



# ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA

## EL MARGEN DE APRECIACION PROVINCIAL EN LA INTERPRETACION DE LOS DERECHOS RECONOCIDOS POR LA CONSTITUCION NACIONAL.

Guillermo E. Barrera Buteler

*Así como la doctrina del “margen de apreciación nacional” opera como instrumento del principio de subsidiariedad en resguardo de las identidades culturales de los Estados en el ámbito de los sistemas internacionales de tutela de los derechos humanos, un sistema judicial auténticamente federal ha de respetar un “margen de apreciación provincial” que admita, para cada comunidad federada, los matices que exija su propia identidad cultural en la interpretación del ordenamiento jurídico, para reflejar la dialéctica entre unión y diversidad que hace a la esencia de la relación federal. Ese margen, más amplio en la inteligencia del Derecho Común y también de las normas constitucionales que se refieren a la organización institucional de las provincias, ha de admitirse asimismo con relación a los derechos reconocidos por la C.N., en la medida en que se trate de interpretaciones razonables y armonizantes, que no desconozcan ni alteren sustancialmente el derecho en cuestión.*

### **1. La interpretación de la Constitución de una relación federal.**

Para abordar el tema de la interpretación constitucional en una relación federal parece imprescindible hacer algunas precisiones previas respecto de qué entendemos por cada uno de esos conceptos, o sea, a qué nos referimos cuando hablamos de constitución y de federación.

En este caso partimos de la noción de constitución como modo de ser de una comunidad, por lo que ésta se encuentra íntimamente relacionada con los principios, creencias y valores de su cultura, que conforman su “núcleo no negociable”<sup>1</sup>. Por eso podemos decir, con Haberle que “la constitución no es sólo un texto jurídico o una normativa, sino también expresión de una situación cultural, instrumento de autorrepresentación del pueblo, espejo de su patrimonio cultural y fundamento de sus esperanzas”<sup>2</sup>. A la vez, hablamos de federación como modo de relación entre una pluralidad de pueblos, como una comunidad de comunidades.

A partir de esos conceptos, debemos concluir que la constitución de una federación es el resultado de la confluencia de diversas identidades culturales que hallan un común denominador en una concepción compartida que les sirve de marco de convivencia, sobre la naturaleza del hombre, de la sociedad y del poder legítimo. En él coexisten y se armonizan un núcleo no negociable de principios creencias y valores compartidos (dignidad del hombre, república y democracia en el Estado Constitucional), con el respeto a la diversidad y pluralidad cultural. Habrá mayor o menor diversidad cultural según la concreta realidad histórica de cada federación, pero siempre la habrá en algún grado, porque esa diversidad es la que explica la adopción del federalismo como forma de organización institucional. Por eso se ha dicho que “la función de las federaciones no es eliminar las diferencias internas, sino más bien preservar las identidades regionales dentro de un marco de unidad”<sup>3</sup>.

Entonces podemos sostener que, en una relación federal, la titularidad del poder constituyente es compartida entre diversos pueblos y que ese rasgo característico se manifiesta tanto en un aspecto formal, como en uno sustancial. Respecto de lo primero, lo vemos en la participación que tienen las comunidades federadas en el acto constituyente -originario o derivado- de la federación<sup>4</sup> y en el ejercicio por parte de éstas

---

<sup>1</sup> Martínez Paz, Fernando, “Política educacional, fundamentos y dimensiones”. Academia Nacional de Educación, Bs. AS. 1998, pag. 25.

<sup>2</sup> Haberle, Peter; “El Estado constitucional europeo” en “Nueve ensayos constitucionales y una lección jubilar”, Palestra Editores, Lima, 2004, pag. 157

<sup>3</sup> Watts, Ronald, “Sistemas federales comparados”, trad. E introd. De Esther Seijas Villadangos, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, 2006, pag. 237.

<sup>4</sup> En la mayoría de los casos esa participación se exterioriza en la necesidad de aprobación por los órganos legislativos de las comunidades federadas. En algunos por la mayoría simple de ellas (México e India) y en otros por mayorías agravadas (Rusia, Canadá., E.E.U.U.). Suiza (arts. 118 a 123) y Australia requieren que la aprobación de los pueblos sea exteriorizada de manera directa, mediante un referéndum de doble mayoría, que necesita obtener resultado positivo en la mayoría de las comunidades federadas y, además, reunir la mayoría del total de la población de la federación. Otras federaciones se limitan a dar una participación indirecta a las comunidades federadas, a través de su representación en la segunda cámara federal o senado.

de su poder constituyente local<sup>5</sup>. Respecto de lo segundo, en la interpretación, no exenta de matices, que los distintos integrantes de la sociedad abierta de intérpretes constitucionales le dan a las normas fundamentales escritas.

En efecto, parece claro que la interpretación de la Constitución federal debe necesariamente conjugarse con el contexto social y cultural de todos y cada uno de los pueblos que integran la federación y esos contextos son diversos en algunos aspectos.

Rudolf Smend sostiene que “si dos constituciones dicen la misma cosa, no debe entenderse necesariamente lo mismo”<sup>6</sup> y ese razonamiento, aplicado al ámbito interno de una federación nos lleva a admitir que es posible -sin provocar un escándalo jurídico- que la interpretación de una misma norma de la constitución federal admita matices diferenciadores en función del contexto de cada comunidad local. Eso ocurre muy especialmente cuando las particularidades de ese contexto cultural tienen un grado de relevancia tal que han tenido recepción explícita en las constituciones provinciales. No tengo duda que en esos supuestos la interpretación de la constitución federal, para su aplicación en el ámbito de esa provincia, debe forzosamente pasar por el prisma de la constitución local para armonizarlos, en tanto los contenidos de ésta no vulneren el núcleo no negociable que conforma el marco de convivencia general de la federación<sup>7</sup>.

