en ningún caso aquella puede confundirse con la arbitrariedad.⁹⁷

Es que, aun cuando esta doctrina propicie el respeto de las particularidades de cada sociedad frente a la normatividad general de los tratados regionales de derechos humanos, dirigiendo el esfuerzo hacia la armonización de ambos, no deja de señalarse que las “cegueras axiológicas colectivas” son inaceptables, teniendo en cuenta el “desarrollo actual de la conciencia ética global”.⁹⁸

91 BARBOSA DELGADO, Francisco Roberto (2011): Los límites a la doctrina del margen nacional de apreciación en el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: intervención judicial en torno a ciertos derechos de las minorías étnicas y culturales, *Revista Derecho del Estado* n° 26, pp. 107 – 135 (<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/283249>) (fecha de consulta: 28 de diciembre de 2017); p. 123 y 124.

92 BARBOSA DELGADO, Francisco Roberto (2011): Los límites a la doctrina del margen nacional de apreciación en el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: intervención judicial en torno a ciertos derechos de las minorías étnicas y culturales, *Revista Derecho del Estado* n° 26, pp. 107 – 135 (<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/283249>) (fecha de consulta: 28 de diciembre de 2017); p. 124 y 125.

93 BARBOSA DELGADO, Francisco Roberto (2011): Los límites a la doctrina del margen nacional de apreciación en el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: intervención judicial en torno a ciertos derechos de las minorías étnicas y culturales, *Revista Derecho del Estado* n° 26, pp. 107 – 135 (<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/283249>) (fecha de consulta: 28 de diciembre de 2017); p. 125.

94 GARCÍA ROCA, Javier (2007): La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración, *Teoría y realidad constitucional* n° 20, pp. 117 – 143 (<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/181640>) (fecha de consulta: 26 de noviembre de 2017); p. 122.

95 GARCÍA ROCA, Javier (2007): La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración, *Teoría y realidad constitucional* n° 20, pp. 117 – 143 (<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/181640>) (fecha de consulta: 26 de noviembre de 2017); p. 127.

96 BFAUNDEZ LEDESMA, Héctor (2004): El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales (3ra. ed.). San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos; p. 69.

97 FAUNDEZ LEDESMA, Héctor (2004): El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales (3ra. ed.). San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos; p. 65.

98 SAGÜES, Néstor Pedro (2006): La interpretación judicial de la Constitución (2da. ed.), Buenos Aires, Argentina, Lexis Nexis; p. 224.

En este sentido, se menciona como ejemplo el caso de ciertos países de tradición musulmana, en donde se relega a la mujer a una posición jurídica de inferioridad, lo cual no podría justificarse aduciendo el espacio reservado que protege el margen de apreciación (SAGÜES, Néstor Pedro (2006): La

La misma lógica de la proporcionalidad -o razonabilidad- lleva, en definitiva, a concluir que los aludidos límites de este instituto se encuentran en relación directa con las circunstancias por las que atraviese el Estado que haya de valerse de aquel, ya que si se está frente a circunstancias excepcionales como un estado de emergencia o la guerra, aquellos límites se debilitan y se admite, por consiguiente, que los derechos puedan restringirse en mayor medida.⁹⁹

En línea con esto último, no debe perderse de vista que esta doctrina, como toda herramienta de contención judicial que no se encuentra codificada, tiene unos límites móviles que varían de lugar en lugar y de tiempo en tiempo.¹⁰⁰

Así y todo, cierta doctrina, en referencia al sistema interamericano, sostiene que la doctrina del margen de apreciación nunca podría usarse de modo tal que derogue el principio "pro homine", en los términos en que es reconocido en el art. 29 de la Convención Americana.¹⁰¹

En definitiva, habiendo -al decir de Sagüés- un margen de apreciación aceptable y uno inaceptable,¹⁰² será la Corte Interamericana de Derechos Humanos quien tendrá la última palabra en cuanto a su aceptación o rechazo,¹⁰³ debiendo señalarse, por otro lado, que la doctrina de mentas no puede servir de excusa para que los órganos del sistema interamericano intenten eludir un análisis profundo del caso que se le someta, ya que así lo impone el art. 33 de la Convención Americana.¹⁰⁴

7. Observaciones críticas

Como señala García Roca, ha surgido un intenso debate en oportunidad de analizar críticamente la doctrina del margen de apreciación nacional, dando como resultado tres posturas: una de ellas, muy negativa, la ve como una doctrina elusiva que permite que las Cortes regionales abdiquen la responsabilidad de juzgar casos complejos y sensibles,

interpretación judicial de la Constitución (2da. ed.), Buenos Aires, Argentina, Lexis Nexis; p. 224).

99 BARBOSA DELGADO, Francisco Roberto (2013): "El margen nacional de apreciación en el derecho internacional de los derechos humanos: entre el Estado de derecho y la sociedad democrática", en FERRER MAC GREGOR, Eduardo y HERRERA GARCIA, Alfonso (coords.): *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, México D. F., México, Tirant lo Blanch, pp. 1089 – 1117; p. 1092 y 1093.

100 NÚÑEZ POBLETE, Manuel (2012): "Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional. La experiencia latinoamericana confrontada y el thelos constitucional de una técnica de adjudicación del derecho internacional de los derechos humanos" en NÚÑEZ POBLETE, Manuel y ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea (coords.): *El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos: proyecciones regionales y nacionales*, México D. F., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 3 – 49; p. 42.

101 FAUNDEZ LEDESMA, Héctor (2004): *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales* (3ra. ed.). San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos; p. 64.

El citado artículo, que lleva por título "Normas de interpretación", establece lo siguiente:

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- a) permitir a algunos de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;
- b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;
- c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno; y
- d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

102 SAGÜÉS, Néstor Pedro (2006): *La interpretación judicial de la Constitución* (2da. ed.), Buenos Aires, Argentina, Lexis Nexis; p. 224.

103 MIDON, Mario Antonio Roque (2016): *Control de convencionalidad*, Buenos Aires, Argentina, Astrea; p. 136.

104 FAUNDEZ LEDESMA, Héctor (2004): *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales* (3ra. ed.). San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos; p. 65.

El art. 33 de la Convención señala que: Son competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes en esta Convención: a) la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, llamada en adelante la Comisión; y b) la Corte Interamericana de Derechos Humanos, llamada en adelante la Corte.

o, en otras palabras, se trataría de un pretexto para rehusar el juicio.¹⁰⁵

En el otro extremo, encontramos aquella postura que ve en la mencionada doctrina una muestra de una acertada prudencia judicial, en cuanto se respeta el pluralismo y la diversidad cultural de las naciones europeas, poniendo un coto al avance del universalismo.¹⁰⁶

Por fin, la tercera postura es representada por una visión matizada de las dos anteriores, que se mantiene equidistante de ambas.¹⁰⁷

En lo que sigue, se expondrán las expresiones de los autores que suscriben tales posturas, ubicando a quienes sostienen la primera de ellas en el apartado denominado "Posturas favorables", mientras que se reserva el acápite "Posturas críticas" para los análisis encuadrados en la segunda de dichas posturas y en la postura intermedia.

A. Posturas favorables

Es preciso destacar que, a la hora de realizar una evaluación de la doctrina en estudio, incluso los autores más críticos de ella han reconocido que es necesario conceder cierto margen de apreciación a los Estados, de tal suerte que, hoy en día, puede decirse que la mayoría considera que la doctrina del margen de apreciación cumple un papel esencial y que su existencia es inevitable.¹⁰⁸

En opinión de García Roca, la necesidad de la doctrina se funda, por un lado, en el propio carácter subsidiario de los sistemas de protección internacional de derechos humanos, pero, fundamentalmente, en la diversidad que existe "ad intra" de cada una de las regiones abarcadas en el ámbito de aplicación de los tratados de derechos humanos.¹⁰⁹

105 GARCÍA ROCA, Javier (2007): La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración, Teoría y realidad constitucional n° 20, pp. 117 – 143 (<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/181640>) (fecha de consulta: 26 de noviembre de 2017); p. 129.

106 GARCÍA ROCA, Javier (2007): La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración, Teoría y realidad constitucional n° 20, pp. 117 – 143 (<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/181640>) (fecha de consulta: 26 de noviembre de 2017); p. 129 y 130.

107 GARCÍA ROCA, Javier (2007): La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración, Teoría y realidad constitucional n° 20, pp. 117 – 143 (<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/181640>) (fecha de consulta: 26 de noviembre de 2017); p. 130.

108 GARCÍA ROCA, Javier (2007): La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración, Teoría y realidad constitucional n° 20, pp. 117 – 143 (<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/181640>) (fecha de consulta: 26 de noviembre de 2017); p. 125 y 130.

109 GARCÍA ROCA, Javier (2007): La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración, Teoría y realidad constitucional n° 20, pp. 117 – 143 (<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/181640>) (fecha de consulta: 26 de noviembre de 2017); p. 130.

Es cierto que lo que el autor destaca, a estos fines, es la marcada diversidad que campea en la Europa abarcada por el sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos (GARCÍA ROCA, Javier (2007): La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración, Teoría y realidad constitucional n° 20, pp. 117 – 143 (<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/181640>) (fecha de consulta: 26 de noviembre de 2017); p. 130), la cual se hace evidente si se tienen en cuenta las enormes diferencias culturales que se observan en ese variopinto arco que va desde las tradiciones de los países protestantes, pasando por las naciones latinas y católicas, hasta llegar a los Estados de poblaciones mayoritariamente musulmanas. No obstante, creemos que esa diversidad es un rasgo que también le cabe, aun cuando lo sea en menor medida, a los países americanos suscribientes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Al respecto, la tradición común católica e hispánica de la gran mayoría de ellos no es óbice al descubrimiento de diferencias culturales, aunque, en la actualidad, se vislumbran divergencias importantes que discurren por el carril de la orientación política de las naciones del sistema interamericano. En este sentido, el surgimiento de la nueva senda político institucional denominada "nuevo constitucionalismo latinoamericano" ha marcado -según creemos- una importante diferencia entre los países que la transitan (Venezuela, Ecuador y Bolivia, principalmente) y los que no.

Incluso, no es necesario adentrarse en los senderos de la citada tendencia para encontrar diferencias de enfoque político en la región, ya que, por ejemplo, el disímil tratamiento de la cuestión indígena marca una importante divortia entre aquellas naciones que le brindan reconocimiento constitucional (v. gr. Argentina) y aquellas que han decidido no hacerlo (v. gr. Uruguay).

En definitiva, la praxis de los fenómenos asociativos, en general, demuestra que ellos también agrupan a los diferentes, y el hecho mismo de lidiar con la heterogeneidad representa un desafío de fortalecer, en medio de la diversidad, la universalidad del bloque de derechos humanos comunes (MIDON, Mario Antonio Roque (2016): Control de convencionalidad, Buenos Aires, Argentina, Astrea; p. 135 y 136).

En este sentido, se ha puesto de relieve que el discurso de la universalidad a ultranza descarta el hecho de que puedan existir versiones locales de lo universal, lo cual no parecería razonable,¹¹⁰ y, por eso mismo, la legitimación de la doctrina del margen de apreciación sería una consecuencia de la propia democracia y del pluralismo que es inherente a ella.¹¹¹

En cuanto a esto último, se ha visto como conveniente atender, no solo a las realidades económicas, sociales y culturales de cada país, sino también a las apreciaciones que de ellas hagan los tribunales nacionales que, a estos efectos, serían los más autorizados para semejante evaluación.¹¹² Asimismo, se entiende que las autoridades nacionales que disponen las medidas están en mejor posición para el abordaje de ciertos conflictos de intereses, a lo que debe sumarse que son ellas las que responden democráticamente ante sus electorados.¹¹³

En este tren de ideas, Benavides Casals plantea que no debe pasarse por alto que los propios órganos estatales de tutela de los derechos fundamentales son los primeros llamados a protegerlos, quienes, en ese cometido, dotan de contenido a los enunciados de las normas de los tratados internacionales.¹¹⁴

También razones técnicas avalarían el margen de apreciación, ya que los propios instrumentos internacionales de tutela, al autorizar la restricción de los derechos contenidos en ellos por razones de orden público, salud pública, moral pública, o para la protección de la seguridad nacional, incorporan elementos subjetivos que no pueden ser interpretados de manera rígida e inflexible.¹¹⁵

Siguiendo la línea del argumento de la diversidad, cabe detenerse en la idea del consenso, que abarca a la noción de universalidad, como carácter que se reconoce a los instrumentos internacionales de derechos humanos.¹¹⁶

De tal modo, en defensa de la doctrina del margen, se advierte que tal consenso se limita a un acuerdo muy general acerca de la existencia de unos derechos esenciales que emanan de la dignidad intrínseca del ser humano y de la necesidad de su reconocimiento y protección. En efecto, a pesar de los avances que en la materia se registraron en la segunda mitad del siglo XX, es fundamental tener en cuenta la diversidad existente en el

110 NÚÑEZ POBLETE, Manuel (2012): "Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional. La experiencia latinoamericana confrontada y el thelos constitucional de una técnica de adjudicación del derecho internacional de los derechos humanos" en NÚÑEZ POBLETE, Manuel y ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea (coords.): El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos: proyecciones regionales y nacionales, México D. F., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 3 – 49; p. 40.

111 SAGÜES, Néstor Pedro (2003): Las relaciones entre los tribunales internacionales y los tribunales nacionales en materia de derechos humanos. Experiencias en Latinoamérica, *Ius et Praxis* n° 1 (Año 9), pp. 205 – 221 (<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19790111>) (fecha de consulta: 10 de enero de 2018); p. 218.

112 SAGÜES, Néstor Pedro (2003): Las relaciones entre los tribunales internacionales y los tribunales nacionales en materia de derechos humanos. Experiencias en Latinoamérica, *Ius et Praxis* n° 1 (Año 9), pp. 205 – 221 (<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19790111>) (fecha de consulta: 10 de enero de 2018); p. 218.

113 GARCIA ROCA, Javier (2007): La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración, *Teoría y realidad constitucional* n° 20, pp. 117 – 143 (<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/181640>) (fecha de consulta: 26 de noviembre de 2017); p. 142.

114 BENAVIDES CASALS, María Angelica (2009): El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos, *Ius et Praxis* n° 1 (Año 15), pp. 295 – 310 (<http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v15n1/art09.pdf>) (fecha de consulta: 05 de enero de 2018); p. 297.

115 FAUNDEZ LEDESMA, Héctor (2004): El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales (3ra. ed.). San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos; p. 65.

116 BENAVIDES CASALS, María Angelica (2009): El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos, *Ius et Praxis* n° 1 (Año 15), pp. 295 – 310 (<http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v15n1/art09.pdf>) (fecha de consulta: 05 de enero de 2018); p. 296 y 297.

mundo, que no es solo cultural, sino también jurídica.¹¹⁷

En este marco, el consenso referido lejos está de representar acabados acuerdos acerca del contenido y alcance de cada uno de los derechos reconocidos en los instrumentos internacionales, de lo que da cuenta la generalidad con que son concebidas las normas de estos últimos. Esto demuestra, justamente, que una “exacta sincronía” entre el derecho interno y el derecho internacional de los derechos humanos no es conveniente ni tampoco posible en la actualidad, ni mucho menos exigible.¹¹⁸

Así, mientras no haya consenso, no sólo sería razonable sino también necesario que los Estados recurran al margen de apreciación nacional, en oportunidad de tener que aplicar los convenios internacionales de derechos humanos.¹¹⁹

Vale tener en cuenta, incluso, que el propio Convenio Europeo de Derechos Humanos se abstiene de formular conceptos con pretensiones de universalidad cuando se advirtió la ausencia de consenso acerca de sus contenidos.¹²⁰

Sin perjuicio de esto, otra visión del consenso también respaldaría la existencia y aplicación de la doctrina en mentas. Desde este punto de vista, se observa que centrarse exclusivamente en el consenso, aparejaría la contradicción de entregar a la mayoría la potestad de determinar el contenido de los derechos.¹²¹

Desde esta óptica, la contradicción surge tan pronto se constata que el respeto y la protección de las minorías pertenecen a la esencia misma de los sistemas de protección de los derechos humanos. Y el paso siguiente en esta línea de razonamiento es determinar la noción de minoría, la cual, a estos fines, no se identifica con un grupo determinado identificable al interior de una sociedad nacional, sino que se estaría haciendo referencia a esa misma sociedad nacional que, en el concierto de la región, entiende y aplica los derechos humanos de acuerdo a su particular identidad cultural y jurídica.¹²²

Este último argumento se vincula, de nuevo, con la idea de democracia y diversidad, en el sentido de que, estando implicada la segunda en la primera, no podría esperarse que exista uniformidad en todos los Estados en lo que hace al reconocimiento del contenido de ciertos derechos. Por el contrario, la diversidad de concepciones en tal sentido es el resultado de la organización democrática de una sociedad, y esa sociedad democrática debe asumir que existirán diversas formas de concebir el contenido de esos derechos.¹²³

117 BENAVIDES CASALS, María Angelica (2009): El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos, *Ius et Praxis* n° 1 (Año 15), pp. 295 – 310 (<http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v15n1/art09.pdf>) (fecha de consulta: 05 de enero de 2018); p. 297.

118 BENAVIDES CASALS, María Angelica (2009): El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos, *Ius et Praxis* n° 1 (Año 15), pp. 295 – 310 (<http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v15n1/art09.pdf>) (fecha de consulta: 05 de enero de 2018); p. 298.

119 BENAVIDES CASALS, María Angelica (2009): El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos, *Ius et Praxis* n° 1 (Año 15), pp. 295 – 310 (<http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v15n1/art09.pdf>) (fecha de consulta: 05 de enero de 2018); p. 309.

120 NUÑEZ POBLETE, Manuel (2012): “Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional. La experiencia latinoamericana confrontada y el *thelos* constitucional de una técnica de adjudicación del derecho internacional de los derechos humanos” en NUÑEZ POBLETE, Manuel y ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea (coords.): *El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos: proyecciones regionales y nacionales*, México D. F., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 3 – 49; p. 8.

121 BENAVIDES CASALS, María Angelica (2009): El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos, *Ius et Praxis* n° 1 (Año 15), pp. 295 – 310 (<http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v15n1/art09.pdf>) (fecha de consulta: 05 de enero de 2018), p. 299.

122 BENAVIDES CASALS, María Angelica (2009): El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos, *Ius et Praxis* n° 1 (Año 15), pp. 295 – 310 (<http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v15n1/art09.pdf>) (fecha de consulta: 05 de enero de 2018), p. 299.

123 BENAVIDES CASALS, María Angelica (2009): El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos, *Ius et Praxis* n° 1 (Año 15), pp. 295 – 310 (<http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v15n1/art09.pdf>) (fecha de consulta: 05 de enero de 2018), p. 309.

En fin, se advierte que la doctrina del margen de apreciación nacional tiene reservado un lugar destacado en el derecho internacional de los derechos humanos, al permitir armonizar la protección de los derechos humanos con la responsabilidad de las autoridades estatales de velar por los derechos e intereses de la sociedad toda.¹²⁴

B. Posturas críticas

Las posturas más recelosas del instituto en estudio no solo aglutinan a aquellos autores que objetan la misma necesidad de su existencia, sino que también podemos incluir en ellas a quienes ven con mirada crítica la configuración que la doctrina del margen ha ido adquiriendo hasta la actualidad.

Entre los primeros, cabe mencionar a aquellos que ven a la doctrina como contraria a la esencia del fenómeno integrativo¹²⁵, ya que, si lo que se persigue con este último es la consolidación de un derecho común regional de los derechos humanos, luce contradictorio con semejante objeto abrir portales para las interpretaciones locales.¹²⁶

Por otro lado, se previene que la recepción de la doctrina del margen pondría en riesgo la primacía que, se supone, debería tener el derecho internacional de los derechos humanos por sobre todo el derecho interno.¹²⁷

Del mismo modo, se advierte la probable falta de acierto de echar mano, como herramienta de control para situaciones ordinarias, a un instituto surgido en hipótesis de emergencia.¹²⁸

No obstante, aun quienes reconocen que se justifica la existencia de la doctrina bajo estudio, igualmente ponen en el foco de la crítica su débil construcción jurisprudencial y las inseguridades que esta ocasiona, ya que -desde esta óptica- tanto esta construcción teórica, como su aplicación práctica, serían altamente discrecionales e imprecisos. En este orden, se señala que quizás sea el propio origen de la doctrina, enmarcado en la emergencia, el que le ha legado su fisonomía tosca y elemental.¹²⁹

Precisamente, una de las críticas se basa en el hecho de que no constituye una "doctrina legal" propiamente dicha, es decir, un conjunto ordenado de reglas que pueda deducirse de la jurisprudencia, sino que, antes bien, el uso impreciso que se hace de ella la configura como una construcción poco conveniente. Esto redundaría en la mencionada falta de seguridad jurídica, ya que no se puede saber, a ciencia cierta, cuándo va a ser usada la

124 FAUNDEZ LEDESMA, Héctor (2004): El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales (3ra. ed.). San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos; p. 67.

125 Sobre la terminología empleada, y a fin de no ser reiterativos, véase la prevención efectuada en la nota n° 1.

126 MIDON, Mario Antonio Roque (2016): Control de convencionalidad, Buenos Aires, Argentina, Astrea; p. 135.

127 MIDON, Mario Antonio Roque (2016): Control de convencionalidad, Buenos Aires, Argentina, Astrea; p. 135.

128 GARCIA ROCA, Javier (2007): La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración, Teoría y realidad constitucional n° 20, pp. 117 - 143 (<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/181640>) (fecha de consulta: 26 de noviembre de 2017); p. 122.

Recuérdese que, según se expuso supra, la doctrina del margen de apreciación nacional surgió en el marco del art. 15 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que autoriza a los Estados signatarios a suspender ciertos derechos en caso de un peligro público.

129 GARCIA ROCA, Javier (2007): La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración, Teoría y realidad constitucional n° 20, pp. 117 - 143 (<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/181640>) (fecha de consulta: 26 de noviembre de 2017); p. 122.

Cabe advertir que García Roca ensaya su crítica en torno a la actividad del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que es quien ha desarrollado en mayor medida la doctrina del margen de apreciación.

doctrina del margen por el Tribunal regional, ni con qué suerte.¹³⁰

El resultado de esta incertidumbre es que, por un lado, los Estados sometidos a la jurisdicción del Tribunal de Estrasburgo no saben a qué atenerse respecto del grado de discrecionalidad con que cuentan, y, por otro, las personas protegidas tampoco pueden prever la intensidad con que aquel Tribunal desplegará su revisión.¹³¹

Como conclusión, García Roca señala que la jurisprudencia del Tribunal Europeo “produce una clara sensación de inseguridad jurídica y pone de manifiesto un exceso de discrecionalidad en la decisión”, sirviendo la doctrina del margen de apreciación para casi todo, tanto para decidir en un sentido como para hacerlo en el sentido opuesto.¹³²

Asimismo, el autor citado opone sus reparos a la tesis que afirma que el margen de apreciación podría servir como línea divisoria entre las cuestiones que pueden resolverse en sede doméstica y aquellas que necesitan una solución homogénea en sede internacional, a modo de regla de división de jurisdicciones. En este sentido, este intento terminaría por decantar en una diferenciación más de grado que de especie, ya que sería demasiado difícil establecer cuál es la parte fundamental de un derecho y cuál su parte accidental.¹³³

Esto mismo, en última instancia, entrañaría el riesgo de consagrar una excepción política, por cuanto, hasta que el Tribunal europeo no resuelva de forma previa, general y abstracta cuál aspecto debe ser considerado fundamental en cada uno de los derechos, el juicio seguirá siendo muy impreciso. Cabe destacar, al respecto, que Estrasburgo no ha resuelto esa cuestión hasta el momento y que no le será fácil hacerlo.¹³⁴

En relación con esto, se pone de resalto la incertidumbre que se esconde en cierto tipo de decisiones del Tribunal Europeo, fenómeno al que se ha denominado “la paradoja de la sede del enjuiciamiento”. En efecto, en ocasiones se ha decidido que eran las autoridades nacionales las que se encontraban en mejor situación para justipreciar los intereses en conflicto, ya que, siendo los Estados los que están en contacto directo y permanente con la realidad local, la mejor sede para un juicio concreto acerca de aquellos sería la nacional. Sin embargo, resolver acerca de la mejor ubicación para enjuiciar un conflicto no es tan sencillo, ya que, si bien un juicio sabio requiere de la inmediatez que permite conocer cabalmente la realidad que se analiza, no es menos cierto que la distancia permite la serenidad exigida para un juicio imparcial, todo lo cual lleva a que la opción que se pretende sea adoptada no sea clara y prístina.¹³⁵

130 GARCÍA ROCA, Javier (2007): La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración, *Teoría y realidad constitucional* n° 20, pp. 117 – 143 (<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/181640>) (fecha de consulta: 26 de noviembre de 2017); p. 134, 135 y 142.

131 GARCÍA ROCA, Javier (2007): La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración, *Teoría y realidad constitucional* n° 20, pp. 117 – 143 (<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/181640>) (fecha de consulta: 26 de noviembre de 2017); p. 142.

132 GARCÍA ROCA, Javier (2007): La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración, *Teoría y realidad constitucional* n° 20, pp. 117 – 143 (<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/181640>) (fecha de consulta: 26 de noviembre de 2017); p. 141.

133 GARCÍA ROCA, Javier (2007): La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración, *Teoría y realidad constitucional* n° 20, pp. 117 – 143 (<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/181640>) (fecha de consulta: 26 de noviembre de 2017); p. 124.

134 GARCÍA ROCA, Javier (2007): La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración, *Teoría y realidad constitucional* n° 20, pp. 117 – 143 (<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/181640>) (fecha de consulta: 26 de noviembre de 2017); p. 124.

135 GARCÍA ROCA, Javier (2007): La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración, *Teoría y realidad constitucional* n° 20, pp. 117 – 143 (<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/181640>) (fecha de consulta: 26 de noviembre de 2017); p. 124.

