

PENSAR EN DERECHO N°10



FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

PENSAR EN DERECHO

NRO. 10 AÑO 5

Comité editorial

Guido Barbarosch
Ivana Bloch
María Victoria Famá
Gisela Makowski
Juan Pablo Mugnolo
Alberto A. Spota
Iván Cristóbal Tolnay de Hagymassy

Coordinación de la revista

Bárbara Weinschelbaum

Comité Académico

Susana Albanese
Susana Cayuso
Raúl Etcheverry
Fernando García Pullés
Carlos Gherzi
Adrián Goldin
Martín Krause
Delia Lipszyc
Luis Niño
Renato Rabbi Baldi



Eudeba
Universidad de Buenos Aires

1º edición: septiembre de 2017

© 2017 Eudeba Editorial Universitaria de Buenos Aires
Sociedad de Economía Mixta
Av. Rivadavia 1571/73 (1033) Ciudad de Buenos Aires
Tel: 4383-8025 / Fax: 4383-2202
www.eudeba.com.ar

Impreso en la Argentina
Hecho el depósito que establece la ley 11.723

ISSN: 2314-0194



No se permite la reproducción total o parcial de este libro, ni su almacenamiento en un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopia u otros métodos, sin el permiso previo del editor.



FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

Autoridades

Decana: *Dra. Mónica Pinto*

Vicedecano: *Dr. Alberto J. Bueres*

Consejo Directivo de la Facultad de Derecho

Claustro de profesores

Consejeros titulares

Prof. Oscar Ameal
Prof. Beatriz Krom
Prof. Ernesto Marcer
Prof. Gonzalo Álvarez
Prof. Marcelo Gebhardt
Prof. Adelina Loiano
Prof. Enrique Zuleta Puceiro
Prof. Lily Flah

Consejeros suplentes

Prof. Alberto J. Bueres
Prof. Daniel R. Vítolo
Prof. Luis Mariano Genovesi
Prof. Martín Böhmer
Prof. Raúl Gustavo Ferreyra
Prof. Mary Beloff
Prof. Marcelo E. Haissiner
Prof. Mario Ackerman

Claustro de graduados

Consejeros titulares

Ab. Leandro Martínez
Ab. Mónica Balmaceda
Ab. Mariano Mugnolo
Ab. Sebastián Alejandro Rey

Consejeros suplentes

Ab. Fernando Frávega
Ab. Carlos Aguas
Ab. Aldo Claudio Gallotti
Ab. Lisandro Mariano Teszkiewicz

Claustro de estudiantes

Consejeros titulares

Carlos Rodríguez
Juan Alfonsín
Nicolás Font Cotillo
Joaquín Santos

Consejeros suplentes

Agustina Malandra
Santiago Fernández Storani
Leandro J. González
Matías Virginillo

Representante No Docente

Miguel Muñoz

Secretarios

Secretaría Académica: *Dra. Silvia C. Nonna*

Secretario de Administración: *Ab. Carlos A. Bedini*

Secretario de Extensión Universitaria y Bienestar Estudiantil: *Ab. Oscar M. Zoppi*
Secretario de Investigación: *Dr. Marcelo Alegre*

Subsecretarios

Subsecretario Académico: *Ab. Lucas Bettendorff*

Subsecretario de Administración: *Ab. Rodrigo Masini*

Subsecretario Técnico en Administración: *Daniel Díaz*

Subsecretario de Extensión Universitaria y Bienestar Estudiantil: *Ab. Francisco Alfonsín*

Índice

Dossier “Algunas miradas sobre la Constitución y el Derecho Internacional”

Comentarios sobre “Fontev ecchia”, la autoridad de las sentencias
de la Corte Interamericana y los principios de derecho público argentino 9
Víctor Abramovich

Monismo en serio: “Fontev ecchia” y el argumento democrático 27
Marcelo Alegre

Las ataduras de Ulises se aflojan: el pronunciamiento de la CSJN frente
al caso “Fontev ecchia” de la Corte IDH 37
Lautaro Furfaro

Un fallo que atrasa 81
José Miguel Onaindia

Cuatro enfoques sobre el caso “Bignone” 89
Roberto Gargarella

La aplicación de la ley penal más benigna y los delitos de lesa humanidad 97
Gregorio Badeni

No huir de los tratados 111
Roberto P. Saba

Artículos recibidos por convocatoria abierta

El fin del principio de igualdad en el ordenamiento jurídico argentino.
La transición entre el juicio a prueba y el principio de igualdad165
Sergio Rodolfo Núñez y Ruiz Díaz