Como la interpretación de la constitución es presupuesto de su aplicación cotidiana y de su vigencia efectiva, comprobamos que la titularidad del poder constituyente en una relación federal es compartida en un sentido sustancial, cuando

---

Así es el caso de Alemania en donde la reforma constitucional es aprobada por mayoría agravada de dos terceras partes de los miembros de ambas cámaras del parlamento federal, pero la particular composición del Bundesrat, cuyos miembros son verdaderos delegados de los gobiernos de los Länder con mandato imperativo, hace que con esta sola exigencia quede suficientemente satisfecha la participación de las comunidades locales en la reforma, a lo que se suma la terminante prohibición explícita de introducir cualquier modificación “que afecte la organización de la Federación en Länder o el principio de la participación de los Länder en la legislación”.

<sup>5</sup> En toda relación federal nos encontramos con un orden constitucional conformado por una pluralidad de instrumentos constitucionales: a) Una constitución federal, que expresa ese “núcleo no negociable” que conforma el marco de convivencia entre las comunidades federadas y b) Un conjunto de constituciones locales que expresan, cada una de ellas, las identidades culturales de sus respectivas comunidades. Esto se pone claramente de manifiesto en la Constitución Argentina en los arts. 5, 121, 122 y 123.

<sup>6</sup> Smend, Rudolf, cit. por Häberle, Peter en “La Constitución como Cultura” Traducción del texto italiano de Francisco Ferrnily Segeda disponible en <http://www.joseluisariasrey.com/doc/concul/.pdf> (pag. 195)

<sup>7</sup> Montesquieu se preguntaba si la uniformidad es siempre conveniente o, por el contrario “no sería más propio de la naturaleza del genio el saber en qué casos se necesita la uniformidad y en cuáles ofrecen más ventajas las diferencias”. “El espíritu de las leyes – Vertido al castellano con notas y observaciones por Siro García Del Mazo”, Libro XXIX, cap. XVIII, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1906, Tomo II, pag. 376 (disponible en [fama.2.us.es/fde/ocr/2006/espírituDeLasLeyesT2.pdf](http://fama.2.us.es/fde/ocr/2006/espírituDeLasLeyesT2.pdf)).

advertimos que los integrantes de la “sociedad abierta de intérpretes constitucionales” no interpretan sus normas en forma igual en todos los casos, sino más bien con razonables matices que caracterizan las identidades locales.

Esto adquiere especial relevancia y significación cuando, como ocurre en Argentina, la federación ha adoptado un sistema de control de constitucionalidad judicial difuso y, además, con jurisprudencia no vinculante. En efecto, eso hace que una pluralidad de voces se expidan sobre la interpretación de la constitución, tanto del sistema judicial federal como de los de las provincias, en la medida en que estos últimos ejercen también el control de constitucionalidad federal, además del local.

## **2. El margen de apreciación provincial.**

En el orden de los sistemas internacionales de tutela de los derechos humanos, en particular en el europeo, se ha elaborado la doctrina del margen de apreciación nacional que constituye una deferencia de los tribunales supranacionales hacia la interpretación de los derechos fundamentales que hacen los Estados, en aquellos casos en los que no existe consenso internacional sobre temas sensibles.

Núñez Poblete dice, con relación a este tema que *“El margen de apreciación, del mismo modo en que obra la subsidiariedad dentro de las organizaciones federales, viene a ser un estupendo instrumento que evita los negativos efectos que producen las fuerzas centrípetas una vez que éstas son desatadas. Dicho de otro modo, la doctrina del margen de apreciación, el más notable ejemplo del impacto del principio de subsidiariedad, es la que mejor permite manejar las tensiones propias de la dialéctica entre lo universal y particular”*<sup>8</sup>.

Esa noción resulta trasladable al ámbito interno de una federación, en particular de la Argentina, porque allí se reproduce la tensión entre fuerzas centrípetas y centrífugas y el principio de subsidiariedad, junto a los de solidaridad y participación, constituyen la

---

<sup>8</sup> Núñez Poblete, Manuel, Núñez Poblete, Manuel; “Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional. La experiencia latinoamericana confrontada y el thelos constitucional de una técnica de adjudicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en “El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos: Proyecciones regionales y nacionales” Barbosa Delgado, Francisco (Director), pag. 43 [www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx)

clave de bóveda del sistema. De esta manera podemos hablar de un margen de apreciación provincial<sup>9</sup>.

## **2.1 En el Derecho Común.**

No puede haber duda que la Constitución Argentina ha querido dejar un margen de apreciación provincial en lo que se refiere a la interpretación del Derecho Común, porque ha reservado de manera explícita, tanto en el art. 75 inc. 12 como en el art. 116, la facultad de aplicar las leyes del Congreso Federal comprendidas en esa categoría a los tribunales provinciales, cuando las cosas o las personas cayeren bajo su jurisdicción. En efecto, como la facultad de aplicar una norma trae implícita la de interpretarla, porque no se puede hacer aquello sin antes haber hecho esto, es claro que la Constitución Nacional ha querido que los tribunales de provincia interpreten los contenidos de los códigos de fondo de acuerdo con la realidad cultural local y eso puede llegar a dar lugar a interpretaciones diversas de una misma norma en distintas provincias, sin que por eso se viole el principio de igualdad ante la ley<sup>10</sup>. Esa diversidad no puede ser motivo de escándalo, ni siquiera debería llamar la atención en una genuina federación; en los Estados Unidos hay diversidad de legislación de fondo entre los estados y no sólo diversidad de interpretación y a nadie se le ocurre que con ello se vulnere el derecho a la igualdad.

Lo que sucede es que el federalismo es más compatible con la diversidad que con la homogeneidad y ese es el fundamento de la disposición de la parte final del art. 15 de la Ley 48, que expresamente excluye del recurso extraordinario por la causal del inciso 3° del art. 14 a aquellos casos en los que se cuestione “la interpretación o aplicación que los tribunales de provincia hicieren de los códigos” de fondo (art. 75 inc. 12 C.N.).

