

# EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD POR PARTE DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA PARA EL RECONOCIMIENTO DE DERECHOS DE LA PERSONA HUMANA

---

**Manuel Alderete**

Universidad Austral

salderete@ius.austral.edu.ar

**Recibido:** 15/11/2023

**Aceptado:** 17/05/2024

## Resumen

La convencionalización de los ordenamientos jurídicos hace que todos los operadores, entre ellos especialmente el Poder Ejecutivo, acudan a los textos y principios constitucionales y convencionales para fundar sus decisiones. Bajo este nuevo escenario, en el que la Administración pública es también principalmente un intérprete de la Constitución, es que se propone repensar los alcances del control de constitucionalidad de leyes y reglamentos por parte del Poder Ejecutivo, siempre teniendo en cuenta su meta última: la protección de la persona humana como fundamento, centro y fin del ordenamiento jurídico. El presente trabajo propone un análisis de la posición del Poder Ejecutivo Nacional frente a leyes y reglamentos inconstitucionales e inconventionales desde la postura de la doctrina, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Tribunal Fiscal de la Nación y la Procuración del Tesoro de la Nación.

**Palabras clave:** control de constitucionalidad, control de convencionalidad, Poder Ejecutivo, Administración pública, división de poderes, ley inconstitucional, derechos humanos.

## Constitutional and Conventional Review made by the Public Administration for the Recognition of Human Rights

### Abstract

The conventionalization of legal systems means that all operators, especially the Executive Branch, resort to constitutional texts and principles to justify their decisions. In this new scenario, in which the Public Administration is also and primarily an interpreter of the Constitution, a proposal is made to reconsider the scope of the constitutional review of laws and regulations by the Executive Branch, always taking into account its ultimate goal: the protection of the human person as the foundation, center, and purpose of the legal system. This paper proposes an analysis of the position of the National Executive Branch regarding unconstitutional and non-conventional laws and regulations from the standpoint of scholarly opinions, the Argentine Supreme Court of Justice, the Inter-American Court of Human Rights, the Argentine Tax Court, and the Argentine Attorney General's Office.

**Key words:** Constitutional review, conventional review, Executive Branch, Public Administration, separation of powers, unconstitutional laws, human rights.

### 1. Introducción

La génesis del derecho constitucional es el consenso. Su objeto de estudio es un texto fundacional de una nación que nace como expresión máxima de la soberanía del pueblo, con plena legitimidad democrática y que no es sino el resultado de un acuerdo amplio y profundo para regir a las generaciones actuales y futuras.<sup>1</sup>

El derecho administrativo en cambio, es el derecho del poder (Schmitt, 1971, p. 3). Busca, desde un régimen exorbitante,<sup>2</sup> aplicar la constitución en un esquema que pivotea entre el ejercicio del poder público justificado en el logro del interés general y el respeto ineludible de derechos y libertades personales.

El tema que me convoca se enmarca en un punto de contacto esencial entre la Constitución y el poder administrador. Desde ya que la Administración pública, tanto en sus actos como en sus abstenciones, debe respetar el principio

---

1 Siempre es bueno traer a colación el magnífico discurso conocido como “El sermón de la Constitución” que Fray Mamerto Esquiú pronunció aquel 9 de julio de 1853 en ocasión de la jura de nuestra Constitución Nacional. El ahora beato, entre otras memorables citas, afirmó allí que la carta magna era “el pueblo, la Nación Argentina hecha ley”. Para una semblanza de aquel discurso, ver Linares Quintana (1985).

2 Para una explicación del derecho administrativo como régimen exorbitante, ver Comadira et al. (2012 pp. 15-18).

de juridicidad, especialmente en nuestro Estado constitucional de derecho.<sup>3</sup> La pregunta que se suscita es, sin embargo, más compleja: ¿impone este principio al Poder Ejecutivo la obligación de abstenerse de aplicar las normas que considere inconstitucionales? ¿Puede la Administración controlar si una ley o norma de inferior jerarquía es conteste con la constitución y con los tratados internacionales de derechos humanos?

Este cuestionamiento, como veremos, ha sido objeto de intensos debates en jurisprudencia y doctrina. Pero es ahora, en esta era en la que enfrentamos un cambio de paradigma, cuando la discusión adquiere un nuevo significado.

La constitucionalización o, mejor dicho, la convencionalización de los ordenamientos jurídicos hace que todos los operadores, entre ellos especialmente el Poder Ejecutivo, acudan a los textos y principios constitucionales de modo más frecuente, intenso y relevante para fundar sus decisiones. El paso del Estado legal de derecho a un Estado constitucional de derecho estuvo dado, entre otros factores, porque las constituciones y tratados internacionales adquirieron un carácter normativo directo, asentándose como estructura axiológica con principios y valores que permean todas las normas que integran el ordenamiento jurídico (Santiago, 2022, pp. 25-27 y 33).

El derecho abandonó su rigidez legalista y se sentó sobre una realidad dúctil (Zagrebelsky, 1995). La guía de actuación de las autoridades está hoy orientada de modo preponderante por principios en vez de reglas. Bajo este nuevo escenario, en el que la Administración pública es también principalmente un intérprete de la Constitución, es que debemos repensar los alcances de su potestad para controlar la constitucionalidad de leyes y reglamentos, siempre teniendo en cuenta su meta última: la protección de la persona humana como fundamento, centro y fin del ordenamiento jurídico (Rabbi-Baldi Cabanillas, 2019, pp. 39 y ss.; Santiago, 2022, pp. 41 y ss.).

---

3 El régimen exorbitante propio del derecho administrativo, cauce del poder público, solo puede entenderse hoy como un derecho que busca la plena armonización entre potestades y derechos fundamentales al amparo de la Constitución Nacional y los tratados internacionales de derechos humanos de jerarquía constitucional. Su base de justificación es el plexo de principios que la constitución convencionalizada inserta en nuestro Estado de derecho. El principio de juridicidad al que debe someterse la Administración pública en su accionar adquiere así una dimensión mucho más profunda que la mera legalidad formal: se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico, entendido éste como los principios generales de derecho que derivan de la dignidad de la persona humana, de la Constitución Nacional, de los tratados internacionales, de las leyes y los actos administrativos (Comadira et al., 2012, p. 2015). En definitiva, el respeto permanente a la juridicidad es una condición indispensable para la existencia de un verdadero Estado de Derecho. Esto puede ampliarse en Comadira et al. (2022).

Este trabajo seguirá la siguiente estructura:

Primero, mencionaré rápidamente la opinión de algunos autores que se expidieron lúcidamente sobre si es posible que el Poder Ejecutivo ejerza un control de constitucionalidad sobre leyes o reglamentos.

Segundo, haré un repaso de la cuestión en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) y, fundamentalmente, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH) para demostrar cómo sus posiciones aparentan ser contradictorias y encontrar los puntos de contacto entre cada una de ellas.

Tercero, analizaré el caso particular del Tribunal Fiscal de la Nación (TFN) y su jurisprudencia administrativa sobre control de convencionalidad de normas.

Cuarto, mencionaré la postura de la Procuración del Tesoro de la Nación (PTN) sobre la posición de la Administración pública frente a leyes y reglamentos inconstitucionales.

Por último, esbozaré mi posición y haré una reflexión final.

## **2. La doctrina**

Las posiciones doctrinarias son antagónicas y, más allá de algunos matices, se apoyan sobre dos argumentos centrales. Aquellos autores que niegan la posibilidad de que la Administración pública ejerza el control de constitucionalidad, especialmente sobre leyes, entienden que esa función le compete exclusivamente al Poder Judicial y que el Poder Ejecutivo no puede abstenerse de aplicar actos dictados por el Congreso, sin violar el principio republicano de división de poderes.

En el rincón opuesto, quienes defienden la posibilidad y la necesidad de que la Administración pública se exprese sobre la constitucionalidad de leyes y reglamentos construyen sus argumentos partiendo de los principios de supremacía constitucional y de juridicidad. Sostienen que la vigencia de la Constitución Nacional (CN) como ley suprema depende de que todos los órganos públicos puedan abstenerse de aplicar aquellas normas que les sean contrarias, lo que también contribuye a la construcción de la juridicidad del ordenamiento como un todo coherente y orientado a la satisfacción del bien común y al resguardo de los derechos humanos.

Sin ánimo de agotar la larga lista de autores que escribieron sobre el tema, me propongo realizar un breve resumen de aquellas opiniones que considero más relevantes a los fines de este trabajo.

## 2.1 Posturas negativas a que la Administración controle la constitucionalidad de las leyes o inaplique aquellas que considere inconstitucionales

Joaquín V. González, Linares, Bianchi, Gelli y Monti son solo algunos de los autores que sostuvieron que la potestad de la Administración se limita a ejecutar y cumplir las leyes y no a emitir un juicio sobre su validez jurídica. Con algunos matices, coinciden en que para ejercer una suerte de “control indirecto de constitucionalidad”, el Poder Ejecutivo cuenta con mecanismos diversos, como el poder de veto, la posibilidad de impugnar judicialmente y, en un caso concreto, aquellas leyes que considere inconstitucionales, y la facultad de elevar al Congreso un proyecto de ley derogatoria o modificatoria de aquella reputada como inconstitucional.

En su clásica obra, Joaquín V. González (1991) afirmaba enfáticamente que el “Poder Judicial es supremo, y sólo él tiene la facultad de declarar inconstitucional una ley del Congreso, y sólo en este caso puede pronunciar la nulidad; esto es, cuando la ley es contraria a la Constitución” (p. 261).

Con un criterio original, Linares (1986, pp. 142 y ss.) escribió que el Poder Ejecutivo sí puede declarar que una ley es inconstitucional y realizar todas las observaciones a su respecto, aunque no tiene competencias para descartarla o prescindir de su aplicación. Es también uno de los primeros autores en afirmar que, si la ley es inconstitucional por oscuridad (i. e. “ley inconstitucional oscura”), puede realizar una interpretación constructiva de manera tal de lograr el alcance que mejor se compadezca con la Constitución Nacional.

Bianchi (1992, pp. 245 y ss.), fundado en el principio republicano de división de poderes y en la presunción de legitimidad de los actos administrativos, entiende que la Administración solo tiene a su cargo la ejecución de las leyes y, por lo tanto, no está habilitada para ejercer el control de su constitucionalidad. Esta potestad, a juicio del autor, solo puede reconocérsele a los tribunales administrativos que ejercen funciones jurisdiccionales en tanto cuenten con las mismas garantías de inmunidad funcional que los jueces del Poder Judicial y siempre que una ley no se los prohíba.