Disertación del Dr. Pedro M. Rougés en la Facultad de Derecho de la UBA,
en el Salón Vélez Sarsfield, el día 6 de junio de 2017207

Dossier

*Algunas miradas sobre la Constitución
y el Derecho Internacional*

Comentarios sobre “Fontev ecchia”, la autoridad de las sentencias de la Corte Interamericana y los principios de derecho público argentino

*Víctor Abramovich**

Resumen

Cuando a partir del caso “Fontev ecchia” la Corte Suprema cambió su postura acerca de la obligatoriedad de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que condenan al Estado argentino a dejar sin efecto decisiones judiciales, se generó un precedente que podría tener consecuencias en el valor constitucional de los tratados de Derecho Humanos. Este artículo reflexiona sobre algunas implicancias con respecto a esta cuestión.

Palabras clave: Fontev ecchia, Corte Suprema, Corte Interamericana, Argentina.

Comment on “Fontev ecchia”, the authority of the sentences of the Inter-American Court and the principles of Argentina’s Public Law

Abstract

In the “Fontev ecchia” case, the Supreme Court changed its posture in regards to the enforceability of the judgement passed by the Inter-American Court of Human Rights that sentences Argentina to overrule its judicial

* Profesor regular UBA y UNLA. Ex miembro de la CIDH. Procurador Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

resolutions. This created a precedent that could have consequences in the constitutional value of Human Rights. This paper studies some implications of this.

Keywords: Fontev ecchia, Supreme Court, Inter-American Court of Human Rights, Argentina.

En el caso “Fontev ecchia” la mayoría de la Corte Suprema cambió su postura acerca de la obligatoriedad de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que condenan al Estado argentino a dejar sin efecto decisiones judiciales. Pero el precedente podría tener también consecuencias en el valor constitucional de los tratados de derechos humanos. Plantaremos aquí algunas primeras reflexiones con el fin de activar el debate.

En casos previos, como en el caso “Espósito”, que correspondía a la ejecución de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso “Bulacio”, la Corte había establecido que el margen de decisión de los tribunales argentinos quedaba acotado por la integración del país en un sistema de protección internacional de derechos humanos, lo cual obligaba a cumplir las decisiones de la Corte Interamericana que eran obligatorias y vinculantes para el Estado en los términos del artículo 68 de la Convención Americana.¹ Esa obligación existía aun cuando no se estuviera de acuerdo con lo decidido, e incluso si se advertía contradicción con el propio orden constitucional. En el posterior caso “Derecho”, que correspondía a la ejecución de la sentencia internacional del caso “Bueno Alves”, la Corte mantuvo con amplia mayoría esa interpretación, y sobre la base de esos fundamentos revocó una sentencia que había declarado la prescripción de la causa en la que se investigaba a un policía por tortura.²

Estas decisiones evidenciaban un compromiso potente de apertura del sistema legal argentino hacia el sistema interamericano, y eran consecuencia

1. CSJN. Sentencia del 23 de diciembre de 2004, *Espósito, Miguel Ángel s/ incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa*, considerandos 6 y 10.

2. CSJN, Sentencia del 29 de noviembre de 2011, *Derecho, René Jesús s/ incidente de prescripción de la acción penal –causa n° 24.079–*, considerandos 4 y 5.

de un proceso jurídico y político previo que le daba sustento y cuyo puntos culminantes fueron la aprobación de los principales tratados de derechos humanos en la transición democrática de los ochenta, la reforma de la Constitución de 1994, la incorporación posterior de varios tratados a la norma constitucional por mayoría calificada del Congreso, y la anulación legislativa por un amplio consenso multipartidario de las leyes de obediencia debida y punto final en 2003.

En el reciente caso “Fontevéchia” la Corte Suprema dio marcha atrás con aquella posición de apertura, y sostuvo que, si bien las decisiones de la Corte Interamericana son “en principio” de cumplimiento obligatorio, no deberían ser cumplidas si el tribunal interamericano actuó en exceso de su competencia,³ o bien cuando la condena es de cumplimiento imposible por contradecir “principios de derecho público constitucional argentino”.⁴

En el caso entendió que la Corte Interamericana se había excedido de su competencia al imponer la revocación de una decisión previa de la propia Corte que en 2001 había condenado civilmente a dos periodistas. Entendió que el tribunal interamericano no contaba con atribuciones para imponer la revocación de una sentencia, pues no era una “cuarta instancia” del sistema judicial argentino.⁵ Por otro lado, sostuvo que imponer a la propia Corte que revise una decisión firme, cuestionaba su condición de órgano supremo del Poder Judicial nacional de acuerdo con el artículo 108 de la Constitución, y contradecía principios fundamentales del derecho público que funcionan como un límite para la implementación de las decisiones internacionales.⁶