Así es que, en resumidas cuentas, aun cuando reconozcan que la doctrina del margen de apreciación nacional es necesaria y que puede prestar auxilio en ciertos casos, los autores críticos de su fisonomía actual proponen que aquella debería estar expresamente establecida en el Convenio regional respectivo, y que en él deberían estar explicitados los supuestos en que el Tribunal regional deba abstenerse de revisar lo decidido en sede nacional, y aquellos en los que no.¹³⁶

Incluso, a las anteriores exigencias formales sugeridas, se suma la propuesta de un determinado contenido material para la doctrina. En virtud de ella, de ninguna manera el margen podría ser universal, en el sentido de ser factible de aplicación a todos los derechos del Convenio, así como tampoco se considera adecuado que se lo regule con amplitud.¹³⁷

Por el contrario, la propuesta es que el margen de apreciación sea mínimo y que su aplicación esté reservada solo a algunos derechos susceptibles de intensa disciplina reglamentaria, destacándose que debería estar fundado en auténticas hipótesis de diversidad en lo social y cultural, en tanto no podría fundarse su uso en el caso de simples dificultades fácticas de alcanzar una solución regional.¹³⁸

III. La doctrina del margen de apreciación nacional en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos

1. La recepción de la doctrina en el ámbito de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comparación con el desarrollo que tuvo en el contexto del Convenio Europeo

En el ámbito del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, cabe destacar que la Convención Americana no contempla expresamente la posibilidad de que un Estado haga uso del margen de apreciación nacional y, aun así, es de toda evidencia que la doctrina ha sido de aplicación.¹³⁹

Esta situación se explica por el hecho de que, aun cuando las nociones empleadas por la Convención sean autónomas e independientes del significado que pudieran atribuirle las autoridades nacionales, la dosis de subjetividad que contienen muchos de esos contenidos le conferiría a los Estados, implícitamente, un cierto margen de apreciación, con lo cual, en definitiva, la doctrina sería inherente a las propias expresiones utilizadas en el Pacto de San José.¹⁴⁰

noviembre de 2017); p. 128 y 129.

136 GARCIA ROCA, Javier (2007): La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración, *Teoría y realidad constitucional* n° 20, pp. 117 - 143 (<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/181640>) (fecha de consulta: 26 de noviembre de 2017); p. 143.

137 GARCIA ROCA, Javier (2007): La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración, *Teoría y realidad constitucional* n° 20, pp. 117 - 143 (<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/181640>) (fecha de consulta: 26 de noviembre de 2017); p. 143.

138 GARCIA ROCA, Javier (2007): La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración, *Teoría y realidad constitucional* n° 20, pp. 117 - 143 (<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/181640>) (fecha de consulta: 26 de noviembre de 2017); p. 143.

139 FAUNDEZ LEDESMA, Héctor (2004): El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales (3ra. ed.). San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos; p. 63.

140 FAUNDEZ LEDESMA, Héctor (2004): El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales (3ra. ed.). San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos; p. 63.
Como ejemplo, el art. 2 de la Convención Americana refiere a "las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades", que deben ser adoptadas por los Estados partes (FAUNDEZ LEDESMA, Héctor (2004): El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales (3ra. ed.). San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos; p. 63).

De este modo, se han sistematizado las oportunidades en que la Corte Interamericana ha echado mano, en alguna medida, a la doctrina del margen, reconociéndose seis áreas en las que pueden agruparse las decisiones en tal sentido, encontrándose, en primer lugar, el desarrollo o disciplina legal de los derechos de la Convención.¹⁴¹

En segundo lugar, se ha legitimado el margen de apreciación en la configuración de instituciones nacionales que de algún modo inciden en el ejercicio de los derechos convencionales. En tercer lugar, y muy importante, la citada deferencia de la Corte regional ha sido empleada para dejar a las autoridades locales la valoración de las circunstancias que justificarían la restricción de aquellos derechos.¹⁴²

Luego, en cuarto lugar, el margen de apreciación también ha sido empleado para convalidar la reglamentación de derechos no expresamente reconocidos en la Convención, mientras que, en el quinto, lo ha sido para determinar el alcance de la jurisdicción de la Corte Interamericana en los casos contenciosos.¹⁴³

Por último, la sexta área en donde se señala que se aplicó la doctrina fue, justamente, en el cumplimiento de las sentencias de la propia Corte Interamericana.¹⁴⁴

Con todo, las realidades en América y en Europa, en lo relativo al tema que nos ocupa, no han sido muy similares, notándose, como diferencia fundamental, la intensidad en la

141 NUÑEZ POBLETE, Manuel (2012): "Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional. La experiencia latinoamericana confrontada y el thelos constitucional de una técnica de adjudicación del derecho internacional de los derechos humanos" en NUÑEZ POBLETE, Manuel y ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea (coords.): El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos: proyecciones regionales y nacionales, México D. F., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 3 – 49; p. 22.

142 NUÑEZ POBLETE, Manuel (2012): "Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional. La experiencia latinoamericana confrontada y el thelos constitucional de una técnica de adjudicación del derecho internacional de los derechos humanos" en NUÑEZ POBLETE, Manuel y ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea (coords.): El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos: proyecciones regionales y nacionales, México D. F., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 3 – 49; p. 22 y 23.

143 NUÑEZ POBLETE, Manuel (2012): "Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional. La experiencia latinoamericana confrontada y el thelos constitucional de una técnica de adjudicación del derecho internacional de los derechos humanos" en NUÑEZ POBLETE, Manuel y ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea (coords.): El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos: proyecciones regionales y nacionales, México D. F., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 3 – 49; p. 23.

144 NUÑEZ POBLETE, Manuel (2012): "Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional. La experiencia latinoamericana confrontada y el thelos constitucional de una técnica de adjudicación del derecho internacional de los derechos humanos" en NUÑEZ POBLETE, Manuel y ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea (coords.): El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos: proyecciones regionales y nacionales, México D. F., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 3 – 49; p. 23.

En lo relativo a las denominadas quinta y sexta áreas en donde se habría aplicado la doctrina del margen de apreciación nacional, vale la pena destacar que en el reciente fallo Corte Suprema de Justicia de la Nación: Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso "Fontevicchia y D'Amico vs. Argentina" por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Fallos 340:47) (14 de febrero de 2017) (<https://sjconsulta.csnj.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinks/SP.html?idDocumento=7357162&cache=1619221610950>) (Fecha de consulta: 21 de agosto de 2017), más conocido como "Fontevicchia", la Corte Suprema de la Nación recurrió, entre otros argumentos, a la mencionada doctrina, para justificar su decisión de no cumplir con un punto del resolutivo de la sentencia dictada por la Corte Interamericana en Corte Interamericana de Derechos Humanos: Fontevicchia y D'Amico vs. Argentina. Fondo, reparaciones y costas (29 de noviembre de 2011) (https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_238_esp.pdf) (Fecha de consulta: 07 de enero de 2018), en cuanto imponía al Estado argentino "dejar sin efecto la condena civil impuesta a los señores Jorge Fontevicchia y Héctor D'Amico así como todas sus consecuencias".

Por nuestra parte, no creemos que la doctrina del margen sea una buena razón para rehusar el acatamiento de sentencias dictadas en sede internacional, aunque es preciso aclarar este último punto de vista, ya que no estamos afirmando que no pueda advertirse acerca de una eventual extralimitación de la competencia de un tribunal internacional en oportunidad de dictar un fallo, sino que los argumentos para resistir el acatamiento de un tal decisorio no están emparentados con la doctrina que estamos comentando aquí.

En efecto, el límite de las atribuciones de los tribunales de los sistemas regionales de protección de derechos humanos está íntimamente ligado con el concepto de "reparación", en tanto aquellos organismos internacionales tienen restringida su competencia a declarar la responsabilidad internacional del Estado infractor y, en su caso, a imponerle la obligación de reparar a la víctima.

En vista de esto, un argumento más preciso para objetar un exceso de un tribunal internacional al imponer una condena, estaría dado por la doctrina de la "cuarta instancia", surgida del sistema interamericano.

No obstante, no podemos dejar de señalar que hay autores que aseguran que un modo de resguardar el mentado margen de apreciación nacional sería, precisamente, ...avaluar la incolumidad que debe darse a las sentencias finales de nuestro más alto tribunal de justicia, resguardándose la calidad de cosa juzgada que ellas detentan a partir de su firmeza (JIMENEZ, Eduardo Pablo (2017): "Acercas de las "normativas interconectadas" y la actuación del denominado "margen de apreciación nacional" en GOZAINI, Osvaldo Alfredo (dir.): Problemas de interpretación en el control constitucional y de convencionalidad. Derechos y garantías, Buenos Aires, Argentina, Ediar, pp. 91 – 122; p. 119).

aplicación de la doctrina. En tal sentido, se advierte que los órganos de supervisión del sistema interamericano -Comisión y Corte- han sido más renuentes a dicha aplicación que los del sistema europeo.¹⁴⁵

Los motivos de esta disparidad se han explicado, en parte, tomando en cuenta la profusión de la jurisprudencia en una y otra región, llegándose a la conclusión de que una de las razones por las que se encuentran menos casos de aplicación del margen de apreciación en el sistema interamericano es, precisamente, la menor cantidad de casos que han llegado a sus estrados. Asimismo, otra de las razones que se han encontrado para entender la diferencia apuntada estaría en una tendencia de la Corte Interamericana al universalismo, ya que, así como su par europea ha intentado dar cuerpo a un "orden público europeo", aquella trabaja por el fortalecimiento de un "ius constitutionale commune" latinoamericano.¹⁴⁶

No obstante, se ha advertido que las diferencias de intensidad en la aplicación de la doctrina del margen de apreciación, deberían ser medida solo con respecto a los denominados "casos difíciles"¹⁴⁷, ya que, si se procediera a discriminar estos últimos de los "casos fáciles", y se pusiera la atención sólo en los primeros, se podría observar que su número es notablemente inferior en el sistema interamericano. En otros términos, en el sistema de la Convención Americana los casos en los que es claramente inaplicable el margen de apreciación serían muchos más que aquellos en los que esa doctrina podría llegar a ser de aplicación.¹⁴⁸

Luego de esta aclaración, Núñez Poblete sugiere algunos factores que podrían haber influido en la mayor renuencia del sistema interamericano a la aplicación de la doctrina en cuestión, tales como la diversa construcción semántica de uno y otro instrumento regional, la forma en que se han planteado los casos, la mayor homogeneidad cultural y social al interior de la América Latina, un desarrollo económico mucho más discreto y la falta de auténticos procesos de integración tanto económica como política.¹⁴⁹

Así y todo, siguiendo con el análisis comparativo entre ambos sistemas regionales de

145 BENAVIDES CASALS, María Angelica (2009): El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos, *Ius et Praxis* n° 1 (Año 15), pp. 295 – 310 (<http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v15n1/art09.pdf>) (fecha de consulta: 05 de enero de 2018); p. 308; NUÑEZ POBLETE, Manuel (2012): "Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional. La experiencia latinoamericana confrontada y el thelos constitucional de una técnica de adjudicación del derecho internacional de los derechos humanos" en NUÑEZ POBLETE, Manuel y ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea (coords.): El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos: proyecciones regionales y nacionales, México D. F., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 3 – 49; p. 33.

146 BENAVIDES CASALS, María Angelica (2009): El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos, *Ius et Praxis* n° 1 (Año 15), pp. 295 – 310 (<http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v15n1/art09.pdf>) (fecha de consulta: 05 de enero de 2018); p. 308.

147 El autor propone una definición de "casos difíciles", tomando una noción muy difundida entre los teóricos del derecho, que es usada para diferenciarlos de los denominados "casos fáciles" (NUÑEZ POBLETE, Manuel (2012): "Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional. La experiencia latinoamericana confrontada y el thelos constitucional de una técnica de adjudicación del derecho internacional de los derechos humanos" en NUÑEZ POBLETE, Manuel y ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea (coords.): El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos: proyecciones regionales y nacionales, México D. F., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 3 – 49; p. 34). En este orden, se ha entendido por casos difíciles a aquellos en los que, debido a problemas en las premisas normativas o fácticas, surgen dificultades en materia de justificación externa que hacen imposible la aplicación de silogismos jurídicos para su resolución, todo lo cual daría como resultado que no exista, para estos casos, una única respuesta correcta (MARTINEZ ZORRILLA, David (2010): Metodología jurídica y argumentación, Madrid, España, Marcial Pons; p. 33).

148 NUÑEZ POBLETE, Manuel (2012): "Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional. La experiencia latinoamericana confrontada y el thelos constitucional de una técnica de adjudicación del derecho internacional de los derechos humanos" en NUÑEZ POBLETE, Manuel y ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea (coords.): El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos: proyecciones regionales y nacionales, México D. F., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 3 – 49; p. 34.

149 NUÑEZ POBLETE, Manuel (2012): "Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional. La experiencia latinoamericana confrontada y el thelos constitucional de una técnica de adjudicación del derecho internacional de los derechos humanos" en NUÑEZ POBLETE, Manuel y ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea (coords.): El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos: proyecciones regionales y nacionales, México D. F., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 3 – 49; p. 35.

protección de los derechos humanos, se han puesto de relieve, también, algunas similitudes, tales como la negativa rotunda a convalidar el ejercicio de la discreción nacional en los casos de las leyes de amnistías para los delitos de lesa humanidad, resolviendo su rechazo en cada oportunidad. Igual similitud se ha hallado en los casos en que se trató el problema de la objeción de conciencia.¹⁵⁰

Por otra parte, se remarcan las desemejanzas que surgen en asuntos que involucran el derecho de libertad de expresión, ya que, a diferencia del temperamento asumido por el Tribunal de Estrasburgo, que refiere al margen de apreciación, la Corte Interamericana ha sido reticente en reconocer que las autoridades nacionales estuviesen en mejor posición para decidir, por ejemplo, en qué casos una obra artística ofende el sentimiento religioso de la mayoría de la población.¹⁵¹

Otra importante diferencia está en el contenido que se atribuye a la noción de “ley”, en cuanto es utilizada por los instrumentos regionales como la forma que debe asumir la norma que restrinja los derechos reconocidos en ellos. Así, en el sistema interamericano se ha adoptado una postura muchos más rigurosa, desarrollando la Corte un concepto muy estricto al cual deben atenerse todos los Estados que forman parte de aquel sistema, mientras que el Tribunal Europeo ha sido más flexible en la materia, decidiendo que el concepto de “ley” debe interpretarse de acuerdo al contexto existente.¹⁵²

En definitiva, y volviendo a la diferencia fundamental que se expuso supra, relativa a la intensidad en la aplicación de la doctrina del margen, se destaca que el Tribunal Europeo, a la hora de determinar el contenido de un derecho reconocido en el Convenio Europeo en un caso específico, se ha abocado a la tarea de hallar una concepción uniforme en la comunidad europea regida por el sistema, es decir, ha buscado algún consenso al respecto y, de no encontrar ese consenso, ha optado por convalidar el margen de apreciación en ciertas ocasiones.¹⁵³ La Corte Interamericana, por el contrario, se ha dado a la tarea de “construir” dichos consensos a través de su jurisprudencia.¹⁵⁴

2. Algunos casos en los que se receptó la doctrina del margen de apreciación

La doctrina del margen de apreciación nacional tuvo su primera aplicación en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, en oportunidad de que la Corte Interamericana se expidiera sobre la consulta que le elevara el gobierno de Costa Rica, a propósito de una propuesta de reforma de su Constitución Nacional que, entre otras,

150 NUÑEZ POBLETE, Manuel (2012): “Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional. La experiencia latinoamericana confrontada y el thelos constitucional de una técnica de adjudicación del derecho internacional de los derechos humanos” en NUÑEZ POBLETE, Manuel y ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea (coords.): El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos: proyecciones regionales y nacionales, México D. F., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 3 – 49; p. 35 y 36.

151 NUÑEZ POBLETE, Manuel (2012): “Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional. La experiencia latinoamericana confrontada y el thelos constitucional de una técnica de adjudicación del derecho internacional de los derechos humanos” en NUÑEZ POBLETE, Manuel y ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea (coords.): El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos: proyecciones regionales y nacionales, México D. F., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 3 – 49; p. 37.

El autor se refiere al caso Corte Interamericana de Derechos Humanos: Olmedo Bustos y otros (“La última tentación de Cristo”) vs. Chile. Fondo, reparaciones y costas (05 de febrero de 2001) (https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_73_esp.pdf) (Fecha de consulta: 26 de noviembre de 2017).

152 BARBOSA DELGADO, Francisco Roberto (2011): Los límites a la doctrina del margen nacional de apreciación en el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: intervención judicial en torno a ciertos derechos de las minorías étnicas y culturales, Revista Derecho del Estado n° 26, pp. 107 – 135 (<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/283249>) (fecha de consulta: 28 de diciembre de 2017); p. 119.

153 BENAVIDES CASALS, María Angelica (2009): El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos, Ius et Praxis n° 1 (Año 15), pp. 295 – 310 (<http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v15n1/art09.pdf>) (fecha de consulta: 05 de enero de 2018); p. 300 y 301.

154 BARBOSA DELGADO, Francisco Roberto (2011): Los límites a la doctrina del margen nacional de apreciación en el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: intervención judicial en torno a ciertos derechos de las minorías étnicas y culturales, Revista Derecho del Estado n° 26, pp. 107 – 135 (<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/283249>) (fecha de consulta: 28 de diciembre de 2017); p. 131.

cosas, modificaría el régimen de la nacionalidad por naturalización.¹⁵⁵

En esta ocasión, y en lo que nos interesa, el Alto Tribunal regional reconoció que, tradicionalmente, la disciplina de la nacionalidad es una competencia propia de cada Estado, mas, no obstante, destacó que, en este campo, la evolución del derecho internacional ha impuesto ciertos límites a la discrecionalidad de las autoridades estatales, con lo que el panorama de la materia, "en su estado actual", dejaba ver la concurrencia de la reglamentación estatal con algunas exigencias del derecho internacional de los derechos humanos.¹⁵⁶

Esto último se debe a que el concepto de nacionalidad, que en la perspectiva clásica constituía un atributo que el Estado confería a "sus súbditos", fue evolucionando hasta transformarse en un derecho de la persona humana, debiendo convivir la competencia de regulación del Estado con este último carácter. En este sentido, la Corte puso de relieve que el derecho a la nacionalidad está previsto en el art. 20 de la Convención Americana,¹⁵⁷ el cual ofrece su protección en un doble aspecto, ya que, por un lado, dota al individuo de "un mínimo de amparo jurídico en las relaciones internacionales", en tanto, a través de dicho derecho, se establece un vínculo con un Estado determinado; y, por otro lado, lo protege contra la privación arbitraria de su nacionalidad.¹⁵⁸

A partir de estos conceptos, se aborda el meollo del asunto, y se sostiene, al respecto, que resulta "natural" que las condiciones y procedimientos para que un extranjero adquiera la nacionalidad sean materia que dependa, predominantemente, del derecho interno del Estado receptor.¹⁵⁹

De tal modo, se advierte que, en opinión de la Corte, la noción fundamental en esta materia es la de la vinculación efectiva del aspirante con "el sistema de valores e intereses de la sociedad a la que pretende pertenecer plenamente", y, dentro de ese esquema, resulta que en principio, y siempre que no se vulneren otros principios superiores, es el Estado otorgante quien tiene la potestad de "apreciar en qué medida existen y cómo se deben valorar las condiciones que garanticen" que esa vinculación está presente.¹⁶⁰ Asimismo, se reconoció también que ese mismo Estado, sujeto a los mismos límites, puede determinar, de acuerdo a sus conveniencias, la mayor o menor facilidad para obtener la nacionalidad, y siendo contingentes esas conveniencias, también sería "normal" que aquellas

155 BARBOSA DELGADO, Francisco Roberto (2011): Los límites a la doctrina del margen nacional de apreciación en el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: intervención judicial en torno a ciertos derechos de las minorías étnicas y culturales, *Revista Derecho del Estado* n° 26, pp. 107 – 135 (<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/283249>) (fecha de consulta: 28 de diciembre de 2017); p. 108.

156 Corte Interamericana de Derechos Humanos: Opinión Consultiva 4/84: Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización (19 de febrero de 1984) (https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_04_esp.pdf) (Fecha de consulta: 25 de noviembre de 2017); parr. 32.

157 El art. 20 de la Convención Americana, que lleva por título "Derecho a la nacionalidad", establece que: 1. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad. 2. Toda persona tiene derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació si no tiene derecho a otra. 3. A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiarla.

158 Corte Interamericana de Derechos Humanos: Opinión Consultiva 4/84: Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización (19 de febrero de 1984) (https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_04_esp.pdf) (Fecha de consulta: 25 de noviembre de 2017); parr. 33 y 34.

159 Corte Interamericana de Derechos Humanos: Opinión Consultiva 4/84: Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización (19 de febrero de 1984) (https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_04_esp.pdf) (Fecha de consulta: 25 de noviembre de 2017); parr. 36.

160 Corte Interamericana de Derechos Humanos: Opinión Consultiva 4/84: Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización (19 de febrero de 1984) (https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_04_esp.pdf) (Fecha de consulta: 25 de noviembre de 2017); parr. 36.

facilidades varíen según las circunstancias, sea por su ampliación o por su reducción.¹⁶¹

En virtud de esto último, el Tribunal pareció admitir que, en un momento dado, se puedan imponer nuevas condiciones para otorgar la nacionalidad, que tengan como finalidad evitar que su adquisición sea usada como un subterfugio, sin que se constate la presencia de los mencionados vínculos efectivos.¹⁶²

Todo esto llevó al Tribunal regional a establecer que una adecuada inteligencia del derecho a la nacionalidad, previsto en el art. 20 de la Convención, exige armonizar la competencia del Estado para reglamentarlo con las limitaciones que se reconocen a esta facultad, en virtud del derecho internacional de los derechos humanos.¹⁶³

Sentado lo anterior, la Corte pasó al tratamiento de la cuestión en sí, concluyendo que el proyecto de reforma constitucional costarricense estaba orientado, en general, a restringir el acceso a la nacionalidad de ese país y, partiendo de aquí, advirtió acerca de tres tipos de problemas que se le plantearon y que no iba a tratar.¹⁶⁴

Esa advertencia es importante a los efectos de nuestro tema, ya que pone en evidencia los espacios de actuación de las instancias de decisión nacional que, por propia resolución de la Corte Interamericana, quedaron fuera de su escrutinio. De tal suerte, los problemas planteados que fueron excluidos de tratamiento fueron -como se dijo- de tres tipos: algunos de ellos fueron considerados, directamente, como materias no jurídicas; y otros, aun cuando fuesen materia jurídica, no envolvían cuestión de derechos humanos; mas lo que resulta verdaderamente interesante en lo que hace al estudio de la doctrina del margen de apreciación nacional es la definición de la restante categoría de problemas excluidos, ya que se señaló que estos últimos, más allá de revestir carácter jurídico y de tener, incluso, relevancia desde el punto de vista de los derechos humanos, caían -en expresión del Tribunal- "dentro de las materias reservadas al dominio exclusivo del derecho interno de Costa Rica".¹⁶⁵

Analizando el proyecto de reformas, y asumiendo su naturaleza restrictiva, el Alto Tribunal concluyó, preliminarmente, que no colisionaba, al menos formalmente, con el dispositivo del art. 20 del Pacto de San José, ya que, aun a pesar del endurecimiento de las condiciones necesarias para que los extranjeros puedan naturalizarse, no cancelaba la nacionalidad a ningún ciudadano costarricense que la tuviese a ese momento, ni tampoco le privaba del derecho a cambiarla. Sin perjuicio de ello, se advirtió que, en determinadas hipótesis, las posibilidades que abriría el texto de la reforma podrían dar lugar al

161 Corte Interamericana de Derechos Humanos: Opinión Consultiva 4/84: Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización (19 de febrero de 1984) (https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_04_esp.pdf) (Fecha de consulta: 25 de noviembre de 2017); parr. 36.

162 Corte Interamericana de Derechos Humanos: Opinión Consultiva 4/84: Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización (19 de febrero de 1984) (https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_04_esp.pdf) (Fecha de consulta: 25 de noviembre de 2017); parr. 36.

163 Corte Interamericana de Derechos Humanos: Opinión Consultiva 4/84: Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización (19 de febrero de 1984) (https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_04_esp.pdf) (Fecha de consulta: 25 de noviembre de 2017); parr. 38.

164 Corte Interamericana de Derechos Humanos: Opinión Consultiva 4/84: Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización (19 de febrero de 1984) (https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_04_esp.pdf) (Fecha de consulta: 25 de noviembre de 2017); parr. 39.

165 Corte Interamericana de Derechos Humanos: Opinión Consultiva 4/84: Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización (19 de febrero de 1984) (https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_04_esp.pdf) (Fecha de consulta: 25 de noviembre de 2017); parr. 39.

surgimiento de "apátridas", aun cuando no de manera directa.¹⁶⁶

No obstante, luego de sentada esta conclusión respecto del art. 20 de la Convención, la Corte se dedicó a analizar el proyecto de reformas bajo la luz de los principios de igualdad y de proscripción de la discriminación, trayendo a cuento los arts. 1.1 y 24 de aquella.¹⁶⁷

En esta línea, y partiendo de que los mencionados principios dimanen de la dignidad humana, se pone el acento en que, por eso mismo, no todo trato desigual debe considerarse discriminatorio, en tanto no resulta, per se, ofensivo a la dignidad del ser humano. Así es que ciertas desigualdades de hecho pueden traducirse, legítimamente, en desigualdades jurídicas, si persiguen realizar la justicia y proteger a quienes son más débiles.¹⁶⁸

En efecto, existiendo circunstancias en que los imperativos del bien común justifican un mayor o menor grado de distinciones, el Tribunal destaca el hecho de que tales valoraciones adquieren dimensiones concretas a la luz de la realidad en que se materializan, y, en base a esa razón, se reconoce "un cierto margen de apreciación para la expresión que deben asumir en cada caso".¹⁶⁹

De tal modo, y en conexión con dicho reconocimiento, se reitera que es el propio Estado otorgante de la nacionalidad el que tiene la potestad de "apreciar en qué medida existen y cómo deben apreciarse las condiciones" que garanticen la ya apuntada vinculación efectiva del aspirante con el "sistema de valores e intereses de la sociedad a la que pretende permanecer plenamente", y, así como se reconoce esa potestad soberana para adoptar los criterios que determinen el otorgamiento o no de la nacionalidad, también se acepta que dicho Estado pueda "establecer ciertas diferencias razonables con base en circunstancias de hecho que, por razones objetivas, aproximen a unos aspirantes más que a otros" al referido sistema de valores e intereses.¹⁷⁰

Por fin, la Corte, al decidir que la orientación general del proyecto de reformas no podía considerarse inequívocamente discriminatoria, señaló expresamente que, para sustentar esa conclusión, tuvo "especialmente en cuenta el margen de apreciación reservado al Estado que otorga la nacionalización sobre los requisitos y conclusiones que deben llenarse para obtenerla", y manifestó que los requisitos fijados en aquel proyecto para la naturalización de los extranjeros cae dentro, *prima facie*, de ...la capacidad de apreciación reservada al Estado otorgante de la nacionalidad, respecto de cuáles han de ser y cómo

166 Corte Interamericana de Derechos Humanos: Opinión Consultiva 4/84: Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización (19 de febrero de 1984) (https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_04_esp.pdf) (Fecha de consulta: 25 de noviembre de 2017); parr. 42, 46, 47 y 48.