Más cerca en el tiempo, Gelli (2006), al comentar el art. 99.1 de la Constitución Nacional, enseña que la imposibilidad de que el Poder Ejecutivo declare la inconstitucionalidad de una ley es “consistente con el principio de legalidad que protege a la persona contra la arbitrariedad del poder, impidiéndole a la Administración que desconozca por su solo arbitrio derechos que emanan de una ley” (p. 827). Admitir lo contrario no solo implicaría reconocerle mayores poderes al presidente que los ya otorgados por la reforma de 1994, sino también

correr el riesgo de que la inaplicabilidad de una ley por parte del Poder Ejecutivo se convierta en una manera ilegítima de zanjar conflictos con el Congreso.

Finalmente, en su reciente trabajo, Monti (2023a, 2023b) sostiene que el sistema de control de constitucionalidad y convencionalidad interno de las leyes en nuestra nación Argentina es jurisdiccional, apoyándose para ello en los artículos 116 y 117 de la Constitución Nacional en cuanto regulan la actuación del Poder Judicial las causas que versen sobre la Constitución y la leyes nacionales, y en los artículos 29 y 109 en cuanto le prohíben al Poder Ejecutivo conocer en causas judiciales. Propone una alternativa: si el Poder Ejecutivo u otros órganos que no sean el Poder Judicial (o incluso éste cuando ejerce función administrativa) se enfrentan a una ley que, aplicada literalmente, es inconstitucional o inconvenional, podrían realizar interpretaciones para encontrar un cause constitucional que permita su aplicación. Así, la Administración sólo podría efectuar una suerte de control de constitucionalidad “creativo” o “constructivo” para lograr que una norma legal reputada de inconstitucional pueda adaptarse al ordenamiento constitucional. Para apuntalar su postura prohibitiva del ejercicio del control de constitucionalidad que inaplique una ley, la autora acude a dos argumentos pragmáticos. Primero, si la Administración no puede dictar un acto administrativo soslayando la existencia o inaplicando un reglamento por considerarlo inconstitucional sin violar el principio de inderogabilidad singular del reglamento, ¿por qué podría proceder de otra manera si se enfrenta a una ley? Segundo, permitir que la Administración inaplique una ley por considerarla inconstitucional generaría situaciones de inseguridad jurídica<sup>4</sup> y afectaciones de la igualdad entre los ciudadanos y en cuanto al uso legítimo de recursos públicos.<sup>5</sup>

## **2.2 Posturas permisivas a que la Administración controle la constitucionalidad de las leyes o inaplique aquellas que considere inconstitucionales**

Por el contrario, aunque con algunas diferencias, autores como Bidart Campos, Quiroga Lavié, Dromi, Bidegain, Sagües, Marienhoff, Cassagne, Julio Rodolfo

---

4 Por ejemplo, distintos órganos y entes de la Administración podrían tener criterios disímiles sobre si una norma es o no inconstitucional.

5 Por ejemplo, en el caso de otorgamiento de beneficios, la posible afectación de derechos por el dictado de actos apartados de la ley quizás no tenga un legitimado para exigir su control judicial (claramente no serán impugnados por los beneficiados), lo que podría implicar un dispendio ilegítimo de recursos públicos. Pero, además, incluso desde el punto de vista de los beneficiados, esos actos administrativos serán pasibles de revocación en cualquier momento por carecer de estabilidad, lo que lo deja en una posición de clara inseguridad jurídica.

Comadira, Julio Pablo Comadira y, más recientemente, Sammartino, sostienen que la Administración puede o debe inaplicar leyes o reglamentos que reputen inconstitucionales.

Desde el lado de los constitucionalistas, Bidart Campos (2000, pp. 432-433) sostiene que todo órgano del Estado, con excepción del Poder Judicial, debe aplicar las normas tal y como son dictadas. Sin embargo, acudiendo al principio de desobediencia razonada, aclara que la Administración, aun cuando no tenga competencias para controlar la constitucionalidad de una norma, puede abstenerse de aplicarla si ésta es notoriamente inconstitucional. Así como una orden inconstitucional no debe ser obedecida, tampoco deberá ser aplicada una ley inconstitucional.

En una posición similar, Quiroga Lavié et al. (2001, p. 560) y Dromi (2015, pp. 78 y ss.) coinciden en que la facultad de controlar la constitucionalidad de leyes es exclusiva del Poder Judicial, porque lo contrario implicaría aceptar la concentración del poder en una sola sede, aunque reconocen que esta posición debe ceder ante una “situación de grosera incompatibilidad normativa” y en casos de “vicios graves de inconstitucionalidad” que habilitan a la inaplicación de la norma en cuestión. Fundan sus conclusiones en la salvaguarda del principio de supremacía constitucional y en el ejercicio de una competencia implícita de los funcionarios para cometer desobediencias razonadas y razonables.

Concuerda también Sagüés (2002, p. 240) al admitir la posibilidad de que, excepcionalmente, el Poder Ejecutivo se abstenga de aplicar una ley cuando su inconstitucionalidad es grosera u obvia.

A esta misma postura adscribe Cassagne (2011) al reconocer la facultad excepcional de la Administración de inaplicar la ley cuando su inconstitucionalidad supere lo meramente opinable. Para el autor, el principio de supremacía constitucional previsto en el artículo 31 no está dirigido únicamente a los jueces, sino a todas las autoridades de la nación, por lo que abstenerse de aplicar una disposición legal manifiestamente incompatible con la Constitución Nacional implica cumplir con un deber que les fue impuesto. Claro está que, como la obligación primaria del Poder Ejecutivo es cumplir y hacer cumplir la ley, cualquier ponderación sobre su constitucionalidad deberá ejercerse con suma prudencia y como *ultima ratio*.

Bidegain (1983, pp. 34-39) da un paso más al entender que el Poder Ejecutivo tiene la facultad de declarar la inconstitucionalidad de una ley en tanto ésta invada una competencia que la carta magna le atribuya, el vicio sea claro y manifiesto o se deriven perjuicios graves e irreparables.

Marienhoff (2000, pp. 430-431), en una posición que, como veremos, fue luego receptada por la PTN,<sup>6</sup> distingue entre la posibilidad de inaplicar una ley por inconstitucional y la potestad de declararla como tal. Esta última potestad le corresponde de modo excluyente al Poder Judicial, mientras que el Poder Ejecutivo puede, con fundamento en el art. 31 de la Constitución Nacional (i. e., principio de supremacía), inaplicar una ley que sea contraria al texto constitucional.

En un conocido trabajo que ya tiene más de 30 años, el profesor Comadira (1989, pp. 151 y ss.)<sup>7</sup> descartó una diferencia práctica entre la declaración de inconstitucionalidad y la inaplicación de una norma por reputarla inconstitucional. Desde su visión, aunque el Poder Judicial es el órgano competente para resolver *en última instancia* una cuestión sobre validez constitucional de las leyes; ello no obsta a que el Poder Ejecutivo, en su propia esfera de competencia y en su *instancia*, prescinda de la aplicación de leyes cuya inconstitucionalidad surja en forma razonablemente evidente. Entiende, además, que el Poder Ejecutivo también tendrá la potestad de abstenerse de aplicar una norma que repunte de inconstitucional cuando la inconstitucionalidad haya sido declarada por la CSJN o resulte de una reiterada doctrina judicial sentada en instancias inferiores, especialmente en fallos de Cámara. A su criterio, salvo la existencia de fallos de CSJN o de jurisprudencia inequívoca sobre el tema, debería exigirse la opinión de la PTN como máximo órgano asesor del Poder Ejecutivo.

Actualizando el trabajo de su padre y profesor, Julio Pablo Comadira (2019, pp. 3-30) concluye que una concepción adecuada del principio de juridicidad y la potestad inherente del Poder Ejecutivo de restablecer su vigencia lo facultan y obligan a inaplicar una ley por inconstitucional o inconventional, teniendo en cuenta que: (i) la inconstitucionalidad o inconventionalidad debería derivar de forma razonablemente evidente o haber sido declarada previamente por la CSJN o exista jurisprudencia reiterada y constante en ese sentido; (ii) es irrelevante que la inconstitucionalidad se deba a la afectación de facultades propias de la Administración o a la vulneración de derechos particulares; (iii) solo tendrá efectos para el caso concreto y no *erga omnes*; y (iv) la decisión del Poder Ejecutivo no podrá ser nunca definitiva porque la evaluación final sobre su legitimidad le corresponde al Poder Judicial.

En una postura ecléctica, Buteler (2015) opina que la potestad de declarar la inconstitucionalidad de leyes es una atribución exclusiva del Poder Judicial

---

6 Dictámenes 84:102.

7 Trabajo luego reeditado en Comadira et al. (2012, pp. 172 y ss.).



salvo que exista una autorización legislativa del Congreso, aunque es una buena práctica que la Administración pública inaplique normas generales en casos concretos para salvaguardar derechos fundamentales y siguiendo los lineamientos jurisprudenciales de los máximos tribunales provinciales y de la CSJN.

Un comentario aparte merece la posición de Sammartino (2023) postulada en un reciente y enjundioso trabajo sobre el tema. Luego de reflexionar sobre los alcances del control de constitucionalidad y convencionalidad en el Estado constitucional de derecho,<sup>8</sup> el autor sostiene que, en virtud del art. 109 de la Constitución Nacional, es una desmesura reconocer al Poder Ejecutivo atribuciones para desconocer o inaplicar una ley por considerarla inconstitucional. Seguidamente, propone algunas variables al realizar un análisis distinguiendo la posición de la Administración en los siguientes supuestos: (i) normas declaradas inconstitucionales por la CSJN, sea en procesos individuales o colectivos; (ii) normas vigentes que gozan de presunción de legitimidad aunque la Administración las considere afectadas de vicios graves determinantes de una inconstitucionalidad; y (iii) normas vigentes portadoras de presunción de invalidez o ilegitimidad. La posibilidad de que la Administración inaplique una ley o un reglamento en cada uno de estos supuestos, así como las consecuencias de la posición que asuma, dependerán esencialmente de: (i) si la inaplicación de una norma logra la ampliación de potestades administrativas cercenadas por una disposición legal o si limita derechos; o (ii) si el desconocimiento de los efectos de la norma vigente acarrea la protección de un derecho fundamental de la persona humana. En prieta síntesis, el autor sostiene que, como último recurso y solo en los casos en que no sea posible armonizar mediante técnicas de interpretación adecuadas las normas con el goce de derechos humanos, el Poder Ejecutivo en situaciones de urgencia impostergable está dotado de una competencia inherente (art. 99, inc. 1 de la Constitución Nacional) que lo habilita a abstenerse de aplicar una previsión legal sospechosa de discriminación. En cuanto al control de convencionalidad por la Administración, Sammartino (2023, pp. 139-149) entiende que en el Estado constitucional y convencional de derecho, el control administrativo de convencionalidad asume el carácter de “garantía ínsita en el derecho fundamental a la tutela administrativa efectiva” (p. 142) y encuentra su fundamento en los artículos 1° y 2° de la CADH, en tanto les imponen a los Estados parte un deber de garantía consistente en asegurar jurídicamente el respeto y ejercicio de los derechos humanos.