## **2.2 En la interpretación constitucional**

Resulta sin dudas más difícil hablar de margen de apreciación provincial en lo que se refiere a la interpretación de la Constitución Nacional, porque en esos supuestos están

---

<sup>9</sup> He desarrollado anteriormente esta noción en la exposición efectuada en el XXIII Encuentro de Profesores de Derecho Constitucional que tuviera lugar en Resistencia, Chaco, en agosto de 2017, publicada en Barrera Buteler, Guillermo, “Justicia y Federalismo” en Asociación Argentina de Derecho Constitucional. ConTexo, Resistencia, Chaco, agosto 2017, pag. 245 y sgtes. También ha trabajado el tema María Gabriela Abalos en “El desarrollo humano y el margen de apreciación local en el Derecho Público Provincial Argentino, E.D.”, 20/10/2017, N°14291, Año LV

<sup>10</sup> Así lo ha entendido la Corte Suprema de Justicia de la Nación en reiteradas oportunidades: Fallos 221:636; 248:835; 265:301; 286:312

en juego el principio de supremacía constitucional (art. 31 C.N.) y en la inteligencia de normas federales la Corte Suprema sigue siendo su intérprete final. Pero éste de todos modos existe, porque todas y cada una de las comunidades federadas en el Estado Constitucional habrán de confluir en un único sistema de de la dignidad de la persona humana en el que cada parte tendrá asignado su rol, conforme a la concreta aplicación que se haya hecho en la Constitución del principio de subsidiariedad y, hemos visto que éste se halla inevitablemente unido al reconocimiento de un margen de actuación y decisión propios de los estados miembros de la federación.

El margen de apreciación provincial es, sin lugar a dudas, más amplio en lo referido a la interpretación de las normas de la Constitución Nacional que fijan el marco dentro del cual las provincias pueden ejercer legítimamente su autonomía para darse sus propias instituciones y regirse por ellas “sin intervención del Gobierno Federal” (art. 122 C.N.). La Corte Suprema desde antiguo ha entendido que esa prohibición de intervenir la incluye a ella misma, por lo que no le incumbe “discutir la forma en que las provincias organizan su vida autónoma”<sup>11</sup>.

En reiteradas ocasiones la Corte Suprema ha reproducido las enseñanzas del Maestro Joaquín V. González, cuando decía que los condicionamientos que impone el art. 5 C.N. a las constituciones provinciales deben conducir a que éstas “sean, en lo esencial de gobierno, semejantes a la nacional ... Pero no exige, ni puede exigir que sean idénticas, una copia literal o mecánica, ni una reproducción más o menos exacta e igual de aquélla...” y termina afirmando que “dentro del molde jurídico del código de derechos y poderes de ésta, cabe la más grande variedad, toda la que pueda nacer de la diversidad de caracteres físicos, sociales e históricos de cada región o provincia, o de sus particulares anhelos o aptitudes colectivas”<sup>12</sup>. Por eso ha dicho el Alto Tribunal que la unión de los argentinos en torno del ideal republicano que proclama el art. 5 C.N. es la unión en la diversidad<sup>13</sup> y que “el federalismo encierra el reconocimiento y respeto hacia las identidades de cada provincia, lo cual configura una fuente de vitalidad para la república, en la medida en que posibilita una pluralidad de ensayos y la búsqueda por parte de las

---

<sup>11</sup> C.S.J.N., Fallos 177:390

<sup>12</sup> González, Joaquín V., “Manual de la Constitución Argentina”, pags. 648/649; citado por la Corte Suprema en Fallos 311:465 y Fallos 317:1195, entre otros

<sup>13</sup> C.S.J.N., 12.4.1988, “Bruno c/ Río Negro”, Fallos 311:460

provincias de caminos propios para diseñar, mantener y perfeccionar los sistemas republicanos locales”<sup>14</sup>.

Toda esta doctrina nos confirma que nuestro orden constitucional ha concebido, desde sus orígenes, un margen de apreciación provincial, aunque no se haya utilizado antes esa denominación<sup>15</sup>. Este rige indiscutiblemente para la interpretación de las exigencias que la Constitución Nacional les impone a las provincias en cuanto a su organización institucional. Por eso, en principio, ese margen incluye cuestiones tales como cuáles son los contenidos y alcances de las nociones de “forma republicana”, de “forma representativa” o de “soberanía popular”; por ejemplo en lo que hace a la compatibilidad con ellas de reelecciones<sup>16</sup>, duración de mandatos, sistemas electorales, requisitos para el desempeño de cargos públicos<sup>17</sup>, forma de designación y remoción de jueces, alcance de las garantías de inamovilidad y de intangibilidad de las remuneraciones<sup>18</sup> de éstos, etc. El límite se encuentra, claro está, en los casos excepcionales en los que se verifique una clara violación a disposiciones “que hacen a la esencia de la forma republicana de gobierno”<sup>19</sup>.

En cuanto a la interpretación de las normas constitucionales referidas a los derechos fundamentales debemos tener en cuenta que, si bien el art. 5 C.N. faculta a las provincias a dictar sus propias constituciones, lo que incluye la potestad de establecer su propio catálogo de declaraciones, derechos y garantías, al ejercer esta atribución éstas deben respetar, no sólo los límites generales del poder constituyente (requerimientos de la naturaleza humana y de la realidad social y cultural de su comunidad), sino también los que surgen de normas del ya citado artículo y del art. 31 C.N. Es decir que mientras en materia de organización de su gobierno les basta adecuarse a pautas generales y amplias (asegurar la forma representativa y republicana, la administración de justicia y el régimen municipal), en materia de principios, derechos y garantías es evidente que la

---

<sup>14</sup> C.S.J.N., 6.10.94, “Partido Justicialista de la Pcia. De Santa Fe c/ Santa Fe, Pcia.”, Fallos 317:1195, voto del Dr. Carlos Fayt, consid.10

<sup>15</sup> La expresión “margen de apreciación provincial” ha sido empleada por primera vez en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el voto del Dr. Horacio Rosatti en la causa “Castillo Viviana c/ Provincia de Salta” (C.S.J.N., 12.12.2017, Fallos 340:1795). Después de pronunciada esta conferencia y antes de su publicación, el mismo juez del máximo tribunal se ha apoyado nuevamente en esta doctrina para fundar su voto por la validez constitucional de la ley de lemas vigente en la Provincia de Santa Cruz (C.S.J.N., Fallos 341:1869).