167 Corte Interamericana de Derechos Humanos: Opinión Consultiva 4/84: Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización (19 de febrero de 1984) (https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_04_esp.pdf) (Fecha de consulta: 25 de noviembre de 2017); parr. 52, 53, 54 y 55.

El art. 1.1, ya transcrito en la nota n° 5, refiere a la obligación de respeto y garantía de los derechos reconocidos en la Convención, sin discriminación alguna, mientras que el art. 24, intitulado "Igualdad ante la ley", prescribe que "Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley".

168 Corte Interamericana de Derechos Humanos: Opinión Consultiva 4/84: Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización (19 de febrero de 1984) (https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_04_esp.pdf) (Fecha de consulta: 25 de noviembre de 2017); parr. 56 y 57.

169 Corte Interamericana de Derechos Humanos: Opinión Consultiva 4/84: Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización (19 de febrero de 1984) (https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_04_esp.pdf) (Fecha de consulta: 25 de noviembre de 2017); parr. 58.

170 Corte Interamericana de Derechos Humanos: Opinión Consultiva 4/84: Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización (19 de febrero de 1984) (https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_04_esp.pdf) (Fecha de consulta: 25 de noviembre de 2017); parr. 59.

deben valorarse las condiciones que garanticen la existencia de vínculos efectivos y reales que fundamenten la adquisición de la nueva nacionalidad.¹⁷¹

Así y todo, en esas mismas líneas se insinuaron, indirectamente, los límites a dicho margen de apreciación, por cuanto, al destacar que los mencionados requisitos no podían considerarse irrazonables e injustificados, el Alto Tribunal regional estaba erigiendo, en definitiva, el coto del principio de proporcionalidad, de igual modo que lo hacía al advertir que lo resuelto en la consulta que se le había elevado, de ninguna manera implicaba “una aprobación a la tendencia existente en algunas partes a restringir exagerada e injustificadamente el ámbito de ejercicio de los derechos políticos de los naturalizados”.¹⁷²

Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos también abordó la doctrina del margen de apreciación nacional en su jurisprudencia, y, entre los casos en que así lo hizo, se puede mencionar la denuncia presentada por José Efraín Ríos Montt, quien pretendía ser candidato a presidente de Guatemala, y la Constitución de ese país inhabilitaba de por vida para acceder a dicho cargo a quienes hubiesen realizado un golpe de Estado o hubiesen ocupado la jefatura de gobierno en su consecuencia.¹⁷³

En este asunto, el problema central, en opinión de la Comisión, fincaba en determinar si el mentado dispositivo constitucional era compatible con el art. 23 de la Convención Americana, que reconoce los derechos políticos.¹⁷⁴

No obstante, más allá de lo resuelto sobre el fondo de la cuestión, se señaló que hay un “margen de apreciación permitido por el derecho internacional”, aunque se puso de manifiesto “el carácter restrictivo con que debe utilizar ese margen de apreciación, el cual debe ser siempre concebido tendiente al refuerzo del sistema y sus objetivos”.¹⁷⁵

Luego, la Corte Interamericana siguió desarrollando el esquema de reglas al que debe ajustarse el margen de discreción nacional en el espacio americano, y no sólo en casos referidos a los diferentes derechos reconocidos en el Pacto de San José, sino que también las garantías establecidas en la Convención fueron abordadas, en su relación con la doctrina en estudio.

De tal forma, se delimitó el espacio de alternativas de regulación de los Estados americanos, con respecto a la disciplina de las garantías judiciales previstas en el art. 8, espe-

171 Corte Interamericana de Derechos Humanos: Opinión Consultiva 4/84: Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización (19 de febrero de 1984) (https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_04_esp.pdf) (Fecha de consulta: 25 de noviembre de 2017); parr. 61, 62 y 63.

172 Corte Interamericana de Derechos Humanos: Opinión Consultiva 4/84: Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización (19 de febrero de 1984) (https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_04_esp.pdf) (Fecha de consulta: 25 de noviembre de 2017); parr. 62 y 63.

Vale destacar que la reseña corresponde a la decisión de la mayoría de la Corte Interamericana, ya que los jueces T. Buergenthal y R. Piza Escalante manifestaron su opinión disidente.

173 Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Informe N° 30/93, Caso 10.804. Ríos Montt, José E. vs. Guatemala (12 de octubre de 1993) (<http://www.cidh.oas.org/annualrep/93span/cap.III.guatemala10.804.htm>) (Fecha de consulta: 13 de diciembre de 2017).

174 Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Informe N° 30/93, Caso 10.804. Ríos Montt, José E. vs. Guatemala (12 de octubre de 1993) (<http://www.cidh.oas.org/annualrep/93span/cap.III.guatemala10.804.htm>) (Fecha de consulta: 13 de diciembre de 2017); parr. 20.

El art. 23, que lleva por título “Derechos políticos”, establece que: 1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país. 2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.

175 Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Informe N° 30/93, Caso 10.804. Ríos Montt, José E. vs. Guatemala (12 de octubre de 1993) (<http://www.cidh.oas.org/annualrep/93span/cap.III.guatemala10.804.htm>) (Fecha de consulta: 13 de diciembre de 2017); parr. 24 y 31.

cialmente una de ellas, el derecho a recurrir un fallo.¹⁷⁶ Al respecto, tiene dicho el Alto Tribunal regional que ese recurso "debe ser un recurso ordinario eficaz mediante el cual un juez o tribunal superior procure la corrección de decisiones jurisdiccionales contrarias al derecho", por lo que, aun cuando "los Estados tienen un margen de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir del fallo".¹⁷⁷

En este temperamento, el hecho de que se haya afirmado, en vinculación con lo anterior, que no es suficiente con la mera existencia formal de los recursos, debiendo ser estos, además, eficaces,¹⁷⁸ hace pensar que los límites al margen de apreciación de las autoridades nacionales se han encontrado, también aquí, en el principio de proporcionalidad.

En otro caso, en el que estaba en el centro del cuestionamiento el impedimento de la inscripción de una candidatura independiente para el cargo de presidente de los Estados Unidos Mexicanos, la Corte Interamericana destacó al respecto que, "en términos generales, el derecho internacional no impone un sistema electoral determinado ni una modalidad determinada de ejercer los derechos a votar y a ser elegido", y, en consonancia con ello, "(E)l sistema interamericano tampoco impone un sistema electoral determinado ni una modalidad específica para el ejercicio de los derechos a votar y a ser votado".¹⁷⁹

En lugar de ello, (L)a Convención Americana establece lineamientos generales que determinan un contenido mínimo de los derechos políticos y permite a los Estados que dentro de los parámetros convencionales regulen esos derechos de acuerdo a sus necesidades históricas, políticas, sociales y culturales, las que pueden variar de una sociedad a otra, e incluso en una misma sociedad, en distintos momentos históricos.¹⁸⁰

Desde esta perspectiva, el Tribunal reafirmó que "es posible la existencia de diversos sistemas electorales que sean compatibles con la Convención", y, en lo relativo a las limitaciones que se impongan al "ejercicio y goce de los derechos políticos", las consideró aceptables, "(S)iempre que no sean desproporcionados o irrazonables".¹⁸¹

Justamente en lo que hace al análisis de las restricciones a los derechos involucrados en el caso, se dejó sentado que, sin perjuicio de ciertos derechos que no pueden ser restringidos bajo ninguna circunstancia, los derechos humanos, en general, no son absolutos, y, en virtud de esto último, se advirtió que "la previsión y aplicación de requisitos para ejercitar los derechos políticos no constituyen, *per se*, una restricción indebida a los derechos políticos".¹⁸²

176 En la Convención Americana, su art. 8, nominado "Garantías judiciales", preceptúa, en lo que interesa: 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: (...) h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

177 Corte Interamericana de Derechos Humanos: Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas (02 de julio de 2004) (https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf) (Fecha de consulta: 06 de enero de 2018); parr. 161.

178 Corte Interamericana de Derechos Humanos: Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas (02 de julio de 2004) (https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf) (Fecha de consulta: 06 de enero de 2018); parr. 161.

179 Corte Interamericana de Derechos Humanos: Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas (06 de agosto de 2008) (https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_184_esp.pdf) (Fecha de consulta: 01 de enero de 2018), parr. 162 y 166.

180 Corte Interamericana de Derechos Humanos: Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas (06 de agosto de 2008) (https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_184_esp.pdf) (Fecha de consulta: 01 de enero de 2018), parr. 166.

181 Corte Interamericana de Derechos Humanos: Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas (06 de agosto de 2008) (https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_184_esp.pdf) (Fecha de consulta: 01 de enero de 2018), parr. 155 y 173.

182 Corte Interamericana de Derechos Humanos: Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y

No obstante, la Corte precisó que “la facultad de los Estados de regular o restringir los derechos no es discrecional”, y expuso “las condiciones y requisitos que deben cumplirse al momento de regular o restringir los derechos y libertades consagrados en la Convención”.¹⁸³

En este sentido, la disciplina de las limitaciones a los derechos del Pacto sigue la lógica del principio de proporcionalidad, surgiendo del fallo las condiciones a las que deben sujetarse aquellas, a saber: la legalidad de la medida restrictiva; la finalidad de dicha medida, que debe ser de aquellas permitidas por la Convención; y la necesidad y la proporcionalidad de la misma. A su vez, respecto de esta necesidad, se señaló que ella debe evaluarse en el contexto de una sociedad democrática, lo que exige cerciorarse de que aquella medida responde a una necesidad social imperiosa, en el sentido de atender a un interés público imperativo, de que es la que restringe en la menor medida posible el derecho afectado, y de que se ajusta, estrechamente, al logro del objetivo legítimo establecido.¹⁸⁴

Por último, cabe destacar otro caso resuelto por la Corte regional, en el que se evaluó la responsabilidad internacional del Estado de Chile por lo resuelto en un proceso judicial en que se le retiró la custodia de sus tres hijas a una madre, debido a su orientación sexual.¹⁸⁵

Este precedente es relevante, ya que se abordó la relación entre el consenso y el margen de apreciación nacional, a propósito de la respuesta que hubo de darse a una defensa que esgrimiera el Estado en tal sentido.

En efecto, en oportunidad de exponer las excepciones que hacían al derecho de su parte, la representación de Chile alegó que “los Estados prestaron su consentimiento a una idea de derechos humanos que tenía en mente ciertos tipos de violación, y no otras que en su momento no existían”, y que si fuese necesario ampliar el tratado en aquellas materias en las que no hubiere un consenso mínimo, la propia Convención prevé el procedimiento para la incorporación de protocolos adicionales. En ese temperamento, la defensa del Estado puso de resalto que, al momento de resolverse el caso en sede nacional, no había consenso en que la orientación sexual fuese una “categoría sospechosa”.¹⁸⁶

Al respecto, la Corte Interamericana señaló que:...la presunta falta de un consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido.¹⁸⁷

Costas (06 de agosto de 2008) (https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_184_esp.pdf) (Fecha de consulta: 01 de enero de 2018), parr. 174.

183 Corte Interamericana de Derechos Humanos: Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas (06 de agosto de 2008) (https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_184_esp.pdf) (Fecha de consulta: 01 de enero de 2018), parr. 174 y 175.

184 Corte Interamericana de Derechos Humanos: Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas (06 de agosto de 2008) (https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_184_esp.pdf) (Fecha de consulta: 01 de enero de 2018), parr. 186/204.

185 Corte Interamericana de Derechos Humanos: Atala Riffo y niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas (24 de febrero de 2012) (https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf) (Fecha de consulta: 22 de diciembre de 2017); parr. 3.

186 Corte Interamericana de Derechos Humanos: Atala Riffo y niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas (24 de febrero de 2012) (https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf) (Fecha de consulta: 22 de diciembre de 2017); parr. 74 y 75.

187 Corte Interamericana de Derechos Humanos: Atala Riffo y niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas (24 de febrero de 2012) (https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf) (Fecha de consulta: 22 de diciembre de 2017); parr. 92.

De tal suerte, la naturaleza eminentemente controversial y la consecuente falta de consenso acerca de los derechos de las minorías sexuales en el continente, no es razón suficiente para que la Corte se abstenga de decidir y entregue el asunto al margen de apreciación de los Estados.¹⁸⁸

IV. El *ius constitutionale commune* latinoamericano y sus implicancias en la doctrina del margen de apreciación nacional

1. Nociones básicas acerca del *ius constitutionale commune* latinoamericano

La idea de un *ius commune* de los derechos humanos de alcance regional, ya sea americano, europeo o africano, e incluso eventualmente universal, tendría asidero en el mismo pensamiento liberal, en tanto uno de los postulados básicos de este último es la convicción de que los derechos fundamentales del ser humano son universales, de modo tal que, independientemente de las diferencias sociales y culturales que de hecho existen, todos los seres humanos, en condiciones de igualdad, comparten la titularidad de ciertos derechos esenciales.¹⁸⁹

Así y todo, y a pesar de hallar un origen plausible, se reconoce que el concepto de un derecho constitucional común latinoamericano es todavía ambiguo, aunque, no obstante ello, se lo ha vinculado con el nuevo paradigma del universalismo. Este nuevo paradigma se opone al del particularismo, por cuanto este último se asienta en la idea de que un orden social, tanto como la realización de los principios democráticos y el respeto de los derechos humanos, solamente son posibles en el marco de un Estado - Nación.¹⁹⁰

El paradigma del universalismo, por el contrario, defiende la posibilidad de lograr un orden social mediante un derecho público que trascienda a ese Estado - Nación, por lo que, a pesar de la apuntada dificultad de conceptualizar con precisión este nuevo fenómeno, se ha esbozado, como noción básica, que el *ius constitutionale commune* latinoamericano sería un nuevo derecho público para América Latina.¹⁹¹

Analizando esta incipiente construcción, Arango plantea que este *ius commune* estaría sustentado sobre tres concepciones básicas, que serían sus pilares, cuales son una concepción interdependiente de los derechos humanos, una social de la democracia y una participativa de la justicia constitucional.¹⁹²

Como sea, hay coincidencia en que los tres principios básicos de este nuevo derecho constitucional común para Latinoamérica son el respeto de los derechos humanos, del Estado de derecho y de la democracia,¹⁹³ destacándose las transformaciones que ha pro-

188 Corte Interamericana de Derechos Humanos: Atala Riffo y niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas (24 de febrero de 2012) (https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf) (Fecha de consulta: 22 de diciembre de 2017); parr. 92.

189 SALAZAR UGARTE, Pedro (2014): "La disputa por los derechos y el *ius constitutionale commune*" en VON BOGDANDY, Armin; FIX - FIERRO, Héctor y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coords.): *Ius Constitutionale Commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*, México D. F., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 37 - 59; p. 37.

190 VON BOGDANDY, Armin (2014): "*Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum*. Una aclaración conceptual" en VON BOGDANDY, Armin; FIX - FIERRO, Héctor y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coords.): *Ius Constitutionale Commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*, México D. F., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 3 - 23; p. 13.

191 VON BOGDANDY, Armin (2014): "*Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum*. Una aclaración conceptual" en VON BOGDANDY, Armin; FIX - FIERRO, Héctor y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coords.): *Ius Constitutionale Commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*, México D. F., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 3 - 23; p. 13 y 23.

192 ARANGO, Rodolfo (2014): "Fundamentos del *ius constitutionale commune* en América Latina: Derechos fundamentales, democracia y justicia constitucional" en VON BOGDANDY, Armin; FIX - FIERRO, Héctor y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coords.): *Ius Constitutionale Commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*, México D. F., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 25 - 36; p. 27.

193 VON BOGDANDY, Armin (2014): "*Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum*. Una aclaración conceptual" en VON BOGDANDY, Armin; FIX

ducido el sistema interamericano de protección en torno de esos tres ejes.¹⁹⁴

Dentro de este esquema, se resalta la importancia del binomio inescindible de democracia y derechos humanos, los cuales se condicionan mutuamente,¹⁹⁵ debiéndose recalcar que esta interdependencia entre ambos elementos de la fórmula se manifiesta en el hecho de que “la democracia necesita de los derechos para consolidarse como una forma de gobierno sustentada por la autonomía política de las personas” y, a su vez, aquella se constituye en una “garantía institucional” de los derechos humanos. Siguiendo en esta línea, podemos dar un paso más y decir que el vínculo entre democracia y derechos humanos no es meramente contingente, sino necesario.¹⁹⁶

Incluso la propia Corte Interamericana ha reconocido la mentada vinculación, al destacar que “(E)n una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros”.¹⁹⁷

Asimismo, además de los principios básicos de este incipiente *corpusiusfundamental* regional, la doctrina especializada ha trazado sus objetivos, siendo uno de ellos, precisamente, avanzar en el respecto y en la consolidación de aquellos principios. Los otros objetivos se enderezan a desarrollar instituciones internacionales eficaces y legítimas y a desarrollar el denominado “Estado abierto”.¹⁹⁸

Este último ha sido considerado el objetivo clave del *ius constitutionalecommune*, y se ha afirmado, al respecto, que el proceso de apertura del Estado se ha caracterizado, en América Latina, por el surgimiento del paradigma del pluralismo normativo y por el fenómeno de la internacionalización, entendida como humanización.¹⁹⁹ De la descripción del pluralismo normativo nos ocuparemos líneas más abajo, mientras que, acerca de la internacionalización en clave de humanización, podemos decir que se trata de un fenómeno marcado por la asignación de jerarquía constitucional a los tratados de derechos humanos y, además, por la interpretación “conforme” de los derechos fundamentales

– FIERRO, Héctor y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coords.): *Ius ConstitutionaleCommune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*, México D. F., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 3 – 23; p. 8.

194 PIOVESAN, Flavia (2014): “*Ius constitutionalecommune* latinoamericano en derechos humanos e impacto del sistema interamericano: rasgos, potencialidades y desafíos” en VON BOGDANDY, Armin; FIX – FIERRO, Héctor y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coords.): *Ius ConstitutionaleCommune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*, México D. F., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 61 – 81; p. 61.

195 GARCÍA RAMÍREZ, Sergio (2014): “La “navegación americana” de los derechos humanos: hacia un *ius commune*” en VON BOGDANDY, Armin; FIX – FIERRO, Héctor y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coords.): *Ius ConstitutionaleCommune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*, México D. F., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 459 – 500; p. 460 y 481.

196 SALAZAR UGARTE, Pedro (2014): “La disputa por los derechos y el *ius constitutionalecommune*” en VON BOGDANDY, Armin; FIX – FIERRO, Héctor y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coords.): *Ius ConstitutionaleCommune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*, México D. F., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 37 – 59; p. 3.

197 Corte Interamericana de Derechos Humanos: Opinión Consultiva 8/87: El habeas corpus bajo suspensión de garantías (Arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos) (30 de enero de 1987) (https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_08_esp.pdf) (Fecha de consulta: 25 de noviembre de 2017); parr. 26.

Traída a colación por GARCÍA RAMÍREZ, Sergio (2014): “La “navegación americana” de los derechos humanos: hacia un *ius commune*” en VON BOGDANDY, Armin; FIX – FIERRO, Héctor y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coords.): *Ius ConstitutionaleCommune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*, México D. F., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 459 – 500; p. 467.

198 VON BOGDANDY, Armin (2014): “*Ius ConstitutionaleCommuneLatinoamericanum*. Una aclaración conceptual” en VON BOGDANDY, Armin; FIX – FIERRO, Héctor y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coords.): *Ius ConstitutionaleCommune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*, México D. F., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 3 – 23; p. 8.

199 MORALES ANTONIAZZI, Mariela (2014): “El Estado abierto como objetivo del *ius constitutionalecommune*. Aproximación desde el impacto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” en VON BOGDANDY, Armin; FIX – FIERRO, Héctor y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coords.): *Ius ConstitutionaleCommune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*, México D. F., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 265 – 299; p. 265 y 266.

constitucionales con el derecho internacional de los derechos humanos.²⁰⁰

Por otro lado, también se señalan tres conceptos fundamentales que explicarían el *ius constitutionale commune*, a saber: el dialogo jurisprudencial, la inclusión y el pluralismo normativo.²⁰¹

El primero de ellos hace referencia, como se dijo, al dialogo entre tribunales, y refiere, fundamentalmente, al dialogo entre la jurisdicción interamericana y las jurisdicciones internas,²⁰² ya que la "viva interacción" que se está produciendo entre ellas está gestando el *ius commune*.²⁰³ Este fenómeno, asimismo, permite que la decisión que se tome en el ámbito de una jurisdicción doméstica, aun cuando se trate de una Corte Suprema, podrá ser revisada por la Corte Interamericana, y, del mismo modo, una sentencia de esta última podrá ser rechazada por un tribunal nacional. Esto se resume, al decir de VonBogdandy, en que, en el contexto actual, ya no hay "últimas palabras".²⁰⁴

Este dialogo también opera como uno de los "puentes" que hacen factible la recepción de los estándares del derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito doméstico.²⁰⁵

Yendo ahora al concepto de inclusión, se ha explicado que ella abarca a todos los grandes sistemas sociales, tales como la salud, la educación, el sistema económico y laboral, y, además, el político, lo cual lleva a que esta noción de inclusión abra una nueva perspectiva para la democracia, no sólo a nivel interno, sino también internacional. Justamente, dentro de este esquema, este nuevo derecho público para América Latina debe combatir la exclusión.²⁰⁶

Nos queda ahora tratar el tercero de los conceptos fundamentales del nuevo derecho común regional, el del "pluralismo normativo". En este orden, se recuerda que, tradicionalmente, la relación entre el derecho internacional y el derecho interno fue explicada desde dos perspectivas teóricas, el monismo y el dualismo.²⁰⁷

200 MORALES ANTONIAZZI, Mariela (2014): "El Estado abierto como objetivo del *ius constitutionale commune*. Aproximación desde el impacto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos" en VON BOGDANDY, Armin; FIX - FIERRO, Héctor y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coords.): *Ius Constitutionale Commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*, México D. F., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 265 - 299; p. 267.

201 VON BOGDANDY, Armin (2014): "Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum. Una aclaración conceptual" en VON BOGDANDY, Armin; FIX - FIERRO, Héctor y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coords.): *Ius Constitutionale Commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*, México D. F., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 3 - 23; p. 14.

202 VON BOGDANDY, Armin (2014): "Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum. Una aclaración conceptual" en VON BOGDANDY, Armin; FIX - FIERRO, Héctor y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coords.): *Ius Constitutionale Commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*, México D. F., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 3 - 23; p. 14.

203 MORALES ANTONIAZZI, Mariela (2014): "El Estado abierto como objetivo del *ius constitutionale commune*. Aproximación desde el impacto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos" en VON BOGDANDY, Armin; FIX - FIERRO, Héctor y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coords.): *Ius Constitutionale Commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*, México D. F., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 265 - 299; p. 477.

204 VON BOGDANDY, Armin (2014): "Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum. Una aclaración conceptual" en VON BOGDANDY, Armin; FIX - FIERRO, Héctor y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coords.): *Ius Constitutionale Commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*, México D. F., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 3 - 23; p. 14 y 15.

205 MORALES ANTONIAZZI, Mariela (2014): "El Estado abierto como objetivo del *ius constitutionale commune*. Aproximación desde el impacto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos" en VON BOGDANDY, Armin; FIX - FIERRO, Héctor y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coords.): *Ius Constitutionale Commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*, México D. F., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 265 - 299; p. 280.

206 VON BOGDANDY, Armin (2014): "Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum. Una aclaración conceptual" en VON BOGDANDY, Armin; FIX - FIERRO, Héctor y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coords.): *Ius Constitutionale Commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*, México D. F., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 3 - 23; p. 15 y 16.

207 GONZALEZ DOMINGUEZ, Pablo (2016): "El control de convencionalidad en el marco de la relación entre el derecho internacional y el derecho

No obstante, se hace notar que el hecho de que en la actualidad se siga abordando la cuestión desde las mismas perspectivas está trayendo dificultades, ya que tanto el monismo como el dualismo aparecen como insuficientes en tal sentido, al no poder ofrecer una explicación plausible del nuevo fenómeno del derecho constitucional común latinoamericano.²⁰⁸ En virtud de ello, un sector de la doctrina se ha pronunciado por abandonar ambas teorías en la hora actual, proponiendo, en su lugar, que las nuevas realidades sean estudiadas a la luz de la teoría del pluralismo jurídico.²⁰⁹

Esta teoría del pluralismo jurídico establece que entre el derecho internacional y el derecho interno existe una interacción tal, que permite sustentar la existencia de obligaciones internacionales que vinculan directamente a las autoridades nacionales, a la vez que reconoce que el “acoplamiento” de esas obligaciones al derecho interno es determinado por esas mismas autoridades nacionales.²¹⁰ En definitiva, se abandona la idea del Estado cerrado y del carácter omnicompreensivo del derecho constitucional nacional, dando paso a un nuevo panorama en donde la Constitución no es la única norma suprema, sino que comparte la primacía con otras disposiciones.²¹¹

A su vez, se ha encontrado el fundamento constitucional de este nuevo fenómeno en las denominadas “cláusulas de apertura” de las leyes fundamentales sudamericanas, caracterizándose los ordenamientos jurídicos de esa parte del orbe por su “permeabilidad”. Esta nueva configuración es estudiada bajo el prisma de lo que se denomina “sistema jurídico plural”, en el cual se entremezclan normas y principios de raigambre nacional e internacional, aunque de manera horizontal.²¹²

En definitiva, a modo de síntesis, puede afirmarse que, al menos en el campo de la protección de los derechos humanos, el debate entre monistas y dualistas, surgido para explicar las relaciones entre el derecho internacional y el derecho nacional, es actualmente infructuoso, siendo sustituido el arsenal teórico de aquellas teorías por las nuevas

nacional” en FERRER MAC GREGOR, Eduardo (coord.): *Derecho procesal constitucional transnacional. Interacción entre el derecho nacional y el derecho internacional*, México D. F., México, Porrúa, pp. 185 – 202; p. 193.

208 VON BOGDANDY, Armin (2014): “Ius ConstitutionaleCommuneLatinoamericanum. Una aclaración conceptual” en VON BOGDANDY, Armin; FIX – FIERRO, Héctor y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coords.): *Ius ConstitutionaleCommune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*, México D. F., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 3 – 23; p. 16 y 17.

