



Revista Jurídica Dr. Mariano Gálvez

CAPÍTULO 4

Justicia constitucional argentina
Patricio Maraniello



Revista Jurídica **Dr. Mariano Gálvez**

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad Mariano Gálvez de Guatemala

Campus Central 3a. Avenida 9-00 zona 2,
Interior Finca El Zapote
Ciudad de Guatemala, Guatemala, C.A.
www.umg.edu.gt

Autoridades Universitarias

Rector: Dr. Alvaro Torres Moss
Decano: M.a. Luis Antonio Ruano Castillo
Directora Posgrados en Derecho: Dra. Mirna Valenzuela

Número 1
Enero-Junio 2020 -Edición de Lanzamiento-
Guatemala, julio de 2020
ISSN: 2709-0655

Los contenidos de la presente publicación buscan expandir el debate académico y, como tal, algunos artículos podrían ser polémicos y explorar temas desde perspectivas disruptoras. En todo caso la Universidad Mariano Gálvez y la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales no son responsables por las opiniones emitidas por los autores de los artículos. Todo el material de la Revista puede ser usado gratuitamente siempre que se solicite permiso por escrito y se hagan las citas correspondientes.

Distribución sin fines de lucro.

Diseño e impresión:

Editorial

**Servi
prensa**

3a. avenida 14-62, zona 1
PBX: (502) 2245-8888
www.serviprensa.com

Portada y Diagramación: Maite Sánchez
Revisión de textos: Jaime Bran

Este documento fue impreso en agosto de 2020.
La publicación consta de 1000 ejemplares en papel couché 80 gramos.

Consejo Editorial

Decano y Presidente del Consejo	Ma. Luis Antonio Ruano Castillo
Directora de Maestrías en Derecho	Dra. Mirna Lubet Valenzuela
Director de la Revista y Editor Jefe	Dr. Mario René Mancilla Barillas
Profesor titular de la licenciatura/ Secretario del Consejo	Ma. Rodolfo Godoy

Consejo Científico

M.Sc. Pablo Bonilla
Dr. Saúl González
Dr. José Antonio Gracias González
Ma. Karla Troccoli
Ma. Verónica Galicia
Ma. Claudia Leticia Yol
Ma. Rodolfo Godoy
Ma. Elia Herrera
Ma. Lucrecia Ortíz
Dra. Ana Marina Pimentel

Autoría, intercambio y distribución

La Revista Jurídica Dr. Mariano Gálvez es la publicación académica oficial de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Mariano Gálvez, sin embargo solo los autores son responsables de las opiniones, doctrinas o afirmaciones que realicen en sus aportes a la Revista.

La Revista está abierta a los intercambios con otras publicaciones científicas. Si está interesado en intercambios por favor escriba a mmancillab@miumg.edu.gt

La Revista Jurídica Dr. Mariano Gálvez se distribuye en formato impreso y en formato digital disponible en derecho.umg.edu.gt

Justicia constitucional argentina

Patricio Maraniello⁵⁹

Introducción

El concepto de “justicia constitucional” necesita de una moderna interpretación en este siglo XXI, quizás más en América que en Europa, puesto que el viejo continente ya tuvo una reinterpretación a mitad del siglo XX; de hecho en las Facultades de Derecho europeas existe la justicia constitucional como una materia de enseñanza autónoma.

Sin perjuicio de esta distinción, necesitamos que en ambos continentes exista una moderna dotación de elementos e instrumentos que nos acerquen a una mejor y más cercana justicia constitucional.

La justicia debe tomarse como un valor, incluyendo en él: la ética, la transparencia, la igualdad, la equidad, la razonabilidad y la tolerancia. Es decir, en la justicia debe haber una conexión conceptual necesaria entre el derecho y la moral.

Pero estos valores de justicia no solo se encuentran depositados en el Poder Judicial, sino en todos nosotros. Es por ello, que lograr una mejor y más fuerte justicia en un Estado, nos corresponde a todos y no solo al Poder Judicial, pues debemos considerar que acudir a la justicia sea realmente de *ultima ratio*.

Por lo tanto, si tomamos a la justicia como un valor de todos, la debemos incluir desde pequeños lugares, como la familia, las organizaciones no gubernamentales, las entidades privadas, etc.. Si podemos lograr ello estaríamos evitando muchos conflictos y problemas, que a menudo vivimos en el mundo por la falta de valores y de tolerancia al diferente.

59 Juez Federal Civil y Comercial de la ciudad de Buenos Aires. Presidente de la Asociación Argentina de Justicia Constitucional. Director y Posgrado en Derecho Constitucional Judicial en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA). Profesor de la Maestría en Justicia Constitucional y Derechos Humanos en la Universidad de Bolonia (Italia).

La falta de valores hace que la justicia se altere y se llegue a consecuencias inusitadas e impensadas, como ser la violencia extrema con fundamentos inexistentes o vacíos de contenido. Ante ello, se han tomado varios caminos, pero quizás el más actual e interesante lo sea la justicia transicional, que está llevando a Colombia a una paz quizás impensada hace unos años.

En ese contexto debemos pensar que para proteger ciertos derechos debemos limitar o reducir otros, poniendo un derecho por encima del resto, con ciertas limitaciones, sin destruir otros derechos sino limitarlos, como ser el derecho a la paz.

Ahora bien, nos queda enfrentarnos a un nuevo problema, los valores de la justicia varían según cada persona, grupo, sector o agrupación. Y para que tengan una unión o puntos básicos de coincidencia debemos recurrir a un elemento de base objetiva, y esta es la Constitución Nacional, de ahí la unión de justicia constitucional.

En ello encontraremos los elementos adecuados que completan los fines, los objetivos y los elementos de nuestra justicia constitucional. Pero para que no nos quedemos en una foto lejana de su creación (1853-60) y sus sucesivas reformas (1994), necesitamos poner nuevos elementos para su avance y proyección en las actuales necesidades.

En ese aspecto las constituciones han sufrido varias alteraciones, pero una de las más significativas fue sin duda la inclusión de los Derechos Humanos de la mano de los Tratados Internacionales y Regionales, que hizo una justicia constitucional más extensiva e inclusiva.

Justicia constitucional y jurisdicción constitucional

Si bien el control de constitucionalidad difuso tiene un claro nacimiento a partir del célebre caso de 1803 “Marbury vs. Madison”, no podemos decir lo mismo sobre la denominación de justicia constitucional.

En la ponencia de Kelsen presentada en Viena en abril de 1928 se cita la jurisdicción constitucional, mientras la versión francesa escrita por su discípulo Charles Eisenmann, utiliza indistintamente “justicia constitucional” y “jurisdicción constitucional”. Por eso se sostiene que el término de justicia constitucional es hechura ajena y no pertenece a Kelsen, pues para su pensamiento positivo la justicia es básicamente un término valorativo, axiológico y sin vinculación alguna con la aplicación de las leyes o de la Constitución. La idea de Kelsen es que estamos ante una jurisdicción constitucional, esto es, un decir el derecho en sentido de vigilancia o control constitucional y referido básicamente a las leyes.

Siguiendo a un gran sector de la doctrina, podemos definir, a la justicia constitucional como el conjunto de mecanismos procesales que garantizan la tutela del texto constitucional y de sus principios y valores (Brewer-Carías, 2007, pág. 35). Se distingue del concepto de jurisdicción constitucional, en que esta tan solo se encuentra en aquellos sistemas de justicia constitucional que poseen una jurisdicción especializada en materia constitucional (esencialmente, un Tribunal Constitucional o Sala Constitucional en la Suprema Corte). El término justicia constitucional,

desde esta perspectiva sería un término más amplio que el de jurisdicción constitucional. Este órgano específico puede formar parte o no del Poder Judicial, pero lo importante es que disponga de procesos jurisdiccionales específicos para garantizar la Norma Fundamental. (Díaz Revorio, 2009, pág. 28)

Por mecanismos de garantía de la Constitución podríamos entender, garantías de carácter jurídico, que la Constitución se da a sí misma para asegurar su primacía respecto de las demás normas del ordenamiento y sus valores.

Mientras que la jurisdicción se ocupa del modo y las formas en que un poder del Estado se desempeña sobre la base de la decisión judicial teniendo en cuenta los límites de su actuar, aplicando la Constitución. La justicia constitucional además de estudiar estos poderes se ocupa principalmente de su contenido, y en este aspecto resulta muy importante la introducción de elementos morales al derecho.

Tanto Kelsen, como Hart, con algunas distinciones entre ambos, negaban que el concepto de derecho requiera para determinar su objeto establecer una conexión necesaria entre el derecho y la moral. Estos autores se enrolan en el positivismo jurídico en su análisis del concepto de derecho, es decir, el derecho se crearía y estaría legitimado mediante actos procedimentales y derivaciones lógicas.

En este sentido legalidad y justicia se encuentran claramente separados, y la justificación moral del derecho no integra el concepto de derecho. Es posible indentificar el derecho sin la necesidad de recurrir a argumentos morales o de justicia.

Por otro lado tenemos un positivismo jurídico conceptual o metodológico que se ha dividido en dos, el excluyente y el incluyente. En el primero mantiene la firmeza de la separación conceptual entre el derecho y la moral. Mientras que el incluyente relaciona el derecho y la moral en la decisión judicial de los casos difíciles, apuntando a un cognitivismo moral.

A esta corriente doctrinaria se le ha opuesto Alexy y Dworkin, donde este último considera que el derecho no sería más que una rama en una estructura arbórea de la moralidad política. Este autor en sus últimas obras se mostró más extremista mostrándose partidario de establecer un imperio de la moral sobre el derecho, cuestión esta que quizás llegue a un punto de anarquía normativa, que no sería muy recomendable para Estados donde no tienen una madurez republicana y democrática.

El rol del juez y los valores democráticos

Hoy, más que en otras épocas, que los jueces sean los intérpretes finales de la Constitución no implica únicamente tener la última palabra en una disputa entre particulares. El rol del Poder Judicial, además de crear las normas que deban regular las instituciones públicas, también deben hacer que se respeten los derechos que, frente a ellas, tienen los individuos.