<sup>16</sup> C.S.J.N., Fallos 317:1195

<sup>17</sup> C.S.J.N., Fallos 280:153; 280:383, entre otros

<sup>18</sup> C.S.J.N., Fallos 311:460

<sup>19</sup> C.S.J.N., Fallos 317:1195, consid. 13 y 15

Constitución Federal avanza mucho más, porque no se limita a fijar un marco general, sino que regula los contenidos. En consecuencia, el preámbulo, los artículos de la primera parte de la Constitución Nacional y los tratados internacionales con jerarquía constitucional conforman un conjunto normativo con vigencia directa e inmediata en todo el territorio de la Nación, con total prescindencia de lo que dispongan al respecto las constituciones locales y con supremacía respecto de éstas (art. 31 C.N.).

Pero eso no obsta a que la interpretación de aquellas normas que tutelan los derechos fundamentales se haga conjugando la disposición normativa federal, que es común, con la realidad social y cultural que puede ser variada y diversa y, en consecuencia, pueda admitir matices diferenciales según que se apliquen en el contexto de una provincia u otra. Sobre todo, a mi entender, no es posible prescindir lisa y llanamente de las disposiciones de las constituciones locales que, siempre que sea posible, deben ser armonizadas con las de la Constitución Nacional y sólo dejadas de lado cuando medie entre ellas una incompatibilidad total.

Ya señalaba hace más de un siglo Arturo M. Bas que *“las conveniencias o particularidades de cada provincia pueden reclamar reconocimiento de derechos y garantías especiales, no incluidos en el Estatuto nacional”*<sup>20</sup>

En esa tarea de armonización, el rol de los tribunales provinciales es importantísimo, abriendo el “diálogo de cortes”. Es verdad que la última palabra la tendrá la Corte Suprema, pero no necesariamente esa última palabra debe ser idéntica cuando interpreta y aplica una norma o un derecho en dos realidades culturales distintas, máxime si median normas constitucionales locales que puedan dar lugar a una interpretación armonizante con las federales. Si el derecho y la Constitución tienen una dimensión social y una dimensión cultural, la interpretación final de la Corte Suprema debiera admitir los matices interpretativos que requiere la diversidad cultural de la federación.

En definitiva, considero que, aunque sensiblemente más acotado por el principio de supremacía del art. 31 C.N. y las funciones que la Ley fundamental le asigna a la Corte Suprema de Justicia, aún en materia de interpretación de los derechos reconocidos por la Constitución Nacional un sistema judicial auténticamente federal debe reconocer un cierto margen de apreciación provincial, de manera que los tribunales superiores locales

---

<sup>20</sup> Bas, Arturo M., “El Derecho Federal Argentino – Nación y Provincias”, Valerio Abeledo Editor, Bs.As. 1927, pag. 70.-



no sean “convidados de piedra” en la interpretación de la Constitución Federal y puedan llevar al ya referido “diálogo de cortes” los principios, valores y creencias fundamentales de sus comunidades locales, que no pueden ser ajenos a la interpretación que se haga de aquélla, máxime si están explicitados en las constituciones provinciales.

### **3. Aplicación de la doctrina del margen de apreciación provincial por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.**

En la causa “Castillo c/ Provincia de Salta”<sup>21</sup> ya citada, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha pronunciado sobre el conflicto entre el derecho a la enseñanza religiosa y el principio de igualdad, ambos con jerarquía constitucional al menos en Salta y otras provincias. La clave para la solución del conflicto se ha hallado en la doctrina del “margen de apreciación provincial”, que invoca de manera explícita y reiterada el voto en disidencia parcial del Dr. Rosatti y aplica, a su manera y sin mencionarla, el voto mayoritario (Lorenzetti, Maqueda Highton).

Se trata de una acción de amparo colectiva interpuesta por un grupo de madres de alumnos de escuelas públicas salteñas y la Asociación por los Derechos Civiles, por la que se cuestiona la constitucionalidad del art. 49 de la Constitución de esa provincia que dispone que “los padres y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban en la escuela pública la educación religiosa que esté de acuerdo con sus propias convicciones” como así también de los arts. 8 inc. m y 27 inc. ñ de la ley reglamentaria, por entender que ellas violan el principio de neutralidad religiosa del Estado y los derechos a la libertad de culto y de conciencia, a la igualdad y a la intimidad.

La norma constitucional salteña en cuestión, al igual que las de otras constituciones provinciales<sup>22</sup>, ha querido ampliar y profundizar el derecho de los padres y tutores “a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones” (art. 18 inc. 4 P.I.D.C.y P., art. 13 inc. 3 P.I.D.E.S.C., art. 12 inc. 4 C.A.D.H.), llevando el principio del pluralismo al seno mismo de la escuela estatal, ya que con ello le imponen al Estado la obligación de diversificar su oferta educativa para hacer posible que también puedan elegir quienes carecen de

---

<sup>21</sup> C.S.J.N., 12.12.2017, Fallos 340:1795

<sup>22</sup> Se trata de una modalidad particular que han adoptado, con fórmulas similares, las constituciones de Salta (art. 49), de Tucumán (art. 144 inc. 2), de Catamarca (art. 65, acápite III, inc. 4°) y la de Córdoba (art. 62 inc. 5°).

recursos<sup>23</sup>. Se trata, en definitiva, de la manera en que la Constitución local ha dispuesto hacer efectivo un derecho de jerarquía constitucional federal.