Se ha dicho que el monismo y el dualismo son teorías que no pueden explicar un fenómeno actual como el control de convencionalidad, y en este orden, se ha llamado la atención acerca de una insuperable paradoja que consiste en que, por un lado, el derecho internacional es supremo en el ámbito internacional y los Estados no pueden invocar disposiciones de su derecho interno para excusar el incumplimiento de sus obligaciones internacionales, mientras que, por el otro, la jerarquía del derecho internacional en el ámbito interno queda supeditada al lugar que le de la Constitución de cada Estado (GONZALEZ DOMINGUEZ, Pablo (2016): “El control de convencionalidad en el marco de la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional” en FERRER MAC GREGOR, Eduardo (coord.): *Derecho procesal constitucional transnacional. Interacción entre el derecho nacional y el derecho internacional*, México D. F., México, Porrúa, pp. 185 – 202; p. 195 y 201).

209 VON BOGDANDY, Armin (2014): “Ius ConstitutionaleCommuneLatinoamericanum. Una aclaración conceptual” en VON BOGDANDY, Armin; FIX – FIERRO, Héctor y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coords.): *Ius ConstitutionaleCommune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*, México D. F., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 3 – 23; p. 17 y 20; y GONZALEZ DOMINGUEZ, Pablo (2016): “El control de convencionalidad en el marco de la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional” en FERRER MAC GREGOR, Eduardo (coord.): *Derecho procesal constitucional transnacional. Interacción entre el derecho nacional y el derecho internacional*, México D. F., México, Porrúa, pp. 185 – 202; p. 201.

210 GONZALEZ DOMINGUEZ, Pablo (2016): “El control de convencionalidad en el marco de la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional” en FERRER MAC GREGOR, Eduardo (coord.): *Derecho procesal constitucional transnacional. Interacción entre el derecho nacional y el derecho internacional*, México D. F., México, Porrúa, pp. 185 – 202; p. 201 y 202.

211 MORALES ANTONIAZZI, Mariela (2014): “El Estado abierto como objetivo del ius constitutionalecommune. Aproximación desde el impacto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” en VON BOGDANDY, Armin; FIX – FIERRO, Héctor y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coords.): *Ius ConstitutionaleCommune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*, México D. F., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 265 – 299; p. 266 y 267.

212 MORALES ANTONIAZZI, Mariela (2014): “El Estado abierto como objetivo del ius constitutionalecommune. Aproximación desde el impacto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” en VON BOGDANDY, Armin; FIX – FIERRO, Héctor y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coords.): *Ius ConstitutionaleCommune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*, México D. F., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 265 – 299; p. 268, 270, 271 y 272.

herramientas de análisis del pluralismo normativo, que parte de la coexistencia separada pero interdependiente de los ordenamientos internacional e interno, sin reconocer ordenación jerárquica entre sus respectivas normas fundacionales.²¹³

Todo esto da como resultado la consolidación de un constitucionalismo regional que tendría dos bases de apoyo: una de ellas estaría en la Convención Americana, a modo de Constitución latinoamericana, y en los demás instrumentos del sistema interamericano, así como también en la jurisprudencia de la Corte Interamericana; mientras que la otra base estaría en las propias disposiciones de apertura de las Constituciones de los países de la región.²¹⁴

2. El bloque de constitucionalidad en el *ius commune*

La doctrina del bloque de constitucionalidad aborda la temática del reconocimiento de jerarquía constitucional a normas que no forman parte de la Constitución Nacional, a fin de interpretarlas sistemáticamente con esta última²¹⁵.

En esta región, dicha doctrina ha tomado fuerza con una fisonomía particular, ya que, en la mayoría de los países de Latinoamérica, se les concede a los instrumentos internacionales de derechos humanos un estatus especial, como mínimo de jerarquía supra legal, ya sea por vía de cláusulas expresas de apertura previstas en la propia Constitución Nacional, como por vía de interpretación jurisprudencial.²¹⁶

De esta manera, se ha entendido que esta peculiar conformación que adquiere la doctrina del bloque de constitucionalidad en los países de América Latina contribuye en gran medida a la configuración del *ius constitutionale commune* regional, ya que, por ese medio, se logra la convergencia de estándares normativos comunes en derechos humanos.²¹⁷

De todos modos, para la construcción del *ius commune* es imprescindible el tendido de "puentes" entre el derecho nacional y el derecho internacional de los derechos humanos, y entre esos puentes destaca, justamente, el "puente constitucional". En razón de ello, ha sido sumamente relevante el fenómeno de las reformas constitucionales que se produ-

213 MORALES ANTONIAZZI, Mariela (2014): "El Estado abierto como objetivo del *ius constitutionale commune*. Aproximación desde el impacto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos" en VON BOGDANDY, Armin; FIX - FIERRO, Héctor y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coords.): *Ius Constitutionale Commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*, México D. F., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 265 - 299; p. 275.

214 MORALES ANTONIAZZI, Mariela (2014): "El Estado abierto como objetivo del *ius constitutionale commune*. Aproximación desde el impacto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos" en VON BOGDANDY, Armin; FIX - FIERRO, Héctor y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coords.): *Ius Constitutionale Commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*, México D. F., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 265 - 299; p. 277 y 278.

215 GONGORA MERA, Manuel Eduardo (2014): "La difusión del bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia latinoamericana y su potencial en la construcción del *ius constitutionale commune* latinoamericano" en VON BOGDANDY, Armin; FIX - FIERRO, Héctor y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coords.): *Ius Constitutionale Commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*, México D. F., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 458 - 500; p. 301.

Se señala que el origen de la doctrina del bloque de constitucionalidad estaría en la decisión 71 - 44 DC del Consejo Constitucional de Francia, del 16 de julio de 1971 (GONGORA MERA, Manuel Eduardo (2014): "La difusión del bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia latinoamericana y su potencial en la construcción del *ius constitutionale commune* latinoamericano" en VON BOGDANDY, Armin; FIX - FIERRO, Héctor y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coords.): *Ius Constitutionale Commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*, México D. F., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 458 - 500; p. 305 y 306).

216 GONGORA MERA, Manuel Eduardo (2014): "La difusión del bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia latinoamericana y su potencial en la construcción del *ius constitutionale commune* latinoamericano" en VON BOGDANDY, Armin; FIX - FIERRO, Héctor y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coords.): *Ius Constitutionale Commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*, México D. F., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 458 - 500; p. 303/305.

217 GONGORA MERA, Manuel Eduardo (2014): "La difusión del bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia latinoamericana y su potencial en la construcción del *ius constitutionale commune* latinoamericano" en VON BOGDANDY, Armin; FIX - FIERRO, Héctor y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coords.): *Ius Constitutionale Commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*, México D. F., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 458 - 500; p. 303/305.

jerón en América Latina en el último cuarto del siglo XX.²¹⁸

Todas ellas abordaron la cuestión y, si bien cada una resolvió a su manera la relación entre ambos ordenamientos, todas se perfilaron en una misma dirección, optando algunas por el reconocimiento de jerarquía constitucional a ciertos instrumentos internacionales de derechos humanos -como es el caso de la reforma constitucional argentina de 1994-, mientras que en otros casos se optó por consagrar reglas de interpretación de acuerdo al principio “pro homine” o conforme con los tratados de derechos humanos.²¹⁹

Sin perjuicio de lo anterior, cabe resaltar que también tiene un papel fundamental en la expansión de la doctrina del bloque de constitucionalidad, en su versión latinoamericana, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que actuó, al decir de Góngora Mera, como un “catalizador de transformaciones constitucionales” en aquellos países que habían sido, tradicionalmente, los más renuentes a la adopción de la doctrina del bloque.²²⁰

En vista de todo esto, salta a la luz la diferencia entre la versión latinoamericana del bloque de constitucionalidad y la versión europea, por cuanto esta última ha puesto atención a otras normas que, si bien son diferentes de la propia Constitución y podrían tener su misma jerarquía, siguen siendo normas de origen nacional.²²¹ Por el contrario, los bloques de los países de América Latina están compuestos por normas de derecho internacional, más precisamente de derechos humanos.²²²

3. El control de convencionalidad y el *ius commune*

Destacada doctrina ha señalado que el control de convencionalidad constituye, quizás, la herramienta más adecuada para construir el *ius constitutionale commune* regional,²²³ por cuanto permite avanzar en la unificación nacional de la interpretación,²²⁴ y, además, porque opera como una institución que fortalece el diálogo jurisprudencial entre la Corte Interamericana y las autoridades judiciales nacionales, contribuyendo, así, a la genera-

218 GONGORA MERA, Manuel Eduardo (2014): “La difusión del bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia latinoamericana y su potencial en la construcción del *ius constitutionale commune* latinoamericano” en VON BOGDANDY, Armin; FIX – FIERRO, Héctor y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coords.): *Ius Constitutionale Commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*, México D. F., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 458 – 500; p. 303/305.

219 GONGORA MERA, Manuel Eduardo (2014): “La difusión del bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia latinoamericana y su potencial en la construcción del *ius constitutionale commune* latinoamericano” en VON BOGDANDY, Armin; FIX – FIERRO, Héctor y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coords.): *Ius Constitutionale Commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*, México D. F., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 458 – 500; p. 303/305.

220 GONGORA MERA, Manuel Eduardo (2014): “La difusión del bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia latinoamericana y su potencial en la construcción del *ius constitutionale commune* latinoamericano” en VON BOGDANDY, Armin; FIX – FIERRO, Héctor y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coords.): *Ius Constitutionale Commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*, México D. F., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 458 – 500; p. 303/305.

221 GONGORA MERA, Manuel Eduardo (2014): “La difusión del bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia latinoamericana y su potencial en la construcción del *ius constitutionale commune* latinoamericano” en VON BOGDANDY, Armin; FIX – FIERRO, Héctor y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coords.): *Ius Constitutionale Commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*, México D. F., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 458 – 500; p. 303/305.

222 GONGORA MERA, Manuel Eduardo (2014): “La difusión del bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia latinoamericana y su potencial en la construcción del *ius constitutionale commune* latinoamericano” en VON BOGDANDY, Armin; FIX – FIERRO, Héctor y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coords.): *Ius Constitutionale Commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*, México D. F., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 458 – 500; p. 303/305.

223 SAGÜES, Néstor Pedro (2010): Obligaciones internacionales y control de convencionalidad, *Revista del Estudios Constitucionales (CECOCH)* n° 1 (Vol. 8), pp. 117 – 135 (<http://www.estudiosconstitucionales.cl/index.php/econstitucionales/article/view/206/194>) (Fecha de consulta: 25 de noviembre de 2017); p. 119.

224 GARCÍA RAMÍREZ, Sergio (2014): “La “navegación americana” de los derechos humanos: hacia un *ius commune*” en VON BOGDANDY, Armin; FIX – FIERRO, Héctor y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coords.): *Ius Constitutionale Commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*, México D. F., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 459 – 500; p. 490.

ción de los ya mencionados estándares comunes en materia de derechos humanos.²²⁵

Ya hemos mencionado más arriba que, a los fines de erigir este *ius commune*, se ha sostenido la necesidad del tendido de "puentes" entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno, siendo el control de convencionalidad, precisamente, uno de esos puentes.²²⁶

4. ¿Puede considerarse a la Corte Interamericana de Derechos Humanos como un Tribunal Constitucional?

Las implicancias que trae aparejada la idea de la existencia y desarrollo de un *ius constitutionale commune* en la región, justifican plenamente el planteamiento y la profundización de este interrogante. En efecto, si esta idea supone asimilar el sistema interamericano de protección de los derechos humanos a un sistema constitucional, se pensó que, en ese mismo temperamento, cabía la posibilidad de considerar a la Corte Interamericana como un tribunal constitucional, también por vía de analogía.²²⁷

En este sentido, se ha intentado el cotejo escogiendo un criterio funcional, es decir, se pretende llegar a determinar si el Alto Tribunal de la región realiza las tres funciones básicas que se le atribuyen a todo tribunal constitucional, cuales serían la de control de constitucionalidad de las leyes y actos, la de arbitrar en materia de conflictos de competencia entre los órganos de gobierno, y la de fiscalizar el respeto de los derechos fundamentales consagrados en las cartas constitucionales, esta última, de acuerdo a los procedimientos que se prevean en cada ordenamiento estatal.²²⁸

Desde esta perspectiva, en lo que hace al parangón con la función de control de constitucionalidad que ejercen los tribunales constitucionales, se destaca que la Corte Interamericana ha desarrollado una audaz jurisprudencia que la lleva a analizar *in abstracto* la convencionalidad de la norma cuestionada, aun cuando el ejercicio de su competencia contenciosa exija la presencia de una víctima que haya padecido con la aplicación de aquella.²²⁹

Para ilustrar esto, se cita el caso de los precedentes que invariablemente declararon la inconventionalidad, *per se*, de las leyes de amnistía de los delitos de lesa humanidad, poniéndose de relieve que, al actuar así, la Corte se asemeja a un tribunal constitucional, contrastando una ley nacional con los valores supremos del ordenamiento constitucional.²³⁰

225 FERRER MAC GREGOR, Eduardo (2016): "Diálogo judicial y control de convencionalidad: aportaciones de la Corte Interamericana en la construcción de un *ius constitutionale commune* para América Latina (ICCAL)" en FERRER MAC GREGOR, Eduardo (coord.): Derecho procesal constitucional transnacional. Interacción entre el derecho nacional y el derecho internacional, México D. F., México, Porrúa, pp. 277 - 294; p. 278.

226 MORALES ANTONIAZZI, Mariela (2014): "El Estado abierto como objetivo del *ius constitutionale commune*. Aproximación desde el impacto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos" en VON BOGDANDY, Armin; FIX - FIERRO, Héctor y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coords.): *Ius Constitutionale Commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*, México D. F., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 265 - 299; p. 280.

227 BURGORGUE LARSEN, Laurence (2014): "La Corte Interamericana de Derechos Humanos como tribunal constitucional" en VON BOGDANDY, Armin; FIX - FIERRO, Héctor y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coords.): *Ius Constitutionale Commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*, México D. F., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 421 - 457; p. 421.

228 BURGORGUE LARSEN, Laurence (2014): "La Corte Interamericana de Derechos Humanos como tribunal constitucional" en VON BOGDANDY, Armin; FIX - FIERRO, Héctor y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coords.): *Ius Constitutionale Commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*, México D. F., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 421 - 457; p. 422 y 423.

229 BURGORGUE LARSEN, Laurence (2014): "La Corte Interamericana de Derechos Humanos como tribunal constitucional" en VON BOGDANDY, Armin; FIX - FIERRO, Héctor y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coords.): *Ius Constitutionale Commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*, México D. F., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 421 - 457; p. 429

230 BURGORGUE LARSEN, Laurence (2014): "La Corte Interamericana de Derechos Humanos como tribunal constitucional" en VON BOGDANDY, Armin; FIX - FIERRO, Héctor y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coords.): *Ius Constitutionale Commune en América Latina: rasgos, potencialidades y*

No obstante, según el autor citado, el punto de acercamiento más relevante estaría dado por el hecho de que la tarea más importante de la Corte Interamericana “consiste en interpretar y aplicar los derechos fundamentales protegidos por la Convención Americana y los demás tratados bajo su competencia”, siendo esta la función más importante a la hora de establecer la asimilación del Alto Tribunal regional con un tribunal constitucional.²³¹

Así y todo, más allá del análisis de asimilación basado en los cometidos funcionales, resulta importante que, a los efectos de defender la identificación de la Corte Interamericana con un tribunal constitucional, la doctrina especializada pone de relieve que la primera tiene una vocación institucional que se inclina a las grandes definiciones.²³²

Desde este último punto de vista, vale destacar que los autores que se enrojan en la tesis de este apartado, encuentran la semejanza con los tribunales constitucionales en las propias características de la Corte Interamericana, ya que esta es una Corte predominantemente reguladora, en el sentido de que no se concentra en litigios individuales, sino que avanza hacia “definiciones continentales”.²³³ Por ello, se ha dicho que el Alto Tribunal regional ha asumido un papel de “lawmaker”, desarrollando, con su jurisprudencia, “un mecanismo de protección y consolidación de la democracia en los Estados sometidos a su jurisdicción”.²³⁴

5. La *res interpretata* y el *ius commune*

Autorizada doctrina del derecho procesal constitucional transnacional, al analizar los efectos de los pronunciamientos dictados en sede internacional, advierte que las sentencias dictadas por la Corte Interamericana despliegan sus efectos de cosa juzgada internacional en dos dimensiones, una subjetiva y directa, y otra objetiva e indirecta.²³⁵

En el primer caso, se trataría del clásico efecto *inter partes* de las sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada, lo cual, trasladado al ámbito regional, implica que lo resuelto en la sentencia obliga a las partes de la controversia concreta, alcanzando la eventual condena al Estado demandado en el caso sometido al Tribunal. Esta consecuencia está prevista en los artículos 67 y 68.1 de la Convención.²³⁶

En el segundo supuesto, en cambio, estamos ante la denominada eficacia *erga omnes* de la sentencia de la Corte, lo que significa que lo resuelto en aquella vincula a todos los Estados partes de la Convención. De este modo, todos los Estados que forman parte

desafíos, México D. F., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 421 – 457; p. 340.

231 BURGORGUE LARSEN, Laurence (2014): “La Corte Interamericana de Derechos Humanos como tribunal constitucional” en VON BOGDANDY, Armin; FIX – FIERRO, Héctor y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coords.): *Ius ConstitutionaleCommune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*, México D. F., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 421 – 457; p. 441.

232 GARCIA RAMIREZ, Sergio (2014): “La “navegación americana” de los derechos humanos: hacia un *ius commune*” en VON BOGDANDY, Armin; FIX – FIERRO, Héctor y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coords.): *Ius ConstitutionaleCommune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*, México D. F., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 459 – 500; p. 470.

233 GARCIA RAMIREZ, Sergio (2014): “La “navegación americana” de los derechos humanos: hacia un *ius commune*” en VON BOGDANDY, Armin; FIX – FIERRO, Héctor y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coords.): *Ius ConstitutionaleCommune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*, México D. F., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 459 – 500; p. 470.

234 VON BOGDANDY, Armin (2014): “*Ius ConstitutionaleCommuneLatinoamericanum*. Una aclaración conceptual” en VON BOGDANDY, Armin; FIX – FIERRO, Héctor y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coords.): *Ius ConstitutionaleCommune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*, México D. F., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 3 – 23; p. 12.

235 FERRER MAC GREGOR, Eduardo (2013): *Panorámica del derecho procesal constitucional y convencional*. Madrid, España, Marcial Pons; p. 1033.

236 FERRER MAC GREGOR, Eduardo (2013): *Panorámica del derecho procesal constitucional y convencional*. Madrid, España, Marcial Pons; p. 1033 y 1034. El art. 67 del Pacto de San José de Costa Rica establece, en lo que aquí es pertinente, que “El fallo de la Corte será definitivo e inapelable”. El art. 68.1, por su parte, preceptúa lo siguiente: “Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”.

del sistema interamericano de protección de los derechos humanos quedan obligados a aplicar, no sólo las normas del Pacto, sino también las interpretaciones que de estas últimas realiza el Tribunal Interamericano en los casos que le toca fallar.²³⁷

Esto es lo que se denomina eficacia interpretativa de la jurisprudencia interamericana o *res interpretata*, la cual derivaría de los mandatos establecidos en los artículos 1 y 2 de la Convención Americana.²³⁸

En definitiva, se trata de la recepción, por parte de los tribunales nacionales, de los criterios adoptados por la Corte Interamericana para terceros países, y en pleitos que nada tienen que ver con aquel Estado en el que posteriormente se aplican, y resulta que, en este contexto, el carácter vinculante de la jurisprudencia interamericana se vuelve fundamental para la construcción del *ius constitutionale commune americanum*.²³⁹

Ello es así, ya que la base de aquel *ius commune* está en la adopción, por parte de los tribunales nacionales, de los estándares del sistema interamericano, lo cual sucedió, con especial énfasis, en los casos de revisión de las amnistías dictadas para condonar crímenes de lesa humanidad. En vista de esto, se advierte que el fenómeno de la *res interpretata* está indisolublemente ligado al control de convencionalidad, ya que este, precisamente, da impulso a la expansión de aquellos estándares prefijados por la Corte Interamericana, y, con ello, también contribuye a la expansión del derecho constitucional común latinoamericano.²⁴⁰

En este marco, hay autores que consideran auspicioso el hecho de que el carácter vinculante de la jurisprudencia de la Corte Interamericana haya sido reconocido no solo por los tribunales supremos o los tribunales constitucionales, sino también por el resto de los tribunales inferiores de los Estados signatarios. Según esta visión, esto contribuye enormemente al desarrollo del *ius commune*, y convierte, de tal manera, al juez interno en un juez interamericano.²⁴¹

6. Las implicancias del *ius constitutionale commune* latinoamericano en la doctrina del margen de apreciación nacional

El fenómeno del *ius constitutionale commune* en Latinoamérica se enmarca en un proceso político que se fue desarrollando paulatinamente en los países de la región, consistente en una progresiva "constitucionalización de los tratados de derechos humanos".²⁴²

237 FERRER MAC GREGOR, Eduardo (2013): *Panorámica del derecho procesal constitucional y convencional*. Madrid, España, Marcial Pons; p. 1034 y 1038.

238 FERRER MAC GREGOR, Eduardo (2013): *Panorámica del derecho procesal constitucional y convencional*. Madrid, España, Marcial Pons; p. 1044. Los mencionados artículos ya fueron transcritos en la nota n° 5.

239 GARCÍA RAMÍREZ, Sergio (2014): "La "navegación americana" de los derechos humanos: hacia un *ius commune*" en VON BOGDANDY, Armin; FIX – FIERRO, Héctor y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coords.): *Ius Constitutionale Commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*, México D. F., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 459 – 500; p. 478 y 489.

240 MORALES ANTONIAZZI, Mariela (2014): "El Estado abierto como objetivo del *ius constitutionale commune*. Aproximación desde el impacto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos" en VON BOGDANDY, Armin; FIX – FIERRO, Héctor y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coords.): *Ius Constitutionale Commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*, México D. F., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 265 – 299; p. 283, 288 y 291.

241 GARCÍA RAMÍREZ, Sergio (2014): "La "navegación americana" de los derechos humanos: hacia un *ius commune*" en VON BOGDANDY, Armin; FIX – FIERRO, Héctor y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coords.): *Ius Constitutionale Commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*, México D. F., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 459 – 500; p. 489 y 491.

242 GONGORA MERA, Manuel Eduardo (2014): "La difusión del bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia latinoamericana y su potencial en la construcción del *ius constitutionale commune* latinoamericano" en VON BOGDANDY, Armin; FIX – FIERRO, Héctor y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coords.): *Ius Constitutionale Commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*, México D. F., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 458 – 500; p. 325.

Todo ello decantó en una teoría que postula, en apretada síntesis, que la Convención Americana sobre Derechos Humanos sería la Constitución latinoamericana,²⁴³ a la que se sumarían varios protocolos y convenciones especiales del sistema interamericano, a más de la jurisprudencia interpretativa de la Corte Interamericana,²⁴⁴ en una suerte de “bloque de convencionalidad”.²⁴⁵

Esta idea novedosa trascendió, incluso, el ámbito académico, al punto que uno de los más destacados magistrados del Alto Tribunal regional afirmó, en uno de sus votos razonados, que en nuestra América se “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”.²⁴⁶

De este modo, se puede observar que el análisis de esta nueva teoría resulta trascendente para el estudio de la doctrina del margen de apreciación nacional, por cuanto la pretensión de uniformidad que trae aparejada la tesis de un derecho constitucional común para todo la región, debería echar por tierra la posibilidad de conceder algún espacio de discrecionalidad a las autoridades nacionales para formular sus propios entendimientos acerca de los parámetros contenidos en los tratados del sistema interamericano de protección de los derechos humanos.

Esto último es así, ya que no solo nos encontraríamos con un *corpus* positivo de nivel regional, sino que, además, la propia interpretación relevante de aquel sería la establecida por la Corte Interamericana (*res interpretata*), lo que llevaría a la conclusión de que tanto la Constitución “formal” americana, como la “material”, estarían forjadas en sede interamericana.

No obstante, como en todo esquema teórico (relativamente) incipiente, hay aspectos del *Ius commune* que no han sido suficientemente precisados, y un repaso algo minucioso de lo que se ha dicho y especulado al respecto, demuestra que no hay un acuerdo acabado acerca de la extensión y de los caracteres básicos del nuevo fenómeno, y que, tal vez, sea demasiado pronto para poder hablar de la existencia de una “Constitución” o de un “derecho constitucional” americanos.

En este sentido, se ha visto, líneas más arriba, que hay institutos o conceptos que son muy apreciados por los sostenedores de la teoría del derecho constitucional común interamericano, siendo uno de ellos el control de convencionalidad. Este último podría ser, quizás, el más importante, ya que conduciría a “una visión homogénea en materia de derechos fundamentales”,²⁴⁷ y, de ese modo, se concretaría la “unificación nacional en la

243 MORALES ANTONIAZZI, Mariela (2014): “El Estado abierto como objetivo del *Ius Constitutionale Commune*. Aproximación desde el impacto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” en VON BOGDANDY, Armin; FIX – FIERRO, Héctor y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coords.): *Ius Constitutionale Commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*, México D. F., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 265 – 299; p. 277 y 278.

244 GARCÍA RAMÍREZ, Sergio (2014): “La “navegación americana” de los derechos humanos: hacia un *Ius commune*” en VON BOGDANDY, Armin; FIX – FIERRO, Héctor y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coords.): *Ius Constitutionale Commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*, México D. F., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 459 – 500; p. 467 y 468.

245 BURGORGUE LARSEN, Laurence (2014): “La Corte Interamericana de Derechos Humanos como tribunal constitucional” en VON BOGDANDY, Armin; FIX – FIERRO, Héctor y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coords.): *Ius Constitutionale Commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*, México D. F., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 421 – 457; p. 441.

246 Corte Interamericana de Derechos Humanos: *Gelman vs. Uruguay*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia (20 de marzo de 2013) (https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/gelman_20_03_13.pdf) (Fecha de consulta: 15 de octubre de 2017). Voto razonado del Juez Ferrer Mac Gregor, párr. 100.