Este juicio sobre el rol de la Corte puede disparar ideas preocupantes. Algunos podrían objetar que se trata de una forma de “gobierno de los jueces”. Otros podrían retomar la senda de la conocida “objeción contramayoritaria” al control de constitucionalidad.⁶⁰

En este punto Juan Vicente Sola considera que se podrá recurrir,

- En primer lugar, a las enseñanzas de la escuela del ‘proceso legal’ de Harvard, cuyo principal referente es Henry M. Hart, Jr.⁶¹ Uno de los puntos centrales de esa corriente teórica es afirmar que las decisiones deben ser adoptadas por aquellas instituciones que estén en condiciones de producir la mejor decisión.
- En segundo lugar, el autor descansa, como ya lo había hecho en obras anteriores, en la ética del discurso de Jürgen Habermas.⁶² A partir de ambas tradiciones teóricas, Sola propone interpretar la jurisprudencia reciente de la Corte como un ejemplo claro de una concepción procedimental del derecho constitucional.

De ese modo, el control de constitucionalidad no sería una mera imposición, por parte de la Corte, de su propia visión sobre ciertos valores sustantivos o materiales. Por el contrario, el proceso judicial permitiría que aquellas personas afectadas por decisiones que surgen del proceso político puedan participar en un nuevo procedimiento decisorio en el que estarán en igualdad de condiciones (dada la propia estructura del proceso judicial) y podrán obtener una sentencia que deje sin efecto la decisión adoptada en el proceso político si esta no estuvo precedida de adecuadas oportunidades de deliberación que hubieran permitido tener en cuenta los intereses de los afectados. De ese modo, se responde a la objeción contramayoritaria. Entendido de esa manera procedimental, el control de constitucionalidad no socava sino que, como diría John Hart Ely, refuerza a la democracia, al permitir mantener abiertos los canales de participación política. (Hart Ely, 1980)

Como es sabido, la ley es por excelencia la decisión mayoritaria del sistema democrático, si bien su creación se realiza a través de los representantes del pueblo (Poder Ejecutivo y Poder Legislativo). Sin embargo, con ello no finaliza la cuestión en debate, pues para poder ingresar

60 Como se sabe, la expresión “dificultad contramayoritaria” proviene de Alexander M. Bickel, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics* (2ª ed., New Haven: Yale University Press, 1986), 16-23.

61 Además de Henry Hart, también se consideran integrantes de la corriente del “proceso legal” a, entre otros, Albert Sacks, Herbert Wechsler y Lon Fuller. Alexander Bickel y John Hart Ely suelen ser considerados como miembros de la segunda generación de la escuela. Entre las obras representativas que utilizan este enfoque pueden citarse: Henry M. Hart, Jr., y Albert Sacks, *The Legal Process. Basic Problems in the Making and Application of Law*, eds. William N. Eskridge, Jr., y Philip P. Frickey (Nueva York: Foundation Press, 2006); Henry M. Hart, Jr., y Herbert Wechsler, *The Federal Courts and The Federal System*, eds. Richard H. Fallon, Jr., John F. Manning y Daniel J. Meltzer (6ª ed., Nueva York: Foundation Press, 2009); Lon L. Fuller, *The Morality of Law* (ed. rev., New Haven: Yale University Press, 1969); John Hart Ely, *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review* (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1980); Bickel, *The Least Dangerous Branch*, cit.; Herbert Wechsler, “Toward Neutral Principles of Constitutional Law”, *Harvard Law Review* 73 (1) (1959): 1-35. En la actualidad, varios autores siguen algunos de los lineamientos de la escuela del “proceso legal”, aunque quizás no siempre sus visiones puedan considerarse como respetuosas de la “ortodoxia” de la escuela. Compárese, por ejemplo, Richard H. Fallon, Jr., *Implementing the Constitution* (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2001), que usa un enfoque más cercano a la tradición del “proceso legal”; con Adrian Vermeule, *Judging under Uncertainty. An Institutional Theory of Legal Interpretation* (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2006), que es un trabajo más original, y por ello más alejado, con respecto a la tradición.

62 La obra del autor alemán es vastísima. Sobre la cuestión de la ética del discurso, pueden consultarse Jürgen Habermas, *The Theory of Communicative Action*, vol. I “Reason and the Rationalization of Society” (1981), trad. Thomas McCarthy (Boston: Beacon Press, 1984), 273-337; id., “Discourse Ethics: Notes on a Program of Philosophical Justification” (1983), en *Moral Consciousness and Communicative Action*, trad. Christian Lenhardt y Shiery Weber Nicholsen (Londres: Polity Press, 1990), 43-115; id., “Remarks on Discourse Ethics” (1991), en *Justification and Application. Remarks on Discourse Ethics*, trad. Ciaran Cronin (Cambridge, Massachusetts: MIT Press, 1993), 19-111; id., *Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy* (1992), trad. William Rehg (Cambridge, Massachusetts: MIT Press, 1996), *passim*; ver también Juan Vicente Sola, *Control Judicial de Constitucionalidad* (2ª ed., Buenos Aires: LexisNexis, 2006), 33-42.

al sistema jurídico requiere su compatibilidad con la Constitución; esto se llama “control de constitucionalidad”.

Por dicho motivo consideramos que la creación de una ley reviste cierto carácter especial que consta de cinco etapas bien diferenciadas: la propuesta, la discusión, la aprobación, la ejecución y su compatibilidad constitucional (al caso concreto)⁶³:

1. La propuesta. Puede ser del Poder Ejecutivo, del propio Poder Legislativo o del pueblo directamente; a esto se lo llama “iniciativa popular”.
2. La discusión. No puede haber reglas generales sin la opinión de los integrantes de las Cámaras legislativas y las consultas a los distintos sectores sociales involucrados (empresas, sindicatos, técnicos especializados, ONG, entre muchos otros).
3. La aprobación. Una vez realizado el debate y escuchadas todas las partes involucradas, la ley se aprueba por medio de una votación, de un quórum determinado. Tanto este punto como el anterior son desarrollados en el Poder Legislativo, constituyéndose una de las dos Cámaras en iniciadora del proyecto y otra en revisora.
4. La ejecución general. Es realizada por el Poder Ejecutivo, que se encarga de promulgarla, publicarla y reglamentarla para poder mejorar su puesta en práctica.
5. La compatibilidad constitucional. Esta tarea es entera y exclusivamente del Poder Judicial; analiza en el caso concreto si la ley ha respetado los principios, derechos y garantías constitucionales.

Una situación especial ocurre con la Constitución Nacional y los tratados internacionales, donde participan, además de los ya señalados, otros poderes, como por ejemplo, la Convención Constituyente, en el primer caso, y organismos internacionales (OEA, ONU, etc.), en el segundo. Aunque no debemos olvidar que el Poder Legislativo también interviene en ambos casos, sea en la ley de necesidad de reforma (Constitución) o en la ley que aprueba los instrumentos internacionales (tratados internacionales)⁶⁴.

Nuestra posición parte de la base de que toda norma pasa por varios ciclos transformadores, como discusión, votación, aprobación (por mayoría), ejecución, vigencia, interpretación, aplicación y compatibilidad. Por su parte, todos los poderes del Estado participan en estos ciclos, cada uno dentro de su facultad exclusiva (Poder Legislativo, Poder Ejecutivo y Poder Judicial).

El concepto conocido en español como democracia tiene sus bases en el antiguo griego, y se forma al combinar los vocablos *demos* (que se traduce como “pueblo”) y *kratós* (que puede entenderse como “poder” y “gobierno”). La democracia es el gobierno *de la multitud* (Platón) o *de la mayoría* (Aristóteles).

Si tenemos en cuenta que la democracia es el gobierno de todos, en ninguna democracia participan todos, sino que lo hacen a través de sus representantes (democracia representativa), pero

63 MARANIELLO, Patricio, “Conferencia dictada en el Primer Congreso Colombiano de Derecho Procesal Constitucional” celebrado en la ciudad de Bogotá, el 28 de mayo de 2010.

64 MARANIELLO, Patricio, “Proyectos legislativos de hábeas normas”, Revista La Ley, Ciudad de Buenos Aires, abril de 2012.

en la actualidad muchas veces esta realidad se ve quebrantada, por la falta o crisis de representatividad que existe. Esta situación se produce tanto con la mayoría como con las minorías abandonadas y no escuchadas.

Es por ello que, justamente, las mayorías desoídas y especialmente las minorías ausentes y olvidadas ven en el Poder Judicial, a través de la presentación de sendas demandas, que sus derechos pueden ser respetados.

De este modo, las sentencias, que protegen a esa minoría desprotegida o a esas mayorías que no ven representadas, completan el ciclo democrático que se dicta para cada caso concreto por el Poder Judicial a través de sus resoluciones correctoras de las falencias enunciadas.

Esas sentencias correctoras emitidas por un juez, cualquiera fuera su instancia (primera, segunda o Corte Suprema de Justicia), lo que realmente hacen, quizás sin saberlo, es reparar las imperfecciones del sistema democrático, pues con los poderes políticos no podemos decir que la democracia se encuentra cumplida en su totalidad, sino por el contrario, se va perfeccionando cuando es examinada la protección de sus derechos en una situación particular en un caso concreto.

Porque ver al sistema democrático como se veía en el siglo VI a. C. en Atenas, donde fue utilizado por primera vez, es no ver los sistemas de gobierno en una realidad incontrastable. También debemos decir que las formas de gobierno deben *aggiornarse*, porque no se puede pensar un modelo de gobierno eterno, sino por el contrario, requiere que se actualice a las nuevas necesidades. De eso se trata la democracia, del gobierno de todos, pero no solo en la participación representativa, sino en la solución absoluta para la totalidad de los ciudadanos, donde nadie se encuentre desprotegido ante normas inconstitucionales que dañen, desprotejan o desamparen principios, derechos y garantías constitucionales.

Es por dichas cuestiones que también se entiende como democracia al conjunto de reglas que determinan la conducta para una convivencia ordenada política y socialmente. Se podría decir que se trata de un estilo de vida cuyas bases se encuentran en el respeto a la dignidad humana, a la libertad y a los derechos de todos y cada uno de los miembros. La democracia constituye una opción de alcance social donde para la ley todos los ciudadanos gozan de libertad y poseen los mismos derechos.

