

LA LID CONSTITUCIONAL¹

Por Patricio Alejandro Maraniello

SUMARIO: I. Introducción. II. La lid constitucional. 1. *Concepto y características*. 2. *Lid entre artículos de la CN*. 3. *Lid entre la CN y los TIJC*. 4. *Responsabilidad internacional*. 5. *Procedimiento*. III. La complementariedad de los TIJC. IV. Juicio de comprobación. V. Diferencias entre el control de constitucionalidad y la lid constitucional. VI. A modo de conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

Toda interpretación de la Constitución Nacional debe tener en cuenta la letra, la finalidad y la dinámica de la realidad².

A los efectos de desarrollar una correcta interpretación de los puntos señalados en el párrafo anterior, uno de los temas más significativos es, sin duda, el relativo a la voluntad del legislador o del constituyente.

Ante ello, no debemos olvidar que la voluntad se encuentra protegida por la integridad, es decir, toda norma materia de análisis debe ser considerada en forma total y no parcial para conocer con exactitud la intencionalidad del normativizador en sus objetivos y fines. Pues, ante todo, es importante recordar que es menester dar pleno efecto a la intención del legislador³.

¹ Publicado en La Ley Suplemento Actualidad, del 18/09/2012.

² Fallos 320:2701 (10/12/1997).

³ Fallos 234:482; 295:1001, y otros.

Al respecto, existe una máxima latina que dice “*ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*”, es decir, no cabe al intérprete hacer decir a la ley lo que la ley no dice. Del mismo modo, no podemos obtener de ella conclusiones diversas a las que consagra en virtud de valoraciones subjetivas, por respetables que sean.

De igual manera, no podemos, por vía de interpretación, realizar suposiciones sobre la voluntad del legislador o del constituyente ni tomar las falencias normativas como un olvido; de allí que la inconsecuencia o falta de previsión no se suponen ni en el legislador ni en el constituyente, y por esto se reconoce, como principio, que las leyes deben interpretarse siempre evitando darles un sentido que ponga en pugna sus disposiciones y adoptando como verdadero aquel que las concilie y las deje a todas con valor y efecto³.

Ahora bien, pero que ocurre cuando existe: 1) Lid —controversia— entre diversos artículos de la Constitución, o 2) Lid entre algún artículo de la Constitución y los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional (en adelante TIJC).

II. LA LID CONSTITUCIONAL

1. Concepto y características

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 interconstitucional, 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.

Dejamos fuera de nuestro análisis los conflictos entre la Constitución Nacional y los tratados con rango superior a la ley (en adelante TSL) —enunciados en la primera parte del art. 75, inc. 22 y los tratados de integración del art. 75, inc. 24 de la CN— pues a ellos, al estar en un rango inferior a la CN, los denominamos conflictos extraconstitucionales.

En el caso de no aplicar un artículo de la CN o de los TIJC alteraremos el antiguo pensamiento, en el que no puede presumirse que exista alguna cláusula de la Constitución que esté pensada para no tener efectos y, por lo tanto, la interpretación contraria es inadmisibles, pero esta problemática la resolveremos en los puntos siguientes.

No cabe duda que deberá haber, como elemento esencial, un incontrastable y palmario argumento fáctico y jurídico para no tener en cuenta —en el caso concreto— una parte de la Constitución Nacional o de los TIJC. Allí los jueces deben considerar que el caso reviste una seria gravedad institucional que debe ser resuelta no ya de *última ratio* —como el control de constitucionalidad— sino de *extra ratio*. Y, precisamente, en todo argumento que no revista esta característica, la acción debería ser rechazada.

Los requisitos esenciales que debe tener una lid constitucional son los siguientes: 1) probar extrema necesidad, 2) tener una urgencia real y palmaria, 3) la decisión en el caso deberá ser necesaria, forzosa e ineludible —teoría de la inevitabilidad—, y 4) una contradicción entre artículos de la CN, de los TIJC, o entre la CN y los TIJC.