En primer lugar, el análisis que realiza la Corte sobre las competencias del tribunal interamericano subvierte el principio básico de que el tribunal internacional es juez único de sus propias competencias, regla que por lo demás es la que sostiene todo el tinglado del sistema interamericano de

3. CSJN, Sentencia de 14 de febrero de 2017, *Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso “Fontevéchia y D’Amico vs. Argentina” por la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, considerando 12.

4. Ídem, considerandos 16 y 17.

5. Ídem, considerando 8.

6. Ídem, considerando 17.

derechos humanos y de otros sistemas de justicia internacional.⁷ En el caso además el Estado argentino a través de la representación de la Cancillería no cuestionó la competencia de la Corte Interamericana, ni alegó exceso de sus poderes remediales, cumpliendo incluso parcialmente con la condena, e impulsando su cumplimiento por la propia Corte. Nada impide, por supuesto, que en un caso la Corte Suprema en ánimo de diálogo constructivo, como propone un sector de la teoría constitucional, impugne el ejercicio de autoridad de la Corte Interamericana, como lo hicieron algunos jueces en el precedente "Espósito", pero en todo caso ese juicio crítico sobre el ejercicio de la competencia que puede llevar al sistema interamericano incluso a re-ver en el futuro su actuación, no puede conducir al extremo de negar fuerza obligatoria a la condena. En "Espósito" la Corte discutió y protestó por lo que entendió un ejercicio excesivo de las facultades del tribunal internacional, pero acató.⁸ En "Fontevicchia", el supuesto exceso de competencia sirvió para alzarse en contra del cumplimiento del fallo. No tuvo un tono dialógico, sino que expresó una disputa de autoridad.

Por otro lado, el argumento relativo a que el tribunal regional no es una "cuarta instancia" de los sistemas de justicia nacionales, no sirve en mi opinión para discutir el alcance del poder remedial de la Corte Interamericana. La fórmula de la cuarta instancia se refiere simplemente a que la Corte Interamericana no revisa el acierto o el error de las decisiones de los tribunales nacionales en la aplicación del derecho nacional si actuaron respetando el debido proceso y se trata de tribunales independientes e imparciales.⁹ En virtud de esta regla se limita en ese aspecto el margen de revisión del caso litigioso para que el sistema interamericano sea subsidiario de los sistemas judiciales nacionales. Pero la Corte Interamericana sí examina si una decisión judicial violó la Convención Americana, por ejemplo, al negar el debido proceso, o limitar arbitrariamente un derecho de la Convención, como la

7. Corte IDH. Sentencia del 24 de septiembre de 1999, *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*. Competencia, Serie C No. 55, párr. 31-33.

8. CSJN, Sentencia del 23 de diciembre de 2004, *Espósito, Miguel Ángel s/ incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa*, considerandos 12 y 15.

9. Corte IDH, Sentencia de 22 de agosto de 2013, *Caso Mémoli vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 265, párr. 140; CIDH, 15 de octubre de 1996, *Santiago Marzióni, Argentina*, Informe N° 39/96, Caso 11.673, párrs. 50 y 51.

libertad de expresión, la libertad sindical, la nacionalidad o la defensa en juicio. Si concluye que lo hizo, su poder remedial no se limita a fijar reparaciones patrimoniales, sino que puede obligar al Estado condenado a dejar sin efecto, revisar o anular la decisión o sus efectos jurídicos. Técnicamente la Corte Interamericana no revoca la decisión, porque no es un tribunal superior resolviendo un recurso de apelación dentro de un único proceso, y en eso la Corte Suprema argentina tiene razón. El proceso internacional es un nuevo proceso, diferente al interno, con sus instancias, sus propias partes litigantes, su sistema de prueba y de responsabilidad y su propio aparato remedial. Lo que hace la Corte Interamericana es ordenarle al Estado que adopte los mecanismos necesarios para dejar sin efecto o privar de efectos jurídicos a la decisión. En ocasiones, la Corte Interamericana manda a seguir adelante una investigación indicando que no puede oponerse obstáculos a eso, lo que implícitamente obligará al Estado por los mecanismos que el propio Estado disponga, a reabrir ese proceso si hubiera sido cerrado en sede judicial. No altera esta facultad el hecho de que la decisión judicial que se dispone revisar provenga de la máxima instancia del Poder Judicial del Estado. Todas las instancias del Estado están obligadas por la Convención Americana en la esfera de su competencia, a dar cumplimiento de buena fe a las sentencias de la corte de acuerdo con el artículo 2 y 68 de la Convención (un aspecto del principio de “control de convencionalidad” que desarrolla con mayor precisión la Corte Interamericana en la resolución de cumplimiento del caso “Gelman”).¹⁰ Así como el tribunal de derechos humanos puede imponer al Congreso que es cabeza máxima del Poder Legislativo, cambiar una ley, o bien al Presidente, que es cabeza del Poder Ejecutivo revisar un acto administrativo, puede imponer a la Corte Suprema, o a los tribunales superiores, o a las cortes constitucionales, que son cabeza de los poderes judiciales, revisar o anular una sentencia por los caminos que la legislación de cada Estado determine.¹¹ Artavia murillo – supervisión de sentencias.

