

¿AUTONOMÍA PERSONAL VS. AUTONOMÍA PROVINCIAL? EL CASO DE LAS LEYES NACIONALES DE ORDEN PÚBLICO EN EL SISTEMA FEDERAL ARGENTINO

Damián AZRAK*

SUMARIO: I. *Introducción y planteo del conflicto.* II. *Esclareciendo el significado de las leyes de orden.* III. *Breve repaso por los elementos en colisión: el federalismo argentino y la autonomía personal.* IV. *Reinterpretando las leyes de orden público bajo el paradigma de la autonomía personal en un sistema federal.* V. *A modo de cierre.* VI. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN Y PLANTEO DEL CONFLICTO

Escena de un país cualquiera: luego de un debate intenso, de movilización popular, se sanciona en el Congreso Nacional una ley que regula estándares mínimos de derechos humanos (supongamos, salud, educación o elija el que más le guste), para todas y todos los habitantes del país.

Días, meses después, la ciudadanía de una provincia determinada empieza a exigir lo que la normativa prometía. Sin embargo, para su sorpresa, o no tanta, la provincia se rehúsa a cumplir, afirmando que no se encuentra obligada por esa ley y poniendo el federalismo como escudo.

Cualquier semejanza con la realidad argentina no es pura casualidad, por lo que en este trabajo se indagará qué sucede cuando desde el Estado central y sus poderes se dictan normas “de orden público” de derechos humanos que tienen pretensión de universalidad nacional; qué significado se

* Parte de las ideas sobre las que trabajo en este artículo han sido analizadas con mayor detenimiento en mi tesis de Maestría en Derecho Constitucional y Derechos Humanos de la Universidad de Palermo. Agradezco a Federico Orlando, Romina Faerman y Vladimir Chorny Elizalde por sus comentarios y sugerencias a versiones previas a este artículo. El resultado final y los errores que subsisten, claro, es atribuible únicamente a mi persona. correo electrónico: daazrak@gmail.com.

le debe asignar a esta fórmula que se proyecta mágica, su vínculo con la autonomía personal y su compleja relación con el modelo federal argentino.

Previo a ello, ahora sí, por fuera de ese escenario imaginario, se planteará el conflicto en un contexto argentino:

La maximización de derechos y con ello, de la autonomía personal, a partir de la reforma constitucional de 1994, trajo consigo una modificación sustancial al sistema jurídico tal como se lo venía comprendiendo. Los reclamos sociales se comenzaron a articular, principalmente, en clave de derechos y, por tanto, todos los poderes estatales, a todo nivel, se vieron obligados a repensarse o deberían hacerlo.

En este contexto, el Poder Legislativo no fue la excepción y se vio compelido a repensarse y actuar en consecuencia, aunque muchas veces, podría decirse, de manera deficiente. Así, dentro de otras cosas, ha dado jerarquía constitucional a ciertos tratados de derechos humanos y se han sancionado leyes que regulan, implementan y hacen efectivos derechos reconocidos a nivel internacional. En estos últimos casos, es usual encontrarse con que dicha normativa incluye en su articulado la fórmula, eje de este artículo, que prescribe: *la presente ley es de orden público*.

Al ingresar al sistema *online* de búsqueda de leyes¹ y poner en el motor de búsqueda *orden público* (con y sin tilde), resulta que 303 normas² han incorporado esta fórmula en su texto. De esa totalidad quisiera destacar aquellas que regulan derechos fundamentales y que tiene como objetivo su aplicación directa en todo el territorio nacional: Ley 26.160, Ley de Emergencia en materia de posesión y propiedad de las tierras que tradicionalmente ocupan las comunidades indígenas originarias del país, artículo 6o., Ley 26.657, Ley Nacional de Salud Mental, artículo 45, Ley 26.061, Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, artículo 2o., Ley 26.485, Ley de Protección Integral a las Mujeres, artículo 1o., Ley 24.240, Ley 26.682, Marco Regulatorio de Medicina Prepaga, artículo 28.

Esta fórmula aún sigue siendo objeto no sólo de interpretación sino también de polémica. Por un lado, aquellas personas que bogan por la efectiva tutela de los derechos que la ley legisla, la utilizaron como una herramienta de lucha y exigencia. Sostienen, en consecuencia, que el Congreso Nacional ha dictado esta normativa que regula derechos fundamentales con un claro propósito universalista y de aplicación automática. Universalista, porque el reconocimiento de derechos es para toda la ciudadanía, independientemente del lugar de residencia, y de aplicación automática, porque

¹ Véase <http://www.infoleg.gob.ar>.

² Consulta realizada el 19 de julio de 2016.

su vigencia no requiere ni ley propia ni de adhesión a nivel local, una vez sancionada por el Congreso Nacional, rige en su integridad en territorio provincial.

Las provincias, por el contrario, se proclaman invadidas porque aquello que se regula pertenece a la esfera de su autonomía. En esta línea, se oponen a la vigencia automática, directa y plena de dicha norma en suelo local. Argumentan, consecuentemente, que para generar obligación a ese nivel, se requiere que exista una voluntad provincial, mediante la sanción de una norma propia que incorpore la normativa nacional.

II. ESCLARECIENDO EL SIGNIFICADO DE LAS LEYES DE ORDEN

Guillermo Borda afirma que una cuestión es de orden público, cuando responde a un interés general, colectivo, por oposición de orden privado, en las cuales sólo se juega un interés particular. Por eso, afirma, son irrenunciables, imperativas; por el contrario, las de orden privado son renunciables, permisivas, confieren a los interesados la posibilidad de apartarse de sus disposiciones y sustituirlas por otras.³ Bueres y Highton aportan que:

...es de la esencia del orden público su variabilidad y mutabilidad de manera que en una norma de Derecho Público o de Derecho Privado, puede —en determinado momento o época— estar presente la noción de orden público, porque su acatamiento garantiza principios comprometidos con el bienestar general y orientados a la defensa y conservación de la organización social establecida. Y también ocurre que un cambio de circunstancias económicas o políticas influye de tal modo en el aspecto jurídico, que una norma que hasta ese momento involucraba principios de orden público, afectada por el cambio operado, aparezca despojada del carácter que revestía.⁴

En el nuevo Código Civil, en el artículo 12, se introduce esta fórmula, de la siguiente forma:

Orden público. Fraude a la ley. Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está interesado el orden público. El acto respecto del cual se invoque el amparo de un texto legal, que persiga un resultado sustancialmente análogo al prohibido por una nor-

³ Borda, Guillermo, “Concepto de ley de orden público”, *Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, vol. 58, 1997 [1950].

