

EL CONSTITUCIONALISMO Y LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS NACIONALES VS. LA DESCONSTITUCIONALIZACIÓN Y EL NIVEL SUPRANACIONAL

Un análisis del control de convencionalidad en el marco del control de constitucionalidad

VÍCTOR ENRIQUE IBAÑEZ ROSAZ*

Resumen

En un análisis comprensivo del desarrollo de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza (República Argentina) encontramos presentes las dos posturas antagónicas en punto al alcance que tiene la interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos realizada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación con las sentencias en las que nuestro país no es parte, al tiempo en que se ejerce el llamado control de convencionalidad en el marco del sistema de control de constitucionalidad. Consideramos que si la Constitución fue, en su formulación clásica, un proyecto político y punto de partida aparece hoy colocando condiciones posibles para aceptar la pluralidad social y la extraterritorialidad de los centros de poder: la Constitución es un punto de llegada. Por ello necesita ser abierta, flexible, permeable, y compatible ad intra y ad extra y los Tratados internacionales son en consecuencia el instrumento jurídico de este tiempo por gozar de dichas cualidades. Advertimos que estamos de cara a un fenómeno de racionalismo normativista de segundo grado a través de normas internacionales flexibles que en materia de

* Abogado y doctorando por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Mendoza); Profesor de Posgrado, Facultades de Derecho y de Filosofía y Letras de la UNCuyo; Profesor Titular a cargo por concurso de Derecho Constitucional, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, UNCuyo; Profesor Adjunto de Derecho Constitucional, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Mendoza; Profesor Adjunto de Derecho Público I (Constitucional), Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas, Universidad del Aconcagua; Vicepresidente del "Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos". <veir@estudioibanezrosaz.com.ar>

derechos colocan la facultad de decisión en una magistratura internacional concentrada que desconoce la diferencia entre los sistemas y regímenes políticos de los Estados y por ende de los ciudadanos que pretende aglutinar. Estamos convencidos que la realidad supera los textos constitucionales, pero la historia atraviesa a todos ellos.

Abstract

In a comprehensive analysis of the development of the jurisprudence of the Supreme Court of Justice of Mendoza, Argentina, we may find two different antagonistic positions that reach the point of interpretation of the “Convención Americana de Derechos Humanos” held by the Inter-American Court of Human Rights, in relation to the verdicts which our country does not take part of, when the conventionality control is practiced within the constitutionality control system. It is considered that if the Constitution was classical in its formulation, a political project, and with this a starting point today, indicates possible conditions to accept and understand the social plurality and the extraterritoriality of the points of powers: the Constitution here proves to be a reaching point. Due to this fact, it should be open, flexible, permeable and ad intra and ad extra compatible; and the International Treaties become consequently, legal and juridical instruments since they possess these particular qualities. It is a fact that we are facing a phenomenon of normativist rationalism of second grade, through which international and flexible rules and by means of Law, place the power of decision on the international magistrature which disclaims the difference between the systems and political regimes of the states and thus of the citizens whom it aims to agglutinate. We are convinced that reality overcomes constitutional texts, but history overpasses all of them.

1. INTRODUCCIÓN

Bianchi¹ señala que desde que la Argentina ingresa en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (SIDH) podemos distinguir al menos tres etapas: 1) en 1984 se aprueba y ratifica la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH);² 2) en 1992 la Corte Federal falla el caso “*Ekmekdjian vs. Sofovich*”³ y modifica así su jurisprudencia anterior mediante la subordinación del derecho

¹ A. Bianchi, “Una reflexión sobre el llamado control de convencionalidad”, *E-426 La Ley* (2010), 23 de septiembre de 2010, p. 15.

² La CADH, suscripta el 22 de noviembre de 1969, se aprueba en la Argentina por medio de la Ley n° 23.054 (Adla, XLIV-B, 1250) (B.O. 27-03-1984) y es ratificada el 14 de agosto de 1984.

³ Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina), sentencia, 7 de julio de 1992, *Ekmekdjian contra Sofovich*, 315:1492.

interno argentino al derecho internacional, la cual existe -según la sentencia- desde que nuestro país ratifica la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados⁴ y, 3) en 1994 la reforma constitucional además de ratificar en el Artículo 75 inciso 22 la doctrina sentada en *Ekmekdjian*, establece que ciertos Tratados sobre derechos humanos –entre ellos la CADH– en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional.⁵

Nuestro País en el Artículo 2 de la Ley No. 23.054 reconoce la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por tiempo indefinido sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de la citada Convención, bajo condición de reciprocidad.

Así, la reforma constitucional de 1994 a nuestra Carta fundamental opera una profunda modificación en lo referente a las relaciones entre el derecho interno y el derecho internacional, modificando sustancialmente el orden jurídico político trazado por la Constitución histórica de 1853/60.⁶

⁴ Argentina ratifica en el año 1972 la Convención Internacional de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 -que entra en vigencia en 1980- y cuyo art. 27 expresamente dice: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”.

