

Inconvencionalidad por omisión

Unconventionality by omission

Carmen Fontán*

Autora:

Dra. Carmen Fontán
Universidad Nacional de
Tucumán (UNT)

Recibido: 20/10/2025

Aceptado: 10/11/2025

Citar como:

FONTÁN, Carmen (2025):
“Inconvencionalidad por
omisión”, *Revista Jurídica de la
Facultad de Derecho y Ciencias
Sociales UNT*, Vol. 1, Núm. 1.

Licencia:

Este trabajo se comparte bajo la
licencia de Atribución-
NoComercial-CompartirIgual
4.0 Internacional de Creative
Commons (CC BY-NCSA 4.0):
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>



[CC] BY-NC-SA

Resumen: El artículo realiza un análisis normativo y jurisprudencial de lo que la doctrina denomina “inconvencionalidad por omisión”.

Palabras claves: constitución, inconvencionalidad, omisión

Abstract: The article provides a normative and jurisprudential analysis of what doctrine calls "unconstitutionality by omission."

Keywords: constitution, unconventionality, omission

* Profesora Titular de Derecho Constitucional, Cátedra “B”, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Tucumán (UNT).

I. INTRODUCCIÓN

El pasado 2 y 3 de octubre de 2025 se celebró en la Ciudad de Mendoza las Jornadas Interinstitutos de Derecho Público en la Universidad de Cuyo el primer día y el segundo en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Mendoza, dirigida a estudiantes, docentes, profesionales y público en general. Estas Jornadas contaron con la presencia de prestigiosos constitucionalistas y publicistas de los Institutos de las provincias de Salta, Entre Ríos, Santa Fe, Tucumán, Córdoba, Buenos Aires, Corrientes, Mendoza y los países hermanos de Perú y Uruguay. La temática versó sobre derechos humanos en general y en particular se analizó la perspectiva internacional, nacional y local. En ese marco y en representación del Instituto de Derecho Público de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Tucumán y como miembro integrante del Centro de Investigaciones “Benjamín Gorostiaga” de esa casa de estudios, expuse sobre el tema de la inconvenencialidad por omisión de las autoridades provinciales y la potencial responsabilidad internacional del Estado Nacional.

Cuando el maestro Agustín Gordillo profundizaba en la búsqueda de las bases del derecho administrativo, hablaba de unir dos fuerzas que suelen ir separadas, como si se tratara de ámbitos antitéticos: “La adecuada protección de la libertad individual, y el desarrollo coherente de la actividad económica y social del Estado actual. En realidad, pareciera que siempre se ha dado preferencia a la una o al otro, en desmedro del restante, y quienes se preocupan por uno de tales aspectos muy a menudo han olvidado o incluso negado expresamente al siguiente. Debe igualmente darse la máxima importancia a las bases constitucionales del derecho administrativo, que en nuestro sistema tienen una trascendencia decisiva sobre aquél”¹. Es así, como el constitucionalismo clásico es el germen del moderno derecho administrativo.

El constitucionalismo marcado por las tres revoluciones y la Declaración de los Derechos del Hombre, produce en las postrimerías del siglo XVIII un cambio en la vida política impactando en la relación entre el Estado y los individuos. Comienza lo que García de Enterría caracteriza como una larga y difícil lucha contra las inmunidades del poder². La idea de someter el Poder sistemáticamente “a un juicio en el que cualquier ciudadano pueda exigirle cumplidamente justificaciones de su comportamiento ante el Derecho es una idea que surge del Estado montado por la Revolución francesa, pero que aparece de un modo ocasional”. Y concluye este autor: “la historia de la reducción de estas inmunidades, de esta constante resistencia que la Administración ha opuesto a la exigencia de un control judicial plenario de sus actos mediante la constitución de reductos exentos y no fiscalizables de su propia actuación, podemos decir que es, en general, la historia misma del Derecho Administrativo”.

De este modo, algunas doctrinas y principios que habían comenzado a nacer con el proceso constitucional fueron ganando espacio, pero sin llegar a substituir

¹ GORDILLO (2013) p. 39.

² GARCIA DE ENTERRIA (1962) p. 159-208.

del todo las viejas concepciones de la “indemandabilidad del soberano”; “la irresponsabilidad del soberano”; “los actos del principio”; “la jurisdicción administrativa” entre otras. Y en ese contexto, fue el constitucionalismo moderno que puso fin a la noción del poder absoluto, y a la construcción del estado moderno, dejando atrás los criterios con los que funcionaron los gobiernos absolutistas del pasado. Así, es el Derecho Constitucional el instrumento más útil para analizar el tema de la responsabilidad del Estado.

También la doctrina de nuestros autores señala que la razón o justificativo que brinda andarivel a la obligación del Estado de resarcir nace del propio texto de la Constitución Nacional, de los principios que nutren el Preámbulo y de aquellos que sostienen el mismo ordenamiento jurídico³. Se verifica la materialización de principios constitucionales vinculado con la garantía de la tutela judicial efectiva, consolidándose de tal forma un sistema de responsabilidad complejo y eficaz; se buscaba así un sistema integral que tratará de cubrir las lesiones o daños producidos por todo tipo de actividad o inactividad administrativa –lícita o ilícita– que los particulares no deban jurídicamente soportar⁴.

El reconocimiento de un Estado responsable vino acompañado con la idea del Estado demandable⁵, pasando del Estado de la legalidad, al Estado de la constitucionalidad. Un fallo de la Corte Federal del año 2004, consagró la aplicación del principio de “tutela administrativa efectiva” a un procedimiento administrativo de selección de licenciatarios de radiodifusión⁶. Se trataba de un procedimiento en el cual los concursantes competían por el reconocimiento del derecho a emitir en una determinada frecuencia radial, por lo cual es claro que no se trataba de un procedimiento de índole jurisdiccional ni sancionatoria. El máximo tribunal anticipaba un criterio luego seguido por la Corte IDH. Recién en 2005 ese tribunal internacional va a establecer que las garantías judiciales del art. 8º de la CADH se aplican a cualquier procedimiento administrativo y no solo a los que tienen naturaleza jurisdiccional o sancionatoria (“Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay”)⁷.

En suma, la CSJN dio por sentado que de los arts. 8º y 25 de la CADH se extraen los principios de tutela judicial y administrativa efectiva y lo aplicó, además, en un procedimiento de naturaleza no jurisdiccional ni sancionatoria de reconocimiento de derechos previa puja concursal; aplicación que –a la fecha del fallo– la propia Corte IDH no tenía decidida y que recién resolvió un año después en el mentado caso “Yakye Axa”. Finalmente nuestra Corte Nacional en la sentencia del caso “Losicer” explicó los fundamentos por qué las garantías judiciales del art. 8º de la CADH resultan aplicables al procedimiento administrativo⁸.

³ MARIENHOFF (1997).

⁴ HUTCHINSON (2000) p.295 y ss.

⁵ Ley 3952 del 27/09/1900.

⁶ CSJN, Fallos: 327:4185, 14/10/04.

⁷ “Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay”, Corte IDH, Sentencia de 6 de febrero de 2006. Serie C No. 142.

⁸ CSJN, Fallos: 335:1126, 26/06/2012.

La Constitución cobra así su mayor sentido y, conforme lo expresa Garrorena Morales, es una singularidad normativa, caracterizada por tres dimensiones: a) su supremacía, en el sentido de que crea jurídicamente "a" la sociedad, mientras las demás normas (civiles, penales, comerciales, etc.) regulan relaciones producidas "en" la sociedad; b) es el único derecho al que le corresponde fijar las reglas básicas del sistema político y del modelo institucional de convivencia adoptado; c) es un "derecho superior al resto del derecho": impone criterios de valor a las demás normas y tiene aptitud para fundamentar la antijuricidad y consiguiente invalidez de aquellas normas que la contradigan⁹. Y tal como expresa Pérez Royo "No debemos olvidar, que el derecho constitucional es el punto de llegada de un proceso político constituyente del Estado y el punto de partida de un ordenamiento jurídico creado por el Estado constituido (...). Por lo tanto, el derecho constitucional es el punto de intersección entre la política y el derecho, no sólo en el momento fundacional sino también de manera permanente, singularizándolo como derecho y diferenciándolo esencialmente de todas las demás ramas del derecho"¹⁰.