247 SAGÜES, Néstor Pedro (2010): Obligaciones internacionales y control de convencionalidad, *Revista del Estudios Constitucionales (CECOCH)* n° 1 (Vol. 8), pp. 117 – 135 (<http://www.estudiosconstitucionales.cl/index.php/econstitucionales/article/view/206/194>) (Fecha de consulta: 25 de noviembre de 2017); p. 119.

interpretación".²⁴⁸

Sin embargo, hay quienes vinculan al control de convencionalidad con la noción de "diálogo jurisprudencial" y de "pluralismo normativo", y concluyen, así, en que el primero no puede ser visto como una herramienta que busque imponer a los países del sistema una visión homogénea en materia de derechos humanos. Como corolario de este punto de vista, los Estados del sistema conservarían la potestad de establecer criterios más protectores que los previstos en el *corpus iuris* interamericano, convirtiéndose este último en un derecho de mínimos.²⁴⁹

Otro disenso de relevancia puede encontrarse en torno a otro de los conceptos basales del *ius commune americanum*, como el del diálogo jurisprudencial.

En efecto, una tesis coherente con la idea de un derecho constitucional común americano, tal como fue sintetizada líneas más arriba, es la que plantea Sagüés, para quien las Cortes Supremas de los Estados partes del sistema habrían dejado de ser "supremas", al menos en lo que hace a los asuntos del derecho internacional de los derechos humanos. En este esquema, la jurisdicción interamericana tendría primacía y estaría por encima de la jurisdicción doméstica, siguiéndose de este orden de jerarquía que la primera tiene la potestad de invalidar las decisiones de la segunda.²⁵⁰

Sin embargo, desde el prisma conceptual del diálogo entre jurisdicciones, ya no habría "últimas palabras", lo que significa que, del mismo modo en que la Corte Interamericana puede controlar lo decidido por un tribunal supremo doméstico, también este podría rechazar un fallo de aquella o negarse a su implementación.²⁵¹

Algo similar ocurre, a su vez, con el concepto de pluralismo normativo, considerado también esencial para la teoría del *ius constitutionale commune* latinoamericano. Para entender esta otra paradoja, cabe anticipar que la teoría explicativa de las relaciones entre el derecho nacional y el derecho internacional que sirve de apoyo a la recién mencionada tesis de Sagüés sobre la primacía de la jurisdicción interamericana, no puede ser otra que la del monismo internacionalista.²⁵²

No obstante, se ha señalado que en el ámbito del *ius commune* latinoamericano, las mentadas relaciones entre el derecho interno y el internacional no se expliquen en los términos de la clásica oposición entre dualismo y monismo, sino que se abordan desde la nueva tesis del pluralismo jurídico.²⁵³

248 GARCÍA RAMÍREZ, Sergio (2014): "La "navegación americana" de los derechos humanos: hacia un *ius commune*" en VON BOGDANDY, Armin; FIX – FIERRO, Héctor y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coords.): *Ius Constitutionale Commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*, México D. F., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 459 – 500; p. 490.

249 FERRER MAC GREGOR, Eduardo (2016): "Diálogo judicial y control de convencionalidad: aportaciones de la Corte Interamericana en la construcción de un *ius constitutionale commune* para América Latina (ICCAL)" en FERRER MAC GREGOR, Eduardo (coord.): *Derecho procesal constitucional transnacional. Interacción entre el derecho nacional y el derecho internacional*, México D. F., México, Porrúa, pp. 277 – 294; p. 293 y 294.

250 SAGÜES, Néstor Pedro (2006): *La interpretación judicial de la Constitución* (2da. ed.), Buenos Aires, Argentina, Lexis Nexis; p. 227.

251 VON BOGDANDY, Armin (2014): "Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum. Una aclaración conceptual" en VON BOGDANDY, Armin; FIX – FIERRO, Héctor y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coords.): *Ius Constitutionale Commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*, México D. F., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 3 – 23; p. 14 y 15.

252 SAGÜES, Néstor Pedro (2006): *La interpretación judicial de la Constitución* (2da. ed.), Buenos Aires, Argentina, Lexis Nexis; p. 227.

253 GONZÁLEZ DOMÍNGUEZ, Pablo (2016): "El control de convencionalidad en el marco de la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional" en FERRER MAC GREGOR, Eduardo (coord.): *Derecho procesal constitucional transnacional. Interacción entre el derecho nacional y el derecho internacional*, México D. F., México, Porrúa, pp. 185 – 202; p. 201.

Como pudo verse en otra parte del presente capítulo, el pluralismo supone una coexistencia entre la Constitución Nacional y el sistema interamericano de protección de los derechos humanos signada por la ausencia de relaciones jerárquicas entre ellos.²⁵⁴ De tal manera, esta nueva herramienta conceptual, por un lado destaca la interacción entre el ordenamiento nacional y el internacional, y, por el otro, reconoce que las autoridades nacionales tienen cierta libertad para decidir cómo se “acoplarán” ambos.²⁵⁵

Así, la flexibilidad propia de la teoría del pluralismo termina por influir en el alcance de la noción del control de convencionalidad, ya que, si bien se reconoce que este último impone obligaciones que los Estados deben cumplir, también se concibe que estos tengan libertad para fijar el grado de intensidad con el que operará el mentado control en el ámbito doméstico.²⁵⁶

También el instituto de la eficacia erga omnes de las sentencias de la Corte Interamericana o *res interpretata* ha sido considerado sumamente trascendente para el avance y desarrollo del *ius constitutionale commune*, e igualmente puede verse que han surgido diferencias en cuanto a las fronteras conceptuales de este concepto.

El fenómeno de la *res interpretata* ya ha sido abordado líneas arriba, bastando ahora recordar que, en su virtud, todos los Estados del sistema interamericano están obligados no sólo por el texto del Pacto, sino también por las interpretaciones que de él haga la Corte Interamericana en los casos que resuelva, independientemente de quiénes hayan revestido la calidad de partes en los últimos.

Sin embargo, aun cuando la mayor parte de la doctrina especializada podría suscribir esta noción inicial, pueden encontrarse tesis que plantean límites al alcance amplio que parece desprenderse de ella. Aquí reseñaremos dos de esas posturas.

Una propone que la señalada eficacia *erga omnes* de las sentencias del Alto Tribunal regional sólo se activaría cuando aquel realice interpretaciones “esencialistas” o “definicionales”, es decir, que resuelvan sobre “lo fundamental”, mientras que, si se tratare de “interpretaciones contingentes”, que atienden a las particularidades del caso, estas valdrían solamente para el caso en que fueron dictadas.²⁵⁷

La otra postura, al establecer el alcance de la doctrina de la “cosa interpretada”, termina por construir una nueva noción de ella, ya que, desde esta visión, se reduciría a una regla de mínimos o “estándar mínimo regional”, en tanto las autoridades nacionales de los Estados Partes podrían apartarse del criterio interpretativo del Tribunal de San José, siempre

254 MORALES ANTONIAZZI, Mariela (2014): “El Estado abierto como objetivo del *ius constitutionale commune*. Aproximación desde el impacto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” en VON BOGDANDY, Armin; FIX – FIERRO, Héctor y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coords.): *Ius Constitutionale Commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*, México D. F., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 265 – 299; p. 275.

255 GONZALEZ DOMINGUEZ, Pablo (2016): “El control de convencionalidad en el marco de la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional” en FERRER MAC GREGOR, Eduardo (coord.): *Derecho procesal constitucional transnacional. Interacción entre el derecho nacional y el derecho internacional*, México D. F., México, Porrúa, pp. 185 – 202; p. 201.

256 GONZALEZ DOMINGUEZ, Pablo (2016): “El control de convencionalidad en el marco de la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional” en FERRER MAC GREGOR, Eduardo (coord.): *Derecho procesal constitucional transnacional. Interacción entre el derecho nacional y el derecho internacional*, México D. F., México, Porrúa, pp. 185 – 202; p. 202.

257 SAGÜES, Néstor Pedro (2010): *Obligaciones internacionales y control de convencionalidad*, Revista del Estudios Constitucionales (CECOCH) n° 1 (Vol. 8), pp. 117 – 135 (<http://www.estudiosconstitucionales.cl/index.php/econstitucionales/article/view/206/194>) (Fecha de consulta: 25 de noviembre de 2017); p. 126.

que lo hagan para dar lugar a una interpretación más favorable del derecho en cuestión.²⁵⁸

Con todo, quizás el aspecto de la nueva doctrina del *ius constitutionale commune* que presenta más dudas sea el institucional, y ponemos aquí el acento, por cuanto, como se expuso supra, algunos autores han avanzado en la exposición de una especie de nueva institucionalidad americana, al asimilar a la Corte de San José con un tribunal constitucional.

En este sentido, como pudo verse, uno de los objetivos que persigue aquel *ius commune* es "lograr instituciones internacionales fuertes, eficientes y legítimas", en el entendimiento de que los principios fundamentales del nuevo derecho público necesitan, para su mejor desarrollo, de instituciones situadas más allá del Estado.²⁵⁹

No obstante, no se las concibe como las instituciones de un "Estado en formación", en tanto los defensores del *ius constitutionale commune* no están pensando en la idea de un "Estado global" o "regional". La diversidad y la complejidad del continente no permiten proyectar semejante empresa y, además, nadie considera que el Estado nacional deba desaparecer.²⁶⁰

Dentro de este esquema, la tesis que le reserva a la Corte Interamericana el estatus institucional de un tribunal constitucional, guardián de la Constitución Latinoamericana, que sería el Pacto de San José de Costa Rica, no puede ser aceptada sin reparos. Mucho menos si se tiene en cuenta la realidad europea y el análisis que de ella hacen los doctri- narios que estudian el sistema de protección del viejo continente.

En efecto, García Roca ha entendido que las similitudes entre un tribunal constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos es grande, mas advierte que sería un error confundirlos.²⁶¹

No escapa a la consideración de este autor que el Tribunal Europeo no es un tribunal internacional más, y que estaría en algún punto entre estos últimos y el tribunal constitucional que no alcanza a ser. Ello así, ya que, al realizar interpretaciones constitucionales, ponderar derechos e intereses en conflicto, y construir, de ese modo, las "subnormas" que se suman a las del Convenio, estaría actuando, de hecho, como un tribunal constitucional.²⁶²

No obstante, la naturaleza de su jurisdicción, el reducido arsenal de instrumentos procesales de que dispone y, fundamentalmente, el hecho de que opera bajo la lógica del principio de subsidiariedad, hacen que el Tribunal de Estrasburgo no pueda ser considerado, sin más, como el tribunal constitucional de Europa.²⁶³

258 FERRER MAC GREGOR, Eduardo (2013): *Panorámica del derecho procesal constitucional y convencional*. Madrid, España, Marcial Pons; p. 1043.

259 VON BOGDANDY, Armin (2014): "Ius ConstitutionaleCommuneLatinoamericanum. Una aclaración conceptual" en VON BOGDANDY, Armin; FIX – FIERRO, Héctor y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coords.): *Ius ConstitutionaleCommune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*, México D. F., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 3 – 23; p. 11.

260 VON BOGDANDY, Armin (2014): "Ius ConstitutionaleCommuneLatinoamericanum. Una aclaración conceptual" en VON BOGDANDY, Armin; FIX – FIERRO, Héctor y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coords.): *Ius ConstitutionaleCommune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*, México D. F., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 3 – 23; p. 12.

261 GARCIA ROCA, Javier (2010): *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*. Cizur Menor (Navarra), España, Thomson Reuters; p. 238.

262 GARCIA ROCA, Javier (2010): *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*. Cizur Menor (Navarra), España, Thomson Reuters; p. 238, 239 y 249.

263 GARCIA ROCA, Javier (2010): *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e*

Y si esto es así para el sistema europeo, otro tanto puede predicarse del sistema interamericano, debido a las similitudes estructurales que existen entre ambos, con lo que, en última instancia, siguen en pie los interrogantes que nacen en torno a las pretensiones de una nueva institucionalidad latinoamericana, llevada al extremo de equiparar al tribunal americano con un tribunal constitucional regional.

Así y todo, y retomando la tesis inicial, lo importante de todo esto es que, tomadas en conjunto las objeciones que se han mencionado, se llega a un punto en el que el paso siguiente es, obligadamente, poner en duda, cuanto menos, el propio aserto de la existencia de un *ius constitutionale commune americanum*. Es que en Europa, en donde el proceso de construcción del sistema de protección de los derechos humanos comenzó mucho antes que en América, se sigue advirtiendo que el Convenio Europeo de Derechos Humanos “no es un único código para una inexistente nación europea”.²⁶⁴

De más está decir que el mencionado Convenio Europeo no es un tratado internacional más, ya que tiene el espíritu de una declaración constitucional de derechos y, como tal, su desarrollo, en la actualidad, responde más a principios y criterios de interpretación constitucional que a los tradicionales criterios receptados en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. De todos modos, la doctrina europea deja en claro que de ningún modo estaríamos ante una auténtica Constitución, debido a que el Convenio Europeo, fundamentalmente, carece de supremacía formal y material.²⁶⁵

Estas mismas consideraciones han tenido repercusión, también, en nuestro continente, y han llevado a destacada doctrina al convencimiento de que, en América Latina, “pensar en un *ius constitutionale commune* no pasa de ser una ilusión y en todo caso un desiderátum”. En efecto, desde este punto de vista, la ausencia de un texto que pueda catalogarse de Constitución regional y la carencia de realidades y aspiraciones comunes, demuestran que Latinoamérica adolece de “una matriz constitucional común”.²⁶⁶

En sentido muy similar, García Roca opina que la Alta Corte de Estrasburgo no alcanza a ser un tribunal constitucional europeo, precisamente porque “no existe un Estado ni una Constitución ni un pueblo europeos”.²⁶⁷

Como corolario, pues, de lo anterior, en América Latina, al igual que en Europa, resulta problemática la afirmación de la existencia de un *ius constitutionale commune*, a menos que se termine por reducir esta expresión, como lo ha hecho destacada doctrina, a un punto tal que se la identifique con un derecho de mínimos en materia de derechos humanos.²⁶⁸

integración. Cizur Menor (Navarra), España, Thomson Reuters; p. 217 y 238.

264 GARCÍA ROCA, Javier (2007): La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración, Teoría y realidad constitucional n° 20, pp. 117 - 143 (<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/181640>) (fecha de consulta: 26 de noviembre de 2017); p. 134.

265 GARCÍA ROCA, Javier (2007): La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración, Teoría y realidad constitucional n° 20, pp. 117 - 143 (<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/181640>) (fecha de consulta: 26 de noviembre de 2017); p. 129; y GARCÍA ROCA, Javier (2010): El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración. Cizur Menor (Navarra), España, Thomson Reuters; p. 216 y 240.

266 GARCÍA BELAUNDE, Domingo (2016): “El control de convencionalidad y sus problemas” en FERRER MAC GREGOR, Eduardo (coord.): Derecho procesal constitucional transnacional. Interacción entre el derecho nacional y el derecho internacional, México D. F., México, Porrúa, pp. 151 - 184; p. 165.

267 GARCÍA ROCA, Javier (2010): El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración. Cizur Menor (Navarra), España, Thomson Reuters; p. 240.

268 FERRER MAC GREGOR, Eduardo (2016): “Diálogo judicial y control de convencionalidad: aportaciones de la Corte Interamericana en la construcción de un *ius constitutionale commune* para América Latina (ICCAL)” en FERRER MAC GREGOR, Eduardo (coord.): Derecho procesal constitucional

En definitiva, de una u otra forma, el resultado es el mismo, ya que las enunciaciones de principios contenidas en la Convención Americana y en el resto de los instrumentos del sistema interamericano deberán ser completadas por las autoridades nacionales, quienes deberán desarrollar la correspondiente disciplina reglamentaria.

En este contexto, fácil es advertir que, independientemente de que se siga usando o no la noción del *ius constitutionale commune*, el margen de apreciación nacional de los Estados americanos seguirá vigente, y su expansión o retracción, al igual que como ha sido hasta ahora, dependerá del ámbito en que se ejerza y de las circunstancias económicas, políticas, sociales, etc., comprometidas en el caso.

V. Conclusiones

La doctrina del margen de apreciación nacional, que puede entenderse como aquel espacio de discreción que los tribunales de los sistemas regionales de protección de los derechos humanos reconocen a las autoridades nacionales para la disciplina de los derechos contenidos en el Convenio de que se trate, se nos presenta como la otra cara de la moneda del control de convencionalidad.

Ello así, ya que la tendencia a la construcción de estándares regionales que surge a partir de este último instituto y de su emergente, la *res interpretata*, resulta contrarrestada, en cierto modo, por el reconocimiento de la diversidad que implica la invocación de aquella doctrina.

No obstante, lo difuso de la teoría del margen de apreciación y lo impreciso de sus contornos, llevan a que haya cosechado críticas desde sectores de la doctrina y de la jurisprudencia, ya que se teme que su uso indiscriminado pueda poner en peligro la esencia misma de los derechos reconocidos en el instrumento internacional de que se trate.

Así y todo, aun las posturas más refractarias a su admisión, terminan por reconocer que se trata de una institución necesaria, en atención a la evidente falta de consenso acerca del contenido de ciertos derechos fundamentales y de la forma de solucionar los conflictos interpretativos que ello genera. En definitiva, incluso quienes se han mostrado como sus críticos más acérrimos, admiten que la doctrina del margen forzosamente aparece ante la apuntada diversidad en la región.

En este derrotero, la jurisprudencia interamericana, si bien la ha aplicado, no ha cesado de advertir que esta polémica doctrina tiene unos límites muy estrictos, destacándose, entre ellos, el principio de proporcionalidad.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por su parte, ha hecho un uso mucho más prolífico de aquella, en vista de las profundas diferencias culturales que existen entre las naciones del Viejo Continente.

En esta parte del mundo, sin embargo, una incipiente tendencia política, con su correlato teórico jurídico, parecería poner coto al margen de apreciación de las naciones americanas. Así, la afirmación de la gestación de un derecho constitucional común latinoamericano, implicaría la expansión del control de convencionalidad y el fortalecimiento de sus tendencias uniformantes.

Esto último implicaría, forzosamente, una reducción, o incluso, quizás, la desaparición del espacio de discreción de las autoridades nacionales para la configuración de las estructuras reglamentarias de los derechos convencionales.

Mas esta entelequia de un derecho constitucional común para América Latina, no pasa de ser una aspiración que no ha conseguido, hasta el momento, una efectiva concreción en la realidad. Serias razones militan en favor de esta última advertencia, tanto políticas como jurídicas, ya que, entre las primeras, se cuenta la ausencia de una matriz cultural común, y, entre las segundas, se ha dado la mayor relevancia al hecho de que la Convención Americana sobre Derechos Humanos no puede ser asimilada a un texto constitucional, como así tampoco podría identificarse a la Corte Interamericana con un tribunal constitucional.

Siendo esto así, la doctrina del margen de apreciación nacional va a seguir teniendo reservado un papel relevante en el contexto del control de convencionalidad ejercido por el Tribunal de San José, y su mayor o menor extensión dependerá, como hasta ahora y como siempre, de la naturaleza del derecho en cuestión y de las circunstancias de cada caso.

BIBLIOGRAFÍA

- ARANGO, Rodolfo (2014): "Fundamentos del *ius constitutionale commune* en América Latina: Derechos fundamentales, democracia y justicia constitucional" en VON BOGDANDY, Armin; FIX – FIERRO, Héctor y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coords.): *Ius Constitutionale Commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*, México D. F., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 25 – 36.
- BARBOSA DELGADO, Francisco Roberto (2011): Los límites a la doctrina del margen nacional de apreciación en el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: intervención judicial en torno a ciertos derechos de las minorías étnicas y culturales, *Revista Derecho del Estado* n° 26, pp. 107 – 135 (<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/283249>) (fecha de consulta: 28 de diciembre de 2017).
- BARBOSA DELGADO, Francisco Roberto (2013): "El margen nacional de apreciación en el derecho internacional de los derechos humanos: entre el Estado de derecho y la sociedad democrática", en FERRER MAC GREGOR, Eduardo y HERRERA GARCIA, Alfonso (coords.): *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, México D. F., México, Tirant lo Blanch, pp. 1089 – 1117.
- BENAVIDES CASALS, María Angelica (2009): El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos, *Ius et Praxis* n° 1 (Año 15), pp. 295 – 310 (<http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v15n1/art09.pdf>) (fecha de consulta: 05 de enero de 2018)
- BURGORGUE LARSEN, Laurence (2014): "La Corte Interamericana de Derechos Humanos como tribunal constitucional" en VON BOGDANDY, Armin; FIX – FIERRO, Héctor y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coords.): *Ius Constitutionale Commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*, México D. F., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 421 – 457.
- CERNA, Christina Mónica (1995): "La universalidad de los derechos humanos y la diversidad cultural: la realización de los derechos humanos en diferentes contextos sociocul-

- turales" en CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto y GONZALEZ VOLIO, Lorena (comps.): Estudios Básicos de Derechos Humanos (vol. 2), San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos - Fundación Mc Arthur - García Hnos., pp. 377 - 396.
- FAUNDEZ LEDESMA, Héctor (2004): El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales (3ra. ed.). San José, Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
 - FERRER MAC GREGOR, Eduardo (2013): Panorámica del derecho procesal constitucional y convencional. Madrid, España, Marcial Pons.
 - FERRER MAC GREGOR, Eduardo (2016): "Diálogo judicial y control de convencionalidad: aportaciones de la Corte Interamericana en la construcción de un ius constitutionale commune para América Latina (ICCAL)" en FERRER MAC GREGOR, Eduardo (coord.): Derecho procesal constitucional transnacional. Interacción entre el derecho nacional y el derecho internacional, México D. F., México, Porrúa, pp. 277 - 294.
 - GARCIA BELAUNDE, Domingo (2016): "El control de convencionalidad y sus problemas" en FERRER MAC GREGOR, Eduardo (coord.): Derecho procesal constitucional transnacional. Interacción entre el derecho nacional y el derecho internacional, México D. F., México, Porrúa, pp. 151 - 184.
 - GARCIA RAMIREZ, Sergio (2014): "La "navegación americana" de los derechos humanos: hacia un ius commune" en VON BOGDANDY, Armin; FIX - FIERRO, Héctor y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coords.): Ius Constitutionale Commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos, México D. F., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 459 - 500.
 - GARCIA ROCA, Javier (2007): La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración, Teoría y realidad constitucional n° 20, pp. 117 - 143 (<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/181640>) (fecha de consulta: 26 de noviembre de 2017)
 - GARCIA ROCA, Javier (2010): El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración. Cizur Menor (Navarra), España, Thomson Reuters
 - GONGORA MERA, Manuel Eduardo (2014): "La difusión del bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia latinoamericana y su potencial en la construcción del ius constitutionale commune latinoamericano" en VON BOGDANDY, Armin; FIX - FIERRO, Héctor y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coords.): Ius Constitutionale Commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos, México D. F., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 458 - 500.
 - GONZALEZ DOMINGUEZ, Pablo (2016): "El control de convencionalidad en el marco de la relación entre el derecho internacional y el derecho nacional" en FERRER MAC GREGOR, Eduardo (coord.): Derecho procesal constitucional transnacional. Interacción entre el derecho nacional y el derecho internacional, México D. F., México, Porrúa, pp. 185 - 202.
 - JIMENEZ, Eduardo Pablo (2017): "Acerca de las "normativas interconectadas" y la actuación del denominado "margen de apreciación nacional"" en GOZAINI, Osvaldo Alfredo (dir.): Problemas de interpretación en el control constitucional y de convencionalidad. Derechos y garantías, Buenos Aires, Argentina, Ediar, pp. 91 - 122.
 - MARTINEZ ZORRILLA, David (2010): Metodología jurídica y argumentación, Madrid, España, Marcial Pons
 - MIDON, Mario Antonio Roque (2016): Control de convencionalidad, Buenos Aires, Argentina, Astrea
 - MORALES ANTONIAZZI, Mariela (2014): "El Estado abierto como objetivo del ius constitutionale commune. Aproximación desde el impacto de la Corte Interamericana de

Derechos Humanos” en VON BOGDANDY, Armin; FIX – FIERRO, Héctor y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coords.): *Ius Constitutionale Commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*, México D. F., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 265 – 299.

• NUÑEZ POBLETE, Manuel (2012): “Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional. La experiencia latinoamericana confrontada y el thelos constitucional de una técnica de adjudicación del derecho internacional de los derechos humanos” en NUÑEZ POBLETE, Manuel y ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea (coords.): *El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos: proyecciones regionales y nacionales*, México D. F., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 3 – 49.

• PIOVESAN, Flavia (2014): “Ius constitutionale commune latinoamericano en derechos humanos e impacto del sistema interamericano: rasgos, potencialidades y desafíos” en VON BOGDANDY, Armin; FIX – FIERRO, Héctor y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coords.): *Ius Constitutionale Commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*, México D. F., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 61 – 81.

• SAGÜES, Néstor Pedro (2003): *Las relaciones entre los tribunales internacionales y los tribunales nacionales en materia de derechos humanos. Experiencias en Latinoamérica*, *Ius et Praxis* n° 1 (Año 9), pp. 205 – 221 (<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19790111>) (fecha de consulta: 10 de enero de 2018)

• SAGÜES, Néstor Pedro (2006): *La interpretación judicial de la Constitución* (2da. ed.), Buenos Aires, Argentina, Lexis Nexis

• SAGÜES, Néstor Pedro (2010): *Obligaciones internacionales y control de convencionalidad*, *Revista del Estudios Constitucionales (CECOCH)* n° 1 (Vol. 8), pp. 117 – 135 (<http://www.estudiosconstitucionales.cl/index.php/econstitucionales/article/view/206/194>) (Fecha de consulta: 25 de noviembre de 2017)

• SALAZAR UGARTE, Pedro (2014): “La disputa por los derechos y el ius constitutionale commune” en VON BOGDANDY, Armin; FIX – FIERRO, Héctor y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coords.): *Ius Constitutionale Commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*, México D. F., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 37 – 59.

• VON BOGDANDY, Armin (2014): “Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum. Una aclaración conceptual” en VON BOGDANDY, Armin; FIX – FIERRO, Héctor y MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coords.): *Ius Constitutionale Commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*, México D. F., México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, pp. 3 – 23.