La justicia constitucional y los conflictos constitucionales⁶⁵

La característica más importante que tiene un sistema difuso de control de constitucionalidad, es que todos los jueces, sin importar su instancia o su materia tienen la obligación de proteger la supremacía constitucional. Este sistema es seguido en América, en forma exclusiva y completa por EEUU, Canadá y Argentina.

⁶⁵ MARANIELLO, Patricio: "La lid constitucional", publicado en La Ley Suplemento Actualidad, del 18/09/2012. Y también en la Revista de Ciencia Jurídica de la Universidad de Guanajuato. México. Año 3 Nro. 5 de enero/junio de 2014.

Luego de la reforma constitucional de 1994, en Argentina, esto se ha ampliado pues al darle jerarquía constitucional a ciertos tratados internacionales, los jueces no solo deben proteger a la supremacía constitucional, sino también la supremacía de los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional. Y en forma separada a ellos se encuentran los tratados de integración. Todos los jueces tienen unas nuevas obligaciones, donde los transforman en jueces ordinarios, constitucionales, internacionales y de integración. Estas potestades las tiene asignada el Poder Judicial por conducto de los artículos 116, 75 inc. 22 y 24 de nuestra Constitución Nacional.

- *Juez ordinario*: Ya que debe resolver casos, conflictos, o causas peticionadas por las partes en un proceso (art. 116).
- *Juez constitucional*: Porque debe proteger la supremacía constitucional (arts. 27, 31 y 116)
- *Juez internacional*: Al incorporarse Tratados Internacionales con jerarquía constitucional, los jueces deben proteger esta jerarquía a través del control de convencionalidad (art. 75 inc. 22)
- *Juez de integración*: La Constitución Nacional ha regulado en forma separada los Tratados de Integración describiendo su rol constitucional en el artículo 75 inc. 24. Aquí los jueces deben proteger la integración y crecimiento regional de nuestras regiones, utilizando el control de integracionalidad contra cualquier normativa que se le oponga al desarrollo regional (art. 75 inc. 24)

Existe una vía transversal que puede resultar una interesante alternativa, cuando no queremos inclinarnos por un control de constitucionalidad, ni por un control de convencionalidad, ni por un control de integracionalidad, podemos acudir al denominado “Lid Constitucional”⁶⁶. *Lid* significa conflicto, así pues todo lo debemos resolver desde la Constitución, sobre la base de un conflicto dentro de la Constitución Nacional.

Los conflictos son varios, puede ser entre la Constitución Nacional (en adelante CN) y los Tratados Internacionales con Jerarquía Constitucional (en adelante TIJC) forman parte de un todo, denominado “bloque constitucional”, como una cadena sucesiva de elementos interconectados. De ahí que en materia de derechos humanos no exista más una pirámide constitucional en cuya cúspide esté la Constitución Nacional, sino un trapecio en cuyo punto más elevado se encuentran aquella y los doce (12) TIJC.

Sin perjuicio de ello, existen distinciones constitucionales enunciadas en el art. 75, inc. 22 (condiciones de su vigencia, complementariedad y no derogación de la primera parte de la CN), que nos llevan a separar la lid entre la CN y los TIJC de la lid entre la CN y los Tratados Internacionales Superior a las Leyes (en adelante TSL).

66 La palabra lid proviene del latín *lis* o *litis*, que significa combate, pelea, disputa, contienda de razones y argumentos. Y precisamente en derecho la lid es un choque normativo donde existen argumentos y razones de ambas partes, donde el juez deberá resolver por algunas de ellas dentro de un todo. En el ámbito constitucional, denominamos lid a todo *conflicto intraconstitucional*, es decir, a aquellos que surgen dentro de la propia Constitución. Dichos conflictos pueden ocurrir entre diversos artículos de la Constitución Nacional (en adelante CN) o entre alguno de sus artículos y los tratados internacionales con jerarquía constitucional. En este último caso, debemos tener en cuenta la responsabilidad internacional que tal extremo podría acarrear para nuestro país.

Es decir, cuando estamos frente a una lid constitucional entre la CN y los TIJC debemos tener en cuenta las condiciones de la vigencia del tratado y que los tratados no derogan la Constitución, sino que son un complemento para mejor los derechos humanos enunciados en ambos instrumentos.

Muy recientemente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso del “aborto no punible” del 13/03/2012, en el considerando 7º ha dicho que *“...considera oportuno y necesario responder a aquéllos desde una construcción argumental que permita armonizar la totalidad del plexo normativo invocado como vulnerado, a la luz de los pronunciamientos de distintos organismos internacionales, cuya jurisdicción el Estado Argentino ha aceptado a través de la suscripción de los tratados, pactos y convenciones que desde 1994 integran el ordenamiento jurídico constitucional como ley suprema de la Nación (artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional)...”*.

La herramienta más adecuada para desarrollar un actuar armonizante entre la CN, los TIJC y TSL, es sin duda la lid constitucional. Pues no se resolverá por medio de la aplicación de la supremacía o jerarquía constitucional ni se efectuará un control de constitucionalidad, sino un “examen o test de armonización constitucional”. En dicho examen resulta también aplicable el control de convencionalidad, tomado por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir del caso “Mazzeo”⁶⁷, que sigue a su vez los lineamientos del caso “Almonacid” de la CorteIDH. Al respecto se debe tener en cuenta que dicho control no suplanta el examen o test de armonización constitucional, sino por el contrario, lo complementa y lo ayuda para una mejor utilización del derecho.

Para Sagüés⁶⁸ al haber colisión entre el articulado constitucional y el de los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional, el intérprete debe agotar todas las posibilidades en torno a una interpretación armoniosa entre unas y otras reglas. Eso es una norma de sentido común, universalmente aceptada y acorde con lo que se denomina interpretación orgánica o sistemática de la Constitución (en este caso, entre normas constitucionales propiamente dichas y normas con jerarquía constitucional). Ello obliga a compensar valores y derechos, a balancearlos –aun haciendo esfuerzos hercúleos– a compatibilizarlos y a lograr que convivan.

La consecuencia ante dichas divergencias ya no es la declaración de inconstitucionalidad, como habitualmente se realiza cuando un instrumento está en contra de la Constitución (pues los TIJC son parte de ella), sino la inaplicabilidad, sea, en su caso, de la Constitución o de los TIJC.

La inaplicabilidad de los TIJC puede darse por dos motivos diferentes: cuando el Estado no prevé que al incorporar el tratado produce una contradicción con la Constitución o cuando aquella surge posteriormente por una situación sumamente particular y específica que aparece en una causa determinada de muy difícil previsión.

En ambos casos el accionante tiene la carga de probar la falta de previsión o inconsecuencia de la ley, donde ello no se presume, sino que hay que demostrarlo fáctica y jurídicamente.

67 Fallos 330: 3248 (2007).

68 SAGÜÉS, Néstor, “Constitucionalidad y extensión del ‘derecho de réplica’”, JA 1998-IV-316.

La justicia constitucional multinivel

Otro modo de considerar los conflictos entre la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales es desde una visión diferente que se conoce con el nombre de justicia constitucional multinivel. El profesor Ingolf Pernice⁶⁹ considera que la justicia multinivel se ha desarrollado en el seno de la Unión europea al entender el constitucionalismo multinivel como una relación armónica entre el derecho europeo y el derecho nacional de cada uno de los países que componen dicha unión. *La comunidad europea y los Estados miembros son ante todo comunidades constitucionales, en las que el entresijo de los ordenamientos estatal y comunitario ha alcanzado una dimensión profunda que el único concepto que puede responder adecuadamente a los problemas derivados de la falta de unidad, es el ordenamiento múltiple o constitución compuesta.*

En los sistemas federales también se da este multivel interno entre el derecho federal y provincial y en un segundo grado entre este último y el derecho municipal. En estos casos no estaríamos hablando de una concepción jerárquica sino funcional, pues todos los niveles competenciales tienen la necesidad de contribuir al fortalecimiento de un sistema democrático, al fortalecimiento del Estado convencional y constitucional de derecho.

De este modo lo considera Ingolf Pernice, pues aunque la normativa interna es parte de un sistema que en última instancia debe producir una respuesta jurídica a cada caso. Este sistema es necesariamente no-jerárquico, desde su origen y construcción⁷⁰.

La justicia multinivel es una justicia armónica incluyente que deja atrás el monopolio del Estado como único punto constitucional, desdibuja los clásicos conceptos de lo nacional y soberano, basado en un modelo de protección e interpretación de los derechos fundamentales.

La justicia constitucional multinivel implica un diálogo entre los diferentes jueces locales, regionales e internacionales, sin que las constituciones y los tratados internacionales se conflictúen entre ellos, sin centrarse en una posición jerárquica entre uno u otro órgano jurisdiccional, sino conformando un todo, incluso actuando como un especie de juez interamericano al aplicar normas internacionales, desde sus propios principios y valores.

La justicia transicional y el Acuerdo de Paz de Colombia⁷¹

El 23 de junio de 2016 se suscribió el Acuerdo de Paz Colombiano entre el Gobierno del Presidente Juan Manuel Santos y las FARC. El presente acuerdo resulta uno de los hechos más importantes para Colombia y el mundo, pues por medio de lo que se conoce como la justicia transicional se pone fin a 52 años de conflicto armado.

69 PERNICE, Ingolf, La dimensión global del constitucionalismo multinivel una respuesta a los desafíos de la globalización, consultado en <http://www.ideo.ceu.es/Portals/0/Publicaciones/Docuweb%20doc%20%2061%20UE.pdf>, del 29/12/2014.

70 PERNICE, Ingolf ob. cit.

71 Publicado en el Diario DPI Suplemento Derecho Público Comparado Nro 03 – 30.06.2016

La ONU y cinco presidentes fueron testigos de excepción dando un apoyo y aprobación internacional a dicho proceso de paz.