Desde esa perspectiva vamos a analizar un tema relativamente nuevo y que tiene que ver con la responsabilidad internacional del Estado por las omisiones inconvencionales.

II. LA FUERZA NORMATIVA DE LA CONSTITUCIÓN

La fuerza normativa de la Constitución nos ofrece un primer elemento de engarce con la problemática de la inconstitucionalidad por omisión. La Constitución no contiene solamente normas prohibitivas, organizativas o competenciales, o normas que exijan inhibición o abstención del Estado¹¹, sino igualmente normas que imponen acciones positivas y obligaciones precisas que, a su vez, exigen medidas precisas (legislativas o de otro tipo) cuya insuficiencia, inadecuación o mera inexistencia se traducen en una infracción de la Constitución, en una inconstitucionalidad por omisión.

Nuestra constitución imparte numerosos mandatos al legislador, y no sólo un deber genérico de legislar, sino órdenes constitucionales precisas de desarrollo legislativo. Por ello, la potestad de ejercer control sobre las pretericiones inconstitucionales e inconvencionales recibe su fundamento y legitimación en el llamado bloque de constitucionalidad, punto de partida del principio de supremacía y normatividad de la norma fundamental.

Se plantea el problema fundamental de resolver qué alcance y cómo actuar ante el incumplimiento de un deber jurídico-constitucional concreto de legislar y, sobre todo, cuándo esa omisión inconstitucional es susceptible de generar responsabilidad del Estado. En la doctrina portuguesa se han señalado tres condiciones básicas: a) que la Constitución establezca una orden concreta de legislar; b) que el texto constitucional defina asimismo una imposición permanente y concreta dirigida al legislador (por ejemplo, la creación del Servicio Nacional de

⁹ GARRORENA MORALES (2013) P.85 y ss.

¹⁰ PÉREZ ROYO (1994) p. 26.

¹¹ STERN (1987) p.p. 265 y ss

Salud) y c) que en la Constitución se consagren normas que presupongan, para obtener operatividad práctica, una mediación legislativa¹². Y el tema es aún más complicado, cuando nos enfrentamos a la inconvencionalidad por omisión.

Afirma Sagües que “El tema de la inconvencionalidad por omisión refiere a las conductas incumplidas por el Estado, impuestas en las convenciones internacionales, en particular sobre las de derechos humanos. Se trata de una cuestión muy significativa, de tipo teórico pero muy práctico también, que genera responsabilidad internacional para el Estado renuente”¹³.

Es decir, que este tipo “omisivo” es una variante dentro de lo que se ha llamado la doctrina de la inconstitucionalidad por omisión. Cuando un Estado firma una convención, que según la constitución debe cumplirse, la inacción del Estado para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y de la propia convención, para hacer efectivos los derechos y libertades de esos instrumentos internacionales, o de instrumentar las políticas públicas de ejecución de la convención o tratado, importa un acto de omisión inconvencional, pero también de omisión constitucional. Hay así una relación de género y especie.

El ejemplo más claro que suele darse tiene que ver con el denominado derecho de rectificación o respuesta establecido en el art. 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Esa norma prescribe que el afectado tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley¹⁴.

Si el Estado no sanciona la ley a que alude el referido art. 14, incurre en inconvencionalidad por omisión; pero también en inconstitucionalidad por omisión, porque la mayor parte de las constituciones, sea de modo expreso, o implícito, admiten que los tratados y convenciones tienen que cumplirse. En consonancia con lo dispuesto en el art. 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de la que Argentina es parte.

La inconstitucionalidad por omisión legislativa tiene su origen en el hecho de que no todas las normas constitucionales pueden aplicarse directamente, sino que muchas de ellas tienen eficacia diferida, al requerir posterior detalle para su debida aplicación; al respecto, Gustavo Zagrebelski¹⁵, clasificaba distintos tipos de normas: Normas constitucionales de eficacia directa: cuando la estructura de la norma constitucional puede servir de regla en casos concretos, debe ser utilizada directamente por todos los sujetos del ordenamiento jurídico, como los jueces, la administración pública, o particulares. Normas constitucionales de eficacia indirecta: cuando la estructura de las normas constitucionales no es lo

¹² GOMES CANOTILHO y MOREIRA (1993) p. 1047.

¹³ SAGÜES (2019)

¹⁴ Sobre la alegada no operatividad del art. 14.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, corresponde en principio remitirse al voto del juez Belluscio en la causa de Fallos 311:2497, considerandos 4º, y a su disidencia en la de Fallos 315:1492, según las cuales, a pesar de que la mencionada convención integra el derecho argentino, el mencionado artículo remite a las condiciones que establezca la ley, de modo que, mientras tal ley no sea dictada, la disposición carece de operatividad.

¹⁵ ZAGREBELSKI (2005).

suficientemente completa, de manera que pueda servir como regla de casos concretos, su operatividad requiere una posterior intervención normativa por parte de las fuentes subordinadas. En esta categoría, se encuentran las siguientes: 1) Las normas constitucionales de eficacia diferida: normas de organización que necesitan una disciplina normativa, posterior a la establecida en la Constitución. 2) Las normas constitucionales de principio: muchas disposiciones constitucionales contienen la formulación de principios jurídicos. Necesitan de una posterior actividad de concreción que relacione el principio con los casos específicos. 3) Normas constitucionales programáticas: cada programa implica la asunción de un cierto criterio como principio de acción, pero éstas se refieren esencialmente a aspectos político-sociales.

Entre nosotros, uno de los autores que con mayor profundidad analizó el control de las omisiones inconstitucionales es Víctor Bazán. Cuando se refiere al “ejercicio del control sobre estas omisiones, expresa que la finalidad es “recomponer” el imperio de la ley, cuya primacía habría quedado momentáneamente bloqueada por la agresión negativa del órgano omitente”. Recuerda, que el control de constitucionalidad como noción jurídica es inseparable de la de Constitución como norma suprema de un ordenamiento jurídico dado.

Llegados a este punto, sigue diciendo, es imposible evadir un reenvío a Wessel cuando de afrontar la tipología de omisiones inconstitucionales se trata. Básicamente, tal autor distingue entre omisiones absolutas y relativas. En las absolutas, hay ausencia total de la norma que debería regular una determinada situación jurídica fijada constitucionalmente. En las relativas, el legislador, al propulsar la norma para “obedecer” el mandato constitucional, favorece a ciertos grupos y olvida a otros o acuerda ventajas a unos que no son dispensadas a otros, pudiendo tentativamente las hipótesis ser refundidas en la siguiente fórmula: habrá omisión relativa toda vez que en el cumplimiento del mandato constitucional (o del tratado internacional sobre derechos humanos con jerarquía constitucional en los sistemas jurídicos que –como el argentino– les acuerden tal valencia), el órgano legislativo o la autoridad pública encargados de efectivizarlo quiebren –en forma no intencional, pero produciendo un resultado discriminatorio y/o arbitrario– el principio de igualdad, o –como afirma Fernández Rodríguez– cuando se produzca una regulación deficiente a causa de la falta de “complitud” (sic) de la norma. En este supuesto (omisión relativa) el control judicial de constitucionalidad –excitado por la omisión en perjuicio de algunos–sale al rescate de la supremacía constitucional, que ha sido momentáneamente neutralizada. Obviamente –y en sintonía con lo que hemos venido sosteniendo– no cualquier omisión viabilizará el control; sólo aquélla cuya textura y efectos sean constitucionalmente relevantes y no concreten en forma completa una determinada imposición constitucional (o de un tratado internacional que recepcione la valencia expuesta supra). Una de las opciones que tendría a su alcance el órgano jurisdiccional sería la complementación de la norma despareja, para calibrarla equitativamente a fin de restablecer la igualdad quebrada y proporcionar, de ese modo, satisfacción a la pretensión de los perjudicados¹⁶.

¹⁶ BAZÁN (2007) p. 123 y 124.

Hace unos años Sergio García Ramírez alertaba sobre aspectos centrales de la relación histórica y actual de la jurisdicción interamericana de derechos humanos y los Estados parte en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Y refiriéndose al tema que se vincula con las omisiones legislativas señalaba: “Aparece la vía legislativa ordinaria, que se concreta en las disposiciones de recepción, internación o implementación de las normas de alcance más general. Ha florecido el acogimiento constitucional de los derechos humanos de fuente internacional, pero existe un déficit apreciable en la recepción legal de aquéllos y de las decisiones de los órganos internacionales de protección.