---

8 Sobre el tema ver también Sammartino (2012, pp. 463-469).

### 3. ¿CSJN vs. CorteIDH?

#### 3.1 La primera jurisprudencia de la CSJN

A diferencia de lo que ocurre en el ámbito doctrinario, la CSJN originalmente tuvo una orientación clara y unívoca en cuanto a que el Poder Ejecutivo tiene vedado el ejercicio del control de constitucionalidad sobre leyes.

Sin embargo, esa posición comenzó recientemente a resquebrajarse y matizarse. Sobre todo luego de algunas sentencias de la CorteIDH y la recepción del control de constitucionalidad y convencionalidad de oficio por parte del máximo tribunal, se abren interrogantes que obligan a revisar su clásica doctrina.

El *leading case* sobre el tema es un fallo dictado en 1967 en la causa *Ingeniería y Refinería San Martín del Tabacal*.<sup>9</sup> Allí, la CSJN, al analizar si el Poder Ejecutivo podía declarar, por sí y ante sí, la inconstitucionalidad de leyes locales (en el caso, una ley de la provincia de Salta), sostuvo que:

cualesquiera sean las facultades del Poder Ejecutivo para dejar sin efecto actos contrarios a las leyes, no le corresponde declarar la inconstitucionalidad de ellas, pues dicha facultad es exclusiva del Poder Judicial, único habilitado para juzgar la validez de las normas dictadas por el órgano legislativo. Lo contrario importaría admitir que el poder pueda residir y concentrarse en una sola sede.<sup>10</sup>

Esta jurisprudencia fue convalidada y, en cierto sentido, ampliada en las causa *Mendoza c/Nación* de 1977<sup>11</sup> y *Bruno* de 1988.<sup>12</sup> En la primera de ellas, el máximo tribunal afirmó que no puede declararse la inconstitucionalidad de leyes y decretos en sede administrativa porque tal declaración, por su trascendencia, es un acto de suma gravedad institucional que debe ser considerado *ultima ratio* del orden jurídico.<sup>13</sup> En la segunda se menciona que

---

9 CSJN, 08/11/1967, *Ingenio y Ref. San Martín del Tabacal S.A. c/Gobierno de la Provincia (Salta) s/contencioso-administrativo*, Fallos: 269:243.

10 *Ibidem*, Consid. 5°.

11 CSJN, 23/08/1977, *Mendoza, Gobierno de la Provincia de c/Nación, Gobierno de la s/inconstitucionalidad del decreto nacional N° 1560/73*, Fallos: 298:511.

12 CSJN, 12/04/1988, *Bruno, Raúl Osvaldo s/amparo*, Fallos: 311:460.

13 Sin embargo, en algunos votos minoritarios de fallos posteriores no se acoge la doctrina de que el Poder Ejecutivo se ve impedido de revisar la constitucionalidad de sus propios actos. Así, en la causa *Deledda*, el entonces ministro Bacqué afirmó que al Poder Ejecutivo solo le está vedado expedirse acerca de la constitucionalidad de las normas emanadas del Poder Legislativo, pero no las de sus propios actos (CSJN, 04/08/1988, *Deledda, Francisco y otros c/Poder Ejecutivo Nacional s/acción de amparo*, Fallos: 311:1313).

es regla constitucional, tan imperativa para las provincias como para la Nación (art. 5 de la Constitución Nacional), que la facultad de declarar inconstitucionales las leyes, y de anular actos en su consecuencia, es potestad exclusiva de los tribunales de justicia.<sup>14</sup>

Este principio es recordado por la CSJN, luego de la reforma constitucional de 1994, únicamente en el precedente *Sindicato de Trabajadores de la Industria de la Alimentación* (1996), en el que, sin ser tan tajante, se menciona que una declaración de inconstitucionalidad “no puede llevarse a cabo —con *imperium*— por la autoridad administrativa, sino sólo por el Poder Judicial”.<sup>15</sup>

Por último, vale la pena mencionar el voto del entonces juez Fayt en el célebre precedente *Simon*, donde aplicó la doctrina de *San Martín del Tabacal* para concluir que la facultad de declarar la inconstitucionalidad de leyes es exclusiva del Poder Judicial.<sup>16</sup>

### 3.2 La jurisprudencia de la CorteIDH. Una evolución hacia el control pleno de convencionalidad por parte de todos los órganos del Estado

Los precedentes citados fueron dictados por la CSJN en otra era del derecho, en un tiempo ahora pretérito en el que el bloque de constitucionalidad no se conformaba, como un todo inescindible, también con los tratados internacionales de derechos humanos ni con la jurisprudencia de la CorteIDH.

En el plano internacional, hubo un avance extraordinario en la configuración sistémica que llevó a reconvertir el control de constitucionalidad en un control de convencionalidad y de dotar de grandes facultades al intérprete para “completar” o integrar los principios para hacer realidad el goce de derechos personales (Santiago, 2020, pp. 4 y ss.). Los intérpretes a los que me refiero no son solamente los jueces. Todo lo contrario. Si analizamos la jurisprudencia sobre control de convencionalidad de la CorteIDH, podemos concluir que, según este organismo internacional, todos los órganos públicos, inclusive la Administración, tienen la potestad de ejercer un control de convencionalidad. Veamos esta evolución jurisprudencial acudiendo a los precedentes más relevantes:

---

14 Consid. 13.

15 CSJN, 13/08/1996, *Sindicato de la Industria de la Alimentación c/Ministerio de Trabajo*, Fallos: 319:1420, consid. 8. El resaltado pertenece al original.

16 CSJN, 14/06/2005, *Simon, Julio Héctor y otros s/privación ilegítima de la libertad*, Fallos: 328:2056.

1. El primero de ellos es el fallo *Almonacid Arellano vs. Chile* de 2006.<sup>17</sup> Allí, la CorteIDH afirmó que los jueces nacionales deben ejercer “una especie de control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), tarea en la que deben tener en cuenta no solo el tratado, sino también la interpretación que de éste ha realizado la CorteIDH como su intérprete último.<sup>18</sup> Cuando un Estado ratificó la CADH, sus jueces también están sometidos a ella, “lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin”.<sup>19</sup>
2. En el mismo año, la CorteIDH se pronunció en la causa *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú* ampliando su doctrina al sostener que los jueces deben ejercer el control de convencionalidad *ex officio*.<sup>20</sup>
3. La obligación de ejercer el control de convencionalidad *ex officio* fue ampliada por la CorteIDH en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Ya no solo los jueces, sino también los “órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles” (e. g., los órganos administrativos que ejercen de alguna manera una función jurisdiccional), tienen a su cargo el deber de velar por que las normas de un Estado sean acordes con el Pacto de San José de Costa Rica.<sup>21</sup>

---

17 CorteIDH, 26/09/2006, *Almonacid Arellano*, Serie C N° 154.

18 Seguimos a Manili (2022) al entender que esta postura de la CorteIDH se debe principalmente a dos factores: (i) la necesidad de convertir a la CADH en un parámetro relevante para juzgar la constitucionalidad de los actos de los Estados; y (ii) permitir que los jueces ordinarios de aquellos países con un control de constitucionalidad concentrado puedan declarar que una norma es contraria a la CADH en causas en las que se estén juzgando violaciones de derechos humanos.

19 CorteIDH, 26/09/2006, *Almonacid Arellano*, Serie C N° 154, parágrafo 124. Doctrina seguida por nuestra CSJN para sentar la necesidad de que los jueces realicen un control de convencionalidad de oficio en concordancia también con la interpretación que la CorteIDH realiza de la CADH. Ver especialmente CSJN, 13/07/2007, *Mazzeo, Julio y otro s/recurso de casación*, Fallos: 330:3248.

20 CorteIDH, 24/11/2006, *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, Serie C N° 174. En el párrafo 158 la CorteIDH menciona que “Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, 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, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones”.

21 CorteIDH, 26/11/2010, *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, Serie C N° 220, ver especialmente el párrafo 225 en el que se menciona que “Los jueces y órganos vinculados a la administración de

4. Un paso adicional se dio en el caso *Gelman vs. Uruguay* del año 2011. Allí, la CorteIDH reiteró su doctrina clásica para luego agregar que la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de las mayorías, es decir, a la esfera de lo susceptible de ser decidido por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las que también debe primar un control de convencionalidad, “que es función y tarea de **cualquier autoridad pública y no solo del Poder Judicial**”.<sup>22</sup>
5. En algunos precedentes posteriores, la CorteIDH es aún más directa al imponer la obligación a toda autoridad pública de ejercer el control de convencionalidad. Así, en los casos *Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*<sup>23</sup> y *Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*<sup>24</sup> la CorteIDH afirmó directamente que “todas las autoridades y órganos de un Estado Parte en la Convención tienen la obligación de ejercer un control de convencionalidad”.
6. Recientemente, en el caso *Pávez Pávez vs. Chile*, la CorteIDH volvió a recordar que

las distintas autoridades estatales están en la obligación de ejercer ex officio un control de convencionalidad entre las normas y prácticas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.<sup>25</sup>

7. Lo interesante del caso y el punto de quiebre con respecto a los precedentes citados en los puntos anteriores es que se decide condenar al Estado de Chile por violación a los derechos de la Convención por cuanto las autoridades

---

justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer **ex officio** un ‘control de convencionalidad’ entre las normas internas y la Convención Americana...” (el resaltado está en el original). Esta misma doctrina es posteriormente citada en numerosos precedentes. Ver, por ejemplo, CorteIDH, 01/07/2011, *Chocrón Chocrón vs. Venezuela*, Serie C Nº 227, párrafo 164; 01/09/2011, *López Mendoza vs. Venezuela*, Serie C Nº 233, párrafo, 226; y 29/11/2011, *Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina*, Serie C Nº 238, párrafo 93.