El voto del Dr. Rosatti asume de manera explícita la doctrina del margen de apreciación provincial, que invoca sobre todo en los considerandos 17 y 18, en especial cuando afirma que “la elección salteña en materia de enseñanza religiosa en las escuelas primarias públicas expresa un *margen de apreciación provincial* que no confronta con el citado art. 5 sino, antes bien, expone una forma de implementar la competencia educativa atendiendo a las particularidades provinciales, de acuerdo con la ponderación de sus propios constituyentes”<sup>24</sup>. El voto de la mayoría, aún sin mencionarlo expresamente lo reconoce implícitamente al decir que “las provincias conservan la facultad de introducir sus propias particularidades en materia educativa, respetando sus tradiciones, símbolos e identidades locales y regionales”<sup>25</sup> y también cuando sostiene que “en nuestro sistema federal, el Estado Nacional delinea la *base de la educación* –para retomar la expresión del art. 75 inc. 19 de la Constitución Nacional- las que deben respetar las particularidades provinciales y locales, a la vez que las provincias conservan la facultad de asegurar la *educación primaria* de acuerdo al art. 5º” y agrega que “en ejercicio de este poder, la Provincia de Salta estableció el art. 49 de su Constitución”.

### **3.1 Las coincidencias entre los votos de mayoría y minoría.**

La sentencia que nos ocupa ha sido adoptada por mayoría (Lorenzetti, Maqueda y Highton) con una disidencia parcial (Rosatti). Por tanto, aunque la disidencia parcial lleva en el caso a una solución concreta diametralmente opuesta a la que conduce el voto mayoritario, un análisis jurídico más profundo de la cuestión exige tener en cuenta que hay muchas coincidencias en otros aspectos, que de alguna manera permiten avizorar el surgimiento de lo que podría ser una tendencia jurisprudencial en el Alto Tribunal.

Podemos señalar como coincidencias las siguientes:

1) Son constitucionales los arts. 49 de la Constitución de Salta y 8 inc. m de la Ley de Educación de esa provincia, que reconocen el derecho de los padres o tutores a que sus hijos o pupilos reciban en la escuela pública la educación religiosa que esté de

---

<sup>23</sup> Para un mayor desarrollo del punto puede consultarse Frías, Pedro J. y otros, “La Constitución de Córdoba comentada”, La Ley, Bs.As, 2000, pag. 93.

<sup>24</sup> Voto de la minoría, consid. 18, párrafo 1º

<sup>25</sup> Voto mayoritario, considerando 37, párrafo 12

acuerdo con sus convicciones, porque esas normas “replican casi literalmente las normas del derecho internacional de los derechos humanos”<sup>26</sup>.

2) Existe un “margen de apreciación provincial” en la materia al que alude de manera explícita el voto minoritario en disidencia parcial e implícitamente el de la mayoría.

3) Surge también claramente que ambos votos coinciden en que ese margen de apreciación provincial se encuentra acotado por la supremacía de la Constitución Nacional y de los tratados internacionales con jerarquía constitucional, ya que no podría invocarse aquél para justificar el desconocimiento o vulneración de otro derecho o garantía reconocido en el bloque de constitucionalidad federal. El voto mayoritario señala que aún cuando las provincias conservan la facultad de introducir sus propias particularidades en materia educativa, respetando tradiciones, símbolos e identidades locales y regionales, “existe un piso mínimo constituido por el diseño establecido en la Constitución Nacional”<sup>27</sup>.

La cuestión pasa por precisar en cada caso cuál es la amplitud de ese margen y qué grado de matices diversos admite la inteligencia de los derechos constitucionales, desde la perspectiva de la diversidad cultural y del núcleo de principios, valores y creencias no negociables<sup>28</sup> de cada comunidad provincial. Aquí es donde aparece la divergencia entre los magistrados que intervienen en el fallo.

### **3.2 La divergencia entre los votos de mayoría y minoría.**

La disidencia parcial aparece así a la hora de juzgar la constitucionalidad del art. 27 inc. ñ de la ley de educación salteña que incluye, entre los objetivos de la educación primaria, el de “brindar enseñanza religiosa, la cual integra los planes de estudio y se imparte dentro de los horarios de clase, atendiendo a la creencia de los padres y tutores quienes deciden sobre la participación de sus hijos o pupilos. Los contenidos y la habilitación docente requerirán el aval de la respectiva autoridad religiosa”.

---

<sup>26</sup> Voto mayoritario, consid.15, párrafos 2° y 3°

<sup>27</sup> Voto mayoritario, consid. 37, párrafo 12

<sup>28</sup> Martínez Paz, Fernando, “Política educacional, fundamentos y dimensiones”, Academia Nacional de Educación, Bs.As., 1998, pag. 25

Un estudio comparativo de los votos que integran el fallo pone de manifiesto que la divisoria de aguas pasa por determinar si esta norma (art. 27 inc. ñ de la Ley de Educación salteña) vulnera o no el principio de igualdad.

El voto en minoría se pronuncia categóricamente por la negativa, porque comprueba objetivamente que las normas en cuestión “no utilizan la categoría religión para excluir a algunos de lo que se le otorga a otros en igualdad de circunstancias”<sup>29</sup> y, en consecuencia descarta la utilización en este caso de la doctrina de las “categorías sospechosas” que lleva, a quienes firman el voto mayoritario, a presumir la inconstitucionalidad por aplicación del denominado “escrutinio estricto o riguroso” de razonabilidad.