⁴ Bueres, A. y Highton, E., *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 1995, p. 57.

ma imperativa, se considera otorgado en fraude a la ley. En ese caso, el acto debe someterse a la norma imperativa que se trata de eludir.⁵

Sobre este artículo, en el Código Civil comentado que dirige Ricardo Lorenzetti, se expresa que:

El orden público es regulado mediante una cláusula general, que implica un límite al ejercicio de los derechos individuales fundado en razones generales...⁶

El orden público es regulado mediante una cláusula general, que implica un límite al ejercicio de los derechos individuales fundado en razones generales. A fin de facilitar la comprensión, pueden darse algunos ejemplos:⁷

El orden público de protección de la parte más débil: las partes pueden haber emitido correctamente su declaración, pero hay una vulnerabilidad económica o cognitiva que lleva a proteger a la parte débil. La intervención tiene vocación de permanencia; no es coyuntural o transitoria. No es una intervención que distorsiona la autonomía, sino que la mejora, fortaleciendo la igualdad.⁸

Gustavo Arballo, comienza una *entrada* sobre el tema en su reconocido blog, *Saber leyes no es saber derecho*, manifestando que “así como en derecho hay «mitos» populares, aquí estamos frente a uno de los mitos «técnicos», «bastante bien conocido»”.⁹ Y termina su postura diciendo que:

Tienen razón Bueres y Highton en lo que sugieren, de que cuando el legislador usa la palabra “orden público” cuando una ley le parece importante o conflictiva (y, por tanto, quiere que tenga un tratamiento muy deferente por parte de los jueces al aplicarla). En cualquier caso, decir que algo es “de orden público”, es, como decía Alf Ross (de la justicia) pegar un golpe sobre la mesa. Efectista, pero no racional, no convincente.¹⁰

Finalmente, a los efectos de lograr la mejor interpretación posible de la *muletilla* en análisis, se podría afirmar que este ejercicio interpretativo no debería ser encarado de manera individual, aislada, en la cual cada interprete

⁵ Código Civil y Comercial de la Nación, artículo 12.

⁶ Lorenzetti, Ricardo, *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2014, p. 67.

⁷ *Ibidem*, p. 68.

⁸ *Ibidem*, p. 69.

⁹ Arballo, Gustavo, *Saber leyes, no es saber derecho*, blog, publicación del 5 de mayo de 2009, disponible en: <http://www.saberderecho.com/2009/05/la-ley-y-el-orden-publico.html>.

¹⁰ *Idem*.

ensaya su preferencia y la viste con palabras jurídicas, sino producto de un ejercicio colectivo destinado a generar un común entendimiento sobre la temática constitucional que se esté analizado. Así, la interpretación debe realizarse buscando la coherencia, tomando en cuenta lo que otras personas han venido diciendo, analizado y desarrollado y los otros compromisos asumidos como comunidad. En palabras de Carlos Nino existe un deber de considerarse a uno mismo como el arquitecto/a de la catedral que se viene construyendo por años, de mano en mano¹¹ o en términos de Dworkin, como alguien que se encarna en la pluma del escritor/a de una novela en cadena que tiene un capítulo antes y un capítulo después, que alguien distinto escribirá.¹² Para ello, la interpretación de las cláusulas debería basarse en una exploración y debate sobre la mejor justificación en términos de principios para las instituciones constitucionales, pero también tomando en cuenta las decisiones institucionales precedentes de la Corte Suprema, el Congreso y tratando de consolidar el aprendizaje que nuestra historia constitucional pueda permitirnos.¹³

En segundo lugar, la Corte Suprema de Justicia de la Nación reiteradamente ha manifestado que una correcta tarea interpretativa debe realizarse respetando la *unidad sistemática* de la ley fundamental. Así, el alto tribunal ha señalado el que:

La interpretación del instrumento que nos rige no debe, pues, efectuarse de tal modo que queden frente a frente los derechos y deberes por él enumerados, para que se destruyan recíprocamente. Antes bien, ha de procurarse su armonía dentro del espíritu que les dio vida; cada una de sus partes ha de entenderse a la luz de las disposiciones de todas las demás, de tal modo de respetar la unidad sistemática de la Ley Suprema.¹⁴

Hasta aquí he esbozado una somera idea de qué y cómo se viene interpretando el concepto en análisis. Sin embargo, para una mejor comprensión deberíamos reflexionar cómo se relaciona y qué impacto tiene con el diseño institucional argentino, especialmente con el sistema federal, pues recuérdese que este grupo de leyes son dictadas con la expectativa influir automáticamente en todo el territorio nacional de igual manera.

¹¹ Nino, Carlos Santiago, *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y político de la práctica constitucional*, 3a. ed., Buenos Aires, Astrea, 2005, p. 197.

¹² Dworkin, Ronald, *Law's empire*, Cambridge, Belknap Harvard, 1986.

¹³ Maurino, Gustavo, "Pobreza y discriminación: la protección constitucional de los más humildes", en Alegre, Marcelo y Gargarella, Roberto, *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007.

¹⁴ Corte Suprema Argentina, *Asociación de testigos de jehová c/Consejo Provincial de Educación de Neuquen s/acción de inconstitucionalidad*, 2005.