Ahora bien, controlados que fueran los requisitos esenciales de la lid constitucional, tendremos que efectuar una nueva y más renovadora visión a la inconsecuencia o falta de previsión, pues de algún modo ante un choque entre artículos constitucionales o

entre la Constitución y los TIJC, estaremos siempre dejando de aplicar una parte de aquélla por ser contraria a otra de sus partes, cuya contradicción el constituyente no previó.

Estos choques constitucionales son más proclives que ocurran, precisamente, en países como la Argentina donde se han realizado las reformas constitucionales como agregados o enmiendas y no como nueva Constitución; seguramente la contradicción puede darse, si tenemos en cuenta que a cada modificación constitucional se le incorporan pensamientos y opiniones que *aggiornan*⁴ la Constitución histórica⁵.

Esto se acentúa cuando las modificaciones constitucionales se elaboran sobre la base de las llamadas “cláusulas pétreas” donde no se permite una adaptación de los anteriores artículos constitucionales a los nuevos objetivos y designios.

2. Lid entre artículos de la CN

En cuanto a la lid entre artículos de la propia CN, debemos decir que en el camino hacia la solución no se pronunciará una derogación de un artículo de aquélla, pues esa tarea le atañe al Poder Constituyente, pero los Poderes Constituidos son quienes la interpretan y aplican sin ostentar facultades derogatorias constitucionales.

Pero en su función interpretativa y aplicadora un juez puede dejar de aplicar un artículo de la CN para aplicar otro; de hecho esto fue una tarea muy añosa realizada por la Corte Suprema de Justicia, en lo que hace a sopesar la aplicación de una parte de la Constitución. Tenemos por ejemplo, lo resuelto a mediados del siglo XIX en el *leading*

⁴ *Aggiornamento* es una palabra italiana que significa "poner al día", "actualizarse", "renovarse". Fue uno de los términos clave que fueron utilizados durante el Concilio Vaticano II, tanto por los obispos y sacerdotes que asistían a las sesiones como por los medios de comunicación y vaticanistas que lo cubrían. Fue el nombre dado al programa pontificio de Juan XXIII en el discurso que pronunció el 25 de enero de 1959, y fue utilizado con espíritu de cambio y apertura de mente.

⁵ Como lo es la Constitución histórica Argentina de 1853/60, considerada la quinta Constitución vigente más antigua del mundo.

case “Plaza de Toros” en el que existía un conflicto entre el derecho a comerciar libremente (art.14, CN) y la salud pública y el bienestar general (Preámbulo); allí la Corte se inclinó por este último.

3. Lid entre la CN y los TIJC

La CN y los 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 aquélla 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 TSL.

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 con-*

venciones que desde 1994 integran el ordenamiento jurídico constitucional como ley suprema de la Nación (artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional)...”.

4. Responsabilidad Internacional

Muchas veces se confunde esta problemática y se resuelve sobre la base de las jerarquías o de la supremacía, y esto resulta inexacto —como ya se dijo— si tenemos en cuenta que ambas tienen la misma condición.

Lo correcto en una lid constitucional sería resolverlo desde un análisis de armonización constitucional y no desde la supremacía constitucional, donde el juez debe decidir la inaplicabilidad del artículo de la Constitución o del tratado internacional con jerarquía constitucional al caso concreto planteado en la causa —al igual que el punto anterior—.

Mientras que si estamos frente al control de constitucionalidad se declara la inconstitucionalidad e inaplicabilidad de la norma infraconstitucional, con la salvedad de que en algunas provincias dicha declaración produce la caducidad de la norma (Neuquén, Santiago del Estero). Los efectos de la declaración de inconstitucionalidad son *erga omnes*, ante una sola declaración que efectúe el tribunal, la norma queda derogada desde la publicación en el Boletín Oficial. En otros regímenes provinciales se exigen dos declaraciones consecutivas y la publicación de la sentencia en el mencionado Boletín (Chubut).