Debemos asumir que el voto de mayoría coincide en aquella comprobación objetiva mencionada en primer término, porque expresamente dice -refiriéndose a la norma que nos ocupa- que “en principio de su letra no surge preferencia de ningún culto respecto de otro”<sup>30</sup>. Pero considera que se trata de una neutralidad sólo “aparente” ya que –afirman- la norma tiene decisivos “efectos discriminatorios” o “impactos discriminatorios” porque “genera como consecuencia natural un comprobado efecto sistémico de desigualdad”<sup>31</sup>.

En un esfuerzo por fundar ese juicio, según el cual la compatibilidad de la norma salteña con el art. 16 C.N. que objetivamente se verifica de los textos normativos no es real, se invoca una serie de circunstancias fácticas acreditadas en la causa, tales como: a) Que en los hechos sólo se enseña en las aulas el “credo mayoritario” (católico), salvo “tal vez de la Iglesia Evangélica” y ello genera falta de alternativas para los no creyentes; b) Que los contenidos del material bibliográfico demuestra adoctrinamiento de los alumnos en el catolicismo; c) Que se ha probado la presencia en clases de religión de alumnos cuyos padres habían manifestado su voluntad de que no participaran de ellas; d) Que surge de la prueba que se hacen oraciones, lecturas y prácticas religiosas católicas en la escuela fuera del horario de religión, etc.

Con base en esos elementos de juicio los jueces que integran la mayoría sostienen que la norma legal en cuestión (art. 27 inc. ñ de la Ley de Educación) “ha contribuido

---

<sup>29</sup> Voto en minoría, considerando 29, párrafo 2°

<sup>30</sup> Voto mayoritario, considerandos 24, 1° párrafo y 26, 2° párrafo

<sup>31</sup> Voto mayoritario, considerandos 24 y 27, 2° párrafo, entre otros.

causalmente” a la producción de esos hechos lesivos del principio de igualdad y no discriminación, a los que califica como “efecto sistémico de desigualdad” generado como “consecuencia natural” de la disposición legal de que se trata. Pero se advierte aquí un salto lógico que parece dejar sin sustento el razonamiento, porque no hay ni siquiera un mínimo esfuerzo por explicitar cuáles son los motivos que podrían autorizar a establecer una relación causal entre las conductas mencionadas y la norma legal en sí misma que declaran inconstitucional, máxime cuando tales conductas contradicen abiertamente lo que ésta dispone.

De allí derivan estos magistrados que la norma, de la que ellos mismos han dicho “no surge preferencia de ningún culto respecto de otro”, debe ser declarada inconstitucional porque la parte demandada no ha justificado “la necesidad de los efectos desproporcionados que causa la disposición”, ya que parte de presumir “la existencia *prima facie* de discriminación”

La cuestión se centra entonces determinar si es correcto que los hechos y conductas inconstitucionales, que tienen en cuenta ambos votos, guardan relación causal con la norma o no. *Ab initio* se advierte que, al menos, no es tan claro que exista esa relación; el voto mayoritario reconoce en dos ocasiones, que “el texto del inciso “ñ” del art. 27 de la ley de educación provincial no contiene un supuesto de discriminación directa”<sup>32</sup> ya que ella no surge de su “literalidad”<sup>33</sup>.

Pero de todos modos concluye en que hay una “discriminación encubierta” apoyándose en afirmaciones enfáticas, tales como que “la norma ... ha contribuido causalmente a su producción, aumentando la situación de desventaja en que se encuentran los grupos religiosos minoritarios y los no creyentes”<sup>34</sup> o que “aquí no se trata de una hipótesis de aplicación irrazonable de una norma”, ni de “una aplicación práctica de la norma que es contraria a su contenido”, sino que el “efecto sistémico de desigualdad” es generado como consecuencia natural de ella.

Pero es bien sabido que el énfasis en las palabras nada tiene que ver con el sustento lógico de las conclusiones, ni –menos aún- con su correspondencia con la realidad. Lo cierto es que no se encuentran, en los fundamentos del voto mayoritario, los argumentos

---

<sup>32</sup> Voto mayoritario, considerando 26 párrafo 2°

<sup>33</sup> Voto mayoritario, considerando 27, párrafo 2°

<sup>34</sup> Voto mayoritario, considerando 26, párrafo 2°

que den razón de tales afirmaciones. No se explicita de qué manera una norma, que dice una cosa, puede ser causa eficiente de hechos contrarios a lo ella prevé. No se exponen los motivos que llevan a pensar a los juzgadores que la inclusión de la enseñanza de las religiones en los planes de estudio y dentro del horario de clases puede ser causa eficiente de desigualdad o discriminación, ni de qué manera sería consecuencia necesaria de la norma un trato diferenciador injusto. En definitiva, parece que estas afirmaciones en que se apoya la decisión de la mayoría son tan enfáticas como dogmáticas.

Si asumimos que no se han dado argumentos que fundamenten adecuadamente la invocada relación causal, se muestra más razonable y ajustada a derecho la conclusión del voto de minoría según la cual la inconstitucionalidad de la disposición legal que nos ocupa no puede deducirse sin más de las conductas concretas antijurídicas violatorias de aquélla que puedan haberse desarrollado en el ámbito del sistema educativo de Salta, ya que ello importaría valorar la constitucionalidad de la norma en mérito a factores extraños a ella que no son su consecuencia necesaria. La “manifiesta improcedencia” de tales conductas es considerada en el voto minoritario como un supuesto de “inconstitucionalidad fáctica”, como comportamientos que infringen la ley, por lo que entiende que no corresponde fulminar la norma con la inconstitucionalidad, sino declarar antijurídicas esas conductas que la desvirtúan, a cuyo fin invoca inveterada jurisprudencia de la Corte<sup>35</sup> que el voto mayoritario considera inaplicable al caso sin dar mayores razones.