⁵ Ellos son: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención Sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer; la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención Sobre los Derechos del Niño (art. 75 inc. 22 segundo párr. C.N.). Esto da origen a un nuevo orden jurídico político de prelación y adecuación de normas establecido por los art. 31, 75 inc. 22 2ª parte, 27, 75 inc. 22 1ª parte, 75 inc. 24, 28, 99 inc. 3º, 76, 99 inc. 2º, 5 y 123 de la Constitución Nacional. De ellos surge que a partir de la reforma de 1994 el orden de prelación normativa resulta el siguiente: 1º) C.N./Tratados sobre D.H. (arts. 31 y 75 inc. 22 2ª parte), 2º) Otros Tratados, Concordatos y Tratados de Integración (arts. 27, 75 incs. 22 1ª parte y 24), 3º) Leyes, decretos de necesidad y urgencia y decretos delegados (arts. 28, 99 inc. 3º y 76), 4º) Decretos reglamentarios (art. 99 inc. 2º), 5º) Constituciones Provinciales (arts. 5 y 123), 6º) Leyes provinciales y reglamentos (art. 122), 7º) Tratados interprovinciales e internacionales (arts. 124 y 125), 8º) Cartas orgánicas municipales (art. 123) y 9º) Ordenanzas municipales y reglamentos municipales (art. 123). Cf. M.C. Castorina de Tarquini, “Supremacía de la Constitución, el nuevo orden”, en D. Pérez Guilhou et al., *Derecho Constitucional de la Reforma de 1994* (Buenos Aires, Ed. Depalma, 1995), p. 123–174.

⁶ A la vez, el párrafo final del inciso 22 del artículo 75 de la Constitución comporta el abandono de la rigidez del texto en pos de una mayor flexibilidad al preceptuar que: “Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional”; convirtiéndose el Congreso en una Convención constituyente. Cf. J.R. Vanossi, “La Constitución evanescente (Una reforma espasmódica)”, *E-1246 La Ley* (1994). Por este mecanismo se dota de jerarquía constitucional, con posterioridad a 1994, a la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de personas (1996) y a la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y lesa humanidad (2003).

2. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y SUS ALCANCES

Cabe recordar que existe cierta divergencia doctrinaria acerca del grado de integración a la Constitución de estos instrumentos internacionales. No obstante ello, coincidimos con Bidart Campos cuando manifiesta que: “las declaraciones y los tratados sobre derechos humanos a los que el inciso 22 reconoce jerarquía constitucional gozan de ella sin estar incorporados a la Constitución y, fuera de su texto, integran el llamado bloque de constitucionalidad federal”.⁷

Ahora bien, los Tratados enumerados en la segunda parte del inc. 22 del Artículo 75 de nuestra Constitución gozan de jerarquía constitucional “...en las condiciones de su vigencia”, lo que para algunos autores importa una pauta que nos está indicando que las reservas que Argentina incluye en el instrumento ratificatorio deben ser tomadas en cuenta, y que valen tal como estaban previstas al tiempo de su ratificación.⁸

Para Rosatti este párrafo no es un equivalente a: “con la interpretación que de tales instrumentos realicen los tribunales internacionales competentes”, pues no se piensa en la constituyente en quitar competencias a la jurisdicción nacional ni en dejar un “gatillo” accionable a futuro por un tribunal internacional que pueda contradecir el texto expreso de la Constitución nacional, reformándola por un mecanismo distinto del Artículo 30.⁹

Nuestra Corte Federal se expide sobre el alcance de la frase referida en el caso “*Giroldi*”¹⁰ afirmando que: “La jerarquía constitucional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente en las condiciones de su vigencia (Artículo 75, inc. 22, 2º párrafo), esto es, tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando

⁷ G.J. Bidart Campos, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino* (Buenos Aires, Ed. E.D.I.A.R., 1995, Tomo VI) p. 555. Agrega que según una pauta hermenéutica hartamente conocida, la que enseña que en un conjunto normativo cuyos elementos integrativos comparten un mismo y común orden de prelación dentro del ordenamiento jurídico –como es el caso del articulado constitucional y los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional– todas las normas y todos los artículos de aquel conjunto tienen un sentido y un efecto, que es el de articularse en el sistema sin que ninguno cancele a otro, sin que a uno se le considere en pugna con otro, sin que entre sí puedan oponerse irreconciliablemente (ibidem, p. 560/561). Puede verse también: P.L. Manili, *El bloque de constitucionalidad. La recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho constitucional argentino* (Buenos Aires, Ed. La Ley, 2003), p. 159 y ss.; P.L. Manili, *Manual Interamericano de Derechos Humanos* (Colombia, Ediciones Doctrina y Ley Ltda, 2012); G.R. Moncayo “Tratados y leyes de la Nación”, en D.A. Sabsay (dir.) y P.L. Manili (coord.), *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial* (Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2010, Tomo 3), p. 707.

⁸ Cf. C. Colautti, *Derecho Constitucional* (Buenos Aires, Ed. Universidad, 1998, 2ª ed.), p. 64.

⁹ H. Rosatti, “El llamado control de convencionalidad y el control de constitucionalidad en la Argentina”, en *A-911 La Ley*, 13 de febrero de 2012.

¹⁰ Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina), sentencia 7 de abril 1995, *Giroldi Horacio y otros*, 318:514.

particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación”.

Asimismo, destaca que: “La jurisprudencia de los tribunales internacionales competentes para la interpretación y aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana (conf. art. 75 de la Constitución Nacional, 62 y 64 Convención Americana y artículo 2° ley 23.054)”.

Comienza a desovillarse así el camino sobre el carácter vinculante de la jurisprudencia internacional. La vigencia de los Tratados de Derechos Humanos y el reconocimiento de la competencia de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos produce que las opiniones consultivas y los fallos de esta última constituyan fuentes del derecho interno.¹¹

Fruto de este nuevo orden constitucional nuestra Corte Suprema en la causa *Mazzeo*¹² incorpora la doctrina del llamado “control de convencionalidad”, al que alude la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuando resuelve casos contenciosos.¹³

En el precedente “*Mazzeo*” la Corte destaca que la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana que importa una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos; concluyendo que el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (cf. caso “*Almonacid Arellano y otros vs. Chile*”¹⁴).