III. BREVE REPASO POR LOS ELEMENTOS EN COLISIÓN: EL FEDERALISMO ARGENTINO Y LA AUTONOMÍA PERSONAL

1. *Federalismo*

En esta línea, comenzaré por definir, simplemente, el sistema federal a partir de su característica más básica: la división de competencias entre las unidades estatales de un mismo país. Robert Dahl explica que el federalismo es:

Un sistema en el cual algunos asuntos son de competencia exclusiva de algunas unidades locales —cantones, estados, provincias— y están constitucionalmente más allá del área de competencia del gobierno nacional; y en donde algunos otros asuntos quedan constitucionalmente fuera del área de competencia de las unidades pequeñas.¹⁵

El modelo federal desde una perspectiva histórica argentina, no es una mera forma de organización institucional ni una característica más del sistema, sino que fue, podría decirse, una pieza fundamental a la hora de consagrar la unión nacional.¹⁶ La atomización del poder, el rol protagónico compartido de las unidades provinciales, fueron el David del *Goliath regional*, como Feletti y Gibson llaman a Buenos Aires¹⁷ o la *carta de triunfo* frente a los abusos por parte del poder central, en palabras de Ronald Dworkin.

Las provincias, no dispuestas a entregar todo el poder al Estado nacional, querían reservarse para sí la mayor cantidad de autonomía, pero aceptaban, en cambio, entregar a la nación todo aquello que se requiera para llevar adelante la empresa nacional.¹⁸

En este mismo sentido, Stepan hace una interesante clasificación de los estados federales: los denominados *hold together* y *come together*.¹⁹ Las del primer tipo, surgen de una lógica histórica y política distinta a la argentina. Estos países eran sistemas políticos con rasgos fuertemente unitarios que

¹⁵ Dahl, Robert, “Federalism and the Democratic Process”, *Democracy, Identity and Equality*, Oslo, Norwegian University Press, 1986, p. 114.

¹⁶ Saguir, J., *¿Unión o secesión? Los procesos constituyentes en Estados Unidos (1776-1787) y Argentina (1810-1862)*, Buenos Aires, Prometeo Libros, 2007.

¹⁷ Gibson, E. L. y Falletti, T. G., “Unity by the Stick”, en Gibson, E. L., *Federalism and Democracy in Latin America*, Baltimore, The Johns Hopkins University Press, 2004.

¹⁸ Agulla, J. C., *Federalismo y centralismo*, Buenos Aires, Ediciones Libera, 1967.

¹⁹ Stepan, Alfred, *Toward a New Comparative Analysis of Democracy and Federalism: Demos Constraining and Demos Enabling Federations*, *Conference on Federalism, Democracy and Public Policy*, México, Centro de Investigaciones y Docencia Económicas, 1999.

tomaron la decisión de que la mejor manera de mantenerse unidos sería transformar sus sistemas políticos en federaciones.

Argentina —al igual que Estados Unidos— pertenece al segundo grupo. Este tipo de arreglo federal, consiste en que son las unidades previamente soberanas que hacen un pacto, cediendo su soberanía a una nueva unidad estatal y reservándose ciertas facultades para sí. Este acuerdo se ve reflejado en nuestra constitución a lo largo de la distribución de facultades y alcance de las competencias de los diferentes niveles gubernamentales.

Resumidamente,²⁰ diré que en Argentina existen producto de este proceso histórico, dos principios rectores que marcan la división de competencias entre los distintos niveles estatales. En ellos se recogen las históricas intenciones constitucionales: la preexistencia de las unidades provinciales, el respeto por la autonomía local y la delegación expresa de competencias a los efectos de generar un Estado nacional, en conjunto.

El primer principio, el de la *residualidad de las competencias provinciales*, se encuentra contenido en el artículo 121 de la Constitución Nacional: “las provincias conservan todo el poder no delegado por esta constitución al gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al momento de su incorporación”. En definitiva, conservan todas las facultades que no hayan expresamente delegado.

El segundo principio, relacionado con el anterior, de *taxatividad de las competencias federales*, se encuentra receptado en el artículo 126 el cual expresa que *las provincias no pueden ejercer el poder delegado a la Nación* y, por tanto, el gobierno federal, sólo podrá ejercer las taxativamente delegadas.

Existen además de los dos tipos de competencias que devienen directamente de la aplicación de estos principios mencionados (las federales y provinciales), otro tercer grupo que fue ganando espacio con el paso del tiempo: las competencias concurrentes, que vienen a diluir la barrera absoluta de lo federal/provincial.

En lo que sigue, una mínima descripción de cada una de ellas a los efectos de adentrarse en el tema principal de este texto.

Competencias federales: Desde el cuerpo legal, la identificación de las competencias federales resulta relativamente sencilla de delimitar; el artículo 75 establece cuáles son las facultades del Poder Legislativo nacional, el artículo 99 hace lo suyo respecto al Poder Ejecutivo nacional, los artículos 116 y 117,

²⁰ Sobre el reparto de competencias, seguiré lo que escribí en los “Comentarios de la constitución argentina. Jurisprudencia y doctrina: una mirada igualitaria”, en Azrak, Damián, “El federalismo en la Constitución Nacional”, en Gargarella, Robreto y Guidi, Sebastián, *Comentarios de la constitución de la nación argentina. jurisprudencia y doctrina: una mirada igualitaria*, Buenos Aires, Editorial La Ley, 2016.

mencionan las competencias del Poder Judicial federal, y al mismo tiempo rige el principio de *taxatividad* del artículo 126, demarcando nuevamente los campos que son de sola competencia del Estado nacional.

Las competencias provinciales: Sin perjuicio de todas las competencias resultantes de la aplicación de los principios de residual y de taxatividad, en el texto constitucional también se encuentran las competencias exclusivas de las provincias. Entre las que la Constitución establece expresamente, se encuentran la facultad de dicta su propia constitución asegurar la administración de justicia, su régimen municipal y el sistema educativo (artículos 5o. y 123 Constitución Nacional); se dan sus propias instituciones locales y se rigen por ellas, eligiendo sus representantes y demás funcionales de la provincia (artículo 122 Constitución Nacional); crear regiones para el desarrollo económico y social, celebrar convenios internacionales que no sean incompatibles con la política exterior de la nación, el dominio originario de los recursos naturales (artículo 124), celebrar tratados parciales para la administración de justicia, de intereses económicos y trabajos de utilidad común, con conocimiento del Congreso federal, promover su industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad provincial, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la exploración de sus ríos, por leyes protectoras de estos fines, y con sus recursos propios, conservar organismos de seguridad social para los empleados públicos y los profesionales; y promover el progreso económico, el desarrollo humano, la generación de empleo, la educación, la ciencia, el conocimiento y la cultura (artículo 125 Constitución Nacional).