10. Corte IDH, Sentencia de 24 de febrero de 2011, *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones, Serie C No. 221, párr. 193.

11. Corte IDH, la Resolución de 20 de marzo de 2013, *Caso Gelman vs. Uruguay*. Supervisión de cumplimiento de Sentencia, considerando 59. En igual sentido, Corte IDH, Resolución de 26 de febrero de 2016, *Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica*, Supervisión de cumplimiento de Sentencia, considerando 7. La Corte IDH sostiene: (...). Las obligaciones convencionales de los Estados Parte vinculan a todos los

La competencia convencional de la Corte Interamericana para ordenar que se revisen sentencias de tribunales nacionales es coherente con el principio del previo agotamiento de los recursos internos que contribuye a definir su papel subsidiario. Sería absurdo que la Convención por un lado disponga que las víctimas deben agotar los procesos judiciales nacionales antes de acceder con sus demandas al sistema de protección internacional, y luego inhibiera a los órganos del sistema de revisar el alcance de esas decisiones judiciales. Si así fuera las víctimas quedarían en medio de una trampa.

Pero, además, si la cosa juzgada en la esfera nacional fuera rígida e inmodificable, la justicia internacional de derechos humanos no tendría razón de ser, se limitaría a adjudicar pagos de dinero para compensar aquello que el dinero no puede nunca compensar, como la vida o la integridad física, o la libertad personal, o la autonomía reproductiva, sin poder restituir a las víctimas en el goce de sus derechos conculcados, que es lo que manda a hacer el artículo 63.1. de la Convención Americana. La Convención entiende por reparación precisamente hacer cesar los efectos de la violación, y restituir a la víctima en lo posible a la situación previa al agravio. Si la Corte no pudiera ordenar remedios que apunten a ello, simplemente no existiría tutela internacional efectiva. No hubiera podido, por ejemplo, la Corte Interamericana obligar a revisar sentencias del Tribunal Constitucional de República Dominicana que cancelaron arbitrariamente la ciudadanía y sometieron a la apatridia a inmigrantes haitianos,¹² ni condenas injustas como los procesos "antiterroristas" peruanos de Fujimori,¹³ o las condenas a pena de muerte en

poderes y órganos del Estado, es decir, que todos los poderes del Estado (Ejecutivo, Legislativo, Judicial, u otras ramas del poder público) y otras autoridades públicas o estatales, de cualquier nivel, incluyendo a los más altos tribunales de justicia de los mismos, tienen el deber de cumplir de buena fe con el derecho internacional".

12. Corte IDH, Sentencia de 28 de agosto de 2014, *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 282, párrs. 311 y 314 y puntos resolutive 13-15; Corte IDH, Sentencia de 8 de septiembre de 2005, *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 130, punto resolutivo 8.

13. Corte IDH, Sentencia de 17 de septiembre de 1997, *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. Fondo. Serie C No. 33, punto resolutivo 5; Corte IDH, Sentencia de 30 de mayo de 1999, *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 52, punto resolutivo 13.

Guatemala,¹⁴ Trinidad y Tobago¹⁵ y Barbados,¹⁶ o las condenas a perpetua a menores de edad en la Argentina,¹⁷ o la sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema costarricense que prohibió la práctica de fertilización in vitro,¹⁸ o bien imponer la reapertura de procesos cerrados sin cumplir con el deber de investigación penal, en Perú (Barrios Altos),¹⁹ Colombia (Gutiérrez Soler),²⁰ Chile (Almonacid),²¹ Uruguay (Gelman),²² Brasil (guerrilla de Araguaia),²³ o que se reconduzcan investigaciones penales desarrolladas con

14. Corte IDH, Sentencia de 20 de junio de 2005, *Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 126, punto resolutive 9; Corte IDH, Sentencia de 15 de septiembre de 2005, *Caso Raxcacó Reyes vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 133, punto resolutive 8.