¹¹ Nuestra postura en los temas que aquí van analizados puede verse en V. E. Ibañez Rosaz, “Control de Constitucionalidad de oficio”, en P.L. Manili (dir.), *Máximos precedentes – Derecho Constitucional* (Buenos Aires, Ed. La Ley, 2013, Tomo I, Cap. V), p. 1043; V.E. Ibañez Rosaz, “Comentario al artículo 117 de la Constitución nacional”, en D. Sabsay (coord.) y P.L. Manili (dir.), *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial* (Buenos Aires, Ed. Hammurabi, 2010, Tomo IV); V.E. Ibañez Rosaz, “Desconstitucionalización vs. Estado Constitucional. Una aproximación a la diferencia entre los derechos y garantías y la dinámica del poder estatal”, en *El Derecho, Suplemento de Derecho Constitucional* (2008), p. 1 – n° 11971; y V.E. Ibañez Rosaz, “La reserva argentina al artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)”, en *El Derecho, Suplemento de Derecho Constitucional* (2003), p. 9–10 – n° 10770.

¹² Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina), sentencia, 13 de julio de 2007, *Mazzeo Julio Lilo y otros*, 330:3248. Véase el considerando 21 de este fallo.

¹³ Aparece mencionado en el voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez en Corte IDH, sentencia, 25 noviembre 2003, *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, Serie C, n. 101.

¹⁴ Corte IDH (Sentencia) 26 de septiembre de 2009, *Almonacid Arellano y otros vs. Chile* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Luego en “*Videla, Jorge R.*” del año 2010 la Corte Suprema de la Nación argentina afirma que: “a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas

Con posterioridad, la Corte Interamericana profundiza el concepto delineado en “*Almonacid*” y en el caso “*Trabajadores Cesados del Congreso*”¹⁵ precisa que los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana.¹⁶

El 27 de noviembre de 2.012 la Corte argentina falla la causa “*Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c. Ejército Argentino s/daños y perjuicios*”¹⁷ confirmando su jurisprudencia en relación a la facultad de los magistrados de declarar de oficio la inconstitucionalidad de las normas; pues considera un contrasentido aceptar que la Constitución Nacional por un lado, confiera rango constitucional a la Convención Interamericana (Artículo 75, inc. 22), incorpore sus disposiciones al derecho interno y, por consiguiente, habilite la aplicación de la regla interpretativa –formulada por su intérprete auténtico, es decir, la Corte Interamericana de Derechos Humanos– que obliga a los tribunales nacionales a ejercer de oficio el control de convencionalidad, impida, por otro lado, que esos mismos tribunales ejerzan similar examen con el fin de salvaguardar su supremacía frente a normas locales de menor rango.

por el Estado Argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, la jurisprudencia de la Corte Interamericana es una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia, y que dicho tribunal internacional ha considerado que el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tarea en la que debe tener en cuenta no solamente el tratado sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana” – Corte Suprema de la Nación (Argentina), sentencia, 31 de agosto, 2010, *Jorge Rafael Videla, y Emilio Eduardo Massera* V. 281. XLV, 31–08–2.010, considerando 8.

¹⁵ Ver caso Corte IDH (sentencia), 24 de noviembre 2006, *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, serie C, n. 158, parágrafo 128.

¹⁶ El criterio se reitera entre otros en los siguientes casos: Corte IDH (sentencia), 29 de noviembre 2006, *La Cantuta vs. Perú*, serie C, n. 175; Corte IDH (sentencia), 20 de noviembre 2007, *Boyce y otros vs. Barbados*, serie C, n. 169; Corte IDH (sentencia), 12 de agosto 2008, *Heliodoro Portugal vs. Panamá*, serie C, n. 186; Corte IDH (sentencia), 23 de noviembre 2009, *Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*, serie C, n. 209; Corte IDH (sentencia), 26 de mayo 2010, *Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia*, serie C, n. 213; Corte IDH (sentencia), 24 de agosto 2010, *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, serie C, n. 214; Corte IDH (sentencia), 30 de agosto 2010, *Fernández Ortega y otros vs. México*, serie C, n. 215; Corte IDH (sentencia), 31 de agosto 2010, *Rosendo Cantú y otra vs. México*, serie C, n. 216; Corte IDH (sentencia), 1 de septiembre 2010, *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*, serie C, n. 217, parágrafo 202; Corte IDH (sentencia), 24 de noviembre 2010, *Gomes Lund y otros (‘Guerrilha do Raguá’) vs. Brasil*, serie C, n. 219, parágrafo 176); Corte IDH (sentencia), 26 de noviembre 2010, *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, serie C, n. 220, parágrafo 225; recientemente, el citado Tribunal insiste respecto del control de convencionalidad *ex officio*, añadiendo que en dicha tarea los jueces y órganos vinculados con la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana (cfr. Corte IDH (Sentencia), 29 de noviembre 2011, *Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina*).

¹⁷ Corte Suprema de la Nación (Argentina), 27 de noviembre de 2012, *Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c. Ejército Argentino s/daños y perjuicios* Rex S.C. R. 401. XLIII.

Luego de esta breve síntesis lo cierto es que a nadie escapa que las sentencias contenciosas de la Corte Interamericana tienen efecto vinculante y por ende son obligatorias para nuestro país cuando éste es parte en el caso. Así lo preceptúa el Artículo 68 de la CADH: “Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”.