Las competencias concurrentes: Existen competencias comunes entre el Estado federal y las provincias. Entre ellas, encontramos las expresamente reconocidas en los artículos 41, 75 inciso 12, 17 y 18.

2. *Autonomía personal*

Si bien la regulación del principio/derecho a la autonomía personal se encuentra regulada en el artículo 19 de la Constitución Nacional, en el juego de ese artículo con el resto de la normativa y práctica constitucional, se puede encontrar la mejor interpretación del mismo.

Al respecto, Carlos Nino, uno de los autores que más ha trabajado en la temática, expresó que “siendo valiosa la libre elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el Estado (y los de-

más individuos) no debe interferir en esa elección o adopción”.²¹ Y la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha consagrado dicha interpretación en los fallos Portillo²² y Bahamondez.²³

El autor argentino agrega que el Estado debe limitar su actuar a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente, impidiendo la interferencia mutua en el curso de tal persecución.²⁴ A su vez, el principio de autonomía personal es funcional para delimitar el contenido de los derechos individuales fundamentales, en tanto del mismo se desprende cuáles son los bienes que esos derechos protegen. Estos bienes son los elementos necesarios para la elección y materialización de ideales personales y los planes de vida basados en ellos.²⁵

De esta visión *emancipatoria*²⁶ del principio en análisis se desprende que el Estado no sólo debe abstenerse de interferir en las esferas privadas de las personas, sino que además tiene el deber de brindar aquellos bienes sobre los que versan los derechos cuya función es atrincherar esos bienes contra medidas que persigan el beneficio de otros o del conjunto social o de entidades supraindividuales.²⁷

En este orden de ideas, y considerando la importancia radical de la autonomía personal en el sistema constitucional nacional, es necesario identificar los prerequisites que deben existir para que la mentada autonomía no se vuelva una mera declaración de buenos principios. Pues resulta claro que no tiene sentido elegir planes de vida que no se pueden materializar. Existen necesidades categóricas que no dependen de deseos y que no se pueden evitar tener. La privación de estas necesidades constituye un daño que debe distinguirse de la mera ausencia del beneficio que se produce cuando se frustra un deseo.²⁸

En el mismo sentido, la Corte Suprema en el caso “Barría” ha seguido la visión emancipatoria, al manifestar que “la salud, merece la máxima tu-

²¹ Nino, Carlos Santiago, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Buenos Aires, Editorial Paidós, 1989, p. 204.

²² Corte Suprema de Argentina, *Portillo, Alfredo s/infracción artículo 44 Ley 17.531*, 1989.

²³ Corte Suprema de Argentina, *Bahamondez, Marcelo s/medida cautelar*, 1993.

²⁴ Nino, Carlos Santiago, *Ética y derechos humanos...*, *cit.*, p. 204.

²⁵ Nino, Carlos Santiago, *Fundamentos de derecho constitucional...*, *cit.* p.167.

²⁶ Maurino, Gustavo, “Pobreza, Constitución y democracia: aportes desde la autonomía personal”, en Gargarella, Roberto, *Teoría y crítica del derecho constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008.

²⁷ Nino, Carlos Santiago, *Ética y derechos humanos...*, *cit.*, p. 223.

²⁸ Nino, Carlos Santiago, *Derecho, moral y política. Fundamentos del liberalismo político. Derechos humanos y democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 2007, p. 99.

tela, no sólo por su prioridad indiscutible, sino también por resultar imprescindible para el ejercicio de la autonomía personal en tanto condiciona la libertad de toda opción acerca del proyecto vital”.²⁹

En este contexto interpretativo, si un Estado local, mediante sus propias regulaciones y/o políticas públicas, garantiza y efectiviza niveles altos de derechos, supongamos al derecho a la vivienda digna, a la educación, a la alimentación, al acceso a la justicia, estaría generando que su ciudadanía goce de una amplia autonomía personal y una ciudadanía plena. En cambio, en una provincia en la que, por ideología o carencia de recursos económicos, lleva acciones en sentido contrario al anterior, sus habitantes serían menos autónomos y emancipados o —en palabras de las teorías republicanas— menos libres y sujetos a una posible dominación por parte de sus pares con más poder.

En este sentido, las leyes de orden público, al regular estándares mínimos de derechos humanos, deben ser entendidas, en consecuencia, como un avance en el cumplimiento de la autonomía personal.

IV. REINTERPRETANDO LAS LEYES DE ORDEN PÚBLICO BAJO EL PARADIGMA DE LA AUTONOMÍA PERSONAL EN UN SISTEMA FEDERAL

La Corte a partir de sus sentencias, el Ejecutivo mediante sus políticas públicas y el Legislativo a través de la sanción de las leyes que regulan derechos humanos con la fórmula en análisis, fueron ampliando la existencia de facultades concurrentes y han ido corriendo los brazos del Estado nacional más allá de lo histórica y originariamente ideado en el sistema federal.

En este orden, el alto tribunal argentino ha dado sobrados indicios de que éste debe ser el camino interpretativo en materia de competencias. En particular, vale recordar lo argumentado en los fallos “Verbitzky”³⁰ y “Nobleza Piccardo”.³¹

En estas sentencias indicó que cuando hay indicios sobre la existencia de algún tipo de competencia de la nación, parece sensato comprender que el Estado Federal ejerce cierto grado de legislación y orientación, con el fin de lograr un mínimo equilibrio legislativo que garantice un estándar de

²⁹ Corte Suprema de Argentina, *Barria, Mercedes Clelia y otro c/Chubut, Provincia del y otro (Estado nacional) s/amparo*, 2006.