En este punto sólo se han expedido unas cuantas leyes de implementación. El déficit se muestra con mayor gravedad a la hora de dar cumplimiento a las decisiones que no se contraen a declarar la existencia de violaciones y disponer el pago de indemnizaciones. El carácter innovador y expansivo del régimen interamericano de consecuencias jurídicas del ilícito internacional requiere una normativa mucho más amplia y compleja, con la que no cuentan los Estados nacionales y de la que depende, en apreciable medida, la eficacia de la jurisprudencia interamericana”¹⁷.

Se multiplican los puntos de contacto entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno, incrementándose la exigencia de lograr una pacífica articulación de tales fuentes mediante su retroalimentación y complementariedad a favor del fortalecimiento del sistema general de derechos, procurando que el estado cumpla los compromisos internacionalmente asumidos en la materia y evitar, así, incurrir en responsabilidad internacional por acción u omisión.

III. SUBTIPOS DE INCONVENCIONALIDAD POR OMISIÓN

Néstor Pedro Sagües sistematiza los distintos niveles de la inconvenencialidad por omisión, clasificándolas en: 1) La inconvenencialidad por omisión que importa la renuencia del Estado a cumplir sus obligaciones internacionales. Si es por dilación estamos frente a una inconvenencialidad por mora y si es por decisión del estado de no cumplir con esos compromisos hablamos de inconvenencialidad por negación; 2) Inconvenencialidad por omisión en los casos donde media cosa juzgada internacional respecto de un Estado (hipótesis en que el mismo no cumple íntegra y lealmente una condena en su contra) y la inconvenencialidad por omisión en los supuestos en que hay “cosa interpretada”, y el Estado debe seguir la jurisprudencia establecida por el tribunal internacional, incluso en los casos en que no ha sido parte. En esta última variante, puede mediar inconvenencialidad por omisión si el Estado no inaplica el derecho nacional contrario al Pacto de San José de Costa Rica, u opuesto a la jurisprudencia de la Corte Interamericana (esto es, si no realiza control represivo de convencionalidad); o si no ejecuta el control constructivo, que le obliga a diseñar interpretaciones del derecho local “conformes” con el Pacto de San José de Costa

¹⁷ GARCIA RAMIREZ (2014).

Rica y la jurisprudencia de la Corte Interamericana y 3. Conforme la Corte Interamericana, hay actualmente también un control legislativo de convencionalidad, referido a la emisión de normas, que obliga al Estado a no dictar reglas contrarias al Pacto de San José y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, y a modificar o también derogar las vigentes opuestas a esos parámetros. Por último, el “control ejecutivo” de convencionalidad va por los mismos carriles, sumado a que, en los procedimientos administrativos, debería actuar en consonancia con las mismas reglas de inaplicación y de “interpretación conforme”, incurriendo, si no lo hace así, en inconvencialidad por omisión.

Concluye Sagües que “La inconvencialidad por omisión, en cualquiera de sus manifestaciones, es un caso de patología jurídica que puede generar responsabilidad internacional al Estado renuente”¹⁸.

La justificación de estos niveles de control se encuentran en las enseñanzas de García Ramírez, (en su voto razonado en el caso “Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú), para quien, dentro de la lógica jurisdiccional que sustenta la creación y la operación de la Corte IDH, “no cabría esperar que esta se viese en la necesidad de juzgar centenares o millares de casos sobre un solo tema convencional -lo que entrañaría un enorme desvalimiento para los individuos-, es decir, todos los litigios que se presentan en todo tiempo y en todos los países, resolviendo uno a uno, los hechos violatorios y garantizando, también uno a uno, los derechos y libertades particulares”¹⁹.

Añadió que “[l]a única posibilidad tutelar razonable implica que una vez fijado el criterio de interpretación y aplicación, éste sea recogido por los Estados en el conjunto de su aparato jurídico: a través de políticas, leyes, sentencias que den trascendencia, universalidad y eficacia a los pronunciamientos de la Corte constituida -insisto- merced a la voluntad soberana de los Estados y para servir a decisiones fundamentales de estos, explícitas en sus constituciones nacionales y, desde luego, en sus compromisos convencionales internacionales”²⁰.

IV. LA INTENSIDAD DEL CONTROL

El control de convencionalidad modula su intensidad de conformidad con las normas y reglas aplicables en un determinado Estado, dependiendo de la “profundidad” de la función y jerarquía de cada órgano que realiza la tarea.

Normalmente el control *stricto sensu*, solo puede ser realizado por el poder judicial y, en general, por quienes realizan funciones jurisdiccionales²¹, porque son

¹⁸ SAGÜES (2019).

¹⁹ Corte IDH, “Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú”, voto razonado del juez García Ramírez, párrafo 8º.

²⁰ Corte IDH, “Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú”, voto razonado del juez García Ramírez, párrafo 8º.

²¹ De acuerdo con lo expresado por la Corte IDH en el famoso caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C, núm. 220.

los órganos que se encuentran habilitados para declarar la invalidez de una norma jurídica²².

Hitters expresa que “el poder ejecutivo y el legislativo también están “sujetos” a esta inspección, aunque no lo lleven a cabo per se (podemos hablar de sujetos pasivos de control). Empero, lo cierto es que, para evitar la responsabilidad internacional del Estado, lo que deben hacer los “demás poderes” es tener en cuenta la jurisprudencia internacional para evitar el dictado de actos o la ejecución de conductas que infrinjan los tratados internacionales. Es decir que las autoridades que no ejecutan funciones típicamente jurisdiccionales tienen que interpretar los derechos humanos de la manera más favorecedora, sin que estén potenciados para declarar la invalidez de las normas o para desaplicarlas en casos concretos, conforme lo ha expresado la Suprema Corte de México en el caso Radilla Pacheco (9 de diciembre de 2010). Parece claro que el grado de despliegue se ejerce con más fuerza en los Estados que permitan el control difuso, al tener —por regla— todos los juzgantes locales la atribución de “inaplicar” o “invalidar”, según el caso, la norma inconvenencial. Sin embargo hay un grado intermedio, por ejemplo, cuando el operador, en lugar de romper una regla local viciada, está en condiciones de llevar a cabo una interpretación conforme de la normatividad interna con los tratados internacionales y de la jurisprudencia interamericana. Ello así, pues, al cumplir este tipo “interpretación”, se puede salvar la inconvenencialidad del precepto interno, tal como veremos en el siguiente apartado²³.

V. LA INCONVENCIONALIDAD POR OMISIÓN EN UN ESTADO FEDERAL.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en sintonía con pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre las garantías procesales en el ámbito penal y la denominada doctrina del “doble conforme” nos permiten reflexionar e indagar sobre la relación entre federalismo, la protección internacional de los derechos humanos y la responsabilidad del Estado Nacional. Potencial responsabilidad del Estado que vamos a analizar desde el escenario judicial nacional y desde la actuación del Poder Judicial provincial. En

²² El control de convencionalidad puede efectuarlo cualquier juez o tribunal que materialmente realice funciones jurisdiccionales, incluyendo —según el diagrama de los diversos países— las cortes supremas de justicia, las cortes, salas o tribunales constitucionales, y en los países que ejecutan el control difuso, todos los jueces sin distinción de jerarquías. En el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.

²³ HITTERS (2015).

los casos “Gorigoitía vs. Argentina”²⁴ y “Valle Ambrosio”²⁵ el Estado Argentino fue declarado responsable por la violación al derecho a recurrir la sentencia dentro de un proceso penal en los términos del art. 8.2 h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Como consecuencia de lo resuelto, surge la obligación de modificar los códigos procesales penales, responsabilidad que cae en la órbita de las competencias propias de las entidades que conforman la federación. Esto genera serios interrogantes: ¿Quién es el obligado dar cumplimiento a las obligaciones internacionales? ¿El estado Nacional signatario de la Convención o el estado provincial, dado que los códigos procesales son resorte exclusivo de los gobiernos locales? ¿Está habilitado el Estado Federal para obligar a las provincias que cumplan con obligaciones internacionales cuando se trata de competencias propias de las provincias? ¿Es posible que una omisión inconvencional de una Provincia importe la potencial responsabilidad internacional del Estado Argentino? ¿Con qué herramientas cuenta el Estado Nacional para hacer que las provincias cumplan con las obligaciones internacionales, cuando las entidades autónomas no son parte de la convención?