Distinto es el caso del efecto de las sentencias dictadas en aquellos casos en donde el Estado integrado en el SIDH no es parte. Aquí debemos analizar si el precedente tiene o no valor de tal para el Estado miembro que no ha participado del proceso contencioso.

Bianchi¹⁸ individualiza en nuestra doctrina tres tendencias: 1) los que sostienen, sin formular reservas ni reparos, que la interpretación de la CADH por parte de la Corte IDH es vinculante para nuestros tribunales;¹⁹ 2) los que sostienen esa misma opinión pero con alguna reserva;²⁰ y 3) los que toman a la jurisprudencia de la Corte IDH sólo como una pauta o guía, sin efecto vinculante.²¹

Años atrás la Procuración General elabora un dictamen en el caso “*Jorge E. Acosta*” y analiza el valor de la jurisprudencia de la CIDH en los casos en los cuales la Argentina no es parte.

Sintetizando su contenido podemos decir que entiende que aquélla no es vinculante para nuestros tribunales nacionales, pues las únicas decisiones de los órganos del sistema interamericano que son obligatorias son las sentencias contenciosas de la Corte Interamericana, más concretamente la parte dispositiva del fallo –no los fundamentos jurídicos–, y siempre y cuando no impongan una medida que implique

¹⁸ Bianchi, *supra* n. 1.

¹⁹ En este primer grupo rescatamos la opinión de Sagües cuando señala: “La Corte Interamericana destaca que el material controlante no consiste exclusivamente en las normas del Pacto, sino también en la interpretación dada a esas reglas por la Corte Interamericana, y sin diferenciar entre interpretaciones vertidas en sentencias (parte resolutive y fundamentos), o en opiniones consultivas. En otras palabras, el material normativo controlante está conformado por las cláusulas del Pacto de San José de Costa Rica, más la exégesis que de ellas ha hecho la Corte Interamericana. De hecho, esta tesis importa una interpretación mutativa por adición realizada sobre el Pacto por la Corte Interamericana, en su condición de intérprete definitiva del mismo (art. 67). El tribunal ha agregado algo al contenido inicial formal del Pacto, aunque el texto de éste no ha variado” (Cf. N.P. Sagües, “El control de convencionalidad. En particular sobre las Constituciones Nacionales”, en *B-761 La Ley* (2009)).

²⁰ Aquí se ubica, entre otros, Gelli cuando dice: “del fallo de la Corte Interamericana puede emerger doctrina en términos de precedentes para el futuro, en los casos en que la regla creada por el Tribunal Internacional tenga generalidad suficiente como para determinar los supuestos de hecho, eventualmente violatorios de derechos humanos según la protección acordada en los tratados” (Cfr. M.A. Gelli, “El valor de la jurisprudencia internacional. A propósito del caso ‘Bayarri’ en un dictamen de la Procuración General de la Nación”, en *La Ley* 01/06/2010, 1).

²¹ Para Badeni, “Las sentencias de la Corte Interamericana no tienen efectos erga omnes, pues sólo son obligatorias para los Estados que sean partes en la causa, aunque la doctrina hermenéutica que resulte de ellas debe ser debidamente considerada como guía de actuación por los restantes Estados”. Ver G. Badeni, “Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Corte Suprema de Justicia” en *E-1018 La Ley* (2009). En el mismo sentido, Gozaini entiende que: “la orientación del pronunciamiento es una guía o pauta” (Cf. O.A. Gozaini, “El impacto de la jurisprudencia del sistema interamericano en el derecho interno”, en S. Albanese (coord.), *El Control de Convencionalidad* (Buenos Aires, Ediar, 2008)).

desconocer derechos fundamentales del orden jurídico interno. Agrega que las decisiones de la CIDH y su jurisprudencia no tienen efectos erga omnes sobre otros casos similares existentes en el mismo u otro Estado.²²

La Corte Federal²³, resuelve el caso en el año 2.012 y la mayoría no comparte el dictamen en los puntos referidos.

3. LA JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE MENDOZA. DOS POSTURAS Y UN FINAL ABIERTO

Analizando la jurisprudencia del tribunal mendocino encontramos un importante antecedente en el caso “Aput”²⁴, causa en la que la Suprema Corte local interviene en ocasión de la interposición de un recurso extraordinario de inconstitucionalidad y casación.

El sr. Carlos Aput solicita ante la justicia de primera instancia –por la vía de la acción de amparo– la declaración de nulidad de una Resolución emanada de la Dirección General de Escuelas de Mendoza mediante la cual se deja sin efecto la propuesta de su designación en el cargo titular de maestro de grado, pues al tiempo de cumplimentar la documentación exigida acompaña copia de la resolución judicial del juzgado correccional según la cual se dispuso suspender la causa a prueba por el término de tres años –de conformidad con el Artículos 76 bis y 27 bis de la Ley 24.316– en el proceso penal por hurto que lo tiene como imputado y que se encuentra concluido por la suspensión del juicio a prueba.

La jueza de primera instancia desestima la acción de amparo y apelada la sentencia la Cámara correspondiente confirma la resolución del juez de grado. El debate se centra en dilucidar si la exigencia normativa de no tener procesos penales pendientes cuando se lo aplica a un postulante a la docencia que está sometido a un proceso penal en el que se imputa el delito de hurto –que ha sido suspendido aplicando el instituto de la *probation*– constituye o no una reglamentación razonable del principio de idoneidad o si se trata de una restricción inconstitucional, a la luz del Artículo 23 del pacto de San José.²⁵

²² Del Dictamen del Procurador General Esteban Righi de fecha 10-03-2.010. Expediente 93/2009, letra A, ver www.wpf.gov.ar.