³⁰ Corte Suprema de Argentina, *Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus*. Fallos 328:1146, 2005.

³¹ Corte Suprema de Argentina, “Nobleza Piccardo S. A. I. C y F. c/ Santa F. Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, 2015.

igualdad ante la ley. Ello debido a que, en la dinámica de la distribución de competencias, la tendencia que debería prevalecer es el abandono de la técnica de la separación absoluta de aquellas entre el Estado federal y las provincias, para afianzar el esquema de las compartidas o concurrentes.

Desde el ámbito legislativo, la utilización de esta fórmula y los conflictos que trae aparejada, dio lugar a un documento emitido por el Observatorio de Derechos Humanos del Senado de la Nación. En el mismo se postula que, teniendo en consideración los compromisos en derechos humanos y la responsabilidad internacional, no es justo que “un habitante de una provincia que adhiere a una ley nacional tenga garantizado un derecho constitucional, y al mismo tiempo un habitante de otra provincia que no haya adherido a esa misma ley, no tenga garantizado ese mismo derecho”.³² Por lo tanto, recomienda que:

...a fin de hacer plenamente efectivo el rol de garante que el Estado Argentino asumió con la incorporación de los tratados de Derechos Humanos a nuestro bloque constitucional, incorporar en toda ley nacional que regule materias de derechos humanos un artículo de forma que diga: “Las disposiciones de la presente ley son de orden público y de aplicación obligatoria en todo el territorio de la República Argentina. Se invita a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a sancionar, para el ámbito de sus exclusivas competencias, las normas correspondientes, que de ninguna manera podrán limitar o restringir los derechos consagrados en esta”.³³

Entonces, considerando el marco normativo nacional, especialmente luego de la incorporación con jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos, entiendo que las leyes de orden público de derechos fundamentales, se imponen ante la soberanía y autonomía provincial, independientemente de cuál sea la voluntad local. Más aún cuando dichas leyes traen consigo una ampliación de la autonomía personal.³⁴

³² Observatorio de Derechos Humanos, *Derechos humanos: orden público y federalismo*, Buenos Aires, Senado Nacional, 2015, p. 3.

³³ *Ibidem*, p. 5.

³⁴ Una breve advertencia: es necesario sincerar algo que tal vez podría resultar fácil pensar desde una mirada prejuiciosa y elitista del Goliath argentino. No todas las normas con mayor garantía de derechos y que marcaron posteriormente la realidad legal del país, tuvieron su nacimiento en el gobierno federal. Por lo contrario, en importantes casos, la conquista de esos estándares se dio pioneramente a nivel local para luego expandir sus resultados e influencia hacia el Estado nacional. A modo de ejemplo, en materia de infancia, la ley nacional se apropió algunas de las propuestas que ya existían en Mendoza, Tierra del Fuego y Neuquén. Sobre esto, véase Lucero, María Victoria, *Infancia y derechos: radiografía crítica de la Ley 26.061. Escenarios provinciales normativos, institucionales y jurisprudenciales*, Buenos

Este avance del brazo federal, esta acumulación y diversificación —y hasta en algún punto solapamiento—, de las competencias, genera una multiplicidad de actores responsables que al mismo tiempo puede, desde un punto de vista de aumento de los pisos mínimos de derechos, derivar una mayor cobertura de los mismos.³⁵

Esta ruptura del modelo clásico del federalismo con responsabilidades taxativamente detalladas ha sido alentada, también, por los organismos de derechos humanos quienes recomiendan que se suplante por uno más sistémico, cooperativo y coordinado, en el cual se garantice efectivamente el respeto y garantía de los derechos en todo el territorio nacional, indistintamente dónde se encuentre asentada la ciudadanía. Para este noble objetivo, se deben llevar a cabo un conjunto de acciones de toda índole, de manera coordinada entre las autoridades federales, provinciales y municipales.³⁶

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, a través del punto 56 de la Observación General número 14,³⁷ sugiere un criterio que propicia la “nacionalización” de las políticas y derechos:³⁸

Aires, Eudeba, 2013; y, en el ámbito de los derechos sexuales y reproductivos, Río Negro y Tierra del Fuego, véase Faur, Eleonor y Gherardi, Natalia, “Sexualidades y reproducción: perspectiva de los derechos humanos”, en Urrestarazu, Mónica (coord.), *Género. Informe sobre género y derechos humanos. Vigencia y respeto de los derechos de las mujeres en la Argentina*. Buenos Aires, Biblos, 2005, p.194. Esta situación no es una característica distintiva de Argentina, en Estados Unidos, a saber, ante la ausencia de una ratificación por parte del Estado federal a la Convención contra todo tipo de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW), el Estado de California incorporó los principios de la Convención a su normativa local; en Powell, Catherine, “Dialogic Federalism: Constitutional Possibilities for Incorporation of Human Rights Law in the United States”, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 150, 2001, p. 246. Con suma claridad, Dulitzky resalta que “resulta fundamental no romantizar al gobierno federal como garante absoluto de los derechos ni demonizar a los gobiernos locales como violadores de los derechos o viceversa”, en Dulitzky, Ariel, “Al gran pueblo argentino salud: derechos, federalismo y tratados internacionales”, en Ronconi, Liliana *et al.*, *Tratado de derecho a la salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013, t. II, p.1688.

³⁵ Arballo, Gustavo, “Localizando el derecho a la salud”, en Ronconi, Liliana *et al.*, *Tratado de derecho a la salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot/Thomson Reuters, 2013, t. II.

³⁶ Dulitzky, Ariel, “Al gran pueblo argentino...”, *cit.*, p. 1666; Corte IDH, *Resolución de derechos humanos de 30 de marzo de 2006. Medidas provisionales. Caso de las penitenciarías de Mendoza*, 2006; Comité de los Derechos del Niño, *Examen de los informes presentados por los Estados. Observaciones finales: Argentina. 54o. período de sesiones*, 2010.