Estos interrogantes evidencian que las distintas estructurales federales de varios Estados partes de la convención impactan en el ámbito doméstico y en el plano internacional cuando se trata de dar cumplimiento a las decisiones de los

²⁴ El 16 de marzo de 2018 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sometió a la jurisdicción de la Corte este caso, relacionado con la inexistencia de un recurso ordinario que permita la revisión integral de la sentencia condenatoria impuesta a Oscar Raúl Gorigoitía por el delito de homicidio simple en el marco de un proceso penal en la Provincia de Mendoza, Argentina, en 1997. La Comisión consideró que el señor Gorigoitía no contó con un recurso ante autoridad superior que efectuara una revisión integral de dicha sentencia, incluyendo las cuestiones de hecho y de valoración probatoria alegadas por la defensa mediante el recurso de casación. Finalmente, la Corte IDH dispuso que el Estado Argentino es responsable por la violación al derecho a recurrir el fallo contenido en el artículo 8.2.h) de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 del mismo instrumento y por la violación al deber de adoptar disposiciones del derecho interno, establecido en el artículo 2 de la Convención Americana, en relación con el artículo 8.2.h). Consideró que el Estado no es responsable por la violación a la cláusula federal dispuesta por el artículo 28 de la Convención Americana. Simultáneamente, resolvió que el Estado debe, dentro de un plazo razonable, adecuar su ordenamiento jurídico interno a los parámetros establecidos en esta Sentencia sobre el derecho de recurrir del fallo ante el juez o tribunal superior, por lo que la Provincia de Mendoza debía modificar sus normas procesales penales. CIDH, sentencia del 02/09/2019.

²⁵ El 4 de septiembre de 2018 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sometió a la jurisdicción de la Corte Interamericana el caso “Julio César Ramón del Valle Ambrosio y Carlos Eduardo Domínguez Linares” contra la República Argentina. El caso se vincula con la alegada violación del derecho de los señores del Valle Ambrosio y Domínguez Linares a recurrir la sentencia dictada por la Cámara Novena del Crimen de Córdoba, la cual los condenó a una pena de tres años y seis meses de prisión por la comisión del delito de defraudación. La Corte IDH declaró la responsabilidad del Estado Argentino por la violación del derecho a recurrir el fallo contenido en el artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento, en perjuicio de los señores Julio César Ramón del Valle Ambrosio y Carlos Eduardo Domínguez Linares, disponiendo que El Estado deberá adecuar su ordenamiento jurídico interno con respecto a la legislación procesal penal de la Provincia de Córdoba a los parámetros establecidos en esta Sentencia sobre el derecho de recurrir del fallo ante el juez o tribunal superior.

órganos supranacionales y a las normas del derecho internacional de los Derechos Humanos. La doctrina de la Corte IDH es clara:

[...] el Estado “es el principal garante de los derechos humanos de la personas, de manera que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es el propio Estado quien tiene el deber de resolver el asunto a nivel interno [...], antes de tener que responder ante instancias internacionales como el Sistema Interamericano, lo cual deriva del carácter subsidiario que reviste el proceso internacional frente a los sistemas nacionales de garantías de los derechos humanos” [Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú..., cit., párr. 66]. Esas ideas también han adquirido forma en la jurisprudencia reciente bajo la concepción de que todas las autoridades y órganos de un Estado Parte en la Convención tienen la obligación de ejercer un “control de convencionalidad” [Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C, núm. 259, párr. 142]²⁶.

Por último, nos parece sugestiva como pauta interpretativa, aquella afirmación de Fernández Segado que “la distribución de competencias no ha de verse sólo estáticamente, esto es, petrificada en la forma que le diera la Constitución en un momento histórico concreto, sino que debe verse adaptada dinámicamente a las respectivas exigencias de tiempo y lugar y, cuando sea preciso, debe seguir siendo desarrollada”²⁷. Veamos entonces el desarrollo de nuestro federalismo.

VI. EL PRINCIPIO DE LEALTAD FEDERAL

En el Estado federal alemán el conjunto de las relaciones constitucionales entre el Estado central y sus miembros, así como las relaciones constitucionales entre los miembros, están determinados por el principio constitucional no escrito del deber recíproco del Bund y de los Lander a observar un comportamiento favorable a la federación. En consecuencia, en el contexto de las relaciones federales, el Bund, por un lado, tiene que comportarse de modo favorable a los Lander; y, por otro lado, los Lander están obligados a mantener una actitud favorable al Bund. El Tribunal Constitucional Federal, en su jurisprudencia, se ha basado en este principio general del comportamiento favorable a la federación para derivar de él una serie de deberes jurídicos concretos que son de gran importancia para el funcionamiento del ordenamiento federativo, pero con la aclaración formulada por el propio tribunal, que este principio es siempre de carácter accesorio. En otras palabras, esta “lealtad” no puede legitimar por sí misma ninguna norma de acción, de consentimiento o de permisión. La tesis sólo tiene significado dentro de una relación jurídica justificada de modo distinto en la que, como tal, modera, o varía otros derechos o deberes o bien los complementa

²⁶ Corte IDH. Caso Brewer Carías vs. Venezuela, cit. Voto conjunto disidente los jueces Manuel E. Ventura Robles y Eduardo Ferrer Mac-Gregor, párr. 63.

²⁷ FERNÁNDEZ SEGADO (2002), p. 137.

mediante deberes adicionales²⁸. Es bueno leer el art. 28 del PSJCR en sintonía con este principio.

En el ámbito de la Convención Americana de Derechos Humanos el art. 28 dispone:

Cláusula Federal

1. Cuando se trate de un Estado parte constituido como Estado Federal, el gobierno nacional de dicho Estado parte cumplirá todas las disposiciones de la presente Convención relacionadas con las materias sobre las que ejerce jurisdicción legislativa y judicial.
2. Con respecto a las disposiciones relativas a las materias que corresponden a la jurisdicción de las entidades componentes de la Federación, el gobierno nacional debe tomar de inmediato las medidas pertinentes, conforme a su constitución y sus leyes, a fin de que las autoridades competentes de dichas entidades puedan adoptar las disposiciones del caso para el cumplimiento de esta Convención.
3. Cuando dos o más Estados parte acuerden integrar entre sí una Federación u otra clase de asociación, cuidarán de que el pacto comunitario correspondiente contenga las disposiciones necesarias para que continúen haciéndose efectivas en el nuevo Estado así organizado, las normas de la presente Convención.

Este artículo en sus dos primeros párrafos contempla la situación de los estados parte que tienen una estructura federal, con todas las consecuencias que para el reparto de competencias eso implica. Pero ese doble orden de competencias no habilita una interpretación aislada o desequilibrada de la cláusula federal. Una exégesis armónica y sistemática que vincule el art. 28 con los artículos 1.1. y 2 nos persuade que la convención disciplina como deberes fundamentales a cargo de los Estados parte, es decir, los Estados con estructura federal, unitaria, mixta o cualquier otra, los de respeto y garantía del pleno ejercicio de los derechos humanos en ella reconocidos (artículo 1.1). Adicionalmente coloca a los Estados parte con organización federal en la obligación de adoptar las disposiciones de derecho interno pertinentes y necesarias para cumplir con tales deberes (artículos 2 y 28.2). De tal manera que las obligaciones generales de respetar y garantizar los derechos protegidos por la Convención y la de adecuar el derecho doméstico a la normativa internacional se interrelacionan y no pueden ser entendidos una sin el otro. De tal manera que la cláusula federal determina el alcance de las obligaciones generales, pero en modo alguno faculta a restringir o limitar indebidamente la protección internacional para los habitantes de Estados con estructura federal, así como para evitar que el derecho internacional y en particular los órganos internacionales condicionen o impidan el armónico funcionamiento de la distribución de los poderes hacia el interior de las federaciones. En el caso de Argentina, múltiples de los problemas, estructurales o coyunturales relativos a la

²⁸ FALLER (1980) p.197.

vigencia, respeto y garantía de los derechos se producen concurrente o exclusivamente a nivel provincial²⁹. Un tema que nos preocupa y nos ocupa. No solo por la potencial responsabilidad del Estado Nacional, sino también por el impacto negativo sobre la esfera de protección de los derechos humanos en la órbita provincial y la falta de mecanismos idóneos para dar respuesta a estas cuestiones propias de nuestro diseño institucional.