Estos diálogos tuvieron su inicio en el 2013 en Oslo, Noruega, y finalmente en La Habana, Cuba, país donde tuvo lugar la firma de la citada agenda de negociación que entrará en vigor a partir de la próxima firma del pacto final de paz, cuya fecha no ha sido precisada aún. Sin embargo, se estima que podría ser para el 20 de julio, según lo ha confirmado la delegación del Gobierno de Colombia.

Cabe destacar que tras la firma de ese pacto final, los cerca de 7.000 combatientes de las FARC serán concentrados en 23 zonas de Colombia para su progresiva reintegración a la sociedad, a la cual se incorporarán “sin armas y de civil”, logrando de este modo el regreso de Colombia a un Estado de Derecho total de todo su territorio y de su población.

El “Acuerdo General” lo podemos centralizar en 4 puntos principales:

- 1) **POLÍTICA DE DESARROLLO AGRARIO INTEGRAL**, donde se desarrollarán territorios campesinos, que serían territorios de propiedad de la colectividad y manejados por los personajes que la comunidad eligiese para tal fin.
- 2) **PARTICIPACIÓN POLÍTICA**, a través de unos mecanismos para la creación de nuevos partidos políticos. El Gobierno Colombiano se compromete a crear Circunscripciones Transitorias Especiales de Paz para la elección de Representantes a la Cámara de Representantes, de manera temporal y por períodos electorales. Sin embargo, la discusión de este punto podría verse dificultada por causa del Estatuto de Roma (suscrito por Colombia) que prohíbe que condenados por delitos de lesa humanidad tengan vida jurídica.
- 3) **SOLUCIÓN AL PROBLEMA DE LAS DROGAS ILÍCITAS**. En este punto, consensuaron que se desarrolle la sustitución y erradicación de los cultivos ilícitos y se acordó que los cultivos de las plantas que correspondan a usos ancestrales no se erradicarán, habiéndose sostenido que se considerará al drogadicto como a un enfermo.
- 4) **LA JUSTICIA TRANSICIONAL** que a su vez se basa en:
 - a. **Determinar quiénes son víctimas del conflicto armado.** Las FARC-EP, han señalado que el reconocimiento de las víctimas será por colectivos y “habrá un reconocimiento de la calidad de víctimas colectivas⁷². A su vez se considerarán víctimas campesinas, indígenas y sindicales. El acuerdo parcial de este punto fue signado en La Habana el 15 de diciembre de 2015 y contempla la puesta en marcha –tras la firma del Acuerdo Final– de una Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición, una Jurisdicción Especial para la Paz y de medidas concretas de reparación, no repetición.
 - b. **Mecanismos de refrendación de los acuerdos.** El gobierno y las FARC acordaron la refrendación o refrendo a través del plebiscito, en espera del fallo de la Corte

72 Movimiento Gaitanista, Unión Nacional de Oposición, Frente Democrático, Partido Comunista Colombiano, Unión Patriótica, Movimiento A Luchar, al Frente Popular, entre otras organizaciones políticas y la Unión Patriótica, este último por haber sido objeto de un genocidio político, se le hará un reconocimiento especial.

Constitucional que favorezca este mecanismo de participación ciudadana, cuya fecha de realización sería en septiembre de 2016.

- c. **Desarme y suspensión de procesos judiciales a los subversivos.** El abandono de las armas por parte de las FARC para su reintegro o ingreso a la vida civil por efectos del marco legal para la paz, viene acompañado con la suspensión de proceso judicial a subversivos.

Si bien existe una variedad de consideraciones que podemos, tan solo me detendré en el último punto que denominamos “justicia transicional”. La justicia transicional es el conjunto de medidas judiciales y políticas que son utilizadas como medio de reparación por las violaciones masivas de derechos humanos. Debemos aclarar que la justicia transicional no es un tipo especial de justicia sino una forma de abordarla en épocas de transición, entre serios conflictos armados y la ansiada paz de un Estado. En la justicia transicional se realiza un abordaje distinto de los derechos, las penas y el órgano aplicador.

Decimos esto pues los derechos, obligaciones, las penas y la justicia no son medidos del modo en que habitualmente lo conocemos, pues existen objetivos diferentes de la sociedad, que es justamente la paz. En este entendimiento existe una valoración diferente de los derechos, donde el derecho a la paz prima sobre el resto, pues los delitos y las penas serán tomados en forma transicional. La justicia transicional establece que los combatientes que se desmovilicen dentro de los 60 días siguientes a la firma de los tratados de paz y confiesen sus delitos, podrían enfrentar penas de hasta ocho años, en condiciones especiales de restricción a la libertad. En cambio, los que no confiesen sus delitos y sean encontrados culpables pueden enfrentar penas de hasta 20 años.

El gobierno y las FARC acordaron la creación de una jurisdicción especial para la paz, que será integrada por magistrados colombianos y de otros países, quienes examinarán los delitos cometidos por los actores del conflicto. El gobierno ofrecerá una amnistía para los delitos excepto las violaciones graves a los derechos humanos.

Finalmente, en este contexto vemos cómo la justicia transicional fomenta la confianza ciudadana y fortalecer el Estado de derecho, tomando un camino diferente y especial, que la conjunción con la paz, forma la “Justicia Transicional a la Paz”, donde los valores de los derechos se alteran y prima ante todo la paz. Sin hacer un juicio de valor sobre ello, podemos decir que el derecho a la paz debe considerarse un derecho humano inalienable e imprescriptible, capaz de articular una esfera pública democrática desarrollada y en paz, no anémico en lo social y burocrático en lo político. Es por ello que se debe trabajar desde el ámbito nacional y regional, para fortalecer el ámbito internacional de amenazas globales. Como todo pacifismo radical, necesita de la conciencia de las instituciones para extender a todos el derecho a la paz.⁷³

Como decía Shakespeare⁷⁴ en boca de Shylock: “Me arrebatáis la vida cuando me arrebatáis los medios que me permiten vivir en paz”.

73 MARANIELLO, Patricio y VILLAR, Analía: “Derechos humanos a la paz. La paz en el nuevo paradigma”, Revista de la Asociación Argentina de Justicia Constitucional, Nro. 1, año 2016.

74 SHAKESPEARE, William, *The merchant of Venice*. Escrito entre 1596 y 1598.

La justicia constitucional control de integracionalidad

Como se ha señalado, al Poder Judicial, atento al artículo 116 de la Constitución Nacional, le corresponde el conocimiento y la decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos en la Constitución Nacional, las leyes y los tratados con naciones extranjeras.

A la primera función judicial se la conoce con el nombre de control de constitucionalidad, a la segunda, control de legalidad, y la última es la que más dificultad suscitó en el derecho público.

Esta última función debemos interpretarla conjuntamente con el artículo 75, inciso 22, pues ahí tenemos varios tipos de jerarquías, tales como:

- jerarquía superior a la ley (todos los tratados concluidos con naciones u organizaciones internacionales),
- jerarquía constitucional (todos los tratados ahí enumerados y los incorporados con posterioridad, sobre derechos humanos).

Con respecto a los tratados enunciados taxativamente en el artículo 75, inciso 22, para que se respete su jerarquía constitucional se utiliza el control de convencionalidad.

Sin embargo, ello no concluye ahí, pues el artículo 75, inciso 24 les abre la puerta a los tratados de integración con requisitos, características y objetivos diferentes, y al solo efecto de diferenciarlos de los restantes, utilizamos la expresión “control de integracionalidad”. Debemos aclarar que dicha distinción no solo surge de este trabajo, sino que implícitamente los constituyentes del año 1994 los han separado del resto y han diseñado ciertos elementos diferenciados.

1. *¿Supraestatalidad o interestatalidad?*

La primera cuestión que debemos esclarecer en el control de integracionalidad es si dicho actuar se basa en la supraestatalidad o en la interestatalidad, es decir, si los tratados de integración en nuestro país tienen aplicación y efectos directos, y son obligatorios para todos los Estados partes sin necesidad de una aprobación interna de los Estados.

Si bien el artículo 75, inciso 24 establece que le corresponde al Poder Legislativo aprobar tratados de integración que deleguen competencia y jurisdicción a organizaciones supraestatales, lo cierto es que la Argentina no forma parte de ningún proceso de integración que tenga características supraestatales.

La supraestatalidad o supranacionalidad fue una característica del derecho comunitario, término incorporado en el artículo 9º del Tratado de París de 1951, que dio origen a la Comunidad Económica del Carbón y del Acero.

Álvarez aclara que ningún tratado posterior, del proceso de integración europeo, reiteró el término “supranacionalidad”, y este dejó de integrar el orden normativo comunitario, en 1965, como consecuencia del Tratado de Fusión⁷⁵.

No obstante la ausencia del término, en los tratados posteriores, las instituciones fueron dotadas de mayor autonomía que la otorgada a la alta autoridad, y se fue gestando tanto en la doctrina como en la jurisprudencia la opinión de que el derecho comunitario se estructuraba a partir del concepto de supranacionalidad.

El derecho comunitario fue definido como un sistema intermedio en el cual los Estados partes, por un acto de su voluntad soberana y en ejercicio pleno de su soberanía, acuerdan en el marco del derecho internacional público crear órganos comunitarios diferentes de los órganos intergubernamentales.

La característica de los órganos intergubernamentales es que se integran con representantes de los Gobiernos de los Estados miembros; de esos representantes emana la voluntad orgánica del órgano o de la organización, respondiendo al mandato de sus respectivos Gobiernos, cumpliendo sus instrucciones y atendiendo a sus intereses. El acuerdo que finalmente se concluya en muchos casos deberá ser sometido a los procedimientos comunes de entrada en vigor de los tratados.

En cambio, conforme a Álvarez, Arbuet Vignali señala que cuando por medio de un acto soberano los Estados crean un órgano comunitario, designan a las personas que lo integrarán; esas personas van a actuar según sus conocimientos técnicos, decidiendo según su leal saber y entender, sin recibir instrucciones de Gobierno alguno y atendiendo fundamentalmente a los intereses de la comunidad⁷⁶.

Esas decisiones obligan a los Estados y se integran al ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros, entrando en vigor de inmediato, sin ningún otro trámite, en todo su ámbito geográfico. Además, las normas creadas por estos órganos supranacionales prevalecen sobre las leyes de los Estados miembros. Esto permite una mayor fluidez y eficacia en la toma de decisiones.