15. Corte IDH, Sentencia de 21 de junio de 2002, *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*. Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 94, punto resolutive 11.

16. Corte IDH, Sentencia de 20 de noviembre de 2007, *Caso Boyce y otros vs. Barbados*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 169, punto resolutive 6; Corte IDH, Sentencia de 24 de septiembre de 2009, *Caso Dacosta Cadogan vs. Barbados*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 204, puntos resolutive 11 y 12.

17. Corte IDH, Sentencia de 14 de mayo de 2013, *Caso Mendoza y otros vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, Serie C No. 260, punto resolutive 21.

18. Corte IDH, Sentencia de 28 noviembre de 2012, *Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Serie C No. 257, párr. 157/58 y punto dispositivo 2.

19. Corte IDH, Sentencia de 14 de marzo de 2001, *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Fondo, Serie C No. 75, punto resolutive 5.

20. Corte IDH, Sentencia de 12 de septiembre de 2005, *Caso Gutiérrez Soler vs. Colombia*, Serie C No. 132, punto dispositivo 1.

21. Corte IDH, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 154, punto resolutive 5 y 6.

22. Corte IDH, Sentencia de 24 de febrero de 2011, *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Serie C No. 221, punto resolutive 9.

23. Corte IDH, Sentencia de 24 de noviembre de 2010, *Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 219, punto resolutive 9.

negligencia, como en Bolivia (Ibsen Cárdenas),²⁴ o México (Campo Algodonero),²⁵ entre muchos otros casos de crímenes masivos, o bien de patrones de violencia institucional. Esto es lo que hizo la Corte Interamericana por lo demás, desde que fue creada en los años setenta, sin advertir como ahora advierte la corte argentina en una relectura del artículo 63.1 de la Convención Americana, que no tenía competencia remedial para hacerlo.

En el caso “Fontevicchia” la Corte Interamericana ordenó revisar la condena civil contra dos periodistas.²⁶ Este remedio tampoco es novedoso en su jurisprudencia sobre libertad de expresión, desde el famoso caso “Herrera Ulloa”²⁷ contra Costa Rica, que fue copiosamente citado por la Corte Suprema argentina. Si bien las víctimas podían obtener la devolución de las sumas abonadas en esa condena por la vía de una reparación económica a cargo del Estado, lo que la corte regional buscaba era borrar los efectos de la condena civil dictada en violación de la libertad de expresión, por sus efectos inhibitorios sobre la expresión de los periodistas y los medios de prensa, y ese punto es el que la corte local se negó a cumplir. La implementación de la revisión de la condena original no presentaba graves problemas de debido proceso, pues el principal afectado, quien había ganado el juicio que se ordenaba revisar, había sido citado a ejercer sus derechos en el trámite a instancias de la Procuración General, y no manifestó objeción al cumplimiento.²⁸ Por lo demás, la revisión de la condena civil no implicaba la obligación de

24. Corte IDH, Sentencia de 1 de septiembre de 2010, *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*. Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 217, puntos resolutive 7 y 8.

25. Corte IDH, Sentencia de 16 de noviembre de 2009, *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 205, puntos resolutive 12-14.

26. Corte IDH, Sentencia de 29 de noviembre de 2011, *Caso Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 238, párr. 105 y punto resolutive 2.

27. Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 195 y punto resolutive 4; en similar sentido véase Corte IDH. Sentencia de 27 de enero de 2009, *Caso Tristán Donoso vs. Panamá*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 193, párr. 195 y punto resolutive 14.

28. CSJN, Sentencia de 14 de febrero de 2007, *Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso “Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina” por la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, considerando 5.

devolver las sumas cobradas, que habían sido cubiertas por el propio Estado. En el caso entonces la corte no logra identificar derechos que se verían lesionados por la revisión de la sentencia, sino que invoca únicamente la supuesta afectación de sus propias prerrogativas.