²³ Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina), 8 de mayo 2012 *Acosta, Jorge Eduardo y otros s/ recurso de casación*, C.S. A. 93. XLV. Votaron por la mayoría Lorenzetti, Highton de Nolasco, Zaffaroni y Maqueda. En disidencia conjunta, Argibay y Petracchi, consideraron inadmisibles el recurso extraordinario federal, aplicando el certiorari del artículo 280 del CPCyCN.

²⁴ Suprema Corte de Justicia, (Mendoza, Argentina), sala 1º, 19 de agosto de 2005, /08/05, *Aput, Carlos Manuel en jº 37.262 Aput, Carlos Manuel vs. Dirección General de Escuelas p/ Acción de Amparo s/ Inc. Cas.*, causa nº 82.923.

²⁵ Art. 23 Pacto de San José de Costa Rica: “Derechos políticos. 1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades ... c) de tener acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país. 2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades

La Ministro preopinante, Kemelmajer de Carlucci, marca las primeras pautas orientativas en la materia que venimos tratando.

En primer lugar cita el caso “*Bulacio vs. Argentina*” del 18 de septiembre del 2003, en el que la Corte Interamericana expresa: “De conformidad con el Artículo 2 de la Convención Americana, los Estados Partes se encuentran en la obligación de adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades protegidos por la misma Convención... Las disposiciones de derecho interno que sirvan a este fin han de ser efectivas (principio del *effet utile*), lo que significa que el Estado debe adoptar todas las medidas necesarias para que lo establecido en la Convención sea realmente cumplido.

Ingresa luego en el debate de los conceptos autónomos y del margen de apreciación para decir que: “La interpretación de un tratado sobre la base de la autonomía de sus términos, esto es, entendidos con independencia de cuál sea su sentido en el derecho local, constituye una salvaguarda contra actitudes estatales de mala fe que pretendan una interpretación contraria al objeto y fin del tratado. Por eso, en definitiva, los órganos internacionales de interpretación y supervisión son los que definen autónomamente el sentido de los términos del tratado. La autonomía de conceptos opera, pues, como una valla a la discrecionalidad del Estado en la interpretación del tratado... A esta doctrina parece oponerse la del ‘margen de apreciación’, que en Europa argumenta del siguiente modo: El Convenio Europeo de Derechos Humanos no tiene la pretensión de crear un derecho único para todos los Estados que integran el sistema; se trata, simplemente, de delimitar los estándares mínimos dentro de toda sociedad democrática y pluralista. Estos principios permiten que tengan cabida sistemas jurídicos nacionales diferentes, pero con las bases mínimas fundamentales coincidentes exigidas por el Convenio. No obstante, se reconoce que no hay una determinación preestablecida, clara y explícita de cuál es el margen de apreciación que el Convenio otorga a las autoridades nacionales, puesto que el tribunal ha reconocido expresamente que la extensión del margen de apreciación varía según las circunstancias, las áreas y el contexto”.

De allí sostiene que, si existen decisiones del órgano internacional que interpretan conceptos contenidos en el tratado, la autoridad local debe remitirse a esa interpretación y sólo ante la carencia de antecedentes corresponde al órgano local interpretarlo intentando encontrar la significación internacional y únicamente si ésta no resulta evidente, ingresa al margen de apreciación. En esta línea, cita a la Corte Federal respecto a que la opinión de la Comisión Interamericana debe servir de guía (12/9/1886, Doc. Jud. 1.997-2-195), y que para la interpretación de un tratado cabe remitirse a los significados contenidos en otros tratados vinculados (C.S.N. 7/9/1999, JA 2.000-III-524).

Continúa sosteniendo la jueza que al no existir jurisprudencia de la Corte Interamericana en la que se interprete el Artículo 23, puede tenerse en cuenta un

a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal”.

antecedente de la Comisión Interamericana: el Informe No. 30 del 12 de diciembre de 1993, del que surge que no obstante la palabra “exclusivamente” contenida en dicha norma convencional, no viola el pacto el país que pone otras restricciones que no integran el listado (edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal”) si esa restricción tiene justificación suficiente en las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.

Así entonces, y aún cuando nuestra Corte Federal hace una interpretación literal y restrictiva del Artículo 23 del Pacto, entendiendo que la palabra exclusivamente impide extender la restricción de la condena penal a los casos de prisión preventiva, con base en el análisis reseñado, la sentencia de la Suprema Corte mendocina revoca el acto administrativo y manda a hacer la designación del agente, sometiéndola a condición resolutoria, en el sentido que si no cumple con todos y cada uno de los recaudos establecidos por la autoridad judicial, su designación quedará automáticamente extinguida.

Con fecha 30 de julio de 2014, la Suprema Corte de Justicia de Mendoza dicta sentencia en la causa “L., E.H. vs. O.S.E.P. p/ Acción de amparo s/ Apelación s/ Inconstitucionalidad”.²⁶ Dicha resolución del más alto tribunal local –en el marco de la interposición de un recurso extraordinario de inconstitucionalidad– aborda una problemática de gran sensibilidad social y a nuestro juicio en la materia que venimos tratando deja un final “abierto”, mostrando claramente la presencia de las dos posturas más contundentes en punto al valor de los precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La causa se origina en la solicitud de una pareja –a través de una acción de amparo– para que la obra social O.S.E.P. (servicio estatal-provincial) cubra una técnica de alta complejidad (ICSI) acompañada de diagnóstico genético preimplantatorio (DGP) hasta lograr el embarazo, incluyendo la medicación y los gastos que dicho tratamiento demande teniendo en cuenta el elevado costo y a que la técnica con DGP debe realizarse en la Ciudad de Buenos Aires, lo que resulta imposible para el matrimonio por lo que entienden que la negativa de la obra social vulnera el derecho a la salud, en particular, el derecho a la salud reproductiva.²⁷

La jueza de primera instancia rechaza la acción de amparo por considerar que la negativa de la obra social no es notoriamente ilegal ni arbitraria ya que el DGP solicitado no está incluido como técnica obligatoria para la demandada por normativa alguna.