Es precisamente ese orden jurídico propio, distinto del internacional y del interno de cada Estado miembro, lo que se denomina “ordenamiento jurídico comunitario”.

En similar sentido, Ekmekdjian manifiesta que, desde hace algunas décadas, se fue gestando en la comunidad internacional un nuevo derecho que puede considerarse como una disciplina distinta del derecho internacional, y por lo tanto no forma parte de él, sino que tiene por objeto la creación de entidades –denominadas supranacionales– distintas de los clásicos organismos internacionales. Este nuevo derecho es también distinto del derecho interno de cada Estado. Surge, en primer lugar, de los tratados que dieron origen a estas entidades supranacionales, y en segundo término, de los órganos propios de estas⁷⁷.

75 Álvarez, Elsa, “Derecho a la integración...”, ob. cit.

76 Ibid.

77 Ekmekdjian, Miguel, *Hacia la República Latinoamericana...*, ob. cit.



Por su parte, Álvarez indica que la integración no exige, por parte de los Estados miembros, renuncia a su soberanía, sino que necesita que estos, en virtud de dicha soberanía, cedan voluntariamente su ejercicio a la organización.

En lo que respecta a la Unión Europea, existe un proceso de integración sustentado en la primacía del derecho comunitario y en la eficacia directa de sus normas.

Aunque algunos autores no descartan que una vez agotada la técnica integradora sea necesario pasar a otra fase nueva, porque el tiempo transcurrido desde la implementación de esa técnica integradora estaría demostrando que ella ya no es suficiente para hacer avanzar el proceso de construcción europeo.

Finalmente, el derecho comunitario constituye un factor importante de integración, y está claramente diferenciado respecto de otros modelos de organizaciones, como las organizaciones de cooperación, e incluso de otras, que inmersas también en procesos de integración, se encuentran aún en fases menos adelantadas, como el caso del Mercosur, donde la característica es interestatalidad, es decir, entre los Estados partes y los organismo regionales no hay superioridad ni aplicación directa.

2. Tipos o clases del control de integracionalidad

Con respecto a los tratados de integración, al no ser instrumentos realizados en la Argentina, sino órganos regionales, resulta lógico que el control sobre su cumplimiento lo hagan los órganos con facultades interpretativas y no los países en forma particular; si bien estos no tienen dicha potestad vedada, lo deberán realizar teniendo en cuenta lo ya establecido por los órganos regionales.

Es una regla que cada tratado o instrumento internacional, comunitario o de integración, establezca su órgano controlador, que haga las veces de interpretador y guardia de sus normativas.

Pues entonces debemos decir que el control de integracionalidad tiene dos tipos o clases: el interno y el externo. El primero lo realizan los órganos regionales, y el segundo, los países partes, con la única diferencia o reserva que deben respetar lo dicho o establecido por los primeros, que son órganos más especializados, cercanos y asépticos para resolver dichas cuestiones.

Esta distinción nos sirve para no perder de vista quién es el encargado de resolver las cuestiones regionales y dar cumplimiento a los objetivos trazados por los Estados partes en aras de un mejoramiento económico, social y cultural de los países. Con ello esclarecemos dónde está el centro y dónde la periferia.

Tampoco debemos confundir el control de integracionalidad con la solución de conflictos, pues esta última tiene su inicio interno, un acercamiento amistoso y una exteriorización de la solución a través de órganos supraestatales o interestatales. Esto resulta diferente al control de integracionalidad, cuyo objetivo no es solucionar conflictos, sino el respeto y cumplimiento de los tratados de integración.

El control interno y directo de los tratados de integración lo hacen sus propios órganos; no debemos olvidar que “control” deriva del francés *controlè*, que significa comprobación, inspección, fiscalización, intervención, bajo ciertas características de dominio, de mando y de preponderancia. Estas características las ostenta el Tribunal Permanente de Revisión, mientras que el control externo e indirecto lo hacen los órganos jurisdiccionales de los Estados partes.

El control interno y externo hace referencia al inicio del proceso de control, donde el interno da comienzo a los órganos regionales y el externo continúa con los órganos jurisdiccionales nacionales. El control directo tiene una cercanía con el tratado de integración, pues es el que actúa directamente sin influencia ni mediación de ningún órgano, mientras que el indirecto previamente tiene una obligación de seguimiento y de respeto de lo dicho por los órganos de integración.

A. Control de integracionalidad interno y directo

En cuanto al derecho de integración, nuestro país forma parte del Mercosur, como hemos analizado en diversos apartados del presente. Luego de varias reformas estructurales, el Mercosur logró conformar un órgano con facultades jurisdiccionales, denominado “Tribunal Permanente de Revisión”, que entre sus funciones se prevé la de dictar laudos en cuestiones conflictivas, además de expedir opiniones consultivas para los países miembros.

Al respecto resulta importante traer a colación la opinión consultiva 1/07 del Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur, del 04/07/2007, donde se les dio prevalencia a las normas del derecho del Mercosur sobre cualquier norma del derecho interno de los Estados partes aplicables al caso, incluyendo el derecho interno propiamente dicho y el derecho internacional público y privado de estos Estados, comprendiéndose aquellos derechos de orden público de los Estados, de conformidad a los deslindes realizados con relación al concepto de orden público y a la necesaria interpretación restrictiva de los derechos de orden público constitucional de carácter absoluto, conforme lo impone el sistema de integración.

Además, es dable destacar que en el dictamen del relator de esta opinión consultiva se afirmó lo siguiente: “El derecho de la integración prevalece sobre la ley nacional, sobre el derecho internacional público y privado, y sobre el orden público nacional e internacional, en razón de la naturaleza y la finalidad del derecho de la integración”.

A su vez, sobre la cuestión de la operatividad de las normas del Tratado de Asunción referidas, en este caso, a la libre circulación de mercaderías intrazona, particularmente las contenidas en su anexo I, fue discutida en el marco del 1.º laudo del Tribunal *ad hoc* del Mercosur (en adelante TAHM) sobre restricciones arancelarias y no arancelarias. En dicha sentencia, el tribunal del Mercosur consideró que “...la arquitectura del Tratado de Asunción (en adelante TA) y de sus anexos muestra claramente una combinación de normas propias de un tratado marco con otras de carácter operativo.

Como señala Sergio Abreu, el TA va más allá de un tratado marco, y constituye un esquema normativo que fluctúa entre un “derecho directivo” con bases jurídicas generales y “un derecho

operativo” constituido por compromisos concretos. Hay, por lo tanto, normas que fijan objetivos y principios con vocación de permanencia, que encuadran y guían la actividad de las partes hacia y en el Mercosur. Hay otras disposiciones que crean órganos mediante cuya actividad las partes podrán ir modelando el proceso de integración⁷⁸.

Hay otras normas que son por sí mismas ejecutables, imponiendo obligaciones concretas a las partes, sin necesidad de nuevos actos jurídicos por los Estados. Estas, principalmente contenidas en los anexos, juegan el papel de instrumentos dinamizadores del proyecto integracionista, el impulso operativo que sin necesidad de ningún acto adicional de las partes da de entrada un gran salto adelante. Asimismo, el Tribunal resaltó que “congruentes con esta interpretación, los cinco anexos al TA contienen obligaciones concretas y autoejecutables”⁷⁹.

Fuentes del derecho del Mercosur

En el control de integracionalidad debemos tener en cuenta las fuentes del derecho escrito del Mercosur, que son dos: el “derecho primario” y el “derecho derivado”.

Además de sus dos órdenes jurisdiccionales distintos, las decisiones dictadas por los “tribunales comunitarios” (tribunal *ad hoc* y TPR) y las sentencias dictadas por los “jueces nacionales” en asuntos que aplican el derecho del Mercosur.

El “derecho primario” es el que procede de tratados y protocolos ratificados por los Estados miembros, y es de aplicación directa en el territorio de dichos Estados; prevalece sobre las leyes internas y se impone a los jueces nacionales. Dentro de estos existen los principios generales que trascienden las disposiciones expresas de la ley y tienen un valor normativo implícito, como por ejemplo, los principios de buena fe, de libertad de comercio, de *estoppel*, etcétera.

El “derecho derivado” proviene de los órganos del Mercosur: grupo, consejo, comisiones, y está compuesto de decisiones, reglamentos y directivas, etc. La mayor diferencia con el anterior es que no todas son de aplicación directa. Algunas están sometidas a un procedimiento de integración en los Estados miembros, y otras son dispensadas. Existen alrededor de mil quinientas normas, de las cuales menos del cincuenta por ciento fueron internacionalizadas por los Estados.

Opiniones Consultivas (OC)

Una cuestión muy particular que existe en este control de integracionalidad son las opiniones consultivas. Para gran parte de la doctrina, al emitir opiniones consultivas, el Tribunal Permanente

78 *El Mercosur y la integración*, Facultad de Derecho, Montevideo, 1991, p. 47.

79 Tres de ellos se refieren a aspectos medulares del comercio (I liberación comercial, II origen y IV salvaguardias), y definen concretamente el régimen de cada uno de ellos y las obligaciones específicas de las partes al respecto. Los otros dos anexos (III Solución de controversias y V Grupos de Trabajo) apuntan también a facilitar el comercio. Se demuestra así la voluntad de despejar desde el comienzo posibles obstáculos, dictando al efecto reglas precisas y obligatorias. El flujo comercial libre es el pilar elegido en el sistema del TA para adelantar y desarrollar el Mercosur. (TAHM, laudo de 28 de abril de 1999, Comunicado 37/98 del Departamento de Operaciones de Comercio Exterior (DECEX) de la Secretaría de Comercio Exterior (SECEX): aplicación de medidas restrictivas al comercio recíproco, asunto 1/99, BOM 9, junio, 1999, p. 227).

de Revisión asume una función voluntaria y no jurisdiccional. En este sentido, Couture establece que en principio existe una sinonimia entre función judicial y función jurisdiccional, pero que, sin embargo, no todas las funciones que desempeñan los jueces son jurisdiccionales. No es jurisdiccional la jurisdicción voluntaria, y existen competencias jurisdiccionales en funcionarios que no son jueces. El contenido de la jurisdicción es la existencia de un conflicto que debe ser dirimido por resoluciones que pueden revestir la calidad de “cosa juzgada”, y afirma que no hay jurisdicción sin cosa juzgada. En los procedimientos judiciales sin oposición de partes (jurisdicción voluntaria), la decisión del juez no causa perjuicio a una de ellas, no hay parte perdidosa⁸⁰.