Desde este punto de vista parece inobjetable otra conclusión del voto en minoría cuando sostiene que, si se cumple acabadamente el art. 49 de la Constitución Salteña y se establece un diseño de contenidos y pedagogía gestado con la participación de los padres y tutores, se “torna irrelevante –en términos de vulneración de derechos- la discusión sobre el momento y/o la oportunidad en que se dicte la materia en cuestión (dentro o fuera del horario de clase) a la par que se disipa las innumerables dificultades prácticas que ... traería aparejado el dictado de clases fuera del horario escolar”. Este razonamiento, que no muestra fisura alguna, hace que se desvanezca el cuestionamiento a la constitucionalidad del art. 27 inc. ñ de la Ley de Educación local.

---

<sup>35</sup> C.S.J.N., Fallos 288:325; 317:44; 324:920; 330:3109; 340:141

### **3.3 Algunas inconsistencias del voto de la mayoría.**

Más allá de la deficiencia arriba señalada, el voto mayoritario en este caso contiene otras inconsistencias que, convergentes con la ya analizada, conducen a una resolución que me parece errada.

#### **a) Neutralidad religiosa: ¿Laicismo o pluralismo?**

En primer lugar, podemos observar que el mismo voto de mayoría señala que en el debate constituyente federal sobre la legislación educacional (art. 75 inc.19 C.N.), hubo una postura que propiciaba la necesidad de consignar expresamente la prescindencia religiosa de la educación pública, pero triunfó la postura contraria, que consideraba que sólo debía establecerse el deber del Estado de garantizar en la educación pública, la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación<sup>36</sup>. Esta afirmación es concordante con la que se hace al sostener que el principio de neutralidad, entendido desde la Constitución Nacional, “también comprende la posibilidad de profesar o no libremente su culto en el ámbito escolar (art. 14 C.N.)”<sup>37</sup>, como así también cuando –invocando el fallo de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso “Lautsi” se alude a la necesidad de garantizar “un pluralismo educativo”<sup>38</sup>.

En estos tramos el voto de mayoría guarda coincidencia con el de minoría, cuando dice que “surge del texto de la norma suprema nacional que el constituyente no ha consagrado expresamente que la educación deba ser laica”<sup>39</sup>.

Pero el voto de mayoría entra en contradicción con aquellas afirmaciones o, en todo caso incurre en una confusión conceptual, cuando admite como único mecanismo posible para enseñar educación religiosa en la escuela estatal, sin afectar el derecho de igualdad, el hacerlo fuera de los horarios de clase, tal como lo disponía el art. 8 de la Ley 1420<sup>40</sup>. También hay una clara contradicción entre las afirmaciones ya citadas y el párrafo en el que se sostiene categóricamente que “en el seno de la Convención hubo un consenso prácticamente unánime en que con la nueva previsión se buscaba que la educación pública mantuviera el espíritu de la ley 1420 que estipuló su carácter laico y

---

<sup>36</sup> Voto mayoritario, considerando 13, párrafo 2°

<sup>37</sup> Voto mayoritario, considerando 14, párrafo 1°

<sup>38</sup> Voto mayoritario, considerando 35, párrafo 4°

<sup>39</sup> Voto en minoría, considerando 11, párrafo 3°

<sup>40</sup> Voto mayoritario, considerando 36, párrafo 1° y considerando 37, párrafo 11°

gratuito”<sup>41</sup>, porque no puede hablarse de un “consenso prácticamente unánime” apoyándose sólo en la opinión de cuatro convencionales, si se ha dicho que la postura que propiciaba incluir expresamente la prescindencia religiosa no fue la que prevaleció. Además, el triunfo de la postura contraria se comprueba con sólo ver que el art. 75 inc. 19 C.N. no tiene referencia alguna a esa cuestión.

Un estudioso de la evolución histórica del sistema educativo nacional argentino, como lo fue Fernando Martínez Paz, nos muestra cómo se pasa de lo que él llama el “liberalismo ecuménico”, inspirado en la Constitución de los Estados Unidos y que nutre la Constitución Argentina de 1853, al “liberalismo sectario”, que promovió el proceso de unificación del sistema educativo nacional por el laicismo sobre la base precisamente de la Ley 1420 (1884-1916); cómo este proceso entra en crisis (1916-1943) y se abren nuevos intentos de unificación, primero por la enseñanza religiosa (1943-1954) y finalmente la búsqueda de un nuevo principio unificador en el pluralismo<sup>42</sup>.

Desde esa perspectiva se puede llegar a las siguientes conclusiones:

1) La neutralidad religiosa puede asumir dos modalidades contrapuestas y antitéticas: la del laicismo, en la que se convierte en la difusión de una ideología<sup>43</sup> o la del pluralismo, basada en la tolerancia y la diversidad de oferta educativa, para hacer efectivo el derecho de los padres a elegir el tipo de educación que quieren para sus hijos. La neutralidad que puede atribuirse a la Constitución Nacional, sobre todo después de 1994 cuando se les otorga jerarquía constitucional a diversos tratados de derechos humanos, es sin lugar a dudas esta última.

2) Considerar que la legislación provincial que incluye la enseñanza religiosa dentro del horario de clases y en los planes de estudio es *ab initio* inconstitucional porque contradice el art. 8 de la Ley 1420, tal como elípticamente lo hace el voto de la mayoría, importa darle jerarquía constitucional a una norma legal que hace tiempo ha perdido vigencia, aún como ley.

3) Si la única manera en que las provincias pueden incluir la enseñanza religiosa en las escuelas públicas es fuera de los horarios de clase, el margen de apreciación provincial en este aspecto queda reducido a cero, de manera que resulta una contradicción

---

<sup>41</sup> Voto mayoritario, considerando 13, párrafo 4°

<sup>42</sup> Martínez Paz, Fernando. “La Educación Argentina”. Dirección Gral. De Publicaciones. U.N.Cba. 1949

<sup>43</sup> Martínez Paz, ob. cit., pag. 113



en sí misma sostener esa limitación y a la vez decir que “las provincias conservan la facultad de introducir sus propias particularidades en materia educativa, respetando sus tradiciones, símbolos e identidades locales y regionales”<sup>44</sup>.