En la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el art. 113, inc. 2º de la CN prevé que la declaración de inconstitucionalidad de la norma produce la pérdida de su vigencia, salvo que se trate de una ley y la legislatura la ratifique dentro de los tres meses contados a partir de la fecha de la sentencia declarativa, por el voto de los

dos tercios de los miembros presentes; esta ratificación no altera los efectos en el caso concreto ni impide el posterior control difuso.

Por otra parte, existe la posibilidad de una controversia entre la CN y los TSL; en este caso podrá declararse la inconstitucionalidad de la norma inferior por contradecir la Constitución Nacional, debiendo tener en cuenta la gravedad de la situación atento la responsabilidad internacional que ello traerá aparejada.

Como ya dijimos, muchos dudarán sobre la inaplicabilidad de los TIJC o sobre la inconstitucionalidad de los TSL por las consecuencias que ello irroque, es decir, existe un problema en cuanto a la responsabilidad internacional de la Argentina frente al incumplimiento de un instrumento internacional, enunciado en el art. 27 de la Convención de Viena.

Pero no podemos paralizarnos, porque la consecuencia inmediata del miedo es la paralización, por ello, puesto que en este caso particular seguramente estamos frente a una doble responsabilidad: a) la interna (nacional) ante los tribunales nacionales y b) la externa (internacional) ante tribunales extranjeros o internacionales.

Esto resulta aplicable en todo tipo de tratado internacional, pues la responsabilidad externa no varía si estamos frente a un derecho internacional con jerarquía constitucional o de rango superior a la ley; lo que varía es el trato cuidadoso y minucioso que debe tener la cuestión, ya que estamos resolviendo temas atinentes a los derechos humanos.

Es por ello que el Poder Judicial debe velar por la protección de los derechos humanos y no por la irresponsabilidad estatal en la errónea incorporación de un tratado internacional. El juez debe cumplir las pautas constitucionales y, en su caso, no aplicar la CN o los TIJC en aras de un mayor realismo jurídico.

En sentido contrario, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el considerando 12 del caso “Giroldi”⁶ dijo expresamente: “...que a esta Corte, como órgano supremo de uno de los poderes del Gobierno Federal, le corresponde —en la medida de la jurisdicción— aplicar los tratados internacionales a que el país está vinculado, ya que lo contrario podría implicar responsabilidad frente a la comunidad internacional...”. En otro caso la Corte ha dicho que “reviste gravedad institucional la posibilidad de que se origine la responsabilidad del Estado por el incumplimiento de sus obligaciones internacionales”⁷.

Este comentario podría llevar a que los jueces deban aplicar obligatoriamente los tratados internacionales por encima de la Constitución, sean éstos de jerarquía constitucional o de un rango superior a la ley, porque de lo contrario estarían incurriendo en responsabilidad internacional. Ello no resulta viable por ser una función que no les compete a los jueces, es decir, no deben evitar responsabilidades ni internas ni externas, sino aplicar en forma armoniosa el bloque constitucional.

Con esto no estamos diciendo que los jueces no deben valerse de los tratados internacionales, sino todo lo contrario, se deberán aplicar en forma armónica con la Constitución Nacional. Nunca se pensó que un juez debe aplicar un tratado internacional, aunque sea contrario a la Constitución, para evitar la responsabilidad del Estado, ello sería un verdadero desatino.

⁶ La Ley, 1995-D, 462.

⁷ CSJN “Riopar S.R.L. vs. Transportes Fluviales Argenrio S.A.”, sentencia del 15 de octubre de 1996. La Ley, 1997-A, 227.

5. Procedimiento

La lid constitucional 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”⁸, que sigue a su vez los lineamientos del caso “Almonacid” de la CIDH. 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 Sagüés⁹ 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 Consti-

⁸ Fallos 330: 3248 (2007).

⁹ SAGÜÉS, Néstor, "Constitucionalidad y extensión del 'derecho de réplica'", JA 1998-IV-316.

tución o cuando aquélla 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.

III. LA COMPLEMENTARIEDAD DE LOS TIJC

El constituyente de 1994, en su art. 75, inc. 22 ha establecido que los tratados allí descriptos no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos.