Las opiniones consultivas serían entonces una especie en el género de las competencias voluntarias, y con ellas no hay adjudicación de derecho ni cosa juzgada. Por lo que resultaría conveniente utilizar la expresión “competencia consultiva” en vez de “jurisdicción consultiva”.

En la primera opinión consultiva emitida por el Tribunal Permanente de Revisión, unánimemente se la califica como una interpretación prejudicial o consulta prejudicial⁸¹.

Las opiniones consultivas son interpretaciones que hace el Tribunal Permanente de Revisión sobre el alcance y la inteligencia de las normas del Mercosur; no son obligatorias ni vinculantes, y deben ser tomadas como guías⁸².

El Protocolo de Olivos, con respecto a las opiniones consultivas, alude a la necesidad de garantizar la correcta interpretación, aplicación y cumplimiento de los instrumentos fundamentales del proceso de integración: dicho Protocolo, en su artículo 3º, establece: “...El Consejo del Mercado Común podrá establecer mecanismos relativos a la solicitud de opiniones consultivas al Tribunal Permanente de Revisión definiendo su alcance y sus procedimientos...”.

Las opiniones consultivas deberán contener⁸³: una relación de las cuestiones sometidas a consulta; un resumen de las aclaraciones de los solicitantes, si el tribunal las hubiese pedido; el dictamen del TPR con la opinión de la mayoría y las opiniones en disidencia, si las hubiera.

Las opiniones consultivas serán fundadas y suscriptas por todos los árbitros intervinientes.

Establece así un mecanismo de opinión consultiva que le permite al Tribunal analizar y resolver dudas sobre el alcance del derecho del Mercosur, cuyo dictamen no tiene carácter vinculante ni es obligatorio. Dicho mecanismo se encuentra desarrollado en el Reglamento del Protocolo de Olivos, aprobado por la decisión CMC 37/03.

El 18 de junio de 2008, la Sala de Acuerdos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina dictó esta acordada, en la que se establecen “las reglas para el trámite interno previo a la remisión de las solicitudes de opiniones consultivas al Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur (TPR)”.

80 Couture, Eduardo Juan, “Las opiniones consultivas en el Mercosur: el debut del mecanismo jurídico”, citado por Adriana Dreyzin de Klor, Adriana y Harrington, Carolina, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, vol. 2, 2007, ps. 551/607.

81 Disponible en www.mercosur.int.

82 Art. 11 del Reglamento del Protocolo de Olivos para la solución de Controversias en el Mercosur (decisión 37/03).

83 Art. 9º del Reglamento del Protocolo de Olivos para la solución de Controversias en el Mercosur (decisión 37/03).

En el Mercosur regula el procedimiento de las opiniones consultivas, pero solo en su etapa de recepción del TPR, reservando para cada Estado miembro del bloque la responsabilidad de reglamentar internamente la fase anterior en el proceso de consulta, y es ese justamente el objetivo con que intenta cumplir la Corte Suprema con el pronunciamiento en cuestión, siguiendo los pasos de Uruguay, que era el único de los países miembros que hasta el momento había cumplido con su responsabilidad reglamentadora.

La acordada 13/2008 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina establece que todos los jueces de la República, tanto de jurisdicción nacional como provincial, podrán formular en el marco de una causa en trámite ante sus respectivos estrados, a instancia de parte o de oficio, la solicitud de opiniones consultivas al Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur –de carácter no vinculante ni obligatorio–, sobre la interpretación jurídica de las normas del Tratado de Asunción, del Protocolo de Ouro Preto, de los protocolos y acuerdos celebrados en el marco de dicho Tratado, de las decisiones del Consejo del Mercado Común, de las resoluciones del Grupo Mercado Común y de las directivas de la Comisión de Comercio (art. 1º).

Las solicitudes serán elevadas a la Corte Suprema de Justicia de la Nación por intermedio del superior tribunal de la causa, y podrán acompañarse las consideraciones relativas a la cuestión objeto de consulta que hubiesen formulado en el litigio las partes y el Ministerio Público, como también cualquier otra constancia que pueda resultar de utilidad.

La Corte Suprema, previa verificación del cumplimiento de los recaudos antes indicados, remitirá las solicitudes de opiniones consultivas al TPR, y enviará copia a la Secretaría del Mercosur y a los demás tribunales superiores de los Estados partes⁸⁴.

En el caso en que sea solicitada por los tribunales superiores de justicia, se referirá exclusivamente a la “interpretación jurídica” de la normativa del Mercosur, mientras que a los Estados partes u órganos del Mercosur se les reconoce la facultad de solicitar una OC con relación a “cualquier cuestión jurídica”.

Para Dreyzin de Klor, tres fundamentos sostienen esta lectura. En primer lugar, la interpretación literal: decir que “podrán solicitar OC sobre cualquier cuestión jurídica”, no es lo mismo que decir que “las OC se referirán exclusivamente a la interpretación jurídica”, por lo que no cabe concluir que la intención fue otorgar igual marco de acción al Tribunal Permanente de Revisión. En segundo lugar se diferencian claramente las condiciones según se trate de solicitudes de los Estados partes y órganos del Mercosur por un lado, y tribunales superiores de justicia por el otro; y por último, esa lectura se condice con el esquema institucional del Mercosur, que hace que no parezca irrazonable la limitación a la actuación del Tribunal Permanente de Revisión en

84 En el Mercosur se dictaron, hasta la fecha, tres opiniones consultivas: La primera en el 2007, opinión consultiva 01/2007: “Norte S. A. Imp. Exp. vs. Laboratorios Northia Sociedad Anónima, Comercial, Industrial, Financiera, Inmobiliaria y Agropecuaria s/Indemnización de Daños y Perjuicios y lucro cesante”, solicitud cursada por la Corte Suprema de Justicia del Paraguay. La segunda, en el 2008, opinión consultiva 01/2008: “Sucesión Carlos Schnek y otros vs. Ministerio de Economía y Finanzas y otros. Cobro de pesos”, solicitud cursada por la Suprema Corte de Justicia de la República Oriental del Uruguay. Y tercera y última, en el 2009, opinión consultiva 01/09: “Frigorífico Centenario S. A. vs. Ministerio de Economía y Finanzas y otros. Cobro de pesos. IUE: 2-43923/2007. Exhorto”. solicitud cursada por la Suprema Corte de Justicia de la República Oriental del Uruguay.

orden a la interpretación de la normativa, en los supuestos en los que los propios Estados tienen un margen de maniobra menor en lo político⁸⁵.

Diferencias entre el control jurisdiccional del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE) y el Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur (TPR)

En cuanto a la diferencias podemos citar:

- 1) Los Tribunales del Mercosur no tienen el monopolio de la justicia comunitaria, ya que los Estados pueden recurrir a otros tribunales internacionales.
- 2) En el TJCE se juzgan los recursos de nulidad planteados contra las decisiones y las directivas tomadas por las instituciones de la comunidad, circunstancia que no se da en el TPR.
- 3) El incumplimiento del fallo en el TPR se sanciona con la suspensión de obligaciones y concesiones recíprocas, mientras que en el TJCE se imponen multas o penas, a veces muy elevadas.
- 4) Los reclamos de los particulares tienen tres niveles de obstáculos para acceder a los TPR:
 - a) Sección nacional del GMC.
 - b) El GMC en sí mismo.
 - c) El grupo de expertos.

B. Control de integracionalidad externo e indirecto

Tanto los jueces argentinos de la justicia nacional como la justicia provincial tienen como función esencial el análisis de la supremacía de las normas, así como también un control exhaustivo para que dichas normativas no resulten contrarias al ordenamiento jurídico, violando principios y derechos fundamentales.

Todo ello no resulta ajeno a las normativas del Mercosur, atento a que la atribución de los jueces en realizar un control de integracionalidad resulta de vital importancia en todo ordenamiento jurídico regional en donde se pretenda un crecimiento económico en equilibrio con los recursos naturales actuales y de futuras generaciones.

Nuestra Constitución establece requisitos esenciales para dar prevalencia al tratado de integración y las condiciones indispensables para que prevalezca la Constitución Nacional; la conjunción entre ambas cuestiones será desarrollada a través del control de integracionalidad.

En lo que respecta a nuestra Constitución, tenemos los siguientes principios:

⁸⁵ Dreyzin de Klor, A., "La primera opinión consultiva del Mercosur: ¿germen de cuestión prejudicial?", *Revista Española de Derecho Europeo*, nro 23, 2007, ps. 437/461.

1) Principios de derecho público (art. 27, CN)⁸⁶

La característica más importante de los principios de derecho público es que se trata de mandatos que no se encuentran sujetos a la autonomía de la voluntad que pudiesen ejercer las partes, lo que significa que no pueden ser modificados por las partes en uso legítimo de su autonomía de la voluntad, como sí ocurre con los principios del derecho privado.

Y como consecuencia de ello, son principios “renunciables y obligatorios”, y además regulan cuestiones que hacen al orden público, y deben ser acatados por toda la población.

Si bien las clases o los tipos de derecho público varían de un Estado a otro, la doctrina judicial moderna estableció dos prácticamente unánimes: el “principio de legalidad” y el “principio de razonabilidad”, es decir, someter al Estado al cumplimiento del ordenamiento jurídico y a todos los demás principios, a los efectos de permitir una mayor realización espiritual y material posible, con signos axiológicos de justicia.

El principio de legalidad es un principio fundamental del derecho público, conforme al cual todo ejercicio de potestades debe sustentarse en normas jurídicas que determine un órgano competente y un conjunto de materias que caen bajo su jurisdicción. Por esta razón se dice que el principio de legalidad asegura la “seguridad jurídica”.