Cumplir con la condena consistía, precisamente, en activar el proceso de revisión y, en su caso, disponer la revocación de la sentencia. Si en el trámite alguna parte hubiera invocado obstáculos jurídicos insalvables, el tema podría haber sido materia de examen y decisión de la propia Corte. En el derecho comparado, por ejemplo, en Colombia, la normativa²⁹ establece un proceso de revisión de sentencias de los tribunales nacionales cuando un tribunal internacional aceptado por Colombia, como la Corte Interamericana, determinara que esa sentencia se dictó en violación del debido proceso o con incumplimiento grave del deber de investigar. Los tribunales tramitan el recurso de revisión y deciden revocar salvo que encuentren obstáculos insalvables para ello. El deber de cumplir con la sentencia no implica en ningún caso la imposición de un acatamiento ciego de la decisión interamericana, sino la implementación de buena fe de un proceso serio y efectivo de revisión que permita darle a esa decisión final de un caso contencioso internacional un efecto útil.

Una lectura acotada del precedente “Fontevicchia” indica que la Corte solo se negó a revisar una condena firme que ella misma había dictado, pero que la situación sería diferente si se tratara de revisar decisiones de tribunales inferiores que no pusieran en juego la supremacía de la propia Corte. En mi opinión más allá del alcance del fallo concreto, lo cierto es que el tribunal abrió la puerta para discutir en el futuro la competencia remedial de la Corte Interamericana para revisar sentencias de tribunales nacionales, y el argumento de la cuarta instancia con el alcance peculiar que le da la corte local, sirve para poner un límite a otras órdenes de revisión de sentencias, cualquier fuera la instancia que las dicte, lo que le daría a “Fontevicchia” una proyección mayor.

Pero el punto más conflictivo de toda la decisión está en el argumento de la existencia de un orden conformado por los principios fundamentales de derecho público argentino que funciona como “valladar” infranqueable

29. Véase al respecto, Corte Constitucional, Sentencia C-004/03 que interpreta el alcance del recurso de revisión en materia penal.

de reserva de soberanía ante la aplicación de los tratados internacionales, incluso de los que han sido constitucionalizados. Este argumento se basa en la lectura particular del artículo 27 de la Constitución que dice que los tratados que firme el gobierno federal deben respetar los principios de derecho público de la Constitución. Esta interpretación, retoma la tesis disidente de Fayt (por ejemplo, en “Simón”,³⁰ “Espósito”³¹ y “Derecho”³²), y tiene una enorme significación, pues trasciende la cuestión del cumplimiento de las decisiones de la Corte Interamericana, y de acuerdo con sus futuros desarrollos, puede implicar un cambio importante de interpretación del propio artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional que formaliza la jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos. Implica nada menos que el retorno como posición hegemónica de una visión dualista de la relación entre derecho internacional y derecho interno, esto es, la afirmación de la existencia de dos sistemas normativos diferentes, dos planetas que giran cada uno en su órbita, y que requieren siempre una norma o acto de habilitación para que la norma internacional se integre al orden jurídico nacional sin alterar su núcleo identitario.³³

La tesis contraria, similar a la que sostiene la Corte Constitucional colombiana, y que era mayoritaria en la corte hasta “Fontevicchia”, sostiene que los tratados incorporados a la Constitución, y el resto de la norma constitucional, conforman una única estructura jurídica, un “bloque de constitucionalidad”. Ese bloque normativo debe ser interpretado como una unidad, buscando coherencia entre sus normas. Ello conduce a una interpretación que no pretende desplazar una norma por otra superior originaria, ya que normas de igual rango no pueden invalidarse mutuamente. Dicho en otros términos, no existe un “valladar” de principios de derechos público argentino que nos resguarde de las amenazas exógenas de los tratados de derechos

30. CSJN, Sentencia del 14 de junio de 2005, *Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. Causa N° 17.768C.*, disidencia del juez Fayt, considerando 44.

31. CSJN, Sentencia del 23 de diciembre de 2004, *Espósito, Miguel Ángel s/ incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa*, disidencia del juez Fayt, considerando 13.

32. CSJN, Sentencia del 29 de noviembre de 2011, *Derecho, René Jesús s/ incidente de prescripción de la acción penal –causa n° 24.079–*, disidencia del juez Fayt, considerando 7.