- 22 CorteIDH, 24/02/2011, *Gelman vs. Uruguay*, Serie C Nº 221, párrafos 193 y 239 (el resaltado es propio). Algunos autores consideran, sin embargo, que la jurisprudencia del caso *Gelman* no autoriza sin más a que toda autoridad pública ejerza el control de convencionalidad porque éste debe hacerse “en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes” en cada país (Monti, 2023a, p. 15).
- 23 CorteIDH, 30/11/2012, *Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*, Serie C Nº 259, especialmente párrafo 142.
- 24 CorteIDH, 28/08/2014, *Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*, Serie C Nº 282, párrafo 471.
- 25 CorteIDH, 01/02/2022, *Pavez Pavez vs. Chile*, Serie 449, párrafo 156. El resaltado es propio.

judiciales internas no efectuaron un adecuado control de convencionalidad sobre el acto que dañó a la demandante. Si bien la condena está referida al incumplimiento por parte de órganos del Poder Judicial, nada obsta a que, en el futuro, la CorteIDH utilice el mismo criterio para condenar por la violación de un derecho protegido derivada de la falta de ejercicio del control de convencionalidad por parte de “cualquier autoridad pública”.

De esta rápida revisión de algunos precedentes del sistema interamericano puede concluirse que el control de convencionalidad superó el ámbito primigenio del Poder Judicial para imponerse a todos los órganos del Estado, ejerzan o no una función jurisdiccional. Parece ser que, mientras pueda ponerse en juego la vigencia de un derecho protegido por la Convención, las autoridades públicas deben velar por que las normas internas del mandato de la CorteIDH se adecúen al mencionado tratado internacional y a la interpretación efectuada por ella como su órgano rector.<sup>26</sup>

### **3.3 La revisión de la jurisprudencia primitiva de la CSJN. Resquicios y modulaciones para el ejercicio del control de convencionalidad por parte de las autoridades públicas**

Una reflexión que despierta esta evolución en la posición de la CorteIDH es que parecería no poder conciliarse con la reseñada doctrina de la CSJN, sentada especialmente en el fallo *San Martín del Tabacal*. Sería, no obstante, anacrónico e infundado mantener esta contradicción vigente. Lo cierto, a mi criterio, es que la jurisprudencia del máximo tribunal local —en el sentido de prohibirle al Poder Ejecutivo el ejercicio del control de constitucionalidad sin tapujos— fue dictada en otra era del derecho. En mi opinión, la CSJN, aunque sin decirlo expresamente aún, fue modulando esa postura y abriendo algunos resquicios para que todas las autoridades públicas puedan velar por la supremacía de la Constitución Nacional y de los tratados internacionales con igual jerarquía, especialmente cuando está en juego el reconocimiento de derechos humanos.

La primera modulación ocurrió cuando la CSJN receptó del derecho anglo-

---

26 Una posición interesante es afirmar que, de esta jurisprudencia de la CorteIDH, no se deriva necesariamente una habilitación a los órganos administrativos para ejercer el control de convencionalidad en sentido negativo (i. e., la posibilidad de inaplicar o derogar una norma que consideren inconveniente), sino una obligación de dictar actos que tiendan a compatibilizar el ejercicio de la norma inconveniente con los derechos y principios de la Convención. Ver, en este sentido, Muñoz (2017).

sajón la teoría de las “categorías sospechosas de discriminación”,<sup>27</sup> que implica el reconocimiento de que en nuestro ordenamiento jurídico existen normas con presunción de inconstitucionalidad desde su dictado.<sup>28</sup>

Para explicarla en muy pocas palabras, esta teoría implica que, para asegurar la igualdad prevista en el artículo 16 de la Constitución Nacional, aquellas normas que fijan distinciones basadas en categorías sospechosas de discriminación (i. e., raza, sexo, nacionalidad, religión, etc.) carecen de presunción de legitimidad y se presumen inconstitucionales. La principal consecuencia de esta presunción es la inversión del *onus probandi*, de modo que le corresponde al Estado emisor de la norma (y no al particular afectado) probar su constitucionalidad, la que solo podrá acreditarse luego de un criterio de ponderación más exigente que el de la mera razonabilidad. Este escrutinio estricto solo puede superarse si la norma en cuestión responde al logro de un interés estatal imperioso y se disipa toda duda de que no existirían otras alternativas que pudieran garantizar la finalidad perseguida de un modo menos gravoso para el afectado.<sup>29</sup>

Al destruir la presunción de legitimidad de estas normas que contienen categorías sospechosas de discriminación (sean reglamentos o leyes<sup>30</sup>), implícitamente lo que está haciendo es imponerle a la Administración el ejercicio de una especie de control sobre su constitucionalidad. Si una norma se presume inconstitucional, está claro que quien debe aplicarla tiene que abrir un juicio de ponderación que lo llevará a justificar estrictamente su razonabilidad y necesidad o a inaplicar la norma por considerarla contraria a la Constitución Nacional.

La segunda modulación es la línea jurisprudencial que afirma que, en el ejercicio del control de convencionalidad, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que hizo la CorteIDH,

---

27 Para un análisis de esta teoría en el derecho anglosajón y su posterior adaptación en el derecho argentino, ver Giardelli (2006).

28 Comparte esta opinión Comadira (2019, pp. 20-25). En otro trabajo, el mismo autor elabora una sesuda crítica de la teoría de las categorías sospechosas de discriminación y concluye en la innecesidad de su aplicación en el derecho argentino (Comadira, 2015).

29 La jurisprudencia de la CSJN es profusa en la materia. A los fines de este trabajo, basta decir que la recepción original de la teoría de las categorías sospechosas de discriminación ocurrió en un voto en minoría de los ministros Bacqué y Petracchi en la causa *Repetto* (08/11/1988, Fallos: 311:2272) y luego fue receptada por el Tribunal en varios casos posteriores: *Hooft* (16/11/2004, Fallos: 327:5118), *Gottschau* (08/08/2006, Fallos: 329:2986), *Mantecón Valdés* (12/08/2008, Fallos: 331:1715) y *Pérez Ortega* (21/02/2013, Fallos: 336:131), entre otros. Sobre el tema, ver Cianciardo et al. (2008).

30 V. gr. el ya citado precedente *Pérez Ortega*, en el que la CSJN declaró la inconstitucionalidad de una ley que exigía ser nacional argentino para el ingreso a la Administración pública nacional.

intérprete última de la CADH.<sup>31</sup> La CSJN mencionó en varios precedentes que las decisiones de la CorteIDH “resultan de cumplimiento obligatorio para el Estado Argentino (art. 68.1, CADH)”, estableciendo que “en principio, debe subordinar el contenido de sus decisiones a las de dicho tribunal internacional”.<sup>32</sup> Con posterioridad, manifestó que “la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” porque

[se] trata de 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 argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos.<sup>33</sup>

Esa postura abre la puerta a que, si se considera una obligación para el Estado argentino que todos sus órganos ejerzan una especie de control de convencionalidad *ex officio* —con la consecuente responsabilidad internacional por su omisión—, la CSJN tenga que reconocer el deber de la Administración pública de, al menos, realizar una interpretación armonizante o, en casos excepcionales, inaplicar aquellas normas que puedan razonablemente reputarse como inconstitucionales por afectar derechos humanos protegidos en la Convención.<sup>34</sup>

El control de convencionalidad conlleva, por un lado, el deber de prevenir violaciones a los derechos humanos y, por otro, el de solucionar esas violaciones cuando ya hayan ocurrido.<sup>35</sup> Si un responsable de aplicar las decisiones internas de un Estado se encuentra en una encrucijada entre una interpretación que pondría al Estado en un conflicto con la CADH y otra que le permitiría cumplir con ella, debe dar prevalencia a esta última, aunque para tal fin sea necesario inaplicar la norma interna.

Como guía de actuación, es interesante también señalar la postura de la

---

31 Ver especialmente CSJN, 13/07/2007, *Mazzeo, Julio Lilio y otro s/Recurso de Casación*, Fallos: 330:3248; y 31/08/2010, *Videla, Jorge Rafael, Massera Emilio Eduardo s/Recurso de Casación*, Fallos: 333:1657.

32 CSJN, 23/12/2004, *Espósito, Miguel Ángel s/incidente de prescripción de la acción penal*, Fallos: 327:5668, consid. 6°.

33 CSJN, 13/07/2007, *Mazzeo, Julio Lilio y otro s/Recurso de Casación*, Fallos: 330:3248, consid. 20.

34 En el mismo sentido se expresa Sammartino (2023, pp. 148-149) al indicar que, en situaciones excepcionales, la Administración podrá realizar un control preventivo de convencionalidad absteniéndose de aplicar, de manera concreta, normas portadoras de presunción de invalidez convencional.

35 CorteIDH, 27/08/2020, *Urrutia Laubreaux*, Serie C N° 409, párr. 93.



CSJN que, para ciertos casos excepcionales y no previstos en una normativa general, termina por inaplicar disposiciones jurídicas sin poner en cuestión su validez constitucional intrínseca. Así ocurrió, por ejemplo, en el precedente *C. J. C.*,<sup>36</sup> en el que se declaró inaplicable el régimen de ejecución de sentencias de condenas pecuniarias contra el Estado nacional (art. 22 de la Ley 23982) respecto del crédito de una persona mayor de 70 años de edad, discapacitada y con serios problemas de salud, a pesar de que el actor no estaba exceptuado normativamente. Se concluyó que no era razonable ni necesario invalidar globalmente un sistema diseñado por el Congreso para fijar prioridades en la asignación de recursos

si el propio ordenamiento jurídico permite arribar a una solución justa y equitativa mediante la integración con normas análogas. En definitiva, la armonización del interés público con la salvaguarda de las garantías constitucionales impone recordar que la racionalización de los recursos del Estado debe ceder, en casos concretos y singulares, ante la razonabilidad de la decisión judicial. (...) Sujetar, entonces, a una persona que padece un grave y progresivo deterioro funcional a un plazo de espera que, conforme al desenvolvimiento natural de los hechos, implicaría frustrar la sustancia de su derecho, puede encontrar sustento formal en la letra de la ley pero jamás en la impronta humana y realista que exige la Constitución Nacional.<sup>37</sup>

Esta última postura, que brega por una interpretación armonizadora del ordenamiento jurídico, abre también la puerta a que la Administración, sin necesidad de definir la inconstitucionalidad de una norma, opte por su inaplicabilidad en un caso concreto y en pos de la protección de un derecho humano. En definitiva, quizás esa sea en ciertas situaciones la única manera de hacer realidad el axioma, también y tan bien mencionado por la CSJN: “el hombre es el eje y centro de todo el sistema jurídico y, en tanto fin en sí mismo, la inviolabilidad de la persona constituye un valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental”.<sup>38</sup>

36 CSJN, 30/04/2020, *C.J.C. c/Estado Nacional – Ministerio de Defensa – Ejército s/daños y perjuicios*, Fallos: 343:264.

37 *Ibidem*, consid. 11, *in fine*.