²⁶ Véase Suprema Corte de Justicia de Mendoza (Argentina), 30 de julio de 2014, “L., E.H. y ot. en J. 221.605/50.235 “L., E.H. vs. O.S.E.P. p/ Acción de amparo s/ Apelación s/ Inconstitucionalidad”, n° 110.803.

²⁷ El día 4 de diciembre de 2012 en su carácter de afiliados solicitan a la obra social mediante carta documento, la cobertura total del tratamiento. La obra social mantiene silencio hasta la interposición de la acción de amparo.

Apelada la sentencia de primera instancia resulta confirmada por la Cámara de Apelaciones. El tribunal de alzada expresa en el fallo que existe una particularidad y radica en la solicitud del diagnóstico genético pre implantacional; circunstancia que introduce el tema de la determinación del comienzo de la vida humana; que el derecho a la vida de los embriones tiene un rango superior al derecho a la salud de los peticionantes; que en el método ICSI no se seleccionan y/o descartan embriones como sostienen los apelantes, a diferencia del DGP; que los apelantes no prueban cuál es el destino de los embriones descartados y crio conservados y; que el caso versa sobre cuestiones fácticas complejas y jurídicas opinables que exceden el estrecho marco del amparo tornándolo una vía inadecuada para el reclamo.

Frente a la confirmación de la sentencia de grado los amparistas interponen recurso extraordinario de inconstitucionalidad por ante la Suprema Corte de Justicia de Mendoza.

Los recurrentes entienden que la resolución impugnada vulnera el derecho a la salud reproductiva y a la protección integral de la familia, el derecho a hacerse de los beneficios de la ciencia, a exigir un mínimo de prestaciones sanitarias y a no ser discriminado y que la negativa a cubrir el tratamiento, importa impedirles de por vida poder concretar su anhelo de ser padres y formar una familia.²⁸

Es relevante para el análisis que estamos realizando tener presente que los actores hacen hincapié en el fallo de la Corte IDH “*Artavia Murillo y otros contra Costa Rica*”,²⁹ en el que se ordena la debida efectivización del acceso a la reproducción humana asistida y en el que se interpreta el término “concepción” como el momento en el que el óvulo fecundado anida en el útero, es decir, desde el momento en que se encuentra dentro del cuerpo de la mujer.

²⁸ Agregan que no es claro ni fundado el motivo por el cual debe hacerse una diferencia entre el tratamiento con DGP y el tratamiento sin DGP. Para los amparistas el argumento respecto a que no se explicita cual será el destino de los embriones no implantados no es exigido en otros casos donde si se hace lugar a la cobertura de la técnica FIV/ICSI y en los que tampoco se cuestiona la determinación del comienzo de la vida humana y las dudas sobre el destino de los embriones. Ello si es considerado en el caso particular pese a que la única diferencia entre la técnica FIV/ICSI con la FIV/ICSI con DGP es que en esta última se estudia previamente el cariotipo de los embriones obtenidos. Tanto en una FIV/ICSI sin DGP como con DGP, se crio conservan los embriones no seleccionados después de la implantación, lo que ocurre en el día 4–5 post fecundación, de manera que no quedan abandonados al destino natural de toda vida, que no tiene existencia ni protección.

²⁹ Corte IDH (sentencia), 28 noviembre 2012, *Artavia Murillo y otros (“fecundación In Vitro”) vs. Costa Rica*. En una apretada síntesis podemos decir que la CIDH en el caso “*Artavia Murillo c. Costa Rica*” condena por responsabilidad internacional al Estado de Costa Rica por dictar un decreto que prohíbe la práctica de la fertilización in vitro en el país. Para así fallar considera que por esta norma se vulnera el derecho a la vida privada y familiar, a la integridad personal en relación con la autonomía personal, a la salud, en especial a la salud sexual y reproductiva, el derecho de hacerse de los avances científicos y el principio de no discriminación. Dispuso la CIDH que el Estado de Costa Rica debe incluir la disponibilidad de la FIV dentro de sus programas y tratamientos de infertilidad en su atención de salud, de conformidad con el deber de garantía respecto al principio de no discriminación e informar cada seis meses sobre las medidas adoptadas para poner gradualmente estos servicios a disposición de quienes lo requieran y de los planes diseñados para este efecto.

Dicen que en “Artavia Murillo” la Corte identifica a las personas con infertilidad como discapacitados y por tanto como sujetos beneficiarios de la Convención sobre los Derechos de Personas con Discapacidad (CDPD) adoptada por Naciones Unidas en el año 2006 y aprobada por la Argentina en el 2008 por Ley No. 26.378 y; según la Ley No. 24.901 de discapacidad las obras sociales están obligadas a cubrir las prestaciones que posibiliten la rehabilitación del discapacitado, con los recursos humanos, metodologías y técnicas que fueren menester.