Es por ello que tradicionalmente los principios de derecho público se suelen contraponer con los principios de autonomía de la voluntad y de igualdad de partes del derecho privado.

2) Principios de reciprocidad (art. 75, inc. 24, CN)⁸⁷

Se encuentran explicados en el artículo I del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), en el cual se establece que “cualquier ventaja, favor, privilegio o inmunidad concedido por una parte contratante a un producto originario de otro país o destinado a él, será concedido inmediata e incondicionalmente a todo producto similar originario de los territorios de todas las demás partes contratantes o a ellos destinados”. Este artículo tiene su *raison d'être* en una interesante combinación entre la “nación más favorecida” (en adelante NMF) y el principio de reciprocidad. Bagwell y Staiger establecen que la combinación del principio de NMF con el principio de reciprocidad, que estipula que toda concesión arancelaria otorgada por un país debe ser compensada por una concesión de sus socios comerciales de manera de igualar el cambio en las exportaciones e importaciones, permite alcanzar acuerdos comerciales que son, no solamente más armoniosos, sino también más eficientes (en un sentido paretiano).

86 Art. 27. “El Gobierno Federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución”.

87 Art. 75, inc. 24. “Aprobar tratados de integración que deleguen competencia y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes.
La aprobación de estos tratados con Estados de Latinoamérica requerirá la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara. En el caso de tratados con otros Estados, el Congreso de la Nación, con la mayoría absoluta de los miembros presentes de cada Cámara, declarará la conveniencia de la aprobación del tratado”.

Si no se respetara la cláusula de la NMF, existirían diferentes precios internacionales para el mismo producto en diferentes mercados, y esto crearía externalidades de un país al otro. En esta situación, el principio de reciprocidad entonces no permitiría anular los términos del intercambio en todos los mercados. La combinación de los principios de reciprocidad y la NMF permite internalizar esta externalidad obteniéndose concesiones arancelarias que son balanceadas y eficientes.

3) Principios de igualdad (art. 75, inc. 24, CN)

Uno de los derechos básicos y más eminentes consagrados por el movimiento del constitucionalismo clásico a fines del siglo XVIII fue el de igualdad. Se trata de un concepto polémico complejo, mucho más de lo que aparenta superficialmente, dado que a veces se lo contrapuso con otros derechos, fundamentalmente con la libertad. (Carnota y Maraniello, 2008, pág 133)

En el principio de igualdad se parte de la idea de la paridad de todos los Estados miembros; todos tienen los mismos derechos y obligaciones dentro del bloque regional, y deberán cumplir lo que allí se apruebe. Este principio nos indica que cuando la Argentina suscriba tratados de integración no puede estar en un plano de desigualdad o desventaja con el resto de los Estados partes.

Otra de las características de este principio y que se deberá tener en cuenta cuando se incorpora un tratado o protocolo de integración o cuando un instrumento del derecho de integración sea interpretado frente a una norma interna, es que los demás Estados hayan adoptado en su derecho interno las mismas exigencias convenidas por los Estados partes.

No debemos olvidar que todo lo que se resuelva dentro del marco de la integracionalidad es dispuesto por unanimidad y no por mayoría, es decir, todos los Estados partes deben estar de acuerdo, caso contrario, no podrá ser aprobado.

El principio de igualdad no podría aplicarse en el derecho comunitario. En este último caso, los Estados no son iguales, pues sus diferencias radican en la cantidad de población, lo que se va a reflejar en los tratados; esto no quiere decir que vayan a tener más derechos los países más poblados, sino que las instituciones se van a realizar en función de la población.

Ahora bien, este principio debe ser respetado en dos etapas, cuando se negocia, se discute y se aprueba un tratado internacional por parte del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo, es decir, es un principio de aplicación previa a su ingreso en el derecho interno. Pero también es un principio que deberán tener en cuenta los jueces cuando deban interpretar y aplicar un tratado o protocolo de integración, dentro del marco de un control de constitucionalidad.

4) Principios de orden democrático (art. 75, inc. 24, CN)

La protección del sistema democrático ya no es un compromiso nacido entre el poder político y los ciudadanos, sino que en la actualidad reviste una obligación internacional y regional, atento a que la democracia es considerada uno de los sistemas más inclusivos y participativos dentro de un Estado y en toda organización internacional, comunitaria y de integración.



Por ello, Gross Espiel entiende que es evidente que la defensa de la democracia en los Estados miembros del Mercosur es hoy un elemento característico de este sistema de integración subregional. Entre 1991 y 2000 pasó mucho tiempo, con la aceleración actual del tiempo histórico. Lo que no se quiso encarar cuando se redactó el Tratado de Asunción, actualmente es una realidad ineludible. El sistema de la OEA, basado en el Protocolo de Washington, debe completarse con el del Mercosur, fundado en el Protocolo de Ushuaia. (Gross Spiel, 2000)

No basta, para los países partes en el Mercosur, con el sistema genérico de la OEA. Con todo lo necesario y positivo que este puede ser, requiere un complemento subregional entre países que tienen problemas comunes, determinantes políticos análogos, trágicas experiencias históricas compartidas y afinidades y paralelismos, sin perjuicio del reconocimiento de diferencias y diversidades.

5) Principios *pro homine* (art. 75, inc. 24, CN)

Refiriéndose al principio *pro homine*, la Corte expresó que es “un principio de interpretación extensiva de los derechos humanos y restrictiva de sus limitaciones”. Queda claro que en los casos en los que se deben establecer derechos de los hombres corresponde aplicar un criterio amplio, o sea, a favor del hombre, y cuando se deben determinar las limitaciones de dichos derechos, un criterio restrictivo.

El principio *pro homine* debe aplicarse en aquellas cuestiones en las que concurren o existe un conflicto entre normas internacionales o entre las de orden interno con las de la Convención Americana, en el caso de análisis, debiendo aplicarse al caso en concreto la que sea más favorable a los derechos del hombre y que menos los restrinja. Por lo tanto, y haciendo propias las palabras de Luis M. García, “...el principio *pro homine* neutraliza la regla *lex specialis derogat legem generale*, pues tratándose de normas concurrentes sobre derechos humanos, la ley especial solo deberá prevalecer sobre la general cuando la supere en el alcance de protección del derecho de que se trate”. (De Martini y Pont Vergés, 2008)

A modo de conclusión

En el siglo XXI, el funcionamiento de la justicia debe estudiarse a través de elementos constitucionales e internacionales, como se realiza en Europa a través de la materia justicia constitucional muy abarcativa, sin considerarla con criterios netamente subjetivos variables e inestables, sino por criterios objetivos emanados de una Constitución.

Pero pensar en una justicia a través de parámetros constitucionales desde su nacimiento con la Constitución de EEUU de 1787, es tener un reloj que nos atrasa 300 años.

Finalmente, la solución ante una lid constitucional que resulta más adecuada se inicia con un test de armonización, y de esta manera se deberá resolver la inaplicabilidad de la norma constitucional o de los TIJC que corresponda al caso concreto, teniendo en consideración el control de convencionalidad a tales efectos.

No debemos olvidar que frente a una lid constitucional debemos seguir, en primer término, la letra de la Constitución; luego, el fin y, por último, la dinámica. No cabe la interpretación en la que se considera que el conflicto haya sido por una falta de previsión o de conocimiento de las consecuencias que podría acarrearle a nuestro país la inaplicabilidad al caso concreto de una cláusula de los TIJC, pues la voluntad del constituyente no se presume, sino que se debe respetar.

Nuestro maestro Bidart Campos⁸⁸ ha establecido que "...todas las normas y todos los artículos de aquel conjunto —constitucional— tienen un sentido y un efecto, que es el de articularse en el sistema sin que ninguno cancele a otro..." [...] "A cada uno y a todos hay que asignarles, conservarles y aplicarles un sentido y un alcance de congruencia armonizante, porque cada uno y todos quieren decir algo; este 'algo' de uno o de varios no es posible que quede neutralizado por el 'algo' que se le atribuye a otro o a otros".

La Unión Europea (UE) se presenta como un proceso unitario de integración política, cuya instrumentación se lleva a cabo mediante mecanismos prioritariamente económicos.

En la UE, el mercado común es un medio, mientras que en el Mercosur es el fin.

La construcción política europea se basa en la participación de actores distintos de los Estados miembros (los pueblos europeos), y la integración tiene un claro significado político (asegurar la paz, la libertad y el bienestar, entre otros), tanto en sus orígenes, como en sus objetivos, que son generales de toda la comunidad y no de un país determinado.

En el Mercosur, solo los Estados partes participan en el proceso. Si bien se persigue el bienestar de sus miembros, no existen objetivos políticos. Por el contrario, las instituciones de la Unión Europea se nutren de poderes soberanos nacionales, cuyo ejercicio fue cedido por los Estados miembros a los órganos del proceso de integración. Los intereses nacionales de los países miembros se transformaron en un solo interés común que los sustituye, y que es el que se trata de llevar a cabo con el proceso de integración. (Granillo Ocampo, 2007)

En la Unión Europea, las instituciones emiten normas jurídicas que, una vez aprobadas, son obligatorias para todos (las propias instituciones, los Estados miembros y los habitantes de cada uno de ellos), debiendo aplicarse de inmediato, y tienen primacía sobre el derecho interno nacional. En el Mercosur, sus instituciones emiten normas jurídicas obligatorias para los Estados, que para entrar en vigor deben ser incorporadas al ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros, no adquiriendo primacía sobre el derecho interno de los países partes y cuya aplicación solo puede ser solicitada por los Estados, no por los particulares⁸⁹.

En relación con la actividad jurisdiccional de la Unión Europea, estamos muy atrasados. Si bien los primeros veinte años, entre 1954 y 1977, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE) dictó ochocientos cuarenta sentencias (cuarenta y dos por año), debido a la extensión de su competencia, a la complejidad de las normas y a la incorporación de nuevos integrantes.

88 BIDART CAMPOS, Germán, "Tratado elemental de derecho constitucional argentino", Ed. Ediar, T. VI, ps. 560-561. Citado por Pizzolo, ob. cit.