38 CSJN, 06/04/1993, *Bahamondez, Marcelo s/medida cautelar*, Fallos: 316:479, voto de los Dres. Fayt y Barra; 05/12/2017, *S., J. L. c/Comisión Nac. Asesora para la Int. De Personas Discapac. Y otro s/amparo*, CCF 12922/2006/CA2-CS1, voto del juez Rosatti, y 30/04/2020, *C.J.C. c/Estado Nacional – Ministerio de Defensa – Ejército s/daños y perjuicios*, Fallos: 343:264, consid. 7°.

#### 4. El caso del TFN

Es interesante mencionar aquí el caso del TFN por dos razones. La primera es que es un órgano administrativo que ejerce funciones materialmente jurisdiccionales y, aun así, dos leyes le impiden pronunciarse sobre la constitucionalidad de las normas en los casos que llegan a su análisis. La segunda es que su jurisprudencia sobre la cuestión presenta una evolución receptiva de los precedentes de la CorteIDH, al punto de que algunas salas del TFN comenzaron a autoimponerse una potestad para ejercer el control de convencionalidad de normas, incluso de rango legal.

Como es sabido, tanto el art. 1164 del Código Aduanero como el art. 185 de la Ley de Procedimientos Fiscales 11.683<sup>39</sup> establecen que la sentencia del TFN

no podrá contener pronunciamiento respecto de la falta de validez constitucional de las leyes tributarias o aduaneras y sus reglamentaciones, a no ser que la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación haya declarado la inconstitucionalidad de las mismas...<sup>40</sup>

Esta prohibición legislativa de declarar la constitucionalidad de las normas con la sola y única excepción de que existan antecedentes en ese sentido de la CSJN no ha limitado al TFN a pronunciarse introduciendo objeciones de índole constitucional en diversos casos.

Se afirmó, con base en la jurisprudencia del TFN, que la limitación legal es únicamente jurisdiccional y no puede verse como un recorte de la competencia del tribunal. Es decir, la circunstancia de que en principio no pueda declarar la inconstitucionalidad de las normas no le impide que formule las objeciones de índole constitucional pertinentes para resolver los casos en los que interviene (Bertazza, 2019).<sup>41</sup>

Es precisamente por esa razón que el solo hecho de que los fundamentos de

---

39 T.O. según Decreto 821/98.

40 En la faz procedimental, esta prohibición —sumada a la reglamentación del régimen recursivo— generan una seria falla: por un lado, el TFN no puede declarar la invalidez constitucional de una norma, pero, por otro, el recurso de apelación ante la Cámara Contencioso Administrativo Federal, que sí puede efectuar una declaración con esos alcances, carece de efectos suspensivos (art. 194 de la Ley 11683). Al decir de Mairal (2022, p. 845), se configura así una paradoja: cuanto más grave es el vicio (e. g., un impuesto inconstitucional por confiscatorio), menos efectiva es la tutela judicial.

41 Ver especialmente el comentario al art. 185 realizado por Ignacio J. Buitrago (en Bertazza, 2019), con cita de los siguientes precedentes TFN, sala B, 12/7/2004, *Gutiérrez y Belinsky*; sala A, 21/11/2005, *Miguel Pascuzzi*; y sala A, 4/11/2002, *Belgrano Day School SA*.

un recurso radiquen exclusivamente en la inconstitucionalidad de una norma legal no excluye la competencia del TFN.<sup>42</sup>

Recientemente, parte de la doctrina y alguna jurisprudencia del TFN están mutando hacia aceptar la posibilidad de que el tribunal realice un control de convencionalidad y declare la falta de compatibilidad de una norma reglamentaria o legal con el Pacto de San José de Costa Rica.<sup>43</sup> Incluso algunos autores sostienen que la introducción de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos al texto constitucional en virtud del art. 75, inc. 22 implicó que el art. 185 de la Ley de Procedimiento Fiscal y su espejo del Código Aduanero devengan inconstitucionales<sup>44</sup> o, directamente, provocaron su derogación tácita.<sup>45</sup>

En varios precedentes recientes del TFN, partiendo de la aplicación de la jurisprudencia de la CorteIDH en los casos *Cabrera y García Montiel Flores vs.*

42 TFN, sala C, 23/12/1992, *Libesa SA*; CNFed. Contenciosoadministrativo, sala III, 05/12/1991, *Perkins Argentina*, entre muchos otros. Ya desde 1965, en la Causa *Rotania S.A.* el TFN es muy claro al sostener que “el solo hecho que la defensa se funde en la ilegitimidad o inconstitucionalidad de las normas tributarias no es suficiente para declarar la incompetencia del Tribunal Fiscal, ya que éste podría decidir el caso fundándose en derecho no invocado, por aplicación del principio iura curia novit. Por otra parte, el art. 132 de la ley 11.683 (t. o. 1960, actual art. 164) lo faculta a decidir prescindiendo de lo alegado por las partes”.

43 Se han propuesto incluso la modificación de la Ley de Procedimiento Tributario a efectos que se admita, expresamente, la posibilidad que el TFN pueda expedirse respecto de la inconstitucionalidad de las leyes tributarias, aduaneras y, en su caso, de la seguridad social (Gómez et al., 2018, comentario al art. 185).

44 Ver, en este sentido, la opinión de Pablo Garbarino (2019), uno de los vocales del TFN, y también sus votos como vocal en las causas: Sala E, 31/07/2013, Nº 23.469-A, *La Mercantil Andina Cía. Argentina de Seguros SA c. D.G A. s/apelación*; Sala F, 21/11/2012, *Cargill SACeI c. DGA s/apelación*, entre otros, donde resolvió declarar la inconstitucionalidad del artículo 1164 del Código Aduanero por resultar violatorio del artículo 18 de la CN y de las Convenciones Internacionales de Derechos Humanos que cuentan con jerarquía constitucional, en cuanto resguardan el derecho fundamental a la tutela administrativa y judicial efectiva.

45 En esta postura se enmarca Corti (2010, pp. 133 y ss.), quien sostiene que la única manera de garantizarles a los contribuyentes el derecho a la doble instancia judicial previsto por la Convención Americana de Derechos Humanos y con el alcance que le dio la CorteIDH es otorgarle al TFN una jurisdicción plena e irrestricta con el mismo alcance que el de la Cámara Nacional de Apelaciones en los Contencioso Administrativo Federal.

Spisso (2014, cap. 2, subcap. 4), por su parte, entiende que el principio de supremacía constitucional le impone al TFN el desafío de desplazar la prohibición establecida en la Ley de Procedimiento Fiscal y en el Código Aduanero para darle preeminencia al texto de la Convención Americana.

En un lúcido análisis sobre el tema elaborado en su tesis para optar por la Maestría en Derecho Administrativo de la Universidad Austral, Giuliana Farruggia Valdivieso (2022, pp. 75-76) concluye que, a partir del caso *Gelman* de la CorteIDH las disposiciones en cuestión devinieron en inconventionales y, por consiguiente, inconstitucionales.

El ejercicio de facultades jurisdiccionales por parte del TFN, como explicaba Giuliani Fonrouge (1987, pp. 833-834) hacen que esté obligado a ejercer un control de constitucionalidad sobre las normas sujetas a su revisión y desplazan la prohibición declarada por la Ley 11683.

México y *Gelman vs. Uruguay*, se concluye que el tribunal tiene un deber de ejercer el control de convencionalidad (y, por ende, de constitucionalidad) sobre la normativa a su estudio. Como el TFN ejerce funciones jurisdiccionales, su potestad revisoria debe ser “plena, amplia y efectiva”, de modo de permitirle un adecuado control de las normas cuestionadas en toda su extensión.<sup>46</sup> Se ha llegado incluso a sostener en algún voto que las normas que impiden el control de constitucionalidad por parte del TFN han devenido derogadas por la Convención Americana, norma de jerarquía constitucional luego de la reforma constitucional de 1994.<sup>47</sup>

Sin embargo, en el reciente plenario de los vocales miembros del TFN con competencia aduanera en la causa *Petroquímica Comodoro Rivadavia*<sup>48</sup> se resolvió por mayoría que el tribunal no puede declarar la inconstitucionalidad de una ley, en un caso concreto y ante el planteo efectuado por un recurrente. Siendo en extremo simplistas, los medulosos argumentos de la mayoría pueden resumirse en que el TFN no forma parte del Poder Judicial y que, por tanto, efectuar la declaración de inconstitucionalidad de una norma significaría violar el principio republicano de división de poderes por inmiscuirse en una competencia exclusiva de este último.<sup>49</sup>

El problema que inmediatamente surge de esta doctrina es que no es posible revisar la convencionalidad de una norma, tal como lo manda la CorteIDH a todos los órganos del Estado, especialmente a aquellos que ejerzan una función jurisdiccional, sin controlar su constitucionalidad.<sup>50</sup> Si la ley viola

46 TFN, Sala F, 03/02/2022, *Aseguradora de Créditos y Garantías S.A.*, TR LALEY AR/JUR/10932/2022

47 TFN, Sala F, 07/02/2022, *Bunge Argentina S.A. c/DGAs/Apelación*, TR LALEY AR/JUR/4690/2022.

48 TFN, Plenario de los Vocales con competencia Aduanera, 26/04/2022, *Petroquímica Comodoro Rivadavia*, disponible en [https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/if-2022-40809437-apn-vo-cixitfn\\_plenario\\_del\\_26-04-2022.pdf](https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/if-2022-40809437-apn-vo-cixitfn_plenario_del_26-04-2022.pdf).

49 Ver por todos el voto del Dr. Miguel Nathan Licht en el que afirma que: “Desde esta perspectiva, abrevio que el Tribunal Fiscal no puede declarar la inconstitucionalidad de una ley o un reglamento por tratarse de un tribunal que no forma parte del Poder Judicial de la Nación. Admitido lo anterior, no parece que pueda conmovir la originalidad del Tribunal Fiscal respecto de otros órganos administrativos a los que se apodera de competencias materialmente jurisdiccionales. Surge como lógica conclusión que a los tribunales administrativos no se le pueden atribuir prerrogativas que son exclusivas y definitivas de los tribunales integrantes del Poder Judicial más allá de cualquier grado de semejanza” (consid. II). Con esta posición coinciden la mayoría de las Salas de la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal, órgano judicial con competencia revisora de los fallos del TFN (por todos, ver CNACAF, Sala II, 23/02/2024, *Abbot Laboratories Argentina SA (TFN 91797434-A) c/DGA*, Expte N° 44532/2023; y Sala IV, 10/03/2016, *Aseguradora de Créditos y Garantías S.A. s/recurso directo*, Expte. N° 46.118/2016).