La sentencia de la Suprema Corte mendocina cuenta con dos votos a favor de la confirmación de la decisión del tribunal de alzada y un voto en disidencia.

El voto del ministro preopinante Jorge Nancraes considera que la sentencia recurrida no resulta arbitraria ni presenta una ilegalidad manifiesta por lo que corresponde el rechazo del recurso interpuesto. Para así decir, se funda en los siguientes argumentos:

La sentencia de la CIDH en el caso “*Artavia Murillo vs. Costa Rica*” condena por responsabilidad internacional al Estado de Costa Rica por dictar un decreto que prohíbe la práctica de la fertilización in vitro en el país, por considerar que esto implica una vulneración del derecho a la vida privada y familiar, del derecho a la integridad personal en relación con la autonomía personal, del derecho a la salud, en especial a la salud sexual y reproductiva, del derecho de hacerse de los avances científicos y del principio de no discriminación. Como consecuencia de lo resuelto, la CIDH dispone que el Estado de Costa Rica debe incluir la disponibilidad de la FIV dentro de sus programas y tratamientos de infertilidad en su atención de salud, de conformidad con el deber de garantía respecto al principio de no discriminación e informar cada seis meses sobre las medidas adoptadas para poner gradualmente estos servicios a disposición de quienes lo requieran y de los planes diseñados para este efecto.

En este caso, la cuestión a resolver es si corresponde a la obra social demandada brindar cobertura integral de la prestación consistente en el diagnóstico genético preimplantatorio que se solicita como complementaria de la inyección intracitoplasmática de espermatozoides.

En nuestro país la previsión legal que se le reprocha al Estado de Costa Rica existe. La Ley No. 26.862 garantiza el acceso a la FIV entre las técnicas de reproducción médicamente asistida con los alcances y en las condiciones que la normativa establece. Ahora bien, no incluye el diagnóstico genético preimplantacional como prestación integrante del PMO, razón por la cual no se desprende que deba ser cubierto por los efectores del sistema y por ende es válida la negativa de la prestadora de servicios de salud.

Por otra parte, la Resolución interna de la obra social demandada expresamente excluye de las prestaciones relativas a la fecundación asistida al DGP.

A su turno el ministro Alejandro Pérez Hualde adhiere al voto referido pero amplía el mismo para ingresar al tema que nos ocupa. Sintetizando entiende que:

- El estado embrionario es uno de aquellos por los que atravesamos todos los seres humanos desde el mismo momento en que, como consecuencia de la concepción –dentro o fuera del seno materno–, adquirimos una identidad única, intrasferible e irreplicable, comprobable mediante la prueba del ADN, sin la necesidad de otro aditamento que no sea el de los cuidados adecuados y necesarios según su estado.
- La protección de la vida humana y de su dignidad corresponde desde el momento de su concepción y hasta su finalización, según nuestro ordenamiento jurídico.
- Los fallos de primera y segunda instancia son coherentes con la posición jurídica de nuestro país.
- Cuando se aprueba la “Convención sobre los Derechos del Niño” por Ley No. 23.849³⁰ en su Artículo 2 se realizan reservas expresas. En referencia al concepto de niño al que se alude en el Artículo 1 de la Convención se expresa con claridad que la República Argentina entiende que: “Con relación al Artículo 1º ... declara que el mismo debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad”.

Dos aspectos deben ser tenidos en cuenta en este compromiso internacional: a) la reserva no distingue si esa concepción se produce antes o después de su implantación en el seno materno; b) en octubre de 1990, fecha de su promulgación, ya existían técnicas de fecundación in vitro desde la primera producida en Inglaterra en 1978.

La Convención sobre los Derechos del Niño tiene jerarquía constitucional de acuerdo al texto del Artículo 75 inciso 22 segunda parte de la Constitución federal; y la tiene “en las condiciones de su vigencia”. Las condiciones de su vigencia son las que surgen de su aprobación con las reservas.

La Corte IDH en “*Artavia Murillo vs. Costa Rica*”, arriba a la conclusión de que hay “concepción” recién desde el momento en que ocurre la implantación del embrión en el seno materno y que antes de este momento no hay persona, por lo tanto, no procede aplicar la protección a la vida contemplada en la Convención; consecuentemente, los embriones descartados, no seleccionados, no merecen tutela jurídica.

El fallo contradice precisamente la mencionada reserva aclaratoria efectuada por nuestro País a la Convención sobre los Derechos del Niño.

La doctrina de la CIDH es orientadora en materia específica de los derechos humanos en general y en especial de los contenidos de la Convención; y sólo cabe apartarse en circunstancias extremas. Pero dicha jurisprudencia del Tribunal Internacional no puede ir más allá que la Convención misma, que es su base de sustentación, ni de su soporte constitucional que le sirve de cauce de introducción en nuestro ordenamiento jurídico.

La plena validez y aplicación de las reservas formuladas por la República Argentina al momento de la aprobación de la Convención que se incorpora a nuestro derecho fue

³⁰ La ley ha sido sancionada el día 27 de septiembre de 1990, promulgada el 16 de octubre de 1990 y finalmente publicada en el Boletín Oficial el día 22 de octubre de 1990.

tenida expresamente en vista por los constituyentes que escribieron la frase: “...en las condiciones de su vigencia” en el Artículo 75 inciso 22 C.N.

La reforma constitucional de 1994 no autoriza a hablar de un control de convencionalidad ‘por fuera’ del control de constitucionalidad. No existe argumento jurídico que permita sostener que la incorporación de los tratados y convenciones que celebramos, deba ser considerada como una prórroga implícita de poder constituyente en favor la Corte Internacional de Justicia de San José.