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES:

Jurisprudencia interamericana:

• Corte Interamericana de Derechos Humanos: Opinión Consultiva 4/84: Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización (19 de febrero de 1984) (https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_04_esp.pdf) (Fecha de consulta: 25 de noviembre de 2017)

• Corte Interamericana de Derechos Humanos: Opinión Consultiva 8/87: El habeas corpus bajo suspensión de garantías (Arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos) (30 de enero de 1987) (https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_08_esp.pdf) (Fecha de consulta: 25 de noviembre de 2017)

• Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Informe N° 30/93, Caso 10.804. Ríos Montt, José E. vs. Guatemala (12 de octubre de 1993) (<http://www.cidh.oas.org/annualrep/93span/cap.III.guatemala10.804.htm>) (Fecha de consulta: 13 de diciembre de 2017)

• Corte Interamericana de Derechos Humanos: Olmedo Bustos y otros (“La última tenta-

ción de Cristo") vs. Chile. Fondo, reparaciones y costas (05 de febrero de 2001) (https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_73_esp.pdf) (Fecha de consulta: 26 de noviembre de 2017)

- Corte Interamericana de Derechos Humanos: Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas (02 de julio de 2004) (https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf) (Fecha de consulta: 06 de enero de 2018)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos: Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas (06 de agosto de 2008) (https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_184_esp.pdf) (Fecha de consulta: 01 de enero de 2018)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos: Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina. Fondo, reparaciones y costas (29 de noviembre de 2011) (https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_238_esp.pdf) (Fecha de consulta: 07 de enero de 2018)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos: Atala Riffo y niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas (24 de febrero de 2012) (https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf) (Fecha de consulta: 22 de diciembre de 2017)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos: Gelman vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia (20 de marzo de 2013) (https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/gelman_20_03_13.pdf) (Fecha de consulta: 15 de octubre de 2017)

Jurisprudencia nacional:

- Corte Suprema de Justicia de la Nación: Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso "Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina" por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Fallos 340:47) (14 de febrero de 2017) (<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7357162&cache=1619221610950>) (Fecha de consulta: 21 de agosto de 2017)

LAS SENTENCIAS EXHORTATIVAS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN A LA LUZ DEL DERECHO DE EJECUCION DE SENTENCIAS

THE EXHORTATIVE SENTENCES OF THE ARGENTINEAN SUPREME COURT OF JUSTICE IN THE LIGHT OF THE RIGHT TO EXECUTE JUDGMENTS

Cynthia Belén CONTRERAS¹

RESUMEN:

Las sentencias exhortativas de la Corte Suprema de Justicia de la Nación son un instituto jurídico de reciente y novedosa aparición en nuestro sistema argentino de derecho. Entre los años 2005 a 2012, la Corte Argentina, llegó el punto más álgido en lo que respecta a la producción y dictado de este tipo de sentencias atípicas, sobre todo en casos complejos y de trascendencia pública e institucional que involucraban a su vez derechos fundamentales. Nuestro país, está dando los primeros pasos en lo que respecta al dictado de sentencias exhortativas y en el camino se ha topado con algunos obstáculos al momento de la ejecución de sentencia. Este trabajo propone la identificación y descripción de dichas dificultades con las que deben lidiar los operadores jurídicos, víctimas y actores a los fines de hacer realidad los derechos declarados en las sentencias exhortativas de la Corte

ABSTRACT

The exhortative sentences of the Supreme Court of Justice are a legal institute of recent and novel appearance in our Argentine system of law. From 2005 to 2012, the Argentine Supreme Court reached to the highest point with regard to the production and delivery of this type of atypical sentences, especially in complex cases of public and institutional transcendence which involved fundamental rights. Our country is taking the first steps regarding the issuance of exhortative sentences and along the way it appears some obstacles at the time of the execution of the sentences. This work proposes the identification and description of the difficulties with which legal operators, victims and actors must deal with in order to make the rights declared in the Court's exhortative judgments a reality.

¹ Abogada, Magister en Derecho y Argumentación (UNC), Especialista en Derecho Procesal Constitucional (UBP), Investigadora (SECYT), El presente trabajo se adscribe al desarrollo de la tesis Las sentencias exhortativas de la corte suprema de justicia de la nación a la luz del derecho de ejecución de sentencias, presentada y aprobada, para la obtención del título de especialista de la Especialización en Derecho Procesal Constitucional (UBP). Correo: cynthicontreras@yahoo.com.ar.

PALABRAS CLAVE: Control Judicial de Constitucionalidad- Constitucionalismo dialógico- Sentencias exhortativas- Sentencias atípicas- Derecho de ejecución de sentencias- Tutela judicial efectiva.

KEY WORDS: Judicial Review- Dialogical constitutionalism- Exhortative sentences- Atypical sentences- Right to execute judgements - Effective judicial protection.

I. Introducción

Actualmente, el control de constitucionalidad se alza en Argentina como la forma casi incuestionada en que los derechos de las minorías son puestos a salvo de la mano tiránica de las mayorías. Algunos autores sostienen que, bajo el argumento de equilibrar una balanza de desigualdades sociales y estructurales, se ha desequilibrado la balanza de la división "madisoniana"² de poderes y se ha dotado de poder, en general, a la rama menos democrática y propensa a rendir cuentas: los Jueces (GARGARELLA, 2011). Asimismo, observamos que son los Jueces, quienes ante el caso judicial concreto y complejo "deben" tomar decisiones que trascienden lo estrictamente jurídico e inciden en las políticas públicas. Se evidencia de este modo, un problema que no sería atribuible en primera instancia a los tribunales, pero sí a quienes se encuentran encargados de los diseños institucionales y de las relaciones de poder que de estos surgen. Sale a la luz, que ante la "inacción o letargo" de los demás poderes del Estado, los Jueces se ven obligados a sentenciar -por ejemplo, a través de sentencias atípicas- "más allá" de sus atribuciones y funciones clásicas, adentrándose y resolviendo acerca de temas políticos, sociales y económicos-activismo judicial-.

En el presente trabajo nos centraremos en las dificultades que enfrentan los Tribunales y los operadores jurídicos en general al momento de hacer efectivas las sentencias exhortativas a través del derecho de ejecución. El eje central del problema abordado, obedece a fundamentos y razones, que se relacionan principalmente con el control de constitucionalidad, que es el mecanismo y la función que se ejerce para tutelar y mantener la supremacía de la Constitución (SAGÜES, 2011). Es de resaltar que nuestro país, ha adoptado el control de constitucionalidad jurisdiccional difuso gestado en Estados Unidos, pero con ciertas particularidades y regionalismos propios.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, se ha expedido en el período del 2005 al 2012 a través de sentencias constitucionales³ y estas en los últimos tiempos, han adoptado estructuras distintas a la binaria clásica. Son las sentencias atípicas de la Corte - que escapan de la clasificación clásica-, las que, al no encontrarse suficientemente reguladas en nuestro derecho, generan ciertas incertidumbres al momento de su ejecución, enfrentándose a dificultades políticas y procedimentales. Estas nuevas herramientas jurídicas de la Corte, y en específico la sentencia exhortativa -que debilita el sistema de revisión judicial fuerte-, establece nuevas formas de relacionarse entre los poderes y la sociedad civil. En general, este tipo de sentencias dialógicas -medidas judiciales "débiles"-, causan

2 Este término, hace referencia a James Madison, quien fue un político estadounidense, teórico político, el cuarto presidente de los Estados Unidos, y considerado uno de los más influyentes de los "Padres fundadores" de los Estados Unidos. La teoría madisoniana, es definida esencialmente por la maximización del objetivo que persigue, esto es, la creación de un orden republicano basado en pesos y contrapesos constitucionales. Esta teoría -entre otros objetivos-, también, realiza un esfuerzo por establecer un compromiso entre el poder de las mayorías y el de las minorías, entre la igualdad política de todos los ciudadanos, por un lado, y el deseo de limitar su soberanía por el otro.

3 El término sentencia constitucional será utilizado en el presente trabajo en términos o sentido amplio, ya que en el sistema argentino de derecho no sería técnicamente preciso hablar de "Tribunal Constitucional" y por ende de "Sentencias Constitucionales". Finalmente, con el término "sentencias constitucionales" nos referiremos a los jueces supremos de un Estado y a sus decisiones finales dentro de la jurisdicción constitucional Estatal.

un reconocimiento “fuerte” de derechos, pero al momento de hacerlos efectivos, las medidas judiciales de seguimiento establecidas por la Corte son “débiles”.

A lo largo de los años, se han desencadenado arduos debates alrededor del interrogante de cuál es el poder u órgano más idóneo en el estado de derecho para preservar la supremacía constitucional, y si ese órgano -en nuestro caso los jueces y en última instancia la Corte- es el que posee la última y única solución posible. A raíz de las distintas críticas⁴ que se le han realizado a nuestro sistema de control de constitucionalidad, es que es necesario el análisis de estas. El sistema de diálogo agonial e inspirado en el conflicto que propone el sistema de frenos y contrapesos, debe ser interpretado en clave dialógica y conversacional, para asegurar la supremacía de la Constitución Argentina y al mismo tiempo hacer efectivos los resultados de los nuevos mecanismos dialógicos impulsados por la Corte para superar las dificultades supra mencionadas.

En este trabajo realizaremos un estudio de las sentencias exhortativas dictadas por la Corte entre los años 2005-2012 y el derecho de ejecución de estas, teniendo en cuenta cómo juega también el derecho a la tutela judicial efectiva y el debido proceso constitucional, al momento de convertir en realidad lo plasmado en las sentencias atípicas de la Corte. Para alcanzar los objetivos que nos proponemos en este trabajo, será necesario identificar los fallos más destacados públicamente, en los cuales la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha pronunciado a través de sentencias exhortativas, para realizar una evaluación y estudio de las decisiones atípicas. Los fundamentos de esta investigación tienen sustento en un análisis cualitativo profundo del comportamiento de la Corte Suprema entre los años 2005-2012, centrado en un número reducido, pero altamente selectivo de casos⁵ donde se dictaron sentencias atípicas.

II. El control judicial de constitucionalidad en Argentina y la crítica contra mayoritaria.

El modelo argentino de control judicial de constitucionalidad se encuentra inspirado en el sistema de revisión judicial estadounidense. Este modelo “seguido” por nuestro país y por muchos países latinoamericanos, es un modelo de revisión judicial o de control judicial fuerte⁶. Este modelo, no ha sido receptado en su estado puro en Argentina, sino que ha sido incorporado a nuestro sistema con ciertos matices característicos.

En cuanto a los antecedentes e inicios de la revisión judicial, se observa que la Constitución de los Estados Unidos, introdujo en su Título VI la declaración de la supremacía de la Constitución como ley suprema del país, gozando de superioridad jurídica por encima de cualquier disposición opuesta o contradictoria contenida en las leyes o constituciones de los Estados de la Unión. Además, de recoger la cláusula de supremacía, la Constitución Estadounidense institucionalizó el federalismo, estableció la separación de poderes, introdujo el principio de soberanía popular, y garantizó el cumplimiento de los derechos individuales por medio de un Poder Judicial autónomo, entre otras cosas. El control ju-

4 Según BICKEL, A., "...Y es que, en cualquiera de estas democracias alguien puede preguntarse, legítimamente: ¿Cómo puede ser que en una democracia, los jueces tengan la posibilidad de anular una ley aprobada por los representantes de la mayoría del pueblo? ¿Cómo puede ser que un reducido grupo de jueces, que no son elegidos directamente por la ciudadanía, y que no estas sujetos a periódicas evaluaciones populares, pueda prevalecer en última instancia, sobre la voluntad popular? "

5 CSJN. Fallo 328:1146, Verbitsky Horacio s/ Habeas Corpus, 2005; CSJN. Fallo B. 675. XLI. Badaro, Adolfo Valentín c/ ANSES – Reajustes Varios, 2006; CSJN. Fallo M. 1569. XL. Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo), 2006; 163 CSJN. Fallo 259. XLVI. F. A. L. s/ medida autosatisfactiva, del 13 de marzo 2012.

6 Estados Unidos tiene en su Suprema Corte lo que Tushnet (2008) ha denominado una arraigada tradición de control judicial fuerte, es decir, su poder judicial está diseñado para echar abajo las decisiones del legislador democrático bajo el argumento de considerarlas contrarias a la Carta Constitucional en tanto vulnera derechos fundamentales.

dicial de constitucionalidad de las leyes, en ese entonces no fue objeto de discusión relevante en la Convención Constituyente de Filadelfia (1787) y, por consiguiente, de una regulación explícita en el texto constitucional aprobado por la Convención Constituyente (AMAYA, 2012). Hay una considerable discusión en Estados Unidos sobre si el control judicial de constitucionalidad está anticipado en "El Federalista", sobre todo en el documento N.º 78 de Hamilton.

De cualquier modo, nadie duda que el control judicial de constitucionalidad adquirió reconocimiento explícito con el famoso precedente de la Corte Suprema federal en el caso "*Marbury vs. Madison*"⁷, a través del voto del juez Marshall (NINO, 2013). Continuando con el desarrollo de los antecedentes, se desprende, que el *leading case* estadounidense para algunos autores es de un interés universal, más allá del contexto político e histórico en el que fue resuelto. Otro importante sector crítico de la doctrina, niega que este fallo haya tenido la relevancia que le fue otorgada, que es sólo un mito atribuirle la creación del control de constitucionalidad, y que este fallo es un intento de la Corte estadounidense de conservar su poder, ya que se veía amenazado. Asimismo, en el fallo se consagra una de las principales vías para garantizar y hacer efectiva la Constitución, es decir el control judicial de constitucionalidad. En cuanto a la argumentación del fondo del caso, se podría resumir ésta en las siguientes premisas a saber, la Constitución es ley suprema por lo tanto una ley contraria a ésta no es ley; siempre es deber del tribunal decidir entre leyes en conflicto; si una ley inferior está en conflicto con la ley superior es deber del tribunal no aplicarla; de lo contrario se destruiría el fundamento de todas las constituciones escritas.

La influencia y llegada, del modelo constitucional norteamericano en Argentina, comenzó a partir del proceso revolucionario que inicio en 1810. Los constituyentes de la época se inspiraron en la Constitución de Estados Unidos, por distintos motivos a saber: ésta ya tenía más de 60 años de efectiva vigencia, era la más arraigada y de mayor experimentación del momento, reunía los postulados de organización constitucional que ya venían siendo tratados en distintos pactos y proyectos constitucionales -modelo republicano, representativo y federal- además contaba con un cuerpo de doctrina y de interpretación jurisprudencial que reforzaban su contenido, entre otros. El primer fallo, en el cual la Corte argentina decide acerca de la constitucionalidad de una ley federal es el caso "Sojo Eduardo c/ Cámara de Diputados de la Nación"⁸, por lo que este podría ser considerado -según algunos autores- en nuestro país como el equivalente a "*Marbury vs Madison*". En 1888, la Corte reforzó y ratificó el principio en el caso "Municipalidad de la Capital c/ Elortondo"⁹.

Con estos antecedentes, la Corte consagro jurisprudencialmente, la supremacía constitucional, sosteniendo que es un principio por el cual todo el ordenamiento jurídico debe adecuarse a lo establecido en la norma suprema. Es por ello, que, en Argentina, la Constitución es la base del sistema normativo y las demás normas deben estar de acuerdo con ella y no contradecirla. El control de constitucionalidad es el mecanismo por el cual se resguarda y defiende la supremacía de la Constitución, este se encuentra en cabeza principalmente del Poder Judicial-control judicial-.

7 5 US 137, 1803.

8 C.S.J.N, Fallos, 32:120, 1887

9 C.S.J.N, Fallos, 33:162, 1888.

En síntesis, el control de constitucionalidad es el mecanismo y la función que se ejerce para tutelar y mantener la supremacía de la Constitución (BAZAN, 2010).

Recientemente, en nuestro país, comenzamos a implementar una salida al sistema binario o clásico-es decir aquel que estima o desestima la cuestión que se le hubiese traído a consideración- de control judicial de constitucionalidad de las normas, ya que al momento de pronunciarse tanto los jueces como los magistrados de la Corte, comenzaron a hacerlo a través de una sentencia atípica. Actualmente, el derecho procesal constitucional argentino ha tenido un gran avance, abarcando categorías de fallos que escapan de aquella doble estratificación tradicional como lo son -por mencionar solo a algunos de ellos- los casos "Verbitsky", "Badaro I y II", "Mendoza" y "F.A.L.". Para estos casos, fue necesario acudir a otro tipo de soluciones, para lo cual la Corte se pronunció a través de una sentencia exhortativa. Avanzando sobre el tema, es necesario distinguir entre lo que se denomina control judicial fuerte y control judicial débil de constitucionalidad. El primero es aquel sistema de revisión en el cual los jueces, pueden declarar la inconstitucionalidad de una norma y por consiguiente dejar de aplicarla a un caso particular en forma total o parcial. Dentro de este sistema de control judicial fuerte, los efectos de las decisiones tomadas por los jueces en estos casos pueden incluso extenderse más allá del efecto entre partes, llegando a tomar un efecto *erga omnes*.

El sistema denominado débil, es aquel en el que los jueces sólo pueden observar, escrutar o declarar la incompatibilidad de la ley, pero no pueden dejar de aplicarla (en el apartado siguiente veremos como el Constitucionalismo dialógico y las decisiones atípicas de la Corte inspiradas en aquel, atemperan las características las características de un sistema de revisión judicial fuerte).

La corriente contra mayoritaria, cuestiona la competencia y facultad de los jueces de declarar la inconstitucionalidad de las normas, ya que fundamentan sus argumentos en las débiles o pocas credenciales democráticas que los magistrados poseen. Antes de continuar, conceptualizaremos lo que entenderemos por dificultad contra mayoritaria (BICKEL, 1978), ésta se basa en la apariencia constatable, de una grave carencia de fundamento democrático, que pueda sostener y avalar la actuación del Poder Judicial como controlador de la constitucionalidad de los actos de los otros poderes.

La objeción, a la inserción de tal mecanismo de control dentro de un sistema democrático se apoya en cuatro dificultades básicas: 1) El nombramiento de los jueces en la mayoría de los ordenamientos está reservado a la discrecionalidad de los otros poderes; 2) La duración en los cargos judiciales no parece avenirse con los ideales democráticos; 3) Como controlador de los actos de los restantes poderes a la luz de la Constitución, parece convertirse en un contrapeso excesivo y a la vez no controlable por los otros poderes que sí encarnan la voluntad popular; 4) En consecuencia, la función de los jueces no garantizaría el proceso democrático que instaura la Constitución pues, no representando al pueblo y siendo, en principio, inamovibles en sus cargos, no podrían decidir en favor de los intereses de aquél. Es de considerar que los argumentos y posiciones que sustenta la corriente contra mayoritaria, necesitan hoy en día ser conciliados con la corriente del constitucionalismo dialógico. Esta última propone, un acercamiento entre la ciudadanía y los jueces, a través de sentencias atípicas, algunas de las cuales promueven el diálogo entre poderes y con la sociedad civil.

Es necesario, a su vez, ser conscientes de la dificultad contra mayoritaria, a los fines de no renegar de la función jurisdiccional, sino por el contrario que el estudio del tema nos lleve a comprometernos y a pensar en nuevos diseños institucionales que propugnen prácticas más abarcativas e inclusivas. Estas nuevas vías de diálogo, garantizarán la supremacía de la Constitución y la protección de los derechos fundamentales, para poder establecer un diálogo constitucional entre los poderes y con la ciudadanía misma.

III. Primeros pasos hacia un constitucionalismo dialógico en Argentina. Las sentencias exhortativas.

Nuevas herramientas dialógicas se están incorporando paulatinamente a nuestro diseño constitucional, y estas permiten ver a algunos de los elementos del diseño de revisión judicial tradicional argentino –control de constitucionalidad fuerte– desde una perspectiva diferente. La revisión dialógica, trae a primer plano la inevitable tensión que existe dentro del constitucionalismo democrático, entre su compromiso con el autogobierno popular y su compromiso con el establecimiento de limitaciones sobre las mayorías populares. Los mecanismos dialógicos, configuran una posibilidad interesante dentro del constitucionalismo actual e implican una modificación significativa de la revisión judicial fuerte tradicional –binario– del sistema argentino. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, a través del dictado de sentencias “atípicas”, ha innovado en su habitual forma de sentenciar. Las sentencias exhortativas (SAGÜES, 2011), son un subtipo de sentencias atípicas, que están dando sus primeros pasos en nuestro derecho, y si bien a priori su implementación por parte del Tribunal Supremo fue novedosa, los resultados y efectos en cuanto a la ejecución de sentencia de estas no fueron los esperados.

El constitucionalismo dialógico nació, en la práctica, en 1982, en Canadá, cuando allí se adoptó la “Carta de derechos”¹⁰. Entre otras novedades, ésta incluyó la famosa cláusula del “no obstante”, que permitía a la Legislatura insistir con su legislación, durante otros cinco años, a pesar de que la Corte la declarase incompatible con la Carta misma. Aunque modesta en su alcance, esta novedad abrió la puerta institucional a una forma diferente –más consensuada– entre los jueces y los legisladores, que ya no iba a caracterizarse por la presencia de un Poder Judicial con el derecho de imponer autoridad sobre las Legislaturas, en caso de desacuerdo con la Constitución.

De este modo comenzó a gestarse en el mundo la práctica del diálogo constitucional, la que fue impulsada desde diferentes ámbitos institucionales. Podemos decir, que no existe una definición única de constitucionalismo dialógico, pero se establece que sus notas características apuntan a que los asuntos constitucionales fundamentales o ciertos temas que requieren de un litigio estructural; deben ser tratados y resueltos mediante una conversación extendida, persistente en el tiempo y de la que deben participar las distintas ramas del poder e incluso la ciudadanía. Actualmente, la revisión dialógica es parte del diseño constitucional, y nos permite ver algunos elementos propios de ese viejo diseño –*check and balances*– desde una perspectiva diferente. La razón, es que la revisión dialógica trae a primer plano la tensión que existe dentro del constitucionalismo democrático, entre su compromiso con el autogobierno popular, y su compromiso con el establecimiento de limitaciones sobre las mayorías populares (TUSHNET, 2013).

Un presupuesto importante del sistema de toma de decisiones dialogadas es que se

10 Con “Carta de Derechos”, nos referimos a la Carta Canadiense de Derechos y Libertades, Parte I de la Constitución Nacional de 1982.

gana en imparcialidad en la medida en que se base en una discusión amplia e inclusiva, en la que se escuche a todos aquellos que disienten, aquellos que piensan distinto, y a aquellos que desafían las decisiones establecidas. Es por ello, que estos diálogos otorgan el derecho a participar a una gama amplia de interesados y no sólo a los poderes e instituciones gubernamentales, unos ejemplos de esos múltiples actores interesados son: los actores políticos, ONG, organizaciones, y hasta la misma sociedad civil. La revisión judicial dialógica, implica una modificación al viejo sistema de revisión judicial fuerte, ya que lo “debilita”. Las decisiones atípicas de la Corte, basadas en la corriente del constitucionalismo dialógico o conversacional, debilitan la tradición de revisión judicial o control de constitucionalidad “fuerte”, esto es así ya que los jueces toman decisiones distintas a las estimatorias o desestimatorias, y dejan de ser ellos los únicos que detentan la facultad o cabeza de decisiones binarias. Con esto último, nos referimos a que la construcción de decisiones por lo tanto será tomada a través de un diálogo donde se va a involucrar a los distintos poderes e incluso a la sociedad, para que juntos puedan tomar una decisión consensuada y acorde para el caso concreto. La idea básica de la aplicación de la corriente del constitucionalismo dialógico a la revisión judicial, consiste en alentar las interacciones entre las distintas ramas del poder y de los actores políticos en general.

El diálogo intentará buscar una respuesta, acerca de cuál de las interpretaciones contrapuestas razonables sobre las normas constitucionales traídas a estudio de la Corte es la “correcta” y en el caso de no encontrar “la correcta”, construir -los actores implicados- un significado temporal de la interpretación más adecuada para el caso concreto.

Las herramientas dialógicas -inspiradas en el constitucionalismo dialógico-, aplicadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, morigeran los efectos de la revisión judicial fuerte, para lograr una combinación -en el caso argentino- de “derechos fuertes” -art 31 CN y 75 inc. 22 CN-, “medidas judiciales débiles” -sentencias atípicas- y “medidas de seguimiento aún más débiles” -derecho de ejecución-. Aquí, se deja ver un principio de lo que adelantamos en las nociones introductorias, de los obstáculos y dificultades que deberán transitar y sortear los operadores jurídicos, actores y víctimas, al momento de lograr el cumplimiento de lo resuelto por el máximo Tribunal.

Ciertos “casos difíciles”, necesitan de otro tipo de respuestas distintas a las “sentencias clásicas”, debido a esto, la Corte ha comenzado a expedirse a través de “sentencias atípicas”. Dentro de este tipo novedoso de sentencias, se encuentran las “sentencias exhortativas”. A través, de estas últimas la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha expedido en ciertos casos de litigio estructural o estratégico¹¹, exhortando e invitando a dialogar a los demás poderes del Estado y a la ciudadanía a encontrar una solución para un caso concreto cuya resolución requerirá poner en marcha lo que se ha llamado “justicia dialógica o conversacional”. Las sentencias exhortativas, también son conocidas como sentencias “apelativas”, “con encargo”, y “de aviso”.

El término “exhortación” hace referencia a un “aviso o advertencia con que se intenta persuadir”, y el término “exhortar” se define como “incitar a alguien con palabras, razones y ruegos a que haga o deje de hacer algo”. Bajo esta denominación pueden

11 El litigio estructural o estratégico, surge en las primeras décadas del siglo pasado en EE.UU, extendiéndose progresivamente hacia los demás países. Es considerado, como una herramienta que busca impulsar una eficaz protección de los derechos humanos, promover su plena exigibilidad y justiciabilidad, mediante una actividad dirigida a la creación de una estrategia en el litigio, que persigue incidir en la esfera pública, sea mediante la modificación de una ley, la definición de ciertos criterios jurisprudenciales, la adopción de políticas públicas, o simplemente llevar al debate nacional un determinado tema.

agruparse un conjunto de sentencias que establecen recomendaciones o directrices al órgano legislativo, llamándolo a legislar sobre determinadas materias con determinadas orientaciones o principios para actuar dentro del marco constitucional, de no hacerlo así el legislador, podría venir una sentencia posterior que declare la inconstitucionalidad de la norma respectiva (NOGUEIRA ALCALA, 2004). Las sentencias exhortativas, fueron unas de las herramientas¹² jurídicas tenidas en cuenta por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación para instaurar una justicia dialógica incipiente. La Corte a través de estas sentencias atípicas, intenta encontrar vías dialógicas de justicia, para la movilización de litigio estratégico en las estructuras de apoyo y las ramas del Estado.

Las sentencias exhortativas, han recibido críticas tanto positivas como negativas por parte de la doctrina, en cuanto a su implementación y efectividad. Dentro de las críticas positivas se pueden mencionar, por ejemplo: que este tipo de sentencias economizarían futuras posibles declaraciones de inconstitucionalidad, si las guías dadas por los jueces son satisfechas por el legislador.