³⁷ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *Observación general núm. 14: el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*, Ginebra, 2000.

³⁸ Arballo, Gustavo, “Localizando...”, *cit.*

Los Estados deben considerar la posibilidad de adoptar una ley marco para dar efectividad a su derecho a una estrategia nacional de salud. La ley marco debe establecer mecanismos nacionales de vigilancia de la aplicación de las estrategias y planes de acción nacionales de salud. Esa ley deberá contener disposiciones sobre los objetivos que deban alcanzarse y los plazos necesarios para ello; los medios que permitan establecer las cotas de referencia del derecho a la salud; la proyectada cooperación con la sociedad civil, incluidos los expertos en salud, el sector privado y las organizaciones internacionales; la responsabilidad institucional por la ejecución de la estrategia y el plan de acción nacionales del derecho a la salud; y los posibles procedimientos de apelación. Al vigilar el proceso conducente al ejercicio del derecho a la salud, los Estados Partes deben identificar los factores y las dificultades que afectan al cumplimiento de sus obligaciones.³⁹

De esta forma, la nacionalización de los derechos y competencias, vuelve más estrechos los límites de las decisiones provinciales. También se disminuye el peso de incidencia que poseen los valores tradicionales en las decisiones vinculadas con las políticas públicas y los derechos fundamentales. Sin embargo, al mismo tiempo y en un claro respeto por la ampliación de la autonomía personal, una ciudadanía plena y el derecho a la igualdad, desde un poder federal —Legislativo, Judicial o Ejecutivo—, el Estado nacional, en su rol de amigo del federalismo y de los derechos, establece un piso mínimo de derechos y deja librada a la democracia interna de las localidades que cuentan con una ciudadanía con más derechos, la mejor forma de hacer realidad la promesa normativa.

Este piso mínimo que se debe respetar/garantizar, independiente del lugar de residencia y que diluye los compartimientos estancos de las competencias, resulta fundamental para la concreción de los compromisos asumidos en materia de igualdad, autonomía personal y autogobierno colectivo.

Lo que se intenta demostrar en este trabajo es que la “cláusula homogénea”, tal como la denomina Weis,⁴⁰ que rige en Argentina, se fue ampliando. Antes sólo funcionaba con la estructura institucional y los derechos civiles y a media que los derechos sociales son considerados exigibles, deberían ser incorporados dentro de la misma categoría.

³⁹ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, *op. cit.*

⁴⁰ Weiss, Norman, “The Protection of Minorities in a Federal State. The Case of Germany”, en Tarr, G. A. *et al.*, *Federalism, Subnational Constitutions and Minority Rights*, Westport, Praeger, 2004, p. 75.

Así, con la conquista de las cláusulas homogéneas sobre el terreno de la autonomía local, las atribuciones o competencias que antes estaban trabadas con candado y que aparecían como una carta de triunfo ante el avance, sea de la provincia sobre la Nación o de la Nación sobre la provincia, fueron cediendo espacio a una mayor concentración de las facultades concurrentes.

En Alemania, país que le da una particular importancia al sistema federal, sucede algo similar desde la sanción de su Constitución posterior a la Segunda Guerra Mundial. Hesse⁴¹ explica que se puede observar que el legislador federal tiene una tendencia al uso de las competencias concurrentes que dejan un estrecho margen para una regulación de los *Länder* que pueda tener un peso sustancial en la realidad. Ya en 1962, marcaba que el peso ascendente de la técnica, la economía, la comunicación, la creciente interconexión e interdependencia de la vida social y económica, así como el incremento de las tareas de planificación y dirección, desvía el camino hacia la descentralización protegida constitucionalmente. En ese sentido, literalmente afirma que “el desarrollo del Estado social de Derecho requiere unidad e igualdad, necesidad que se reforzó tras la catástrofe de 1945”.⁴²

Por su parte, en Estados Unidos, Stewart explica que, si bien los factores que favorecen la descentralización de la toma de decisiones han sido poderosamente reforzados por la geografía, historia y estructura de nuestras políticas, en los últimos años, la presunción en favor de la descentralización ha sido repetidamente dejada de lado por la legislación del Congreso que impone estándares federales y medidas federales para el control de la degradación ambiental.⁴³

Concretamente, si la democracia concebida como un proceso sustantivo requieren la participación con igual consideración y respeto de toda la ciudadanía, para ello, a su vez, se debe garantizar el acceso real de ciertos bienes primarios o como los denomina Carlos Nino, *derechos a priori*, a todas las personas, independiente de un hecho moralmente arbitrario como es el lugar de nacimiento.

Sobre esta categoría de derechos, dos citas del constitucionalista argentino resultan útiles de rescatar:

⁴¹ Hesse, Konrad, “El Estado federal unitario”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Granada, vol. 3, núm. 6, 2006, p. 438.

⁴² *Ibidem*, p. 436.

⁴³ Stewart, Richard, “Pyramids of Sacrifice? Problems of Federalism in Mandating State Implementation of National Environmental Policy”, *Yale Law Journal*, Nueva Haven, vol. 86, núm. 6, 1997, pp. 1196-1272.

Si los participantes en el procedimiento no se pueden expresar libremente y en relativa igualdad de condiciones, si su vida o seguridad se pone en peligro con la defensa de ciertas posiciones, si están en tal situación que se encuentran totalmente sujetos a los intereses de los demás, el procedimiento de intercambio de propuestas y decisión mayoritaria carece de todo valor epistémico, puesto que no opera en su seno la tendencia a adoptar soluciones imparciales a las que antes he hecho referencia; de modo que estos bienes que son contenidos de derechos deben ser a priori satisfechos para que la democracia goce de algún valor epistémico.⁴⁴

...