33. Malcom N. Shaw, *International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, Sexta Edición, 2008, p. 131.

humanos, por cuanto esos tratados integran plenamente el orden constitucional en los términos del artículo 75 inciso 22 de la Constitución, y los principios rectores que recogen conforman ellos también el derecho público del país. En ese punto, para la tesis del “bloque de constitucionalidad”, no puede leerse el artículo 27 separado del artículo 75 inciso 22. La obligatoriedad de las sentencias de la Corte Interamericana establecida en el artículo 68 de la Convención Americana es un principio fundamental del derecho público constitucional argentino, tanto como aquel del artículo 108 de la Constitución que asigna a la Corte Suprema la cabeza del Poder Judicial. La posición del bloque único parte de una clara premisa política: cuando el poder constituyente llevó los tratados a la Constitución analizó que eran compatibles con ella, de modo que no corresponde a los jueces presuponer contradicciones entre el tratado y la constitución originaria, pues sería equivalente a admitir contradicciones entre dos normas del texto constitucional.³⁴ Así, el artículo 27 debe ser leído como un mandato para el gobierno federal a la hora de celebrar tratados internacionales, pero no como un límite pétreo para el poder constituyente, que puede colocar los tratados de derechos humanos en la cima de la Constitución, y de ese modo configurar de manera dinámica los principios de derecho público del orden constitucional argentino.

Ahora bien, una primera proyección de la tesis dualista que ahora se impone es la posibilidad ejercida por la Corte argentina como guardián de la ley en “Fontevicchia”, de someter la condena internacional a una suerte de *exequatur* para determinar si se adecua o no a ese orden público originario, quitándole fuerza vinculante a aquellas decisiones que no se ajusten a sus principios. Esta tesis, cuyo principal problema es precisamente la definición de ese “orden público”, es similar a la que plantean otros tribunales americanos, como la sala constitucional del tribunal supremo venezolano en el caso de “Apitz” de 2008, en el cual se negó a cumplir una orden de la Corte Interamericana que obligaba a reincorporar jueces destituidos, y que sirvió de preludeo a la denuncia de la Convención.³⁵

34. Rodrigo Uprimny Yepes, *Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y nuevo procedimiento penal* (4 de marzo de 2009, 13:00 PM), disponible en: http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recursos/fi_name_recurso.47.pdf, p. 2/3.

35. Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela (Sala Constitucional), Sentencia N° 1939 del 18 de diciembre de 2008, Expediente No. 08-1572; en similar sentido véase Tribunal Constitucional de la República Dominicana, Sentencia TC/0168/13 del 23 de septiembre de 2013.

La Corte Suprema, ha utilizado la teoría del “exequatur”, rechazando la ejecución de sentencias de jueces extranjeros por afectación del “orden público” nacional en disputas índole económica. El principio fue consagrado en la legislación procesal y aplicado reiteradamente por la Corte Suprema. En 2014, en el caso “Claren”, por ejemplo, la Corte, sobre la base de ese principio, negó la ejecución de una decisión del juez Griesa de Nueva York, que había condenado al Estado argentino a abonar a un grupo de bonistas que no habían entrado en la reestructuración de deuda, el valor nominal de los bonos. La Corte consideró que la pretensión de hacer efectiva esa sentencia extranjera violaba principios de orden público expresados en las leyes sucesivas que diferían el pago de los bonos y en las competencias del Estado argentino para reestructurar la deuda pública y sus servicios de deuda en situaciones de crisis económicas, a fin de poder cumplir sus funciones esenciales.³⁶ Pero en el caso “Fontev ecchia” no se discutía la ejecución de una sentencia de un tribunal extranjero, sino de un tribunal internacional creado por un tratado que el Estado integró soberanamente en su propio ordenamiento constitucional reconociendo su fuerza vinculante.

La cuestión, como anticipamos, excede el cumplimiento de las condenas internacionales, pues el “valladar de los principios de derecho público de la Constitución” podría limitar también la aplicación del tratado de rango constitucional en la esfera nacional, y conducir a una revisión de toda la arquitectura constitucional. Los ex magistrados Belluscio (en casos “Petric”³⁷ y “Arancibia Clavel”³⁸) y Fayt (“Arancibia Clavel”)³⁹ expresaron esta idea con claridad cuando sostenían, en minoría por entonces en la Corte, y sobre la base de parecidos fundamentos, que los tratados incorporados en la reforma de 1994 eran normas constitucionales, pero de segundo rango, pues regían

36. CSJN, Sentencia del 6 de marzo de 2014, *Claren Corporation c/ E.N. - arts. 517/518 CPCC exequatur s/varios*, considerandos 6-9.

37. CSJN, Sentencia del 16 de abril de 1998, *Petric, Domagoj Antonio c/ diario Página 12*, disidencia del juez Belluscio, considerando 7.

38. CSJN, Sentencia del 24 de agosto de 2004, *Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros -causa n° 259-*, disidencia del juez Belluscio, considerando 15.