VII. LA DOCTRINA DE LA CORTE FEDERAL

El 26 de diciembre de 2019 la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó la sentencia en P., S. M. y otro s/ homicidio simple" receptando la inconvenencialidad por omisión en un juicio donde se debatía el recurso de casación horizontal. Al referirse a la ausencia de una norma legal que expresamente habilite la vía de la casación horizontal, desplegó argumentos que son aplicables a los supuestos en que las provincias no sancionan las normas procesales en concordancia con el derecho convencional.

En esta parte del fallo, con cita de la doctrina más autorizada, el Tribunal da respuesta a la inconvenencialidad por omisión expresando:

"Este Tribunal se ha pronunciado con anterioridad en el sentido de que la omisión del Poder Legislativo en la adopción de las previsiones legales necesarias para operativizar mandatos concretos de jerarquía constitucional no puede conllevar la frustración de los derechos o prerrogativas consagrados por la Norma Fundamental ("Ekmekdjian, Miguel Ángel", Fallos: 315:1492; "Badaro, Adolfo Valentín", Fallos: 329:3089).

Específicamente, se ha sostenido que la violación de un derecho "puede acaecer tanto por el establecimiento de normas internas que prescriban una conducta manifiestamente contraria, cuanto por la omisión de establecer disposiciones que hagan posible su cumplimiento" (Fallos: 315:1492 cit., considerando 16).

Ello encuentra su fundamento en que, como ha enfatizado este Tribunal, la Constitución Nacional "asume el carácter de una norma jurídica que, en cuanto reconoce derechos, lo hace para que éstos resulten efectivos y no ilusorios, sobre todo cuando [...] se encuentra en debate un derecho humano" (Fallos: 327:3677,

²⁹ Solo a título de ejemplo, en el año 2020 la Corte IDH declaró la responsabilidad del Estado Nacional en el "Caso Comunidades indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina. Sentencia de 6 de febrero. 2020. Serie C. n ° 400" por vulneración al derecho de la propiedad comunitaria indígena en la Provincia de Salta. "Caso Spoltore vs. Argentina". Sentencia de 09 de junio de 2020. Serie C n ° 404, vulneración de la garantía del plazo razonable en la Provincia de Buenos Aires. "Caso Valle Ambrosio y otros vs. Argentina", Sentencia de 20 de julio de 2020. Serie C n ° 408, el derecho a un recurso judicial efectivo en la Provincia de Mendoza. "Caso Fernández Prieto y Tumbero vs. Argentina", Sentencia de 01 de septiembre de 2020. Serie C n ° 411, por violación a los derechos a la seguridad personal en la provincia de Buenos Aires.

considerando 8º). En consecuencia, "la Constitución obliga y vincula porque tiene vigor normativo"³⁰

En ese entendimiento, la omisión en la adopción de disposiciones legislativas necesarias para operativizar mandatos constitucionales concretos constituye un incumplimiento de la Constitución Nacional con el consiguiente debilitamiento de la fuerza normativa de su texto. De ello se colige necesariamente la exigencia de control de tales omisiones legislativas, y su subsanación: Así, "para que la constitución no pierda, en desmedro de su carácter de norma jurídica suprema, la exigibilidad, la obligatoriedad, y la efectividad que la identifican en un estado democrático, se hace necesario que las normas programáticas que no se cumplen, que no se desarrollan, o que se atrofian, puedan surtir el efecto normativo (la vinculatoriedad, la exigibilidad, y la efectividad) de toda la Constitución, mediante alguna forma de control que recaiga sobre su paralización. o sea, debe existir un órgano y unas vías de acceso a él para que quien sufre un perjuicio por la falta de implementación ineludible de la norma programática, se halle en condiciones de requerir su cumplimiento o, subsidiariamente, la reparación de aquel perjuicio" (Bidart Campos, Germán, "El derecho de la constitución y su fuerza normativa", Buenos Aires, Ed. Ediar, 1995, pág. 21).

Y con invocación del art. 2 de la CADH concluye:

"La ausencia en la previsión legislativa de normas procesales que permitan garantizar la revisión horizontal intentada conllevaría la negación de brindar una tutela oportuna, eficaz y sin dilaciones indebidas (artículos 7.5 y 8.1, CADH, artículo 14.3.c del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) de un derecho de jerarquía ,constitucional como el debido proceso penal y, específicamente, el derecho al doble conforme (artículos 18, Constitución Nacional, 8.2.h CADH y 14.5 PIDCP, ambos cfr. artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional) de los que cabe predicar operatividad.

Y reafirmando el concepto de "medidas de otro carácter" del citado artículo 2º de la Convención expresa:

"...este Tribunal, guardián último de las garantías constitucionales, máximo intérprete de la Constitución y cabeza de un departamento del Estado (Fallos: 342:509, 584, 1417; 338:1575 y 330:4134), se encuentra obligado a adoptar las medidas necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades consagrados en el bloque de constitucionalidad argentino, aun ante omisiones de las normas legislativas necesarias para su operatividad".

Analizando esta sentencia Fappiano y Hitters³¹ concluyen que "en el caso

³⁰ BIDART CAMPOS (1997) p. 3; HESSE (1993) p.61.

³¹ FAPPIANO y HITTERS (2020).

aquí analizado, la Corte Suprema ha ejercido correctamente sus facultades colegislativas implícitas a través del control de constitucionalidad, al regular por vía judicial un trámite ante el tribunal de casación para cumplir con el doble conforme y evitar la violación del postulado del *due process of law*, incluyendo la doble instancia en el ámbito penal.

En efecto, en el citado caso Manfred Amrhein vs. Costa Rica, repitió con contundencia la obligación de los Estados —en este asunto del poder judicial— (arts. 1 y 2 CADH) de suprimir normas y prácticas que violen las garantías y, de ser necesario, expedir reglas a tales fines. Ello así para destruir la presunción de inocencia a través de un órgano diverso que emita un fallo motivado³².

En definitiva³³, concluyen los autores, creemos que en este caso la Corte Suprema hizo muy bien en casar la sentencia condenatoria y remitirla a otros jueces que integren el cuerpo de casación”³⁴.

VIII. EL CAUCE DE ESTA DOCTRINA, ENTENDIDA COMO COMPLEMENTO DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE LA DIVISIÓN DE PODERES, DEL FEDERALISMO, ETC.

“La intervención de esta Corte en los términos precedentemente expuestos no entraña injerencia alguna en el ámbito del Poder Legislativo, ni quiebre del principio de separación de poderes, u otro principio de raigambre constitucional. Se trata del debido y necesario ejercicio del control de constitucionalidad de las normas y actos de los gobernantes que les impone la Constitución Nacional en cuanto norma jurídica con voluntad

³² Ya había dicho el cuerpo interamericano de San José que “La Corte se ha referido en su jurisprudencia constante sobre el alcance y contenido del art. 8.2.h) de la Convención, así como a los estándares que deben ser observados para asegurar la garantía del derecho a recurrir el fallo ante juez o tribunal superior. El Tribunal ha entendido que dicho derecho consiste en una garantía mínima y primordial que ‘se debe respetar en el marco del debido proceso legal, en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía [...]’”. Cfr. Corte IDH. Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica..., cit., párr. 158, y Caso Zegarra Marín vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de febrero de 2017. Serie C, núm. 331, párr. 170. Teniendo en cuenta que las garantías judiciales buscan que quien esté incurso en un proceso no sea sometido a decisiones arbitrarias, la Corte interpreta que el derecho a recurrir el fallo no podría ser efectivo si no se garantiza respecto de todo aquel que es condenado. Cfr. Caso Mohamed vs. Argentina..., cit., párrs. 92 y 93; Caso Zegarra Marín vs. Perú..., cit., párr. 170, ya que la condena es la manifestación del ejercicio del poder punitivo del Estado. Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C, núm. 72, párr. 107; Caso Zegarra Marín vs. Perú..., cit., párr. 170 y Caso Amrhein y otros vs. Costa Rica..., cit., párr. 255.