50 Farruggia Valdivieso (2022) lo expone con lucidez: “Si todo órgano del Estado está obligado a realizar control de convencionalidad en el marco de sus competencias, este control presupone el

la Convención, seguramente violará también la Constitución Nacional porque ambas conforman un todo armónico, un bloque indisoluble que debe ser aplicado en conjunto (Manili, 2021, p. 292). El plenario no resuelve esta cuestión, incluso cuando acude a varios precedentes del sistema interamericano para fundar su conclusión.<sup>51</sup>

## 5. La PTN

La PTN en un primer momento sostuvo que el Poder Ejecutivo Nacional debía cumplir una ley inconstitucional y que no estaba facultado ni para derogar leyes ni para declarar su inconstitucionalidad. Para ello, se sostuvo, contaba con las alternativas de plantear la inconstitucionalidad ante el Poder Judicial, ejercer el poder de veto antes de que la ley entrara en vigencia o proponer su derogación ante el Congreso.<sup>52</sup>

Esta postura fue dejada de lado por Marienhoff cuando fue procurador. En un célebre dictamen, afirmó que el Poder Ejecutivo Nacional, en pos de proteger el orden de prelación normativo establecido por el art. 31 de la Constitución Nacional, tiene facultades para no aplicar una ley que considera inconstitucional *aun cuando no pueda así declararla*.<sup>53</sup> Para preservar la supremacía de la Constitución Nacional (art. 31), el Poder Ejecutivo tiene atribuciones para no aplicar una ley que considera inconstitucional.

Esa posición fue luego contorneada en diversos asesoramientos en los que se dijo que la potestad de inaplicar la ley inconstitucional procedía en supuestos de manifiesta e indudable violación legislativa de facultades constitucionales del Poder Ejecutivo Nacional cuando existe un pronunciamiento de CSJN sobre la inconstitucionalidad de la norma en cuestión o cuando media una doctrina judicial reiterada en ese sentido.<sup>54</sup>

Aun cuando esa línea de asesoramientos se haya mantenido en el tiempo, es posible encontrar también algunas excepciones en opiniones posteriores a la

---

de constitucionalidad, por cuanto aceptar que el TFN deba ejercer control de convencionalidad, al mismo tiempo que se le prohíbe ejercer control de constitucionalidad, es un contrasentido” (p. 76).

51 En rigor de verdad, únicamente voto en disidencia del vocal Christian González Palazzo analiza esta cuestión y concluye que, como el tribunal está obligado a realizar el control de convencionalidad, no puede prescindir de realizar el control de constitucionalidad sobre leyes.

52 Ver especialmente Dictámenes 72:137; 67:189 y 156:450.

53 Dictámenes 82:102.

54 Dictámenes 186:140. Sobre el tema, ver Comadira (2019).

reforma constitucional de 1994, especialmente vinculadas a leyes que creaban impuestos o a la revisión de normas locales.

En el año 2002, al revisar un reclamo administrativo previo de una concesionaria vial que objetaba la creación de impuestos nacionales y normas de poder de policía local, la PTN afirmó que

el control de constitucionalidad de las normas jurídicas federales y locales y la preservación de la supremacía prevista en el artículo 31 de la Constitución Nacional se encuentran en nuestro régimen jurídico-político a cargo del Poder Judicial, y revestir de esa atribución al Poder Ejecutivo nacional implicaría una amenaza para las autonomías provinciales.<sup>55</sup>

Luego, en el año 2007, al analizar la petición de reintegro de una tasa con base en que las normas de su creación ya habían sido declaradas previamente inconstitucionales por la CSJN en un caso concreto<sup>56</sup>, la PTN sostuvo que

a tenor del principio de división de poderes, cualesquiera que sean las facultades del Poder Ejecutivo para dejar sin efecto actos contrarios a las leyes, no le corresponde pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de ellas, por revestir el control de constitucionalidad de las normas emanadas del Poder Legislativo una facultad privativa del Poder Judicial.<sup>57</sup>

La cuestión se complejiza nuevamente cuando tenemos que analizarla con los ojos del Estado constitucional y convencional de derecho. Los principios que como *mandatos de optimización*<sup>58</sup> se insertan en el bloque constitucional permiten cierta flexibilización para que el intérprete no deba, como única opción posible, inaplicar la norma cuestionada. Frente a una norma que podría resultar contraria a principios convencionales, quien deba aplicarla puede rea-

---

55 Dictámenes 240:158.

56 Se trataba del célebre precedente dictado en la causa *Selcro* (Fallos: 326:4251), en el que la CSJN declaró la inconstitucionalidad de leyes que delegaban al jefe de Gabinete de la Nación la facultad de fijar elementos esenciales de un tributo.

57 Dictámenes 262:176. Curiosamente, se cita como antecedente para sostener esta doctrina a la opinión sentada en Dictámenes 202:09. Sin embargo, en ese asesoramiento se efectuó un análisis interpretativo de ciertas previsiones de la Ley 21138 y la PTN consideró que “no puede ser tachada de inconstitucional en sede administrativa”

58 Seguimos aquí la postura de Alexy (2007, pp. 67 y ss.), quien, en muy prieta síntesis, afirma que, a diferencia de las reglas que pueden ser o no cumplidas, los principios son mandatos de optimización que mandan a realizarse en la mayor medida de lo posible y teniendo en cuenta las condiciones y posibilidades materiales y jurídicas en el caso concreto.

lizar un control de doble sentido: al primero podemos llamarlo “control de constitucionalidad destructivo”, que es aquel que termina por erradicar una norma del ordenamiento jurídico por ser contraria al reconocimiento de un derecho constitucional (inaplicación lisa y llana); y otro al que podemos llamar “control constructivo”, que a veces se identifica con la interpretación constitucional (Vigo, 2017) y que busca ampliar el alcance de la norma o construir una excepcionalidad en un caso concreto para posibilitar el reconocimiento y el goce de derechos constitucionales.<sup>59</sup> Esta segunda alternativa pretende que la Administración, en lugar de desplazar una norma por inconvencional, dicte actos con el objetivo de compatibilizarla con el ejercicio y reconocimiento de derechos y principios convencionales<sup>60</sup> *en la mayor medida de lo posible*.

Estos tipos de ejercicio de control constitucional que parten de técnicas interpretativas dinámicas para incorporar en el ordenamiento local principios y derechos previstos en la CADH o en instrumentos internacionales pueden encontrarse en asesoramientos que propiciaron la derogación de actos administrativos, por un lado, y, por otro, la abstención de aplicar leyes inconstitucionales.

Dentro del primer conjunto (i. e., desplazamiento del orden jurídico de actos administrativos contrarios a principios convencionales) se enmarcan los asesoramientos de Dictámenes 294:36 y 305:12.

En el primer caso, se analizó la legitimidad de una resolución del Ministerio de Seguridad que dispuso el pase a retiro obligatorio de una agente de la Policía Federal Argentina debido a un “trastorno de identidad sexual”. Esa resolución fue dictada con anterioridad a la sanción de la Ley 26743 que positivizó en nuestro ordenamiento el derecho de toda persona al reconocimiento de su identidad de género, al libre desarrollo de su persona conforme a su identidad de género y a ser tratada de acuerdo a ésta. Para sostener que la mencionada resolución devino ilegítima, la PTN recordó que la Constitución Nacional no establece derechos, sino que reconoce derechos preexistentes y que, en materia de derechos y garantías no reconocidos expresamente, debe primar una “interpretación dinámica de la Constitución Nacional, conforme a la cual el intérprete debe efectuar toda exégesis normativa privilegiando la adaptación continua del texto constitucional a la evolución y cambios que experimenta la vida social”.

---

59 Ver esta distinción sobre tipos de control de constitucionalidad en Sagües (2010, pp. 449 y ss.) y en Albarracín (2021).

60 Algunos autores consideran que la Administración solo puede realizar un tipo de control de convencionalidad constructivo dado que la declaración de inconvencionalidad (i. e., control de tipo destructivo) solo está permitida al Poder Judicial (Montilla Zavalía, 2022; Teney, 2018).

Con cita a precedentes de la CorteIDH,<sup>61</sup> añadió que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación debe evolucionar según los tiempos y las condiciones de vida actuales. Desde esa perspectiva, tachó la resolución bajo análisis como ilegítima porque afecta un derecho que debe ser resguardado y protegido, aun cuando en las normas legales locales haya sido reconocido y reglamentado con posterioridad.

Siguiendo esa línea, en Dictámenes 305:12 del 6 abril de 2018, la PTN se pronunció por la inconstitucionalidad de una previsión del Estatuto para el personal del Banco Central de la República Argentina (BCRA) que contenía un privilegio de ingreso a la planta permanente de la institución a familiares primarios de un empleado que muera estando en actividad.<sup>62</sup>

En el dictamen se afirmó que la previsión estatutaria contenía una categoría sospechosa y, siguiendo la doctrina de la CSJN citada *supra*, debía ser reputada como inconstitucional. Entendió además que una norma que establece un privilegio por razón de nacimiento vulnera el derecho de igualdad y genera una discriminación prohibida por la CADH.<sup>63</sup> Los mismos fundamentos volcados por el procurador son directamente aplicables para el caso de leyes que contengan categorías sospechosas y no pueda justificarse el interés estatal urgente preservado con su inclusión, ni la ausencia de alternativas igualmente eficaces aunque menos gravosas para el derecho afectado. Observamos aquí cómo la doctrina de la CSJN comienza a insertarse en los operadores jurídicos de modo de habilitar a la Administración al ejercicio del control de constitucionalidad, al menos para este tipo de normas con una presunción de inconstitucionalidad.

Lamentablemente, en un dictamen propio del ya pretérito Estado legal de derecho, emitido el 31 de marzo de 2022, se afirmó que el BCRA podía restaurar la derogada previsión solo porque el Convenio Colectivo de Trabajo N° 18/75 para los empleados bancarios contenía una disposición similar. Ninguna consideración se hizo sobre la opinión de 2018.<sup>64</sup>

En cuanto al segundo conjunto (i. e., tipo de control constitucional creativo o constructivo al interpretar el normas de rango legal vigentes o inaplicarlas

---

61 CorteIDH, 24/02/2012, *Atala Riffo y niñas vs. Chile*.

62 Dictámenes 305:12, disponibles en <https://www.ptn.gob.ar/blog/2018/08/27/gen-la-idoneidad/>.

63 Este dictamen en el que el procurador efectúa un control de constitucionalidad sobre un reglamento terminó con la derogación de la disposición en cuestión y con el dictado del Decreto 732/18 por el que el presidente instruyó a la Administración pública centralizada y descentralizada a una revisión de la normativa para disponer la inmediata derogación de las normas internas que establezcan este tipo de privilegios o preferencias.