Otro argumento a favor es, que estas sentencias no invaden la libertad de configuración normativa del legislador, porque solamente contienen indicaciones, sugerencias, recomendaciones o propuestas para él (FERNANDEZ RODRIGUEZ, 2007). A su vez, el autor GARGARELLA (2014) sostiene que, a través de las sentencias exhortativas, la actuación "binaria clásica" es mejorada, en la medida en que la justicia haga lo que hizo la Corte Argentina en fallos como Verbitsky (2005), es decir, apoyar la construcción de una decisión más afín a la Constitución: ello, convocando a las partes, obligándolas a reunirse, exigiéndoles informes periódicos, haciendo públicas las informaciones que recoge.

En cuanto a las críticas negativas, diversos autores sostienen que estas sentencias invaden la libertad de configuración normativa del legislador, ya que algunas de estas sentencias apelativas, incluyen directrices mucho más terminantes y contundentes, como por ejemplo plazos para ser cumplidas.

Otro argumento en contra de esta categoría de sentencias es que, no existe una norma en el sistema argentino que expresamente faculte a los jueces para pronunciarse de este modo, es decir para dictar sentencias exhortativas. Finalmente, podemos decir que a pesar de las críticas ya sean positivas o negativas, la Corte Suprema de Justicia de la Nación implementó esta nueva herramienta jurídica con efectos novedosos, pero no logrando los resultados esperados en cuanto al cumplimiento de las mismas, sobre todo cuando nos referimos a la efectividad de la ejecución de sentencia.

IV. El derecho a la ejecución de sentencia y la tutela judicial efectiva.

El derecho a la ejecución de sentencia, en específico, el de las sentencias exhortativas es un tema que poco se ha abordado en nuestro sistema de derecho, ya que generalmente los estudios se concentran en la primera parte del proceso, es decir la parte declarativa, donde la Corte Suprema de Justicia de la Nación se expide a través de una sentencia atípi-

12 Para GARGARELLA (2014), el diálogo constitucional -como alternativa dinámica jurídica compatible con la democracia deliberativa- y las prácticas de discusión, son numerosas y dentro de ellas podemos enumerar las siguientes: tribunales que crean mecanismos destinados a monitorear el cumplimiento de sus sentencias, con la ayuda de la ciudadanía; tribunales que exhortan a los gobiernos a cumplir con ciertos derechos, o les advierten sobre el carácter inconstitucional de ciertas alternativas; tribunales que en lugar de imponer una solución a los legisladores, establecen plazos dentro de los cuales estos últimos deben remediar una situación de violación de derechos; tribunales que comienzan a tomar en serio el análisis de los debates legislativos, para asegurar que ellos expresen un proceso genuino de aprendizaje mutuo o, en términos, que esos debates no resulten meras pantallas destinadas a avalar una legislación impulsada por grupo de interés, o bien una decisión que el Ejecutivo se niegue a discutir y mejorar junto con la oposición del Congreso.

ca -sentencia exhortativa- haciendo una declaración fuerte de derechos constitucionales y convencionales.

Una vez que el máximo Tribunal dicta una sentencia que declara un derecho constitucional y efectúa "la condena", el camino recorrido dentro del proceso judicial recién se encuentra a la "mitad" -podríamos pensar-, ya que luego queda un largo y complejo camino a recorrer, pues en el proceso "todo comienza" cuando parece "terminar".

Este tema se vuelve aún más complejo cuando se trata de sentencias atípicas, sobre las cuales todavía no hay suficiente regulación más que resoluciones judiciales. En este caso, se hace necesario asegurar los derechos constitucionales declarados en litigios trascendentes, para que una vez reconocidos no pierdan virtualidad al momento de ejecutar la sentencia.

Todo proceso dirimido ante la justicia se compone de dos fases, la declarativa y la ejecutiva (GOZAÍNI, 2004). En la primera, se debaten hechos y derechos que de conformidad con las pretensiones promoverá un tipo de sentencia pertinente; en la segunda, comienza la etapa de cumplimiento de dicho pronunciamiento. No se trata de juicios diferentes, sino de períodos de un mismo procedimiento.

El mencionado autor observa que, la dificultad que tiene este ciclo surge con la renuencia a cumplir de inmediato; demora que algunos códigos toleran al amparo de excepciones que obligan a replanteos que alteran la ejecución, convirtiendo al derecho declarado en una sentencia que vuelve a quedar postergada.

El derecho a que la sentencia se cumpla y se ejecute, es concebido como un derecho y garantía fundamental para los justiciables, quienes esperan que las decisiones del Poder Judicial no queden insolutas por el capricho o retardo del quien resulto perdedor en la contienda judicial. De esta manera, surge patente, como los conceptos del derecho a la ejecución de sentencia, el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho al debido proceso, se vinculan de forma estrecha. La ejecución de las sentencias en sus propios términos forma parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales, ya que en caso contrario las decisiones judiciales y los derechos que en las mismas se reconocen o declaran no serían otra cosa que meras declaraciones de intenciones sin alcance práctico ni efectividad alguna (CHAMORRO BERNAL, 1994). Es que, la ejecución de las sentencias es parte esencial del derecho a la tutela judicial efectiva y es, además, cuestión de esencial importancia para dar efectividad a las cláusulas del Estado de derecho que implica, entre otras manifestaciones, la sujeción de los ciudadanos y de la administración pública, al ordenamiento jurídico y a las decisiones que adopta la jurisdicción, no sólo juzgando, sino también ejecutando lo juzgado.

Es tarea del juez conocer y ejecutar, ya que el proceso debe ser entendido como un desarrollo cíclico que termina con el cumplimiento definitivo de la sentencia. Con la ejecución de la sentencia, comienza una nueva etapa dentro del proceso, que debe ser rápida y expedita, ya que se encuentra avalada por un proceso de conocimiento pleno que plasmó en la sentencia el derecho creado a favor de una de las partes. No se trata ya de encontrar las formas legales ni los requisitos de admisión y procedencia que se disponen para la marcha del sistema de enjuiciamiento, ahora se ha evolucionado hacia una mirada global del problema, donde los padecimientos comienzan antes del proceso y se pro-

fundizan en su desarrollo, convirtiéndose en angustia cuando se transita por las etapas finales, al haber logrado una sentencia que no se puede cumplimentar (GOZÁINI, 2004).

Esto último se ve reflejado, en las sentencias atípicas de “reciente” aparición en nuestro derecho, es decir los jueces de la Corte dentro del proceso judicial realizan una declaración y reconocimiento “fuerte” de derechos fundamentales; luego para asegurarlos, el máximo Tribunal toma medidas judiciales que -cómo se analizó en los fallos estudiados- terminan siendo “débiles”; su vez las medidas de seguimiento -ejecución de sentencia-dispuestas son aún “más débiles”. Esto compromete las garantías de los justiciables, y deja entrever que estas nuevas y novedosas decisiones de la Corte - cuyos objetivos y finalidades activistas no se ponen en tela de juicio- no habrían surtido los efectos esperados.

La mayoría de las sentencias exhortativas, dictadas en los casos estudiados, fueron dictadas entre los años 2005-2012 por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación. Es decir, que durante ese período se evidenció una alta producción de dictado de sentencias atípicas por parte de la Corte. Entre otros motivos, cabe aclarar que el alto Tribunal en el año 2006 por la Ley N° 26.183¹³ redujo la cantidad de magistrados de nueve miembros a cinco miembros. La Corte durante estos años se encontraba “consolidada” por magistrados de gran prestigio y reconocida trayectoria, se podría pensar que se trataba de una Corte “madura” que estaba en condiciones de “aventurarse” al dictado de sentencias atípicas que implicaban un cambio e innovación en el control judicial de constitucionalidad de ciertos temas de trascendencia social y política.

Estas sentencias, traen una nueva forma de resolver ciertos casos que requieren de soluciones distintas y novedosas debido a la complejidad del tema que tratan; pero la cuestión no se agota en la resolución novedosa del caso a través de una sentencia exhortativa, sino que también implica la implementación de una forma distinta de ejecutar estas sentencias, y es allí donde entra en juego el derecho de ejecución, la tutela judicial efectiva y el derecho de defensa.

La ejecución de sentencias exhortativas en litigios estructurales -como los casos analizados- requiere de metodologías especiales que escapan a los parámetros básicos en la ejecución de sentencias.

Dentro de los fallos jurisprudenciales que destacan en Argentina entre los años 2005-2012 podríamos llamarla “nueva etapa de la Corte”-, por haber sido dictados por el Alto Tribunal de nuestro país conformada luego de lo establecido en la Ley N° 26.183 -como explicamos *supra*-, y haber sentado precedente por ser el pronunciamiento del más alto tribunal a través de una sentencia atípica exhortativa tenemos entre otros los siguientes casos de interés: “Verbitsky H. s/ Habeas Corpus”, “Badaro Adolfo Valentín c/ ANSES – Reajustes Varios”, “Mendoza Beatriz Silvia y Otros c/ Estado Nacional y Otros s/ Daños y Perjuicios”, y “F.A.L s/ Medida autosatisfactiva”.

Estos precedentes jurisprudenciales, han sido considerados por la doctrina como casos de litigio estratégico o de impacto, ya que hay en ellos una preocupación por el efecto que el caso tendrá en otros segmentos de la población y el gobierno, que se adiciona al efecto del resultado del caso para el interesado.

13 Ley 26.183. Reducción del número de jueces que la integran. Disposición transitoria. Sancionada el 29 de Noviembre de 2006.

V. La dificultad política y la dificultad procedimental.

Podemos evidenciar que a priori se desatacan dos obstáculos que las sentencias exhortativas de la Corte Suprema de Justicia de la Nación deben sortear al momento de hacerse realidad -derecho de ejecución-. Estos obstáculos son la dificultad política y la dificultad procedimental.

En cuanto a la primera dificultad observada, podríamos decir que el Poder Judicial debido a las críticas de la corriente contramayoritaria y de otras circunstancias -que hemos ido describiendo- carecería de "legitimidad mayoritaria" en nuestro sistema, pero ello no significa que carezca de legitimidad democrática para actuar en el campo de los litigios estratégicos o complejos.

Sostenemos que debe asumirse que los jueces forman parte del gobierno a través del ejercicio de competencias que les son conferidas en forma exclusiva y excluyente por el texto constitucional, cuyo ejercicio no implica necesariamente invadir esferas de poder pertenecientes a otros órganos del Estado ni inmiscuirse en políticas de contenido general que nos les conciernen. Una propuesta conciliadora con el problema de la dificultad política es fomentar el diálogo entre poderes y de esta manera disminuir la tensión contra mayoritaria.

Las sentencias exhortativas tienen un rol importante a la hora de la implementación de las decisiones de reforma estructural, ya que mejoran el sistema optimizando el diálogo entre las distintas funciones de gobierno y permiten implementar decisiones con mayor grado de discusión previa, publicidad, participación, transparencia y consenso. Los casos analizados (2005-2012), coinciden con una conformación de la Corte Argentina sólida y madura, capaz de enfrentar los embates u obstáculos políticos que se le pudiesen presentar al momento del dictado de las sentencias exhortativas. La Corte Argentina, no tuvo en cuenta el factor tiempo, al momento de expedirse mediante una sentencia apelativa en estos casos complejos.

Los casos estudiados, requieren un trabajo y diálogo prolongado y extendido en el tiempo, entre todos los actores involucrados, a los fines de poder hacer realidad la letra plasmada en la sentencia. Se observa, que el nivel de activismo de la Corte aumento cuando la tolerancia del gobierno fue más alta y tuvieron un mayor apoyo de la ciudadanía. El apoyo del público es un mecanismo eficaz de protección para los jueces. Si la ciudadanía valora la independencia judicial y considera importante que las resoluciones judiciales sean respetadas, la decisión de los funcionarios electos de desobedecer una orden judicial o de lanzar ataques contra un tribunal puede resultar en una pérdida de apoyo público. En cambio, cuando los votantes están dispuestos a tolerar el incumplimiento de las órdenes judiciales o los intentos de disciplinar políticamente a los jueces, éstos carecen de la fuerza necesaria para ejercer una autoridad significativa.

El segundo obstáculo al que deben enfrentarse las sentencias exhortativas al momento de su ejecución es la dificultad procedimental. En Argentina, aun carecemos de legislación y normas específicas, en materia de sentencias exhortativas. Además, no existen normas para enfrentar y dirimir la ejecución de estas en sede judicial (sea que involucren cuestiones de reforma estructural o de cualquier otro tipo). Las únicas dos leyes que contemplan algunas previsiones sobre el tema colectivo son la Ley General del Ambiente N° 25.675 y la Ley de Defensa del Consumidor N° 24.240. En ambos casos, sin embargo, las

previsiones son manifiestamente insuficientes para lograr soluciones adecuadas en este campo y se encuentran muy lejos de conformar una regulación sistémica del asunto. La falta de regulación legal adecuada para gestionar decisiones complejas configura un obstáculo que los jueces deben sortear para lograr el dictado y ejecución de una sentencia exhortativa eficaz.

VI. Reflexiones finales.

En tiempos de globalización, con procesos cambiantes de integración entre países, y fuertes e importantes cambios en muchas áreas, se hace necesario repensar la adaptación del modelo de control de constitucionalidad elegido por la Argentina hacia uno que, satisfaga y busque los diferentes intereses que se encuentran en lo jurídico y también detrás de lo jurídico, para acomodarse a las nuevas realidades y a su vez exigir el cumplimiento y respeto de nuestra Constitución conforme a los derechos y garantías que de sus normas se desprenden.

Es por ello, que la práctica del control judicial de constitucionalidad inspirada en los mecanismos del constitucionalismo dialógico, puede ser una posible propuesta conciliadora para la tensión que se genera entre el modelo de revisión judicial fuerte y las críticas de la corriente contra mayoritaria.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación a través del dictado de sentencias atípicas, en casos constitucionales complejos, ha dado una respuesta novedosa que tiende a fortalecer la democracia. El avance de los tiempos, del derecho, de la economía y principalmente de las necesidades de la sociedad, requieren romper con el esquema clásico -binario- para encontrar herramientas que solucionen y concilien los intereses e insuficiencias del sistema.

Asimismo, podemos afirmar que el sistema jurídico argentino está dando sus primeros pasos en materia de constitucionalismo dialógico, y por ende en el dictado de sentencias exhortativas. *A priori*, se observa que los efectos y repercusión de las decisiones apelativas de la Corte en casos de trascendencia pública fueron novedosos, pero seguidamente luego del análisis de los *leading* cases estudiados los resultados relativos a la efectividad de las decisiones de la Corte no fue la esperada.

Podemos concluir con relación a las sentencias exhortativas y el derecho de ejecución de estas, que dentro del proceso judicial constitucional encontramos dos fases diferenciadas: la declarativa y la ejecutiva.

En la primera, se debaten hechos y derechos que de conformidad con las pretensiones promoverán un tipo de sentencia pertinente; en la segunda, comienza la etapa de cumplimiento de dicho pronunciamiento. No son juicios diferentes, sino períodos de un mismo procedimiento. Es tarea del juez, no sólo conocer, sino que también ejecutar, ya que el proceso debe terminar con el cumplimiento definitivo de la sentencia. De lo contrario, tendríamos solo un reconocimiento fuerte de derechos constitucionales y convencionales, plasmados en una sentencia constitucional que de nada más serviría. La ejecución de sentencia es un derecho que se encuentra protegido y consagrado en la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, lo que implica que este no puede ser desconocido y una vez firme la decisión judicial ésta debe ser cumplida y ejecutada.

En la etapa de la ejecución de las sentencias exhortativas podemos evidenciar que a priori se destacan dos obstáculos o dificultades que se deben sortear para cumplir con la sentencia: la dificultad política y la dificultad procedimental. En cuanto a la primera dificultad observada, tomando como ejemplo los casos analizados (2005-2012), pensamos que a la Corte argentina -independientemente de su composición- le queda aún un largo camino por recorrer en materia de constitucionalismo dialógico y sentencias exhortativas. Analizando lo desarrollado en este trabajo, podemos decir que la Corte Suprema de Justicia de la Nación debería tener en cuenta dos cuestiones importantes para poder superar la dificultad política al momento de la ejecución de las sentencias exhortativas: 1) la complejidad que asumen las mandas contenidas en las sentencias exhortativas y 2) la continuidad en el tiempo que supone su ejecución. En los casos analizados, en los que la Corte se expidió a través de sentencias exhortativas, ésta utilizó una serie de recomendaciones y mandas de igual o superior nivel de complejidad. Es importante que para que lo resuelto pueda ser cumplido y la letra de la sentencia sea traducida y transformada en hechos reales; las exhortaciones por parte de la Corte deben responder a criterios razonables y alcanzables teniendo siempre en cuenta el caso concreto y los intereses involucrados. Las mandas de la Corte deben ser desarrolladas en forma gradual y por etapas. Por ejemplo, es importante que no se intente alcanzar resultados utópicos en poco tiempo o resolver cuestiones complejas que ya llevan décadas sin solución en pocos meses (por ejemplo, en casos "Verbitsky" y "Mendoza").

Los magistrados, deben resolver este tipo de conflictos por etapas planificadas y a medida que estas se vayan cumpliendo o alcanzando, se deberá continuar con las siguientes o próximas medidas o etapas. La continuidad en el tiempo de las etapas o sistemas planificados y adoptados por los Magistrados, en relación a la ejecución de sentencias exhortativas, deben ser coordinados y tener un seguimiento de control con el fin de que la sentencia no quede relegada a ese único acto en el que se dictó.

Sólo un compromiso asumido a través del tiempo, posibilitará conseguir buenos resultados a mediano y largo plazo en cuanto a la ejecución. El segundo obstáculo al que deben enfrentarse las sentencias exhortativas al momento de su ejecución es la dificultad procedimental. En Argentina, aun carecemos de legislación y normas específicas, en materia de sentencias exhortativas. Además, no existen normas suficientes para enfrentar y dirimir la ejecución de estas en sede judicial. La falta de regulación legal adecuada para gestionar decisiones complejas configura un obstáculo que los jueces deben sortear para lograr el dictado y ejecución de una sentencia exhortativa eficaz.

Para finalizar, sostenemos que sorteando la dificultad procedimental -que no será fácil-disminuirá la dificultad política. Habiendo disminuido el nivel de conflicto que generan estos dos obstáculos, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, no dependerá exclusivamente de otros factores para proceder al dictado de sentencias exhortativas que permitan resolver casos complejos, para los cuales se deban implementar otro tipo de soluciones más específicas y acordes a los derechos en conflicto.

BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH, V. (2009) Acceso a la justicia y nuevas formas de participación en la esfera política, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo (coords.), *La ciencia del Derecho Procesal Constitucional*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.
- AMAYA, A. (2012) *Control de Constitucionalidad*, Astrea, Bs. As.
- BAZAN, V. (2010) *Derecho Procesal Constitucional Americano y Europeo*, Tomo I, AbeledoPerrot, Bs. As.
- BERGALLO, P. (2005), "Justice and Experimentalism: Judicial Remedies in Public Law Litigation in Argentina", presentado en el Panel 4 de la reunión del SELA, http://www.law.yale.edu/documents/pdf/Justice_and_Experimentalism.pdf.
- BERIZONCE, R. (2011) "Los conflictos de Interés Público", *Revista de Derecho Procesal*, Rubinzal-Culzoni, Tomo 2011-2, Santa Fe.
- BICKEL, A. (1986) *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, Yale University Press, New Haven.
- CARNOTA, W. (2015) *Derecho de la integración y control de constitucionalidad*, La Ley, Bs. As.
- CAYUSO, S. (2009) *Constitución de la Nación Argentina Comentada*, La Ley, Bs. As.
- CHAMORRO BERNAL, F. (1994) *La tutela judicial efectiva*, Bosch, Barcelona.
- ELY, J. (2001) *Democracia y desconfianza*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá.
- GARAVITO, C. (2013) "El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales", en *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, U. Torcuato Di Tella, Escuela de Derecho, Volumen 14.
- GARCIA BELAUNDE, D. (2004) "Ejecutabilidad de las sentencias constitucionales", *Memorias II, Encuentro de Derecho Procesal Constitucional Iberoamericano y Seminario de Justicia Constitucional*. San José, Costa Rica.
- GARGARELLA, R. (2011) *Pensando sobre la reforma constitucional en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo XXI.
- (1996) *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial*, Editorial Ariel, Barcelona.
- (2014) *Por una justicia dialógica*, Siglo XXI, Bs. As. "Sagües N. vs. Verbitsky, H., sobre sentencias exhortativas", en www.cels.org.ar/common/documentos/gargarella_vs_sagues.pdf.
- GELLI, M. (2014) "La obligatoriedad de las sentencias de la Corte Suprema (A propósito de "Arte Radiotelevisivo Argentino S.A" y la libertad expresiva)", *La Ley*, 2014-B, 383.
- GOZAINI, O. (2006) *Introducción al Derecho Procesal Constitucional*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires.
- (2004) *El debido proceso. Estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires.
- HAMILTON, A.; MADISON, J.; JAY, J. (2001) *El Federalista*, Editorial Fondo de Cultura Económica, México.
- HOGG, P. (2014) *El diálogo de la Carta entre los Tribunales y las Legislaturas (o quizás la Carta de Derechos no sea algo tan malo después de todo)*, en *Por una justicia dialógica* GARGARELLA R. (compilador), Siglo XXI, Bs. As.
- KRAMER, L. (2013) "Constitucionalismo Popular y Control de Constitucionalidad", Editorial Marcial Pons, Bs. As.
- LINARES, S. (2008) *La (i)legitimidad democrática del control judicial de las leyes*, Marcial Pons, Bs. As.
- MARINONI, L. (2007) *Derecho fundamental a la Tutela Jurisdiccional Efectiva*, Palestra, Lima, 2007.
- MILLER, J., GELLI, M., CAYUSO, S. (1987) *Constitución y Poder Político. Jurisprudencia de*

la Corte Suprema y técnicas para su interpretación, Tomo I, Editorial Astrea, Bs.As.

- NINO, C. (2013) Fundamentos de Derecho Constitucional, Editorial Astrea, 4° reimpre-
sión, Bs.As.
- ROBLEDOS, M. (2009) "Las sentencias constitucionales atípicas en los procesos colecti-
vos", en Revista de la Maestría en Derecho Procesal, Universidad Pontificia Católica de
Lima.(<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoprosesal/issue/view/259> última
consulta 14/12/19).
- ROSSETTI, A. (2010) Reflexiones sobre la supremacía y el control de constitucionalidad
en Argentina, en Víctor Bazán (coordinador) Derecho procesal constitucional americano
y europeo, Tomo I, AbeledoPerrot, Bs. As.
- SAGUES, N. (2011) Compendio de Derecho Procesal Constitucional, Astrea, Bs. As.
- TUSHNET, M. (2013) "Revisión judicial dialógica", Revista Argentina de Teoría Jurídica,
Volumen 14, Escuela de Derecho, Universidad Torcuato Di Tella, Bs. As.
- TUSHNET, M. (2008) *Waeak Courts, strong rights*, Princeton, Princeton University Press.
- VERBIC, F. (2013), "Ejecución de sentencias en litigios estructurales y complejos. La efi-
cacia del Poder Judicial en el control de políticas públicas", Ponencia General presentada
en XXVII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Córdoba, Argentina.
- WALDRON J. (2013) *Derecho y Desacuerdos*, Marcial Pons, Bs. As.
- ZAGREBELSKY, G. (2011) *El Derecho Dúctil*, Trotta,

LA GESTIÓN JUDICIAL EN LOS EXÁMENES DEL CONSEJO DE LA MAGISTRATURA

THE JUDICIAL MANAGEMENT IN THE EXAMS OF THE COUNCIL OF THE MAGISTRATURE

Manuel LEGUIZAMÓN¹

RESUMEN:

El presente trabajo monográfico tiene como finalidad aportar elementos de reflexión, análisis y propuestas en relación a la necesidad de evaluar la formación de los aspirantes a concursar cargos de Jueces, Asesores y Fiscales en el Poder Judicial de Córdoba.

ABSTRACT

The purpose of this monographic work is to provide elements for reflection, analysis and proposals in relation to the need to evaluate the training of applicants to compete for positions of Judges, Advisors and Prosecutors in the Judicial Power of Córdoba.

PALABRAS CLAVE: Poder Judicial. Consejo de la Magistratura. Concursos.

KEY WORDS: Power of attorney. Council of the Magistracy. Contests.

I. Introducción

Se evidencia en el quehacer judicial, el crecimiento de participantes que ejercen la profesión liberal y también quienes son funcionarios en el Poder Judicial, que aspiran a rendir concursos para acceder a los cargos de la magistratura.

Ello, requiere unificar criterios, conocimientos y capacitación en la temática de la gestión judicial, acorde al cargo al cual aspiran, haciendo necesario y vital establecer pautas generales que garanticen la igualdad de todos los aspirantes en el proceso de selección y designación de los mismos, en aras de procurar la excelencia en la formación de los futuros Jueces, Asesores, Fiscales, etc., y así procurar dar respuestas eficaces a los justiciables. Tal apreciación fue punto de coincidencia en cursos y jornadas sobre gestión judicial, lo cual llevó a los distintos sectores involucrados en la labor judicial a realizar sus aportes y opiniones en aras de brindar su experiencia y conocimiento para generar elementos a

¹ Estudiante de la carrera de Abogacía (Universidad Blas Pascal). Estudiante de la Diplomatura en Derecho Procesal Civil –Parte General- (Universidad Blas Pascal).

tener en cuenta sobre la temática referida, siendo eventualmente necesario reformar la Ley 8002 del Consejo de la Magistratura.

Por ello en la presente monografía, analizaremos distintos trabajos efectuados en la temática, y el material utilizado y evaluado en los concursos que han sido realizados para para la designación y selección de funcionarios del Poder Judicial.

Procuraremos abarcar los puntos generales de la misma, demostrar y precisar la importancia y necesidad de formar a los futuros jueces, asesores y fiscales en la gestión judicial, teniendo en cuenta para ello los aspectos positivos y avances en la temática en los concursos de funcionarios. También relacionaremos los análisis de distintos autores y el funcionamiento actual de la oficina de gestión del TSJ.

Todo ello con el fin de aportar elementos e ideas para que la aplicación de una eventual reforma de la legislación vigente, contemple un régimen exigible para quienes concurren en los cargos de mayor jerarquía, procurando lograr un adecuado y eficaz proceso de selección y designación de Jueces, Asesores, Fiscales, etc, garantizando la igualdad de oportunidades e idoneidad de los concursantes, a los fines de lograr excelencia y equidad en dicho procedimiento.