Incorporar la doctrina del fallo “*Artavia Murillo*”, correspondiente a un proceso del que nuestro país es totalmente ajeno y que por ello no lo obliga, implica aceptar cambios en la Constitución Nacional con base en opiniones de un Tribunal internacional que se desempeña en el marco de una Convención cuya finalidad es complementar sin modificar nuestro plexo de valores constitucionales.

El ministro Omar Palermo expresa en su voto que no comparte la solución a la que llegan sus colegas y entiende que corresponde hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad formulado y, en consecuencia, revocar la sentencia impugnada dictada por el tribunal de alzada.

El magistrado de manera minuciosa describe los hechos del caso y luego presenta un acabo detalle definiendo las técnicas de reproducción humana asistida.

Entiende -al tiempo de argumentar en relación al tema que nos ocupa- que:

- El derecho a la salud reproductiva, a la vida íntima y familiar, a la integridad personal y a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico, encuentran reconocimiento en distintas convenciones internacionales sobre derechos humanos que, en nuestro país, gozan de jerarquía constitucional –Artículo 75, inciso 22 de la C.N.–.
- Esto ha sido expresamente reconocido por la CIDH en el caso “*Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica*”. En este importante precedente del máximo tribunal regional de derechos humanos expresamente se sostiene que el acceso a la reproducción humana asistida debe estar garantizado legalmente.
- Sobre el alcance que tienen los precedentes de la CIDH en nuestro ordenamiento jurídico tiene dicho la C.S.J.N. en “*Giroldi*” que la ya recordada “jerarquía constitucional” de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (considerando 5³¹) se establece por voluntad expresa del constituyente en las condiciones de su vigencia, esto es, tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación.
- Por su parte en “*Mazzeo*” el Alto Tribunal señala expresamente que la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte IDH lo cual importa una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito

³¹ Véase Corte Suprema de Justicia de la Nación, (Argentina), *Giroldi, Horacio y otros* sentencia, 7 de abril de 1995.

de su competencia y, en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado Argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos.

- En conclusión, conforme a nuestro derecho convencional y su interpretación jurisprudencial, la técnica de reproducción humana asistida ICSI se encuentra permitida así como la crío conservación de los embriones que no sean implantados en el útero de la mujer.

4. ALGUNAS CONCLUSIONES

Desde el fallo “*Aput*” hasta el reciente “*L., E.H.*” encontramos presentes en la jurisprudencia de la Corte mendocina las dos posturas antagónicas en punto al alcance que tiene la interpretación de la CADH realizada por la Corte IDH en sentencias en las que nuestro país no es parte, al tiempo en que se ejerce el llamado control de convencionalidad.

Kemelmajer de Carlucci deja de integrar el máximo tribunal y su inicial postura hoy se refleja en el voto del ministro Palermo en el fallo “*L., E.H.*”.

Por otra parte el ministro Nanclares forma mayoría en el fallo “*L., E.H.*” con Pérez Hualde pero en su voto no se pronuncia sobre el tema debatido.

A su turno Pérez Hualde entiende -siguiendo a Rosatti³²- que la doctrina de la Corte IDH es orientadora en materia específica de los derechos humanos en general y en especial de los contenidos de la Convención; y sólo cabe apartarse en circunstancias extremas.

Decimos que el final está “abierto” pues no hay en la Suprema Corte de Mendoza una mayoría clara que en este tema permita sostener un criterio coincidente en la materia.

La dificultad que produce la cuestión en debate –a nuestro entender– tiene causa en que hoy advertimos la existencia de un pluralismo político y social que origina una multiplicidad de grupos con pretensiones diversas que negocian con el Estado sus apetencias y ponen en juego el concepto de la ley como fuerza ordenadora abstracta y general.

Aparecen así centros de emanación de poder alternativos y concurrentes con el Estado que operan en dimensiones independientes del territorio, los que se institucionalizan mediante instrumentos internacionales que contienen la sujeción de los Estados nacionales a organismos supranacionales.³³

³² Rosatti, *supra* n. 9.

³³ Dos obras nos han puesto en la necesidad de revisar los conceptos que manejamos para analizar la realidad actual: G. Zabregelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia* (Madrid, Ed. Trotta, 2011) y H. Dippel, *Constitucionalismo moderno* (Madrid, Marcial Pons, 2009).

El fenómeno del pluralismo jurídico produce la “fuga” de la parte dogmática de los textos constitucionales hacia horizontes internacionales.

Si la Constitución fue, en su formulación clásica, un proyecto político y punto de partida aparece hoy colocando condiciones posibles para receptor la pluralidad social y la extraterritorialidad de los centros de poder: la Constitución es un punto de llegada. Por ello necesita ser abierta, flexible, permeable, y compatible ad *intra* y ad *extra*.

Los Tratados internacionales son en consecuencia el instrumento jurídico de este tiempo por gozar de dichas cualidades.

Venimos advirtiendo que estamos de cara a un fenómeno de racionalismo normativista de segundo grado a través de normas internacionales flexibles que en materia de derechos colocan la facultad de decisión en una magistratura internacional concentrada que desconoce la diferencia entre los sistemas y regímenes políticos de los Estados y por ende de los ciudadanos que pretende aglutinar.

Este y otros tantos debates actuales son y siguen siendo debates sobre el concepto de Constitución que manejamos.

Hay algo que nos desvela: estamos convencidos que la realidad supera los textos constitucionales, pero la historia atraviesa a todos ellos.