La libertad y la igualdad que son precondiciones del proceso democrático no sólo son puestas en riesgo por acciones como las amenazas o las violencia misma, sino también son frustradas por el fracaso de dar a la gente iguales medios para participar efectivamente en el proceso de deliberación y en la toma de decisión mayoritaria... las personas que no están educadas, o están seriamente enfermas o no tienen una vivienda apropiada, no pueden participar completamente, o al menos, igualmente en el proceso de deliberación colectiva y de decisión mayoritaria.⁴⁵

Al respecto, Gustavo Arballo esboza un inventario descriptivo de posibilidades de articulación entre las localidades y la nación en lo que hace al reconocimiento y garantía de derechos. Dentro de ellas, ubica la concepción *progresiva* (o de *pisos mínimos*), que resulta relevante para este trabajo y en la cual:

...lo nacional establece un “piso” común y las provincias pueden subir ese piso (ampliando la protección, mejorando coberturas y prestaciones, etc.). La asignación competencial tiene como condición necesaria un resultado que redunde en una mejor versión del derecho en cuestión. La concepción funciona en sentido *pro hominis*, empoderando a las provincias para *lo mejor* y no para *lo restrictivo* en términos del nivel de protección de un derecho.⁴⁶

Este “principio de concurrencia de poderes” que se deriva de la concepción antes reseñada, Arballo, correctamente, la encuentra implícita en la parte resolutive del fallo “F. A. L”, la Corte Suprema de Justicia de la Nación:

Exhortar a las autoridades nacionales, provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con competencia en la materia, a implementar y hacer

⁴⁴ Nino, Carlos Santiago, *Fundamentos de derecho constitucional...*, cit., p. 208.

⁴⁵ Nino, Carlos Santiago, *La Constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1997, p. 193.

⁴⁶ Arballo, Gustavo, “Localizando...”, cit., pp. 1623 y 1624.

operativos, mediante normas del más alto nivel, en los términos aquí sentados, protocolos hospitalarios para la concreta atención de los abortos no punibles y para la asistencia integral de toda víctima de violencia sexual.⁴⁷

Así, con la conquista en el reconocimiento de derechos y la sanción de pisos mínimos, han ido avanzando sobre el terreno de la autonomía provincial, antes cerrada con candado. Todo ello —como dije con anterioridad—, en pos de la ampliación de la autonomía personal.

Por lo contrario, lo que aquí se propone es que la apertura de la estructura tradicional de división de competencias trae consigo un efecto *boomerang*. Si se comprende que las competencias son concurrentes y que las fronteras de lo local/nacional se han ido diluyendo con la ampliación de derechos, una persona que habita cualquier localidad de Argentina, ante una situación de vulneración de derechos, ahora se encuentra legitimada para reclamar y entablar demandas contra ambas jurisdicciones, las locales y nacionales. En síntesis, ante una facultad compartida, la responsabilidad estatal corre la misma fortuna: es concurrente y solidaria.

Este marco de acción ampliada y las consecuencias en materia de responsabilidad, obligan, entonces, como se dijo antes, a repensar y replantear el sistema federal como uno coordinado, cooperativo y dialógico. Los dos primeros adjetivos fueron analizados anteriormente, por lo que correspondería concentrarse, especialmente, en el último de ellos. Esta importancia toma mayor envergadura si se recuerda el valor que posee el diálogo, no sólo a los fines prácticos sino también respecto a la legitimidad de la toma de decisiones y la responsabilidad, posterior. De esta forma, a su vez, se estaría rescatando los valores normativos que prometía el régimen en análisis.

Dulitzky entiende que el federalismo dialógico reconoce las tensiones presentes o potenciales que se dan en el marco de la distribución de competencias y responsabilidades y busca facilitar el diálogo vertical y horizontal entre los actores responsables.⁴⁸ Si bien el autor argentino, escribe sus ideas en miras del cumplimiento de los tratados de derechos humanos, las reflexiones podrían aplicarse, también, a los compromisos asumidos internamente en materia de derechos. Entonces, afirma Dulitzky, que desde el punto de vista vertical, a los fines de facilitar la implementación de los tratados de derechos humanos y entender la complejidad de la distribución de competencias, se requiere habilitar mecanismos institucionales para llevar

⁴⁷ Corte Suprema de Argentina, *F. A. L. s/medida autosatisfactiva*, 2012.

⁴⁸ Dulitzky, Ariel, “Al Gran Pueblo Argentino...”, *cit.*, p. 1691.

a cabo un continuo diálogo entre las entidades federales y locales y entre éstas últimas y los mecanismos internacionales de supervisión y monitoreo, sin mediación del gobierno federal, ya que sobre ellas, también, recae la responsabilidad de hacer realidad los derechos consagrados en los instrumentos internacionales.

Respecto al diálogo horizontal, se deben generar espacios institucionales para que las provincias y sus municipios, compartan información y experiencias sobre los mecanismos más efectivos para el reconocimiento y tutela de los derechos humanos a nivel local.⁴⁹

Se podría agregar, la necesidad de generar un diálogo *interciudadanía*, a través de mecanismos novedosos. Mediante el mismo, podrán no sólo tomar conciencia de sus derechos,⁵⁰ sino, también, observar qué sucede en otras provincias, las políticas públicas, institucionales que se llevan a cabo y exigir a las autoridades lo consideren pertinente, en el marco de su historia, cultura y realidad.

Este federalismo recargado, reformado y moderno, podrá conseguir lo que las interpretaciones estáticas no han logrado: respetar las particularidades provinciales, potenciar la participación de las personas afectadas y elevar los estándares de respeto de los derechos de las personas que habitan un mismo país. Así, el sistema en su integridad y las decisiones a las que se arriben estarán dotados de mayor legitimidad, tanto democrática como cultural.

V. A MODO DE CIERRE

Para finalizar, partiendo del entendimiento que existen excelentes razones no sólo históricas sino normativas para mantener el federalismo,⁵¹ como sistema regulador en Argentina, comprendo que habría que hacer esfuerzos políticos y teóricos que tengan en miras salir de la falsa trampa retórica: derechos vs. federalismo y generar acciones novedosas para que este sistema institucional coincida con los ideales fundamentales del sistema jurídico: el autogobierno colectivo, la igualdad y la autonomía personal.