Consideramos que es responsabilidad de todos los actores judiciales, aportar elementos que procuren alcanzar dichos objetivos.

II. Desarrollo

1. Selección y designación de Magistrados y Funcionarios

Como afirma Carranza², el Poder Judicial está integrado por quienes componen el Tribunal Superior de Justicia, por los Jueces y Magistrados que integran los tribunales inferiores, juzgados y cámaras en las distintas materias y en las demás jurisdicciones de la Provincia, como surge del Art. 152 de la Constitución de la Provincia de Córdoba.

Asimismo, la Ley Orgánica del Poder Judicial (Ley 8435) en su artículo 1° establece por quienes está integrado. Por otro lado, en su artículo 2 establece la distinción entre magistrados y funcionarios, determinando que son magistrados los vocales del tribunal superior de justicia, de cámara, los jueces reemplazantes. Siendo funcionarios, los miembros del Ministerio Público Fiscal, los asesores letrados, relatores, secretarios, prosecretarios, oficiales de justicia y demás.

Requisitos para la designación de Jueces y Asesores

Conforme surge del artículo 158 de la Constitución Provincial para ser miembro del TSJ se requieren 12 años de antigüedad en el título de abogado o de ejercicio de la magistratura, para ser vocal de cámara 8 años, para ser juez 6 años y para asesor letrado 4. En todos los casos tener ciudadanía argentina y 30 años de edad para el Tribunal Superior y 25 para los demás.

En relación a la designación el artículo 157 de la misma establece que los jueces y funcionarios son removidos del modo que ella establece. Dicho procedimiento se complementa con el artículo 154 de la constitución que establece que le corresponde al gobernador, previo acuerdo de la legislatura, designación de los miembros del TSJ y del MP.

² "Procedimiento de nombramiento y remoción de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba". Carranza, Gonzalo Gabriel. Pág. 53 en Guía de Estudio para el Ingresante al Poder Judicial de Córdoba, Doctrina tomo I, Recopilador, Arévalo, Jorge, Córdoba 2018.

Asimismo, el artículo 64 inc. 7 del reglamento de la legislatura unicameral corresponde a la comisión de asuntos constitucionales, justicia y acuerdo prestar acuerdo para el nombramiento de los magistrados.

Consejo de la Magistratura

El artículo 2 de la ley establece quienes son miembros del consejo estando representado, el TSJ, Ministro de Justicia, Magistrados del Interior y de capital, Abogados del Interior y de Capital, la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba y Miembros de la Legislatura Unicameral de Córdoba.

En los artículos 4 y 5 se establece los requisitos para ser miembro del Consejo que es tener las mismas calidades para integrar el TSJ con excepción de los representantes de la legislatura y la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales.

En el artículo 6 se determina las atribuciones del Consejo entre las que esta aprobar los concursos y realizar las aptitudes de idoneidad de aspirantes a los cargos concursados. En el artículo 13 está establecido la conformación de sus Salas.

Convocatoria de los Concursos

Según el artículo 16, en la misma se debe indicar los cargos a cubrir en el poder judicial, integración de las salas, el temario, vencimiento de plazo para inscripción y en la solicitud cada aspirante determina sus datos personales fotocopias de títulos, curricular nominal y demás requisitos de ley.

Evaluación y oposición de antecedentes

Está compuesta de 3 etapas; evaluación de antecedentes (20 puntos), examen (40 puntos), entrevista (40 puntos), en los términos de los artículos 20, 23 y 25.

Orden de mérito. Audiencia pública. Vigencia del concurso

Conforme al artículo 26 y 28 se publica el orden de mérito por el término de 3 días. En el artículo 31 se regula la vigencia del mismo, si se obtuvo en 70 y 80 puntos la misma es de un año, entre 80 y 90 son dos años y más de 90 son tres años.

Ello se complementa con lo dispuesto por la ley 8802 de Consejo de la Magistratura que expresamente dispone en el artículo 154 inc 1.

Jurado de enjuiciamiento

La Constitución Provincial en el artículo 159 indica el procedimiento de destitución de magistrados y funcionarios en las causales que la misma autoriza. Lo cual se complementa con la ley provincial 7956 que regula el Jurado de Enjuiciamiento para los magistrados y funcionarios del poder judicial.

El artículo 2 de la misma establece que las causales son:

- a) Mal desempeño
- b) Negligencia grave
- c) Morosidad en el ejercicio de sus funciones
- d) Desconocimiento inexcusable del derecho
- e) Supuesta comisión de delitos
- f) Inhabilidad física o psíquica

De lo cual se infiere la importancia de que jueces y magistrados lleven a cabo su función de la forma más íntegra y eficiente posible.

Es decir, que del análisis del procedimiento de nombramiento y destitución de magistrados surge la integración normativa constitucional, legal y operativa para su correcto funcionamiento, no perdiendo de vista que en los cargos referidos se asientan la resolución de los conflictos postulados por los justiciables lo que determina el acceso de justicia de los mismos.

Servicio de Justicia

Como afirma la Magister Carolina Granja³, "la existencia de un sistema de justicia efectivo es uno de los elementos indispensables para la vigencia de la gobernabilidad democrática".

Asimismo, el Manual de Inducción 2014 (Arrieto, A; Etchebest, E.) del Poder Judicial, establece que la misión del mismo es "asegurar la supremacía constitucional, equilibrar el funcionamiento de los otros poderes, garantizar la seguridad jurídica de todos los habitantes e instituciones y defender la paz social a través de la justa interpretación de la ley". A lo cual suma los ejes que plasman las justicias a nivel regional, siendo los mismos la contribución a los principios democráticos del país, calidad de servicio y garantía de derechos y acceso a la justicia".

De ello, se infiere que la función estatal de brindar justicia debe ser considerado como un servicio público y que el acto de impartir justicia es concebido como una responsabilidad compartida por una estructura orgánica con roles y tareas determinadas y coordinadas entre sí. Por lo cual darle identidad a las personas que lo integran es jerarquizar a las mismas y a la Institución.

Es decir, que consideramos de importancia del rol de la gestión en las distintas oficinas judiciales, dado que el trabajador de la justicia, tiene una función relevante para la satisfacción de las demandas ciudadanas como lo es cualquier otro servicio público.

Ello se ilustra, con lo afirmado por la Dra. Highton⁴ cuando manifiesta que el acceso a justicia es un concepto más amplio, que implica brindar otras gamas de soluciones que no sólo es la línea clásica de dictar la sentencia. Si bien los jueces tienen dicha responsabilidad como principal función, al conformar un Poder del Estado, también tienen la obligación de ofrecer un menú más amplio que el dictado de la sentencia⁵, es decir que en forma contundente, afirma que los jueces están para garantizar el acceso a la justicia. Es por ello que en oportunidad de presentar propuestas que integran el Plan Nacional de Reformas para el Poder Judicial, elaborado por el Máximo Tribunal, para mejorar el acceso a justicia de la ciudadanía, el cual surgió del debate de jueces convocado por la Corte Suprema en marzo de 2018 con el objetivo de dar una adecuada respuesta a los nuevos desafíos que enfrenta la Justicia de nuestro tiempo.⁶

3 GRANJA Carolina, "Identidad Judicial y su proyección social", Módulo I, material extraído del MAPA, en el marco del Centro Núñez, Poder Judicial de Córdoba.

4 Conferencia: "Los jueces estamos para garantizar el acceso a justicia" del 14/6/10.

5 <https://www.cij.gov.ar/nota-4501-Highton---Los-jueces-estamos-para-garantizar-acceso-a-justicia-.html>

6 <https://www.cij.gov.ar/nota-32632-Highton-present--nuevos-proyectos-de-acceso-a-justicia.html>

Ética judicial

Conforme lo afirmado por la Magister Carolina Granja⁷, para desarrollar los roles institucionales en el ámbito del Poder Judicial se cuenta con una serie de derechos y deberes correlativos como así también prohibiciones e incompatibilidades funcionales, es decir que ello implica la existencia de un conjunto de reglas que indican como se debe ser y los comportamientos a llevarse a cabo en el ámbito de dicha labor y fuera de ella.

Ello determina que la labor judicial se lleva a cabo contando con competencias individuales que tienen efecto institucional, entre ellas;

Un procedimiento técnico (saber hacer), mediante el ejercicio y el desarrollo de habilidades para prever situaciones, respuestas y desarrollando la creatividad, como así también fomentando la capacitación y el aprovechamiento de las nuevas tecnologías.

Cognitivo (conocer) los innumerables cambios sociales que inciden en la necesidad de actualizar y reformar la normativa vigente.

Actitudinal (saber ser): el cual exige perfilar el rol del magistrado, funcionario y empleado judicial resaltando la responsabilidad que implica su función interpretación de servicio público que ella conlleva, donde el interés personal cede en beneficio del interés general. Por lo cual se debe fortalecer la idoneidad técnica y ética de quienes componen el Poder Judicial.

Gestión Judicial

La Corte Suprema de Justicia de la Nación⁸, estableció que las características generales de la nueva gestión judicial son brindar a la gente un servicio de justicia cada vez más eficaz y a quienes trabajan en la misma una mejor calidad de vida personal y laboral. Asimismo, expresa que la gestión judicial comprende “toda la actividad organizacional y administrativa que sirve de apoyo a la labor jurisdiccional de los jueces cuya independencia está garantizada por la constitución”.

Por ello es imprescindible mejorar las condiciones en las que se lleva a cabo la labor judicial, en beneficio de quienes acuden a la justicia (ciudadanos y litigantes), quienes trabajan en ella (magistrados, funcionarios, empleados y auxiliares) y quienes trabajan con ella (abogados).

Los pilares de la nueva gestión judicial se asientan en: Liderazgo del juez, coordinación del secretario, manejo de casis, motivación, capacitación permanente, trabajo en equipo, participación activa del personal, organización de la tarea, comunicación interna, uso de la tecnología, indicadores y estadística, relaciones con los abogados, opinión de la gente, análisis del funcionamiento, etc...

Para lograr una capacitación completa e integral en materia de gestión consideramos que los concursantes deben cursar y ser evaluados en un programa integral que contemple:

- a) Principios de la gestión de la calidad en la oficina. Herramientas básicas
- b) Los lineamientos Generales de la Gestión Judicial

⁷ Material extraído del mapa “Identidad Judicial y su Proyección social, modulo 3” Centro Núñez. Poder Judicial de la Provincia de Córdoba

⁸ Una nueva gestión judicial. 2016

- c) El conflicto en la organización y las prácticas de negociación
- d) Lineamientos principales de una nueva gestión judicial. Corte Suprema de Justicia de la Nación.
- e) Algunos aspectos de la gestión del cambio cultural en la justicia⁹

II. Conclusiones

La evaluación e incorporación de la gestión judicial en los concursos defuncionarios del Poder Judicial ha sido positiva, por cuanto implicó mejorar las estructuras judiciales, disponiendo que los funcionarios presentaran programas de trabajos y proyectos para mejorar el quehacer judicial.

La creciente demanda de postulantes en los concursos, para la selección y designación de Magistrados y las modificaciones en los códigos de procedimientos y e incorporación de las nuevas tecnologías, exige la formación y capacitación de los futuros magistrados en la gestión judicial para lograr las aptitudes requeridas para llevar a cabo con excelencia el ejercicio del cargo al cual aspiran, evidencia la necesidad de generar propuestas, para una eventual futura reforma de la Ley 8002 del Consejo de la Magistratura, para incorporar formalmente a la gestión judicial.

Para lograr resultados eficaces se debe capacitar y formar a los postulantes con trabajo conjunto de la oficina de Gestión Judicial y Centro de Perfeccionamiento Ricardo Núñez, dependientes del TSJ y la Asociación de Magistrados, para lograr los fines propuestos, mediante cursos de apoyo y capacitación.

Finalmente proponemos que todos los operadores jurídicos aunemos esfuerzos de estudios, propuestas y trabajos en aras de lograr los mejores resultados en la gestión judicial, para que la justicia social sea lograda por el justiciable.

Proponemos que la gestión judicial sea objeto de examen en cualquiera de sus etapas, acreditando formación en la temática con evaluación.

Asimismo, que el postulante presente un proyecto completo integral desarrollando los distintos aspectos que componen la organización de una oficina judicial y del equipo de trabajo en relación al cargo al cual aspira.

Para ello, el mismo deberá precisar la utilización de recursos técnicos y humanos en la organización de dicho equipo como así la propuesta de prevención de conflictos y de su resolución, debiendo llevarse a cabo la reforma legislativa pertinente para incorporarlo. Teniendo como norte, que la intención del legislador en toda reforma legislativa es adecuar el derecho a los cambios sociales, vislumbrándose siempre la necesidad de priorizar el acceso a justicia del justiciable.

Para lograr dicho objetivo hay que reforzar la capacitación, formación y gestión, lo cual asegurará agilidad, celeridad, previsibilidad y eficacia en el procedimiento mencionado.

Como en la justicia de Mendoza existe la Unidad de Transformación y Desarrollo Institucional en el cual se implementa el proyecto de modernización en la gestión del Poder

⁹ Resumen Proyecto de Modernización de la Gestión del Poder Judicial de la Provincia de Mendoza. Suprema Corte de Justicia de Mendoza

Judicial que como lo establece el resumen de dicho proyecto: “es el fortalecimiento de la gestión del Poder Judicial creando condiciones adecuadas para obtener un mejoramiento sustancial del Servicio de Justicia, especialmente en lo referido a la celeridad de los procesos, y a una mayor transparencia de la información de los mismos, poniéndolas a disposición de los usuarios del sistema (ciudadanos, representantes, empleados del Poder Judicial, Jueces, etc.)”

BIBLIOGRAFÍA

- Ley N° 8802, Consejo de la Magistratura de la Provincia de Córdoba
- Constitución de la Provincia de Córdoba
- “Material de Lectura sobre Gestión Judicial. Concursos a cargos superiores”. 2016 y 2018, Ejes 1 a 5. Granja, Carolina, Coordinadora de la Oficina de Gestión Estratégica y Calidad (TSJ).
- “Gestión del cambio Cultural en la Justicia”, 2019. Granja, Carolina, Coordinadora de la Oficina de Gestión Estratégica y Calidad (TSJ).
- “Procedimiento de nombramiento y remoción de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba”. Carranza, Gonzalo Gabriel. Pág. 53 en Guía de Estudio para el Ingresante al Poder Judicial de Córdoba, Doctrina tomo I, Recopilador, Arévalo, Jorge, Córdoba 2018.
- “Una nueva gestión judicial”, Corte Suprema de Justicia de la Nación, Material de Lectura sobre Gestión Judicial. Concursos a cargos superiores”. 2016 y 2018.
- Highton de Nolasco Elena, Conferencia: “Los jueces estamos para garantizar el acceso a justicia” del 14/6/10. <https://www.cij.gov.ar/nota-4501-Highton---Los-jueces-estamos-para-garantizar-acceso-a-justicia-.html>/<https://www.cij.gov.ar/nota-32632-Highton-present--nuevos-proyectos-de-acceso-a-justicia.html>.

DIRECTRICES para AUTORES/AS

ASPECTOS PARTICULARES:

Originalidad

Los artículos a enviar a la Revista Derecho y Salud deben ser originales e inéditos.

Evaluación

Todos los artículos que se envíen a la sección "Estudios Generales" serán evaluados a través del sistema de "doble par ciego". Los Evaluadores serán profesores y/o investigadores de la Universidad Blas Pascal y de otras Universidades de reconocido prestigio.

Extensión y diseño

- La extensión mínima de los artículos será de 4000 palabras y la máxima de 8000 (incluyendo resumen, palabras clave, notas al pie de página y referencias bibliográficas);
- Hoja DIN-A4;
- Interlineado del texto a 1,5, salvo en las notas a pie de página, que será sencillo;
- Márgenes superior e inferior a 2,5 cm e izquierdo y derecho a 3 cm;
- El espaciado anterior será de 12 puntos y el espaciado posterior será de 0 puntos;
- El texto debe estar justificado.

Idioma

El idioma de las presentaciones será castellano, portugués o inglés. Los artículos en otros idiomas serán publicados según su temática, previo acuerdo del Consejo Editorial de la Revista. En su caso, de ser un idioma poco frecuente en el mundo académico, estos artículos podrán ser traducidos por juristas que dominen la lengua, a propuesta del Consejo Editorial, el nombre de la persona que realice la traducción deberá figurar necesariamente en el artículo.

Precisiones sobre el texto

- En ningún caso se usará negrita en el interior del texto. La negrita estará reservada sólo a la división del texto, como se indica a continuación.
- No se permite el subrayado de palabras para ser destacadas. En todo caso, de querer destacar algún concepto, debe hacerse o bien entrecomillado, o bien en cursiva.

Estilo y tamaño de letra

- Para el cuerpo: letra Calibrí, tamaño 11;
- Para las notas al pie de página: letra Calibrí, tamaño 10.

División del Texto

- Título:

Constará de un enunciado en que se dará cuenta del tema objeto de estudio. Irá

centrado, en Calibrí en mayúscula sostenida y en negrita, tamaño 13. Debajo del mismo debe indicarse el título traducido al inglés, el que irá centrado, con la misma fuente y tamaño, pero en cursiva.

- Autor:

Deberá constar debajo del título, en cursiva y centrado, en Calibrí, tamaño 11. La primera nota al pie de página hará referencia a sus datos personales: condición profesional, títulos académicos, referencias a Proyectos de Investigación en el que se desarrolla el artículo y correo electrónico.

- Resumen y Palabras Clave:

Se debe incluir, en castellano y en inglés, un resumen/abstract con un máximo de 10 líneas o 150 palabras y unas palabras clave/key words (como mínimo, tres y como máximo, cinco). Tanto el abstract como las palabras clave deberán ubicarse antes de comenzar el texto, justificadas, con interlineado a 1,5 y letra Calibrí, tamaño 11.

- Enumeraciones:

Títulos: en número Romano, seguido de un punto. Epígrafes: en números ordinarios, seguido de un punto. Subepígrafes: en letras, seguido de un punto.

Ejemplo:

I. Título

1. Epígrafe

A. Subepígrafe

En ningún caso se usará mayúscula sostenida.

Citas y Referencias Bibliográficas

Aparecerán preferentemente en el cuerpo del texto y, si son literales, deberán ir entrecorilladas. Cada una de las citas bibliográficas debe corresponderse con una referencia en la bibliografía final. Las autocitas se restringirán a los casos imprescindibles. Para las citas en el texto se empleará el sistema autor-año de Harvard (autor, año: página). Ejemplo:(Sánchez Martínez, 2019: 72)

A continuación, algunos ejemplos para casos especiales:

Los documentos con dos autores se citan por sus primeros apellidos unidos por «y». Ejemplo: (Aguado y Alonso, 2019)

Si se cita el trabajo de tres o más autores, es suficiente citar el primer autor seguido de *et al.* Ejemplo: (Neder et al., 2018)

Si se citan varios trabajos de un autor o grupo de autores de un mismo año, debe añadirse a, b, c... después del año. Ejemplo: (Ferro Uria, 2013a)

Cuando el apellido del autor citado forma parte del texto, debe indicarse siempre entre paréntesis el año de la obra citada. Ejemplo: Como afirma Ambrosini Rocpier (2019)...

Bibliografía

Se incluirá al final del trabajo. Únicamente contendrá referencias citadas en el texto, sin posibilidad de incluir referencias adicionales. Se seguirá el sistema **APA (American Psychological Association)**.

A continuación, algunos ejemplos para las tipologías más usadas de documentos:

Artículos de revistas científicas

García de Enterría, E. (1989). Un paso importante para el desarrollo de nuestra justicia constitucional: la doctrina prospectiva en la declaración de ineficacia de las leyes inconstitucionales. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 61, 5-18.

-Dos o más autores

Arroyo Gil, A. y Giménez Sánchez, I. (2013). La incorporación constitucional de la cláusula de estabilidad presupuestaria en perspectiva comparada: Alemania, Italia y Francia. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 98, 149-188.

-Revistas electrónicas

Pifarré, M. J. (2013). Internet y redes sociales: un nuevo contexto para el delito. *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, 16, 40-43. Disponible en: http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=7882_8864004.

- Revistas electrónicas con DOI

Díaz-Noci, J. (2010). Medios de comunicación en internet: algunas tendencias. *El Profesional de la Información*, 19 (6), 561-567. Disponible en: <https://doi.org/10.3145/epi.2010.nov.01>.

Monografías

-Un autor

García Ruiz, J. L. (1994). *El Consejo Económico y Social. Génesis constituyente y parlamentaria*. Madrid: Consejo Económico y Social.

- Libro en línea

Rodríguez de Santiago, J. M. (2015). *Responsabilidad del Estado legislador por leyes inconstitucionales o contrarias al Derecho Europeo*. Disponible en: <http://almacenederecho.org/responsabilidad-del-estado-por-leyes-inconstitucionales-o-contrarias-al-derecho-europeo/>.

Capítulos de monografías

Zea, L. (2007). América Latina: largo viaje hacia sí misma. En D. Pantoja (comp.). *Antología del pensamiento latinoamericano sobre la educación, la cultura y las universidades* (pp. 125-138). México: UDUAL.

Informes

-Autor institucional

Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía. (2004). *Eficiencia energética y energías renovables* (Informes IDEA. Boletín IDEA; 6). Madrid: IDEA.

- Autor personal

Caruso, J., Nicol, A. y Archambault, E. (2013). *Open Access Strategies in the European Research Area*. Montreal: Science-Metrix. Disponible en: http://www.science-metrix.com/pdf/SM_EC_OA_Policies.pdf.

Congresos

- Actas

Cairo, H. y Finkel, L. (coord.). (2013). *Actas del XI Congreso Español de Sociología: crisis y cambio. Propuestas desde la Sociología*. Madrid: Federación Española de Sociología.

- Ponencias publicadas en actas

Codina Bonilla, L. (2000). Parámetros e indicadores de calidad para la evaluación de recursos digitales. En *Actas de las VII Jornadas Españolas de Documentación (Bilbao, 19-21 de octubre de 2000): la gestión del conocimiento: retos y soluciones de los profesionales de la información* (pp. 135-144). Bilbao: Universidad del País Vasco.

- Ponencias y comunicaciones en línea

Durán Heras, M. A. (2014). Mujeres y hombres ante la situación de dependencia. Comunicación presentada en el seminario *Políticas públicas de atención a personas mayores dependientes: hacia un sistema integral de cuidados*. Disponible en: http://www.imserso.es/InterPresent2/groups/imserso/documents/binario/mujereshombres19_21mayo.pdf.

Tesis

- Publicadas

Llamas Cascón, A. (1991). *Los valores jurídicos como ordenamiento material* [tesis doctoral]. Universidad Carlos III de Madrid. Disponible en: <http://hdl.handle.net/10016/15829>.

- Inéditas

De las Heras, B. (2011). *Imagen de la mujer en el Fondo Fotográfico de las Guerra Civil Española de la Biblioteca Nacional de España. Madrid, 1936-1939* [tesis doctoral inédita]. Universidad Carlos III de Madrid.

Artículos y noticias de periódicos

Bassets, M. (2015). El Tribunal Supremo respalda la reforma sanitaria de Obama. *El País*, 25-6-2015. Disponible en: http://internacional.elpais.com/internacional/2015/06/25/actualidad/1435242145_474489.html.

- *Sin autor*

Drogas genéricas. (2010). *El Tiempo*, 25-9-2015, p. 15.

Blogs

Escolar, I. (2015). El falso mito de que los emprendedores de Internet son la solución al paro. *Escolar.Net* [blog], 25-6-2015. Disponible en: http://www.eldiario.es/escolar/falso-empresas-Internet-solucion-paro_6_402519746.html.

Foros electrónicos, listas de distribución

Pastor, J. A. (2014). Aspectos prácticos para proyectos de datos abiertos en las administraciones públicas. *IWETEL* [lista de distribución], 31-1-2014. Disponible en: <http://listserv.rediris.es/cgi-bin/wa?A2=IWETEL;b361930a.1401e>.

DOIS

En el caso de que los trabajos en formato electrónico contengan DOI (*digital object identifier*), será obligado recogerlo en la referencia bibliográfica. Se hará del siguiente modo:

Murray, S. (2006). Private Polls and Presidential Policymaking. Reagan as a Facilitator of Change. *Public Opinion Quarterly*, 70 (4), 477-498. Disponible en: <https://doi.org/10.1093/poq/nfl022>.

Aceptación y cesión de derechos

Los autores transfieren de manera exclusiva y a título gratuito los derechos materiales de autor a la Universidad Blas Pascal para su publicación y divulgación, en los términos de la ley nacional 11723 y sus modificatorias.

El solo hecho de remitir un artículo al editor responsable, a través de cualquier medio para ser revisado a los fines de su publicación, implicará la cesión a que se refiere el párrafo anterior.

Los artículos publicados en la revista podrán ser reproducidos libremente con fines académicos citando la fuente y el autor, según las características de la Licencia Creative Commons 4.0 (CC BY-NC-SA 4.0).

Al momento de recibir los archivos de los autores por medio de esta página o del correo electrónico en su versión pre-print, pasan a un repositorio institucional.

Tribuna

-La "Tribuna" es un espacio dedicado a la reflexión libre sobre un tema de actualidad en el marco de la relación entre Derecho y Salud. Este espacio es asignado por el Consejo Editorial, en cada número, a un/a Profesor/a o Investigador/a de destacada trayectoria.

Estudios Generales

-La sección "Estudios Generales" recibe colaboraciones originales e inéditas de autores procedentes del ámbito científico o profesional, cuyo objeto sea el estudio del derecho a la salud y la relación entre Derecho y Salud desde diversas órbitas. Todos los envíos son sometidos a doble arbitraje ciego.

Comentarios Jurisprudenciales

-La sección "Comentarios Jurisprudenciales", se dedica al análisis de jurisprudencia relevante en el ámbito del derecho a la salud, dictadas durante el año anterior a la publicación de la Revista. Las colaboraciones son encargadas a jóvenes investigadores. Se reciben, asimismo, comentarios que serán simplemente revisados por el Consejo Editorial.

Reseñas de Jurisprudencia

-La sección "Reseñas de Jurisprudencia" pretende acercar al foro extractos de sentencias destacadas, apuntando sólo algunos breves comentarios que tienen por objeto dar cuenta de cambios que ayuden a la investigación y a la aplicación del derecho.

Declaración de privacidad

Los nombres y las direcciones de correo electrónico introducidos en esta Revista se usarán exclusivamente para los fines establecidos en ella y no se proporcionarán a terceros o para su uso con otros fines.





UNIVERSIDAD
Blas Pascal



Saber y Saber Hacer