³³ Es importante puntualizar que dicho país —sede de la Corte Interamericana—, al advertir que el tribunal de casación estaba regulado muy deficitariamente debido a demasiado formalismo, dictó una ley para cumplir con los arts. 1.1 y 2 de la CADH, creando un recurso de revisión que podrían incoar todos aquellos condenados por el tribunal de casación doméstico, y que no habían podido ejercer el doble conforme. Lo curioso es que esta vía impugnativa pudo ejercitarse con efecto retroactivo, es decir, por aquellos que fueron efectuados antes de la creación del recurso de revisión. Corte IDH. Caso Amrhein y otros vs. Costa Rica..., cit., párr. 263

³⁴ HORNOS y FERNÁNDEZ OCAMPO (2020).

de eficacia”.

IX. LA POTENCIAL RESPONSABILIDAD DEL ESTADO NACIONAL POR INCONVENCIONALIDAD POR OMISIÓN DEL PODER LEGISLATIVO PROVINCIAL Y LA INACCIÓN DEL PODER JUDICIAL LOCAL

Los hechos:

El 16/01/2020 (Expte. Nº 03-VL-20) el ciudadano Luis Iriarte formuló un pedido de acceso a la información pública dirigido al Vicegobernador de Tucumán, Osvaldo Jaldo, en su carácter de Presidente de la Legislatura de Tucumán peticionando, entre otros temas, la publicación en internet, en la página Web de la Legislatura, de la nómina del personal permanente, transitorio y de los asignados a los bloques políticos y a cada legislador, que se desempeñan o desempeñaban en la Legislatura, precisando sus nombres y apellidos, sus documentos de identidad y remuneración mensual percibidos por su desempeño en el órgano legislativo, y el bloque o legislador al que fueron asignados, durante el lapso en que Jaldo se desempeñó como Vicegobernador (2015 hasta enero de 2020). Fundamentó su pedido, en que como contribuyente que paga sus impuestos, tenía derecho a saber en qué, cómo, en quienes y con qué fundamento se aplican los fondos asignados en el presupuesto legislativo. Sostuvo que el derecho humano de acceso a la información pública está reconocido por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art.13.1), en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículos IV y XXIV), en el art.19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el art.19.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, todos ellos con jerarquía constitucional (art.75 inc.22 CN). Invocó la doctrina judicial de la CSJN (“Asociación de Derechos Civiles c. Estado Nacional-PAMI”, Fallos 335:2393, “CIPPEC c. Estado Nacional. Ministerio de Desarrollo Social s/Amparo, sentencia del 26/03/2014 y Fallos: 335:197; 329:3089; 335:452. entre otros), y de la Corte IDH (caso “Claude Reyes y otros vs. Chile”, sentencia del 19/09/2006, Serie C, 151, párr.77, Corte IDH).

La respuesta fue negativa.

El 2 de julio de 2020 el ciudadano Iriarte interpuso una acción de amparo directamente ante la Corte Suprema de Justicia en su competencia originaria, dictaminada favorablemente por el Ministerio Público Fiscal y convalidada por el alto Tribunal mediante Resolución Nº1.019 del 18/12/2020. Sostuvo que el Derecho de Acceso a la Información Pública (DAIP) es uno de los derechos fundamentales para ejercer una ciudadanía activa en un estado democrático, implicando la publicidad de los actos de gobierno y la rendición de cuentas por parte de funcionarios públicos. El acceso a la información constituye una herramienta esencial para combatir la corrupción, hacer realidad el principio de transparencia en la gestión pública y mejorar la calidad de nuestras democracias, signadas por una cultura de secretismo y por organismos públicos cuyas políticas y prácticas de manejo físico de la información no están orientadas a facilitar el acceso de las personas a la misma.

Con fecha 27/12/2021 la Corte Suprema de Justicia de Tucumán³⁵ dictó sentencia no haciendo lugar al amparo interpuesto. En apretada síntesis estos fueron los fundamentos:

1. Que no se configura en la especie el requisito de la “arbitrariedad o ilegalidad manifiesta” para la procedencia de la acción de amparo. Que la información requerida por el actor se encuentra incluida en los supuestos de excepción que el ordenamiento contempla para negar el acceso. Que en la demanda el amparista reconoce su intención de exponer la opinión política de las personas que se desempeñaron y desempeñan como empleados legislativos a partir de la publicación de los datos de los respectivos nombramientos. Según la sentencia la demanda alude a “nombramientos de amigos del poder” o de “familiares del poder”, o de “militantes del poder”, todo pagado con el dinero recaudado de los contribuyentes, para que en muchos casos trabajen territorialmente en los procesos electorales por la candidatura de quien los nombró o pidió su nombramiento. Que esas afirmaciones justifican *a priori* la decisión del Estado demandado de no proporcionar la información en la totalidad de los términos requeridos, al no contar con el consentimiento libre, expreso e informado de los empleados.
2. Que en autos no se dan los extremos de “CIPPEC” y “GARRIDO” porque aquí median razones suficientes para interpretar que la información solicitada revelaría opinión política de las personas involucradas. “Que afectaría el real sentir político de los sujetos contratados” (sic).
3. Que esta acción de amparo excede la tutela legal del derecho a la información pública porque el amparista sostuvo “Todo esto exige clarificarse y quedar en conocimiento de la ciudadanía, porque a la hora de votar responsablemente en los procesos electorales de renovación de autoridades, es imprescindible conocer los actos de los funcionarios públicos en el manejo y aplicación de fondos públicos. Esto tiene, directa vinculación con el derecho a participar, en condiciones de igualdad, en “elecciones auténticas”, libres de presiones y de indebidas ventajas del oficialismo de turno (art. 23 PSJCR). Con mayor razón al habilitarse en la reforma constitucional del 2006 la reelección inmediata de los legisladores...”. En suma, en virtud del art. 43 CN, 37 CT y art. 50 CPC no habiendo arbitrariedad o ilegalidad de la conducta cuestionada resulta improcedente la vía intentada y corresponde rechazar el amparo.
4. A su turno el voto en disidencia parcial reconoce la incorporación convencional, constitucional y legal del derecho humano de acceso a la información pública, concluye que en este caso es aplicable la excepción prevista en el art. 2 de la ley 25326. Y a título exhortativo expresa que la Provincia deberá diseñar un sistema de publicidad de los datos globales y por rubros a través de sus páginas web institucionales y demás espacios de información pública. En consecuencia, considera que debe rechazarse la acción intentada.

³⁵ CSJT, sentencia del 27/12/2021 en “Iriarte, Luis c. Provincia de Tucumán y otro s/Amparo”, Expte. N° 6/20.

Tucumán es una de las cuatro provincias argentinas que no sancionó la ley de acceso a la información pública. La propia sentencia que comentamos expresa que la falta de reglamentación no puede ser un obstáculo para el reconocimiento de este derecho convencional.

En virtud del art. 28 de la CIDH los Estados con matriz federal no pueden recurrir al argumento de su tipología de configuración política descentralizada para intentar evadir el cumplimiento de las obligaciones internacionalmente asumidas en torno a la protección real y concreta de los derechos fundamentales de la citada Convención, entre los que se encuentra el acceso a la información pública (art. 13.1). “Cuando un país ratifica un tratado internacional se obliga internacionalmente a que sus órganos lo apliquen a los supuestos que el tratado contempla, máxime si éstos están descriptos con una concreción tal que permita su aplicación inmediata, por lo cual, la prescindencia de las normas internacionales por los órganos internos pertinentes puede generar responsabilidad internacional” Fallos: 331:2663. La omisión de su consideración puede comprometer la responsabilidad del Estado argentino frente al orden jurídico supranacional” (Fallos: 330:5294; 329:3034; 329:2459; 328:3399; 328:1146, entre muchos otros).

La sentencia realizó una interpretación de las leyes de protección de datos personales y de acceso a la información pública en absoluta contradicción con las garantías del derecho internacional de acceso a la información pública, máxima divulgación, interpretación restrictiva de las limitaciones de acceso a la información por ley, transparencia activa, recurso sencillo y rápido, acceso a la justicia, tutela judicial efectiva previstas todas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el bloque de Convencionalidad Federal.

Cuando la información es de interés público, por referirse a asignaciones de gasto público o a beneficios otorgados por el Estado a personas que voluntariamente han accedido a los mismos, la información es relevante para el ejercicio del control social y el efecto sobre derechos personalísimos no es desproporcionado en tanto las personas beneficiadas saben que los datos sobre las asignaciones o beneficios públicos deben ser conocidos para el ejercicio de dicho control.