Por lo tanto, si los tratados no derogan ningún artículo de la Constitución, tampoco la aplicabilidad de aquélla en contra de un tratado los estaría derogando, sino que en ambos casos lo que estaríamos realizando sería la aplicación de la complementariedad. Cuando el inciso citado habla sobre la complementariedad de los TIJC quiere significar que éstos deben ayudar a mejorar la Constitución y no a entorpecerla ni limitarla, y menos a derogarla, si tenemos en cuenta que el complemento sirve siempre para mejorar al principal —la Constitución—.

IV. JUICIO DE COMPROBACIÓN

El juicio de comprobación es un control constitucional político previo realizado por el Poder Constituyente o por el Poder Legislativo, en ocasión de incorporar un tratado con los TIJC.

La misma Corte ha dicho en el caso “Monges”¹⁰ que “...Es pues, el Estado nacional el que ha de velar porque las normas internas no contradigan la norma del tratado internacional con jerarquía constitucional” [...] “Que el art. 75, inc. 22, mediante el que se otorgó jerarquía constitucional a los tratados cuyas disposiciones se han transcripto, establece, en su última parte, que aquéllos “no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”. “Ello indica que los constituyentes han efectuado un juicio de comprobación, en virtud del cual han cotejado los tratados y los artículos constitucionales y han verificado que no se produce derogación alguna, juicio que no pueden los poderes constituidos desconocer y contradecir”. “Que de ello se desprende que la armonía o concordancia entre los tratados y la Constitución es un juicio constituyente. En efecto, así lo han juzgado al hacer la referencia a los tratados que fueron dotados de jerarquía constitucional y, por consiguiente, no pueden ni han podido derogar la Constitución pues esto sería un contrasentido insusceptible de ser atribuido al constituyente, cuya imprevisión no cabe presumir...”.

¹⁰ Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) *in re*: “Monges, Analía M. vs. Universidad de Buenos Aires”, del 26/12/1996.

V. DIFERENCIAS ENTRE EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y LA LID CONSTITUCIONAL

LID CONSTITUCIONAL	CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD
<ul style="list-style-type: none"> • <i>Conflicto interconstitucional</i> (entre diversos artículos de la CN o entre algún artículo de la CN y los TIJC). • <i>Extra ratio</i> (probar extrema necesidad y la urgencia real y palmaria. Teoría de la inevitabilidad). • <i>Paso previo de la lid</i>, los TIJC deberán: a) tener plena vigencia, b) ser complementarios a la CN, y c) no derogar ningún artículo de la primera parte de la CN. • <i>Garantizar la armonización constitucional</i> (velar por la armonización y no contradicción dentro del bloque constitucional). • <i>Falta de armonización e inaplicabilidad de la norma constitucional o con jerarquía constitucional</i>. • <i>Responsabilidad interna y externa</i> (ante órganos internacionales) en los casos en los que la inaplicabilidad sea de alguno de los TIJC. 	<ul style="list-style-type: none"> • <i>Control extraconstitucional</i> (entre la CN y cualquier norma infraconstitucional). • <i>Ultima ratio</i> (que no exista otro modo de resolver el conflicto —teoría de la evitabilidad—). • <i>Paso previo del control</i>, la ley deberá: a) tener vigencia y eficacia, y b) concentrar todo el plexo normativo. • <i>Garantizar la supremacía constitucional</i> (velar por el respeto y la vigencia del bloque constitucional). • <i>Inconstitucionalidad de la norma inferior e inaplicabilidad de la norma infraconstitucional</i> (en algunas provincias y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires), que siguen un sistema mixto, puede darse el caso de la derogación de la norma con efectos <i>erga omnes</i>). • <i>Responsabilidad del Estado</i>, en el orden interno.

VI. A MODO DE CONCLUSIÓN

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 Campos¹¹ 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*”.

¹¹ BIDART CAMPOS, Germán, "Tratado elemental de derecho constitucional argentino", Ed. Ediar, T. VI, ps. 560-561. Citado por Pizzolo, ob. cit.