89 El artículo 42 del Protocolo de Ouro Preto establece que "las normas emanadas de los órganos del Mercosur previstas en el artículo 2º del Protocolo tendrán carácter obligatorio, y cuando sea necesario deberán ser incorporadas a los ordenamientos jurídicos nacionales mediante los procedimientos previstos por la legislación de cada país".

En 1988 se creó un Tribunal de Primera Instancia (TPI), que tiene un flujo actual de quinientos recursos por año por cada jurisdicción, y un período de veinte a veinticuatro meses para obtener la sentencia.

Con el agregado de que su jurisprudencia comunitaria se impone a los Estados miembros y a sus jurisdicciones nacionales. La inejecución de la jurisprudencia comunitaria está fuertemente sancionada por multas o penas impuestas a los Estados recalcitrantes. (Catala, 2007)

La producción jurisdiccional del Mercosur parece muy débil. Se compone de decena de sentencias emitidas por los tribunales *ad hoc* y contadas sentencias del Tribunal Permanente de Revisión (TPR). En las primeras las decisiones están fundadas sobre circunstancias más que sobre principios; por el contrario, las segundas van formando una verdadera jurisprudencia que aparece como fuente del derecho del Mercosur derivada de la interpretación de las normas escritas.

Del derecho de integración se desprenden numerosos principios y consecuencias legales que no pueden dejar de ser tenidos en cuenta al momento de establecer el rol del juez interno y del Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur.

A diferencia de lo que sucede en la Comunidad Europea, las decisiones en el Consejo, en el Grupo Mercado Común y en la Comisión de Comercio del Mercosur se toman por consenso, con la presencia de todas las partes. Así lo establece el artículo 16 del Tratado de Asunción, por cuanto “durante el período de transición las decisiones del Consejo del Mercado Común y del Grupo Mercado Común serán tomadas por consenso y con la presencia de todos los Estados partes”, y el artículo 37 del Protocolo de Ouro Preto, al sostener que “las decisiones de los órganos del Mercosur serán tomadas por consenso y con la presencia de todos los Estados partes”.

Ciertamente, esta forma de legislar produce demoras, retrasos, lentitud y hace al sistema relativamente poco flexible y posibilita la crisis de “asientos vacíos”, pero también aporta una dosis de realismo para estas primeras etapas de transición, donde se adquiere mayor claridad, y se precisa del igual derecho de veto que tienen todos los representantes de los Estados partes.

Luego de la reforma constitucional de 1994, con la incorporación de los nuevos incisos 22 y 24 del artículo 75, el juez no solo efectúa, en forma obligada el control de constitucionalidad y de legalidad, sino también el control de convencionalidad y de integracionalidad.

En este último aspecto, debemos establecer dos clases: el control de integracionalidad interno (realizado por el Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur) y el control de integracionalidad externo (realizado por los países miembros internamente).

La República Argentina, en clara diferenciación, especialmente con Brasil y Uruguay, establece en el inciso 24 citado, cuatro requisitos para que un instrumento de integración no sea declarado antiintegracional.

Entre ellos tenemos dos principios (igualdad y reciprocidad); un derecho (derechos humanos) y un requisito político (el respeto del orden democrático).

Si bien los tratados de integración tienen en nuestro país un proceso complejo de aprobación, ello no es óbice para que el Poder Judicial realice un control de integracionalidad de dichos instrumentos, en cuanto a sus requisitos formales, que deben ser aprobados por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara del Congreso Nacional, para los Estados latinoamericanos, y el sistema de doble vuelta, para los restantes países, es decir, en esta última situación para ser aprobado un tratado de integración extra-Mercosur se requiere una ley que declare la conveniencia del tratado con el voto de la mayoría absoluta de los miembros presentes de cada Cámara, y luego de ciento veinte días del acto declarativo se necesita otra ley que tenga la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Ambos pueden ser denunciados por el Congreso Nacional con la mayoría absoluta de la totalidad de miembros de cada Cámara.

Es por eso que actualmente debe sostenerse la existencia de un control de integracionalidad, donde el derecho interno queda subsumido a lo que los Estados partes hayan convenido regionalmente.

Y ese derecho de la organización interestatal que se crea, sea originario o derivado, es el marco que el tribunal tomará en consideración con prevalencia sobre las normas internas de cada Estado.

Este sistema, al igual que el control de convencionalidad, tiene como apoyatura esencial, además de las normas regionales (protocolos, disposiciones, resoluciones, etc.), la interpretación que sus órganos realizan de ellos en conjunción con los principios rectores enunciados en el artículo 75, inciso 24 de la Constitución Nacional (principio de reciprocidad, igualdad y cláusula democrática).

Los tipos de efectos en el control de integracionalidad pueden ser *interpartes* –al caso concreto– o *erga omnes* –con efectos derogatorios–. Cuando dicho control de integracionalidad es ejercido por el propio Tribunal Permanente de Revisión como consecuencia de los casos llegados a él, no forma parte de su misión la posibilidad de modificar de manera “directa” las normas locales que se oponen al “derecho de integración”, ya que sería errado entender que la declaración de no integracionalidad de una norma local supone su derogación; al Tribunal del Mercosur le basta la inaplicabilidad de aquella en el caso concreto.

En conclusión, es necesario para el progreso del Mercosur que se superen las diferencias constitucionales que afectan en gran medida la seguridad y el desarrollo buscados. El principal objetivo previsto por el TA es la ampliación del mercado nacional mediante la integración para acelerar el desarrollo económico con justicia social. Tal objetivo deberá ser alcanzado por medio de un aprovechamiento más eficaz de los recursos disponibles, de la preservación del medio ambiente, de las mejoras de interconexiones físicas, de la coordinación de las políticas macros y de la complementariedad de los distintos sectores de la economía.



Referencias

- Alonso Casellas, Cristina y otros, Solución de controversias en los sistemas de integración. El caso del Mercosur”, Instituto Nacional de la Administración Pública.
- Alterini, Atilio Aníbal, “La supremacía jurídica en el Mercosur”, LL 1995.
- Álvarez, Elsa; “Derecho de la integración y Derecho comunitario” en: <http://www.espaciosjuridicos.com.ar/datos/integracion-comunitario.htm>.
- Aristóteles, Política, Porrúa, México, 1977.
- Arbuet Vignali, H. - Jiménez de Aréchaga, E. - Puceiro Ripoll, R., Derecho internacional público, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1991.
- Baptista, L. O., “Inserção dos tratados no direito brasileiro”, Revista de Informação Legislativa, (Brasil), 1996.
- Barbosa, Julio, Derecho internacional público, Zavalía Editor, Buenos Aires, 2004.
- Barra, Rodolfo Carlos, Fuentes del ordenamiento de la Integración, Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1998.
- Colautti, Carlos E., “Los tratados internacionales y la Reforma Constitucional”, LL 1994-D - 1149.
- Carnota, Walter - Maraniello, Patricio, Derecho Constitucional, La Ley, Buenos Aires, 2008.
- Couture, Eduardo Juan, “Las opiniones consultivas en el Mercosur: el debut del mecanismo jurídico”, citado por Adriana Dreyzin de Klor, Adriana y Harrington, Carolina, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, vol. 2, 2007.
- De Martini, Siro (h.) - Pont Vergés, Francisco, “Principios generales de la Convención Americana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la luz de su jurisprudencia”, ED nro. 12.022, 05/06/2008.
- Dreyzin de Klor, A., “La primera opinión consultiva del Mercosur: ¿germen de cuestión prejudicial?”, Revista Española de Derecho Europeo, nro 23, 2007.
- Gross Espiel, Héctor, “La democracia: reaseguro para la vigencia del Mercosur”, nro. 37, El Litoral, Paraná, 2000.
- Granillo Ocampo, Raúl, Derecho público de la Integración”, Editorial Abaco, 2007.
- Laredo, Iris M., “Reflexiones en torno al proceso Mercosur de integración”, Anuario argentino de derecho internacional. Córdoba. nº 9 (1999).
- Ekmekdjian, Miguel Ángel, Introducción al derecho comunitario latinoamericano con especial referencia al Mercosur, Depalma, Buenos Aires, 1994.
- Ekmekdjian, Miguel, Hacia la República latinoamericana, Mercosur (“Tratado de Asunción”), Tratado de Montevideo 1980 (ALADI), Tratado argentino-brasileño, Depalma, 1991, Buenos Aires.

- Jiménez de Aréchaga, E., Curso de derecho internacional público, t. I.
- Kapteyn Pjg y Verloren Themaat, P., citados por González-Oldekop, Florencia, en La integración y sus instituciones, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1997.
- Maraniello, Patricio y Cohn, Silvia, Tratado de derecho de integración, Cathedra Jurídica, 2014.
- Maraniello, Patricio, “Derecho de Integración”, Ed. *Ad hoc*, año 2014.
- Midón, M., “El tratamiento constitucional de la integración entre los signatarios del Mercosur”, LL 1997-B - 1049-1050;
- Moya Domínguez, María Teresa, Derecho de integración, Ediar, 2006.
- Olivar Jiménez, M. L., “La comprensión del concepto de derecho comunitario para una verdadera integración en el Cono Sur”, en Basso, M., (org.), Mercosul. Seus efeitos jurídico, econômicos e políticos nos Estados-membros, Porto Alegre, Editora do Advogado, 1995.
- Pellet, A., Les Fondements juridiques internationaux du droit communautaire, AEL, 1994.
- Pérez Otermin, Jorge, El Mercado Común del Sur. Desde Asunción a Ouro Preto. Aspectos jurídico-institucionales, Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo, Uruguay, 1995.
- Pizzolo, Calogero (h), Pensar el Mercosur, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 1998.
- Rippe, S., “La aplicación del Convenio de París para la protección de la propiedad industrial en el Uruguay”, Anuario de Derecho Comercial, t. I, 1985.
- Sagüés, Néstor Pedro, “Los tratados internacionales en la Reforma Constitucional Argentina de 1994”, LL 1994-E - 1036.
- Schermes, Henry, “International Institutional Law”. Leyden, 1972, citado por Dreyzin de Klor, Adriana, en “Hacia el ordenamiento jurídico del Mercosur”. LL 1996C - 1191/1192, nota 6, DNEYD – AAG