Asimismo, la decisión de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica en la Sentencia 14519 del 31 de agosto de 2004, estableció que el interés público en conocer los nombres de los contribuyentes cuyas deudas fueron declaradas incobrables por la autoridad fiscal, es superior al derecho a la privacidad. En dicha decisión, la Sala argumentó que “[e]n atención del deber de transparencia que debe caracterizar la función pública [...] no puede la administración negar el acceso a la información que revista interés público, cuando tales datos puedan revelar un irregular manejo de fondos que son de todos los y las costarricenses, como en el caso concreto”.

En consecuencia, tanto la omisión legislativa como la exégesis aplicada por el Superior Tribunal provincial comprometen la potencial responsabilidad del Estado Nacional frente al orden jurídico internacional y a lo dispuesto en el art. 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados. Ninguna ley establece ni

podría establecer que el hecho de ser empleado público importa “información sensible” y que su publicitación por internet en la página web de una legislatura pudiera “estigmatizarlos”.

La responsabilidad internacional del Estado puede generarse por actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste que violen la Convención Americana, independientemente de su jerarquía. Es decir, todo acto u omisión, imputable al Estado, en violación de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, compromete la responsabilidad internacional del Estado³⁶.

En la sentencia del Caso “Heliodoro Portugal vs. Panamá”³⁷, de agosto de 2008, la Corte IDH destacó un papel diferente para el juez nacional frente al mero rol de inaplicador de normas internas contrarias a la CADH que antes había señalado. Precisó que todo juzgador debía “velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales”, tarea que se enmarcaría al interior de las dos vertientes de medidas que derivan del art. 2º de la CADH, a decir: i) la supresión de normas y prácticas que contravengan la Convención, y ii) la expedición de normas y desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías.

En Gelmán vs. Uruguay³⁸, la Corte IDH puntuizó que “Respecto de la segunda manifestación del control de convencionalidad, en situaciones y casos en que el Estado concernido no ha sido parte en el proceso internacional en que fue establecida determinada jurisprudencia, por el solo hecho de ser Parte en la Convención Americana, todas sus autoridades públicas y todos sus órganos, incluidas las instancias democráticas , jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, están obligados por el tratado, por lo cual deben ejercer, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, un control de convencionalidad tanto en la emisión y aplicación de normas, en cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención, como en la determinación, juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos, teniendo en cuenta el propio tratado y, según corresponda, los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana!”³⁹.

³⁶ CIDH, Caso “La Última Tentación de Cristo”(Olmedo Bustos y otros), párr. 72. En ese sentido, Caso Palamarra Iribarne, párrs. 74 y 88; Caso Ricardo Canese, párrs. 105 y 106; Caso Herrera Ulloa, párrs. 132 y 133; y Caso Ivcher Bronstein, párrs. 158-160, 162 y 163. Ver Sergio García Ramírez y Alejandra Gonza. *La libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)* en Revista de Derecho Público. Revista No. 2006-2, Editorial Rubinzel-Culzoni. Argentina, 2006.

³⁷ Corte IDH, “Caso Heliodoro Portugal y sus familiares vs. Panamá”, Serie C No. 186 http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_186_esp.pdf

³⁸ Corte IDH, Caso Gelmán vs. Uruguay, resolución 20/03/2013, sobre cumplimiento de sentencia.

³⁹ Al respecto, la corte señaló en el caso Gelmán: “La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo

Según Sagües, en este caso que él llama “Gelman 2”, la Corte IDH envía un mensaje para los operadores nacionales que “emiten” normas, en el sentido amplio de este vocablo (normas en sentido formal o material). Entre ellos, claro está, el legislador constituyente, al establecer reglas constitucionales. También, el legislador común, sea al dictar leyes, o cada cámara legislativa cuando adopta su reglamento. Del mismo modo, legisladores “inferiores”, como es el Poder Ejecutivo cuando emite decretos de necesidad y urgencia, delegados, reglamentarios o autónomos, o ministros cuando expiden resoluciones en el ámbito de sus carteras, u organismos con funciones materialmente legisferantes, al estilo –algunas veces– de bancos centrales, agencias de recaudación de impuestos, y también Tribunales habilitados a generar materialmente normas (como en el caso argentino, la Corte Suprema de Justicia, al sancionar su “reglamento interior” a tenor del art. 113 de la constitución nacional), o las universidades autónomas si aprueban sus propios estatutos, etc. Esta descripción es meramente enunciativa⁴⁰.

En síntesis: en el presente caso, la inconvenencialidad por omisión es tanto del Poder Legislativo Provincial que no dicta la ley sobre Acceso a la Información Pública, como del Poder Judicial⁴¹ que “debía velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales”. Ambas omisiones generan la potencial responsabilidad internacional del Estado Argentino.

En palabras de Sagües, “La inconvenencialidad por omisión se perpetra cuando tales órganos estatales no realizan esa tarea, muchas veces por ignorancia de los preceptos que configuran el bloque de convencionalidad de ese Estado, por real desconocimiento de la jurisprudencia y precedentes de la Corte Interamericana, o en algunas ocasiones por evasión o explícita desobediencia a este Tribunal (cosa que se produce por motivos varios: v. gr., argumentos nacionalistas de la supremacía constitucional, o uso, no siempre correcto, de la doctrina del margen de apreciación nacional). Esto tipifica algunas veces supuestos más propios de inconstitucionalidad por negación”⁴².

X. POSIBLES RESPUESTAS A LOS INTERROGANTES

En la doctrina se han propuesto distintas alternativas cuando la omisión por parte de las provincias conlleva la potencial responsabilidad del Estado Nacional. Para algunos, en la postura más extrema, estando obligadas las

‘susceptible de ser decidido’ por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un control de convencionalidad, que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial. En este sentido, la Suprema Corte de Justicia ha ejercido, en el Caso Nibia Sabalsagaray Curutchet, un adecuado control de convencionalidad respecto de la Ley de Caducidad, al establecer, inter alia, que ‘el límite de la decisión de la mayoría reside, esencialmente, en dos cosas: la tutela de los derechos fundamentales (los primeros, entre todos, son el derecho a la vida y a la libertad personal, y no hay voluntad de la mayoría, ni interés general ni bien común o público en aras de los cuales puedan ser sacrificados) y la sujeción de los poderes públicos a la ley’. Otros tribunales nacionales se han ido también a los límites de la democracia en relación con la protección de derechos fundamentales”. Caso Gelman Vs. Uruguay, párr.239

⁴⁰ SAGÜES (2014).

⁴¹ PINTO (1962).

⁴² SAGÜES (2019).

provincias a dar cumplimiento con las normas contenidas en la convención americana y en otros tratados de derechos humanos, la inobservancia de los mismos por parte del gobierno provincial podría justificar la intervención federal a la misma. Otros hablan de la creación de oficinas que realicen un control preventivo de constitucionalidad.

Ariel Dulitzky analiza varias y posibles soluciones afirmando que “Las múltiples y variadas cargas que pesan tanto sobre el gobierno nacional como sobre los provinciales requieren de un mecanismo de diálogo, de coordinación, de creación de consensos entre todos los actores, nacionales y provinciales, involucrados para hacer efectivo el ejercicio de los derechos reconocidos internacionalmente en todo el ámbito territorial del país. Este mecanismo debe permitir la búsqueda de soluciones mediante un justo equilibrio entre el respeto a las autonomías provinciales y el cumplimiento de las obligaciones emergentes de los tratados de derechos humanos. Debe facilitar la conciliación de los distintos intereses en juego y particularmente debe tener como meta esencial el asegurar de la mejor manera la plena vigencia de los derechos reconocidos en los instrumentos internacionales para todos los habitantes independientemente de la provincia donde se encuentren”⁴³.

La propuesta de Dulitzky está en sintonía con la afirmación de Antonio Arroyo Gil, que al comentar las modificaciones al régimen Federal alemán expresa “los nuevos desafíos a los que tiene que hacer frente en adelante la República Federal no pueden ser tratados satisfactoriamente en el marco tradicional de federalismo dual, sino que resulta preciso desarrollar una nueva forma de relaciones federativas, que posibilite un sistema común equilibrado y dinámico de cooperación. El federalismo de nuestro tiempo -se afirma- solo puede ser un federalismo cooperativo”⁴⁴.

En el tema del “doble conforme” surgió la idea es que estas reglas mínimas sobre el recurso de casación expuestas por la Corte Federal, sean de aplicación en todas las jurisdicciones del país.