64 Dictámenes 320:807.



para ampliar derecho personalísimos), pueden encontrarse las opiniones de los Dictámenes 298:301, 309:253 y 319:264.

En el primero de los dictámenes mencionados,<sup>65</sup> la PTN debió pronunciarse sobre una solicitud de ampliación del beneficio previsto en la Ley 25914 debido a la sustitución de identidad sufrida por una menor luego del asesinato de su padre biológico y la desaparición forzada de su madre en la última dictadura militar. La cuestión a resolver concretamente era si el beneficio incluye solo a aquellos menores apropiados o sustraídos por agentes del Estado o si comprende también a niños cuyas identidades fueron sustituidas como consecuencia de la detención ilegal de sus padres, cualquiera sea el responsable de tal sustitución, e incluso cuando haya sido de buena fe (como ocurrió en el caso). La PTN, luego de afirmar la obligación de los Estados de reparar económicamente las consecuencias de violaciones a los derechos humanos y que tal responsabilidad estatal era objetiva, consideró que solo una interpretación amplia del beneficio reconocido por el art. 1° de la mencionada ley era no solo adecuada a derecho, sino también conteste con el compromiso que asumió el Estado frente a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de proveer satisfacción a quienes sufrieron violaciones a sus derechos esenciales durante la dictadura militar.

Posteriormente, en los Dictámenes 309:253 se analizó el reconocimiento de la identidad de género a un particular que no se identificaba con los sexos masculino ni femenino.<sup>66</sup> Partiendo de una hermenéutica de la Ley de Identidad de Género 26743, el entonces procurador del Tesoro Bernardo Saravia Frías llegó a la conclusión de que ninguna previsión legal obligaba a una categorización binaria en el Documento Nacional de Identidad, aunque tampoco existía una norma que permita acceder a la petición del particular de no ser “identificado” de forma binaria. Este caso administrativo no previsto, según la calificación de Linares (1976), que se configuraba por la incompletitud de la Ley 26743 en su definición de identidad de género, se resolvió acudiendo a una tarea interpretativa de valoración y ponderación guiada por el principio *pro homine* establecido en la CADH y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos para recomendar hacer lugar a la pretensión del particular.

Sobre este último dictamen sin dudas hay mucho para reflexionar. Pero en lo que al tema de esta exposición interesa, solo quiero remarcar que, si se considera a los derechos humanos como principios o “mandatos de optimización”

---

65 Dictámenes 298:301 del 19 de septiembre de 2016.

66 Dictámenes 309:253 del 28 de junio de 2019.

que deben ser realizados en la mayor medida posible, se exige que el intérprete jurídico (el juez, aunque también en muchos casos la Administración) ejerza un control de las normas o, al menos, goce de discrecionalidad en su interpretación con el firme objetivo de adoptar conductas protectorias y no regresivas del derecho humano en juego.

Finalmente, en los Dictámenes 319:264, la PTN debió expedirse sobre si era jurídicamente viable que una entidad de medicina prepaga (EMP) cobrara un valor diferencial y adicional a la cuota del plan de salud para que una embarazada pudiera acceder a la cobertura médico-asistencial. En concreto, debió establecerse si la Superintendencia de Servicio de Salud (SSS) podía considerar a una situación de embarazo como una enfermedad o situación preexistente que, en los términos del art. 10 de la Ley 26682, autoriza al cobro de valores adicionales para la admisión de nuevos afiliados a las EMP. La PTN empezó por sostener que el embarazo no puede constituir una situación de preexistencia porque una hermenéutica de la ley lleva a considerar que esa situación debe estar necesariamente vinculada a una “enfermedad”. Seguidamente, sostuvo que una interpretación en contrario sería inconstitucional por oponerse a la CADH y a la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, ambos tratados de jerarquía constitucional conforme el art. 75, inc. 22 de nuestra Constitución Nacional.

El criterio rector que debe ser guía de toda interpretación de normas que reglamenten derechos humanos es el denominado *pro homine* o *pro persona*, principio que impone acudir a la norma más amplia a la interpretación más extensiva cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la interpretación más restringida cuando se trate de establecer restricciones al ejercicio de esos derechos.<sup>67</sup> Con base en ello, la PTN sostuvo que la SSS no podía autorizar a que las EMP cobraran valores adicionales o condicionaran el ingreso de mujeres embarazadas.

Aunque la línea de las opiniones de la PTN sobre la cuestión haya sido un tanto zigzagueante, puede concluirse que en los últimos años ha reconocido mayores potestades para que el Poder Ejecutivo pueda modular los alcances de una norma con el objetivo de garantizar el pleno ejercicio o reconocimiento de derechos humanos y principios previstos en la Constitución y los tratados internacionales con jerarquía constitucional.

---

67 Dictámenes 3191.264 con cita a Pinto (1997)

## 6. Opinión personal

Coincido con la PTN y con aquellos autores que admiten la posibilidad de que el Poder Ejecutivo se abstenga de aplicar leyes que manifiestamente sean inconstitucionales, que ya hayan sido declaradas como tales por la CSJN o por consistente jurisprudencia a nivel de cámara, o que puedan presumirse inconstitucionales por contener categorías sospechosas de discriminación según la ya citada jurisprudencia de la CSJN. El presidente tiene también la obligación de modificar o dejar sin efecto aquellos reglamentos que adolezcan del mismo defecto.

Por aplicación del art. 109 de la CN, sin embargo, considero que el Poder Ejecutivo no puede juzgar o considerar inconstitucionales normas legales que no hayan sido así declaradas por el Poder Judicial o que ostenten de presunción de constitucionalidad. Ello no impide que, acudiendo a diferentes técnicas de interpretación, pueda realizar un control de constitucionalidad constructivo para llegar a una aplicación de la norma que la vuelva compatible con todo el ordenamiento jurídico y especialmente con los principios internacionales de derechos humanos, en consonancia con la citada jurisprudencia de la CorteIDH.

Añado dos cuestiones, a mi juicio, esenciales: la primera es que con esta postura no pretendo poner en juego el principio republicano de división de poderes. Entiendo que, desde una visión sistémica, tal principio debe concebirse como un complejo haz de relaciones de control, colaboración y coordinación. La división y armonía de poderes, como enseñaba Joaquín V. González (1991, pp. 309), implica que las distintas funciones puedan ejercerse de forma interrelacionada. Esto supone que, aunque le corresponda al Poder Judicial la última palabra sobre la validez o invalidez constitucional de una norma, el Poder Ejecutivo puede efectuar una interpretación dinámica o creativa para armonizar la norma con el pleno ejercicio de derechos o, en última instancia, evaluar que su aplicación en un caso concreto no se contraponga con la vigencia y el goce de derechos y principios constitucionales. El principio de división de poderes funciona como una garantía para la protección de derechos (Bianchi, 1995) y, como tal, no puede ser un fundamento para restringir una potestad inherente del Poder Ejecutivo que, en situaciones de urgencia impostergable, lo habilita a abstenerse de aplicar leyes que carecen de presunción de constitucionalidad por contener categorías sospechosas de discriminación (Sammartino, 2023, p. 137).

Desde ya que la inaplicabilidad de una ley inconstitucional, en tanto excepcional, debería ser decidida por el presidente siguiendo la opinión del máximo organismo asesor, salvo que existan fallos de CSJN o reiterada jurisprudencia de cámara que declaren la inconstitucionalidad de la norma en cuestión.

La segunda cuestión es que si interesa el contenido de la ley o norma bajo análisis. La actuación del Poder Ejecutivo frente a una ley de dudosa constitucionalidad no responde únicamente a la necesidad de mantener el imperio de la juridicidad y la vigencia del principio de supremacía de la Constitución Nacional. En el Estado constitucional de derecho, esta potestad se funda también en el deber de garantizar “en la mayor medida posible” el goce y reconocimiento de derechos humanos. De allí que el intérprete jurídico, a la hora de evaluar la compatibilidad constitucional, pueda optar tanto por su inaplicabilidad (de modo excepcional y en casos debidamente justificados) o por el dictado de actos que tiendan a armonizarlas con el contenido esencial de los derechos y principios en juego (control de constitucionalidad o interpretación jurídica constructiva).

Entender que los derechos humanos o los principios constitucionales son textos abiertos, como dijo Hart (1963), o dúctiles, como los clasificó Zagrevelsky (1995), es aceptar un rol preponderante del operador jurídico en la configuración de su contenido. Para ello no debemos caer en la tentación utópica e irrealizable de entender que toda necesidad engendra por sí misma un derecho protegido; menos aún generar revoluciones costosas en términos económicos, sociales y culturales para convertir demandas minoritarias (y muchas veces injustificadas) en estandartes de lucha por un interesado y esquivo progresismo. Es indispensable construir sus límites y alcances partiendo de un sano consenso y sobre bases éticas indiscutibles: el centro de todo sistema jurídico debe ser la protección de la persona humana desde su concepción hasta su muerte, entendida esta como un fin en sí misma (Santiago, 2022). Solo así podremos concebir al derecho administrativo como lo que realmente es: un dispositivo imprescindible para el logro de la paz social y, con ella, del bienestar general.

## Bibliografía

- Albarracín, A. A. (2021). Fundamentos jurídicos del Control de Convencionalidad y su relación con el Control de Constitucionalidad. Alcance posible del Control de Convencionalidad por la Administración. *La Ley*, 2021-F. TR LALEY AR/DOC/3012/2020.
- Alexy, R. (2017). *Teoría de los derechos fundamentales* (2ª ed.). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Bertazza, H. J. (Dir.). (2019). *Ley 11.683 de Procedimiento Fiscal comentada*. La Ley.
- Bianchi, A. (1992). *Control de constitucionalidad*. Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma.