### **b) La cita del caso “Lautsi”**

Resulta cuando menos curioso, a la vez que ratifica la idea de autocontradicción en el voto mayoritario que, para fundar la decisión de declarar inconstitucional por violatoria del principio de igualdad la ley que establece la enseñanza religiosa en las escuelas salteñas, se haya invocado el caso “Lautsi”<sup>45</sup>, donde la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos rechazó la pretensión de la parte demandante de que se declarara violatoria de derechos humanos la presencia de crucifijos en las aulas de las escuelas públicas italianas, que estaban allí colocados por disposición de un decreto real de 1927. El tribunal supranacional entendió que esa circunstancia no era violatoria del derecho de los padres de educar a sus hijos conforme a sus convicciones religiosas o filosóficas<sup>46</sup>, ni de la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión<sup>47</sup>, ni a la no discriminación.

La sentencia, que paradójicamente invoca el voto mayoritario, sostuvo que si bien es cierto que la presencia del crucifijo en las aulas de clase de las escuelas públicas italianas le otorga a la religión mayoritaria del país un lugar preponderante en el ámbito escolar, ello no es suficiente para caracterizar el enfoque de adoctrinamiento por parte del Estado Italiano, ni para establecer una falta a las prescripciones del art. 2 del Protocolo 1º del C.E.D.H.. Además agregó que la ausencia de consenso europeo sobre la cuestión de la presencia de símbolos religiosos en las escuelas públicas permite colocar este caso

---

<sup>44</sup> Voto mayoritario, considerando 37, párrafo 12

<sup>45</sup> T.E.D.H., Gran Sala, Sentencia del 18/3/2011 en “Lautsi y otros c. Italia”, E.D., 12/4/2011, n° 12728

<sup>46</sup> El Protocolo nro. 1 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales consta de 6 artículos y entró en vigencia el 18 de mayo de 1954, establece que los arts. 1 a 4 son considerados como artículos adicionales al Convenio. El art. 2 establece que: “A nadie puede negársele el derecho a la instrucción. El Estado, en el ejercicio de las funciones que asuma en el campo de la educación y de la enseñanza, respetará el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas”.

<sup>47</sup> El art.9 del Convenio establece: “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicción, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones, individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y las observancias de los ritos.

2. La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas o la protección de los derechos o las libertades de los demás”.

dentro del margen de apreciación que le asiste al Estado demandado a la hora de interpretar y aplicar el Convenio.

Entre los argumentos del voto concordante del juez G. Bonello en esa sentencia se dice que *“una Corte de Derechos Humanos no puede dejarse ganar por un Alzheimer histórico. No tiene derecho a ignorar la continuidad cultural del transcurso de una Nación a lo largo del tiempo, ni dejar de lado aquello que a lo largo de los siglos ha contribuido a modelar y definir el perfil de un pueblo. Ningún tribunal supranacional ha de sustituir con sus propios modelos éticos a aquellas cualidades que la historia ha impreso a la identidad nacional”*<sup>48</sup>.

Basta una simple lectura de ese fallo para comprobar que su invocación no contribuye en nada a dar sustento a su decisión de excluir la enseñanza religiosa optativa y pluralista de los planes de estudio y horarios de clase de las escuelas públicas salteñas.

#### **4. Conclusiones.**

Las reflexiones que anteceden nos llevan a concluir que la interpretación de la constitución de una federación debe reflejar un armonioso equilibrio de su identidad cultural una y diversa, para lo cual ella debe ser llevada a cabo por todos los integrantes de la “sociedad abierta de intérpretes constitucionales”, en especial por los órganos del gobierno federal y de los gobiernos locales y muy particularmente por sus órganos judiciales, resguardando el núcleo no negociable de principios, creencias y valores en que se funda el marco de convivencia federativo, contenido en la constitución federal, pero sin desconocer las particularidades y matices resultantes de la diversidad cultural interna, que no resulten incompatibles con los contenidos esenciales de aquél.

A estos fines, el reconocimiento de un margen de apreciación local en la interpretación del orden jurídico federativo, facilitado por un real, efectivo y fecundo “diálogo de cortes” se muestra como una herramienta imprescindible. Sólo así, en ese marco de pluralismo y respeto por la identidad de “los pueblos”, podremos considerar que su condición de titulares del poder constituyente es algo más que una mera ficción o mito.

Con un ánimo optimista podemos celebrar la incorporación de la noción de “margen de apreciación provincial” en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia

---

<sup>48</sup> “Lautsi 2011”, voto concordante del juez G. Bonello, nro. 1.1 y 1.2.

de la Nación que, bien entendida, puede contribuir a avanzar en la tarea todavía pendiente de construir el federalismo argentino.

Es cierto que el criterio tan extremadamente restrictivo que ha aplicado el voto mayoritario para juzgar la amplitud de ese margen en el caso concreto termina por negarlo en la práctica, pero no es menos cierto que el voto de minoría hace una magistral interpretación y aplicación de ese concepto jurídico, que le sirve para armonizar principios y criterios diversos, coincidentes con identidades culturales diversas, dentro del marco de un núcleo no negociable que fija la Constitución Nacional, en lo que constituye una genuina interpretación federalista del orden jurídico.

Es verdad que esto último sólo puede predicarse del voto de minoría, pero no sería la primera vez que una posición minoritaria en la jurisprudencia de la Corte, termina convirtiéndose en la jurisprudencia mayoritaria primero y unánime y permanente después y eso refuerza la necesidad de indagar sobre los contenidos y alcances de esta noción, que puede tener trascendencia en la jurisprudencia sobre la delimitación de los ámbitos de competencias o poderes entre el Gobierno Federal y las provincias, con potencialidad para fortalecer nuestro alicaído federalismo.