En tal sentido, el Dr. Carlos A. Chiara Díaz, vocal del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Entre Ríos, manifestó que: “Estas reglas mínimas pueden ser sancionadas por ley del Congreso Nacional en virtud de tratarse de la operatividad de requisitos básicos del debido proceso según la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales mencionados en el art. 75, inc. 22, a los cuales se obligó el Estado argentino y que recogen aspectos esenciales de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la materia. [...] Si puede hacerlo en su ámbito de competencia la Corte Suprema, es posible también que lo haga en ejercicio de sus propias incumbencias el Congreso de la Nación, sin que esto signifique una ampliación de funciones en desmedro de las facultades reservadas por las provincias conforme al régimen federal que instrumentó el Constituyente. De todas maneras, si primara el criterio según el cual las provincias se han reservado todo lo concerniente a regular la administración de justicia y al dictado de los códigos procesales, ese conjunto de reglas mínimas podría ser aplicado a

⁴³ DULITZKY (2006) pp. 199-249.

⁴⁴ ARROYO GIL (2006) p.34.

través de la adhesión por ley de cada una de las provincias, tal cual existen antecedentes en varias materias”⁴⁵.

Esta cuestión nos recuerda que la ley 23098 regulatoria de la acción de Hábeas Corpus fue discutida en su constitucionalidad por contener un capítulo (el primero) con vigencia en todo el país, lo que menguaría competencias provinciales de regulación de ese instituto. Sin embargo, se reconoció que una ley federal bien puede especificar los alcances y proyecciones de la citada garantía del art. 18 de la Constitución Nacional. Además, para zanjar la discusión, se estableció que esta ley era un piso mínimo y que las provincias pueden dentro de sus regulaciones procesales establecer una mayor tutela al derecho constitucional en cuestión. De ese modo se respeta el doble orden de competencias de nuestra particular forma de estado federal.

En el tema del “doble conforme” la respuesta vino desde la doctrina judicial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Queda abierto el diálogo entre las Cortes y en el seno del Congreso, donde las provincias pueden participar a través de la Cámara de Senadores, poniendo fin a una cuestión donde se reconozcan y operativicen los derechos convencionales.

En este terreno, la cuestión radica en determinar en qué medida la adopción de roles monogenéticos por parte de la Corte Federal puede alterar el normal desarrollo de sus tareas jurisdiccionales ordinarias. Esta actividad del Alto Tribunal se viene desplegando en dos sentidos: La de impulsora de normas, a través, principalmente, de sentencias exhortativas que estimulan, por lo común al Poder Legislativo y la de emisores de normas propiamente dichas, cuando de modo más directo producen tales preceptos como en el fallo comentado o en las acciones de clase, etc. Las omisiones legislativas pueden producir un fuerte desgaste de las funciones primarias del Poder Judicial y es un tema de política judicial que deberá ser debatido y resuelto.

XI. BIBLIOGRAFÍA

ARROYO GIL, Antonio (2006): El Federalismo Aleman en la Encrucijada. Sobre el intento de modernización del orden federativo en la República Federal de Alemania (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales).

BAZAN, Víctor (2007): “Neoconstitucionalismo e inconstitucionalidad por omisión”, Revista Derecho del Estado, N° 20, diciembre año 2007, Universidad Externado de Colombia. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/707/669>

BIDART CAMPOS, Germán (1997): "Algunas reflexiones sobre las omisiones inconstitucionales" en Bazán, Víctor (Coord.): *Inconstitucionalidad por omisión*, (Santa Fe de Bogotá, Editorial Temis S.A.).

⁴⁵ Informe elaborado por el Dr. Carlos A. Chiara Díaz para la “Jornada sobre Factibilidad de Reglas Mínimas para el Recurso de Casación” llevada a cabo en la sede de la JU.FE.JUS. el día 15 de noviembre de 2007

DALLA VÍA, Alberto Ricardo (2014): “Aspectos constitucionales del Proyecto de Código Civil y Comercial”, Rev. LL 2014-B-913.

DULITZKY, Ariel E. (2006): “Federalismo y derechos humanos. El caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la República Argentina”, Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. VI, pp. 199249, México.

FALLER, Hans Joachim, El principio de la lealtad federal en el orden federativo de la República Federal de Alemania”, Revista de Estudios Políticos, Nº 16, pag.197, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, España.

FAPPIANO, Oscar L. y HITTERS, Juan Carlos (2020): La doble instancia en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Influencia de los Tratados y de las prácticas internacionales”, Revista Jurídica La Ley. Disponible en: AR/DOC/774/2020.

FAVAROTTO, Ricardo S. (2012): “El derecho al doble conforme”, Revista de derecho y proceso penal, ISSN 1575-4022, Nº 28, pp. 155-181.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco (2002): “Reflexiones críticas en torno al federalismo en América latina”, en Serna de la Garza, José M. (coord.), Federalismo y regionalismo. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional (México D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México).

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1962): “La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo (poderes discretionales, poderes de gobierno, poderes normativos”, Revista de Administración Pública, Nº 38, 1962, Madrid, España, p. 159-208.

GARCIA RAMIREZ, Sergio (2014): “Relación entre la Jurisdicción Interamericana y los Estados (Sistemas Nacionales). Algunas cuestiones relevantes”, Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, Nº 18, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, España.

GARRORENA MORALES, Angel (2013): Derecho constitucional. Teoría de la Constitución y sistema de fuentes (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2^a ed.).

GOMES CANOTILHO, José Joaquim y MOREIRA, Vital (1993): Constituição da República Portuguesa Anotada (Coimbra, Coimbra Editora, 3^a ed.).

GORDILLO, Agustín Alberto (2013): Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas, Tomo 8 (Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo).

HESSE, Konrad (1993): "Escritos de derecho constitucional", traducido por Pedro Cruz Villalón (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales).

HITTERS, Juan Carlos (2015): "Control de convencionalidad: avances y retrocesos", Estudios Constitucionales Volumen 13, N° 1, Santiago.

HORNOS, Gustavo M. y FERNÁNDEZ OCAMPO, Marcos (2022): "El derecho al recurso frente a la condena en casación de acuerdo a la Constitución Nacional. A propósito del fallo de 'P. S. M.' de la Corte Suprema", Revista Pensamiento Penal, 13 de febrero de 2022.

HUTCHINSON, Tomas y PEIRONE, Silvia (2000): "Estudio preliminar sobre la responsabilidad del Estado por su actividad Tributaria" en Revista de Daños Nro. 9 Ed. Rubinzel Culzoni Editores.

MARIENHOFF, Miguel S. (1997): Tratado de Derecho Administrativo, 6ta ed. Actualizada Tº IV (Buenos Aires, Abeledo Perrot).

PEREZ ROYO, Joaquín (1994): "Curso de derecho constitucional" (Madrid, Marcial Pons).

PINTO, Roger (1962): *Le Juge Interne Français Devant Les Regles Du Droit International Public* (Buenos Aires, Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales).

SAGÜES, Néstor Pedro (2014): Nuevas fronteras del control de convencionalidad: el reciclaje del derecho nacional y el control legisferante de convencionalidad", Revista de Investigações Constitucionais, 1(2), 23-32. Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=534056248003>.

SAGÜES, Néstor Pedro (2019): "La inconvenencialidad por omisión. Niveles y perspectivas", Revista Jurídica del Noroeste Argentina, N° 1, diciembre 2019, Cita IJ-CMVIII-874.

SAGÜES, Néstor Pedro (2019): La inconvenencialidad por omisión. Niveles y perspectivas", Revista Jurídica del Noroeste Argentina, N° 1, Diciembre 2019.

SALAZAR GIRALDO, Gabriel Jaime (2021): La doble conforme como garantía mínima del debido proceso en materia penal (Reflexiones de cara al derecho a recurso contra el fallo condenatorio en el orden jurídico-penal colombiano)", Ratio Juris [en linea]. 2015, 10(21), 139-164 [fecha de Consulta 15 de octubre de 2021]. ISSN: 1794-6638. Disponible en <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=585761326006>.

STERN, Klaus (1987): Derecho del Estado de la República Federal Alemana (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales).

ZAGREBELSKI, Gustavo (2005): La Constitución y sus normas. Teoría de la Constitución (Méjico DF, Porrúa).