- Bianchi, A. (1995). ¿Tiene fundamentos constitucionales el agotamiento de la instancia administrativa? *La Ley*, 1994-A, 397.
- Bidart Campos, G. J. (2000). *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino* (Nueva edición ampliada y actualizada a 1999-2000, tomo 1-A). Ediar.
- Bidegain, C. M. (1983). El control de constitucionalidad y la Procuración del Tesoro. En *120 años de la Procuración del Tesoro 1863-1983*. Eudeba.
- Buteler, A. (2015). La interpretación de la Constitución en sede administrativa. *Revista de Investigações Constitucionais*, 2(3), 169-182. 2015. <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i3.44533>.
- Cassagne, J. C. (2011). *Curso de Derecho Administrativo*. La Ley.
- Cianciardo, J., Toller, F. y Giardelli, L. (2008). Los estándares para juzgar normas que realizan distinciones. Paralelismo entre la doctrina de la Corte Suprema estadounidense y del Sistema Interamericano sobre el derecho a la igualdad. *La Ley*, diciembre. TR LALEY AR/DOC/2998/2008.
- Comadira, J. P. (2015). Del escrutinio estricto de la Corte estadounidense a la presunción de inconstitucionalidad en el derecho argentino y su impacto en el derecho administrativo. *Suplemento de Derecho Administrativo, El Derecho*, 2/10/2015, (Número Especial en recuerdo de Julio Rodolfo Comadira), 8 y ss.
- Comadira, J. P. (2019). La Administración Pública frente a la ley inconstitucional o inconvenional en la Argentina. En *Estudios de derecho administrativo* (pp. 3-30). Cathedra Juridica.
- Comadira, J. P., Comadira, F. G., Herrero, M. C. y Comadira, M. V. (2022). El principio de juridicidad cuando es vulnerado y la anulación de oficio del acto administrativo en el pensamiento del profesor Julio Rodolfo Comadira. *Revista de Derecho Administrativo*, (143), 255-291.
- Comadira, J. R. (1989). La posición de la Administración pública frente a la ley inconstitucional. *Revista de Estudios en Derecho Administrativo (REDA)*, (1).
- Comadira, J. R., Escola, H. J. y Comadira, J. P. (2012). *Curso de derecho administrativo* (Tomo 1). Abeledo Perrot.
- Corti, A. (2010). Acerca de la competencia del Tribunal Fiscal de la Nación para declarar la inconstitucionalidad de las leyes. En *Tribunal Fiscal de la Nación. A los 50 años de su creación* (Vol. 2). EDICOM.
- Dromi, J. R. (2015). *Derecho Administrativo* (13ª ed.). Ciudad Argentina.
- Farruggia Valdivieso, G. (2022). *Control de constitucionalidad del Tribunal Fiscal de la Nación* (tesis de maestría en Derecho Administrativo). Universidad Austral (inédita).
- Garbarino, P. (19 de mayo de 2019). Las normas que prohíben al Tribunal Fiscal de la Nación ejercer el control de constitucionalidad son palmariamente inconstitucionales. *Diario DPI*.
- Gelli, M. A. (2006). *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada* (3ª ed.). La Ley.
- Giardelli, L. (2006). El derecho a la igualdad y el sistema de escrutinios (*pro manuscripto*).
- Giuliani Fonrouge, C. M. (1987). *Derecho financiero* (4ª ed. actualizada por S. C. Navarrine y R. O. Azorey, tomo I). Depalma.
- Gómez, T., Folco, C. M. (2018). *Procedimiento tributario. Ley 11.683. Decreto 618/97* (9ª ed.). La Ley.
- González, J. V. (1991). *Manual de la Constitución Argentina* (ed. Actualizada). Editorial Estrada.
- Hart, H. (1963). *El concepto del Derecho*. Abeledo-Perrot.
- Linares, J. F. (1976). *Caso administrativo no previsto*. Astrea.

- Linares, J. F. (1986). *Derecho Administrativo*. Astrea.
- Linares Quintana, S. V. (1985). Fray Mamerto Esquiú, el santo de la Constitución. *Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*, XIV, 353-420. [https://www.ancmyp.org.ar/user/CONTINUACION-ANALES/22\\_XIV.PDF](https://www.ancmyp.org.ar/user/CONTINUACION-ANALES/22_XIV.PDF).
- Mairal, H. A. (2022). *Control judicial de la Administración Pública*. La Ley.
- Manili, P. L. (2021). *Tratado de Derecho Constitucional Argentino y Comparado* (Tomo IV). La Ley.
- Manili, P. L. (2022). Los tribunales administrativos, el control de constitucionalidad y la división de poderes. *La Ley*. TR LALEY AR/DOC/2148/2022.
- Marienhoff, M. S. (2000). *Tratado de Derecho Administrativo* (Tomo I). Abeledo Perrot.
- Monti, L. M. (2023a). La Administración Pública frente a la ley inconstitucional e inconvencional. Reflexiones. Interrogantes. *Boletín Jurídico de la Escuela de Abogados del Estado de la Procuración del Tesoro de la Nación*, (17). [https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/2020/12/bj\\_eca17-23.pdf](https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/2020/12/bj_eca17-23.pdf).
- Monti, L. M. (2023b). La Administración Pública frente a la ley inconstitucional e inconvencional. Reflexiones. Interrogantes. *Revista de Derecho Administrativo* (148), 13-19.
- Montilla Zavalia, F. A. (2022). ¿El Estado litigante puede pedir la declaración de inconstitucionalidad de sus normas? Dilema ético y jurídico. *La Ley*. TR LALEY AR/DOC/1490/2022.
- Muñoz, R. A. (h) (15 de septiembre de 2017). Control de convencionalidad por la administración pública. *La Ley*, 15/09/2017. TR LALEY AR/DOC/2376/2017.
- Pinto, M. (1997). El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos. En Abregú, M. (Comp.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales* (Vol. I, pp. 163-172). Editores del Puerto.
- Quiroga Lavié, H., Benedetti, M. A. y Cenicacelaya, M. N. (2001). *Derecho Constitucional Argentino* (Tomo I). Rubinzal-Culzoni.
- Rabbi-Baldí Cabanillas, R. (2019). *Teoría del Derecho* (5ª ed. corregida, aumentada y actualizada con el Anteproyecto de reformas al Código Civil y Comercial y el Proyecto de reforma al Código Penal de la Nación). Ábaco.
- Sagüés, N. P. (2002). *Derecho Procesal Constitucional* (4ª ed., tomo I). Astrea.
- Sagüés, N. P. (2010). El control de convencionalidad como instrumento para la elaboración de un *ius commune* interamericano. En Von Bogdandi, A., Ferrer Mac-Gregor, E., Morales Antoniazzi, M. (Coords.), *La Justicia Constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un *ius constitutionale commune* en América Latina?* (Tomo II, pp. 45-68). UNAM/Max Planck Institut.
- Sammartino, P. M. E. (2012). *Amparo y Administración en el Estado constitucional social de Derecho* (Tomo I) Abeledo Perrot.
- Sammartino, P. M. E. (2023). Reflexión sobre el uso de las palabras en el ámbito público. En *Potestades Administrativas y Garantías en el Estado Constitucional contemporáneo*. Escuela de Abogados del Estado de la Procuración del Tesoro de la Nación. [https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/2023/11/libro\\_eca\\_potestades\\_administrativas-final.pdf](https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/2023/11/libro_eca_potestades_administrativas-final.pdf).
- Santiago, A. (2020). *Principio de subsidiariedad y margen nacional de apreciación*. Astrea.
- Santiago, A. (2022). *La dignidad de la persona humana. Fundamento del orden jurídico nacional e internacional*. Ábaco.
- Schmitt, C. (1971). *Legalidad y legitimidad*. Aguilar.
- Spisso, R. (2014). *Acciones y recursos en materia tributaria* (4ª ed., tomo I). Abeledo Perrot.

- Tenev, M. J. (2018). ¿Es posible que los órganos de la Administración Pública practiquen el control de convencionalidad? *DPI, Diario Constitucional y Derechos Humanos*, (178).
- Vigo, R. L. (2017). Interpretación y control constitucional: dos caracterizaciones y algunas proyecciones e implicancias. *Jurisprudencia Argentina*, 2017-III, 968.
- Zagrebelsky, Gustavo (1995). *El derecho dúctil*. Trotta.

## Jurisprudencia citada

### Corte Interamericana de Derechos Humanos

- Almonacid Arellano*, Serie C Nº 154 (2006).
- Atala Riffo y niñas v.s Chile*, Serie C Nº 239 (2012).
- Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, Serie C Nº 220 (2010).
- Chocrón Chocrón vs. Venezuela*, Serie C Nº 227 (2011).
- Fontevicchia y D'Amico vs. Argentina*, Serie C Nº 238 (2011).
- Gelman vs. Uruguay*, Serie C Nº 221 (2011).
- López Mendoza vs. Venezuela*, Serie C Nº 233 (2011).
- Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*, Serie C Nº 259 (2012).
- Pavez Pavez vs. Chile*, Serie 449 (2022).
- Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*, Serie C Nº 282 (2014).
- Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, Serie C Nº 174 (2006).

### Corte Suprema de Justicia de la Nación

- Bahamondez, Marcelo s/medida cautelar*, Fallos: 316:479 (1993).
- Bruno, Raúl Osvaldo s/amparo*, Fallos: 311:460 (1988).
- C.J.C. c/Estado Nacional – Ministerio de Defensa – Ejército s/daños y perjuicios*, Fallos: 343:264 (2020).
- Deledda, Francisco y otros c/Poder Ejecutivo Nacional s/acción de amparo*, Fallos: 311:1313 (1988).
- Espósito, Miguel Ángel s/incidente de prescripción de la acción penal*, Fallos: 327:5668 (2004).
- Gottschau*, Fallos: 329:2986 (2006).
- Hooft*, Fallos: 327:5118 (2004).
- Ingenio y Ref. San Martín del Tabacal S.A. c/Gobierno de la Provincia (Salta) s/contencioso administrativo*, Fallos: 269:243 (1967).
- Mantecón Valdez*, Fallos: 331:1715 (2008).
- Mazzeo, Julio y otro s/recurso de casación*, Fallos: 330:3248 (2007).
- Mendoza, Gobierno de la Provincia de c/Nación, Gobierno de la s/inconstitucionalidad del decreto nacional Nº 1560/73*, Fallos: 298:511 (1977).
- Pérez Ortega*, Fallos: 336:131 (2013).
- Repetto*, Fallos: 311:2272 (1988).
- S., J. L. c/Comisión Nac. Asesora para la Int. De Personas Discapac. Y otro s/amparo*, CCF 12922/2006/CA2-CS1 (2017).
- Selcro S.A. c/Jefatura de Gabinete M° s/Amparo*, Fallos: 326:4251 (2003).
- Simon, Julio Héctor y otros s/privación ilegítima de la libertad*, Fallos: 328:2056 (2005).

*Sindicato de la Industria de la Alimentación c/Ministerio de Trabajo*, Fallos: 319:1420 (1996).  
*Videla, Jorge Rafael, Massera Emilio Eduardo s/Recurso de Casación*, Fallos: 333:1657 (2010).

### **Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal**

Sala II, *Abbot Laboratories Argentina SA (TFN 91797434-A) c/DGA*, Expte N° 44532/2023 (2024).  
Sala IV, 10/03/2016, *Aseguradora de Créditos y Garantías S.A. s/recurso directo*, Expte. N° 46.118/2016 (2016).