Así, en este artículo, al plantearme como objetivo el análisis del significado que se le debe asignar a la fórmula “orden público” en las leyes de

⁴⁹ *Idem.*

⁵⁰ Epp, Charles, *La revolución de los derechos. Abogados, activistas y cortes supremas en perspectiva comparada*, trad. de A. Bixio, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2013.

⁵¹ Para un análisis de estas razones, véase Azrak, Damián, *El federalismo en la Constitución Nacional.*, *cit.*

derechos humanos y su relación con la autonomía personal en el marco del sistema federal argentino, intenté dar un pequeño paso en ese largo camino que tenemos por delante.

En este sentido, y para concluir, estas leyes con su fórmula deben funcionar como una especie de llave que sube la barrera estática de lo “nacional/local”, en el marco de una interpretación correcta del sistema federal argentino que debe generar mayor espacio y recorrido a las competencias concurrentes entre los niveles gubernamentales que permitan honrar tanto los compromisos asumidos a nivel internacional como el pleno cumplimiento del principio de autonomía personal, en su versión clásica así como en la versión emancipadora.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- AGULLA, Juan Carlos, *Federalismo y centralismo*, Buenos Aires, Ediciones Libera, 1967.
- ARBALLO, Gustavo, *Saber leyes, no es saber derecho*, blog publicado el 5 de mayo de 2009, disponible en: <http://www.saberderecho.com/2009/05/la-ley-y-el-orden-publico.html>.
- ARBALLO, Gustavo, “Localizando el derecho a la salud”, en RONCONI, Lilia-na et al., *Tratado de derecho a la salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot-Thomson Reuters, 2013, t. II.
- AZRAK, Damián, “El federalismo en la Constitución Nacional”, en GARGARELLA, Robreto y GUIDI, Sebastián, *Comentarios de la constitución de la nación argentina. Jurisprudencia y doctrina: una mirada igualitaria*, Buenos Aires, La Ley, 2016.
- BORDA, Guillermo, “Concepto de ley de orden público”, *Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, vol. 58, 1997 [1950].
- BUERES, A. y HIGHTON, E., *Código civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Buenos Aires, Hammurabi, 1995.
- COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, *Observación General núm. 14: el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*, Ginebra, 2000.
- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, *Examen de los informes presentados por los Estados. Observaciones finales: Argentina. 54o. periodo de sesiones*, 2010.
- DAHL, Robert, “Federalism and the Democratic Process”, *Democracy, Identity and Equality*, Oslo, Norwegian University Press, 1986.

- DULITZKY, Ariel, “Al gran pueblo argentino salud: derechos, federalismo y tratados internacionales”, en RONCONI, Liliana *et al.*, *Tratado de derecho a la salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013, t. II.
- DWORKIN, Ronald, *Law’s Empire*, Cambridge, Belknap Harvard, 1986.
- EPP, Charles, *La revolución de los derechos. Abogados, activistas y cortes supremas en perspectiva comparada*, trad. de A. Bixio, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2013.
- FAUR, Eleonor y GHERARDI, Natalia, “Sexualidades y reproducción: perspectiva de los derechos humanos”, en URRESTARAZU, Mónica (coord.), *Género. Informe sobre género y derechos humanos. Vigencia y respeto de los derechos de las mujeres en la Argentina*, Buenos Aires, Biblos, 2005.
- GIBSON, E. L. y FALLETTI, T. G., “Unity by the Stick”, en GIBSON, E. L., *Federalism and Democracy in Latin America*, Baltimore, The Johns Hopkins University Press, 2004.
- HESSE, Konrad, “El Estado federal unitario”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, Granada, vol. 3, núm. 6, 2006.
- LORENZETTI, Ricardo, *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2014.
- LUCERO, María Victoria, *Infancia y derechos: radiografía crítica de la Ley 26.061. Escenarios provinciales normativos. Institucionales y jurisprudenciales*, Buenos Aires, Eudeba, 2013.
- MAURINO, Gustavo, “Pobreza y discriminación: la protección constitucional de los más humildes”, en ALEGRE, Marcelo y GARGARELLA, Roberto, *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007.
- MAURINO, Gustavo, “Pobreza, Constitución y democracia: aportes desde la autonomía personal”, en GARGARELLA, Roberto, *Teoría y crítica del derecho constitucional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008.
- NINO, Carlos Santiago, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, Buenos Aires, Paidós, 1989.
- NINO, Carlos Santiago, *La Constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 1997.
- NINO, Carlos Santiago, *Fundamentos de derecho constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, 3a. ed., Buenos Aires, Astrea, 2005.
- NINO, Carlos Santiago, *Derecho, moral y política fundamentos del liberalismo político. Derechos humanos y democracia deliberativa*, Barcelona, Gedisa, 2007.

- OBSERVATORIO DE DERECHOS HUMANOS, *Derechos humanos: orden público y federalismo*, Buenos Aires, Senado Nacional, 2015.
- POWELL, Catherine, “Dialogic Federalism: Constitutional Possibilities for Incorporation of Human Rights Law in the United States”, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 150, 2001.
- SAGUIR, Julio, *¿Unión o secesión? Los procesos constituyentes en Estados Unidos (1776-1787) y Argentina (1810-1862)*, Buenos Aires, Prometeo Libros, 2007.
- STEPAN, Alfred, *Toward a New Comparative Analysis of Democracy and Federalism: Demos Constraining and Demos Enabling Federations, Conference on Federalism, Democracy and Public Policy*, México, Centro de Investigaciones y Docencia Económicas, 1999.
- STEWART, Richard, “Pyramids Of Sacrifice? Problems of Federalism in Mandating State Implementation of National Environmental Policy”, *Yale Law Journal*, Nueva Haven, vol. 86, núm. 6, 1997.
- WEISS, Norman, “The Protection of Minorities in a Federal State. The Case of Germany”, en TARR, G. A. *et al.*, *Federalism, Subnational Constitutions and Minority Rights*, Westport, Praeger, 2004.