39. CSJN, Sentencia del 24 de agosto de 2004, *Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros -causa n° 259-*, disidencia del juez Fayt, considerando 24.

en la medida que no contradijeran la constitución en su texto original. Si bien la mayoría de la Corte en “Fontevicchia” no usa el mismo lenguaje, y no adhiere por ahora explícitamente a esa postura, parece plantear (párrafo 19 de la sentencia) una suerte de subordinación de los tratados de derechos humanos, aun de aquellos de rango constitucional como la Convención Americana, a ese puñado de principios inconstitucionales que recoge el artículo 27 de la Constitución. Como si esos tratados para regir constitucionalmente debieran atravesar el tamiz de los principios rectores. ¿Qué ocurrirá si como hipótesis extrema un nuevo intérprete constitucional entendiera que los derechos y principios jurídicos que traen esos tratados y sus estándares interpretativos, como el derecho a la vivienda y el agua, a la consulta indígena, a la igualdad e identidad de género, o la imprescriptibilidad de los crímenes masivos, colisionan con los principios fundamentales de derecho público argentino, inducidos del texto liberal conservador de la constitución originaria, modelada en el ideario del siglo XIX? El muro divisorio que construyó la Corte para evitar la amenaza de autoridad de la jurisdicción interamericana podría deparar nuevas pautas interpretativas de la toda la carta de derechos posiblemente en una tendencia regresiva.

Es verdad que la reforma de 1994 estableció expresamente que los tratados de derechos humanos que se incorporan a la Constitución no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución –la parte dogmática que recoge los principales derechos– y deben entenderse complementarios de esos derechos y garantías. Pero hasta ahora, esta regla ha sostenido la tesis de la unidad en un solo bloque de los tratados y el resto de la Constitución, y no ha sido leída como expresión de que los tratados deben subordinarse o ajustarse a los límites que imponen los principios de derecho público que expresa el contenido original de la Constitución. Dicho más claro, no se ha interpretado la regla para degradarlos a un segundo rango constitucional.

Esta última cuestión, sumamente espinosa, está lejos de consolidarse en “Fontevicchia”, y es esperable que la Corte aclare en sucesivos casos el alcance que le brinda al artículo 27 de la Constitución, en especial si entiende que esa norma además de justificar el *exequatur* de las sentencias de la Corte Interamericana, sirve de apoyo para cambiar la interpretación tradicional que mantuvo al menos durante los últimos veinte años acerca de la jerarquía constitucional de los tratados.

La reivindicación de la soberanía judicial que realiza la Corte argentina no solo debilita el compromiso de participación de nuestro país en el sistema

interamericano. Limita la utilidad de ese ámbito que ha funcionado históricamente para dirimir conflictos sobre derechos básicos. En especial de los sectores sociales que presentan mayores dificultades para hacerse oír en las distintas esferas del Estado federal y provincial, y que acuden allí como recurso extremo de justicia. Son esos sectores de la ciudadanía quienes han legitimado ese espacio regional, más allá de las justificadas críticas que sus procedimientos y decisiones pueden merecer y los cambios institucionales que se pueden impulsar. No estamos solo ante una disputa de autoridad entre tribunales. Los casos contenciosos complejos que se dirimen en el sistema interamericano no suelen tener un final definitivo en ninguna instancia. Pasa algo parecido a lo que ocurre con las decisiones estructurales de la Corte que se prolongan en largas ejecuciones en busca de justicia. Las decisiones de la Corte Interamericana, aun reconociéndolas formalmente obligatorias, dependen siempre de la implementación que realizan las instituciones nacionales, y de la presión social que puedan movilizar las víctimas y las organizaciones que las apoyan.⁴⁰ El sistema internacional se sostiene necesariamente en esos mecanismos domésticos de implementación, y ese punto es clave para entender qué significa que sus sentencias son “obligatorias” y cómo funciona en la práctica la relación entre las diversas esferas de decisión. La Corte regional en sus sentencias le envía a los Estados una partitura, pero son las instancias nacionales y provinciales las que con sus propios instrumentos ejecutan la música. Por eso, la autoridad de la Corte Interamericana nunca es final, ni tampoco es suprema, sino que es complementada por los mecanismos nacionales. Pero la autoridad de la Corte argentina, al menos ante los casos que se tramitan en instancias internacionales de derechos humanos, tampoco es final, ni definitiva. Por eso, no dudamos en afirmar que el caso “Fontevicchia” no ha tenido un cierre. El incumplimiento de la sentencia internacional configura una nueva violación de la Convención Americana que podrá ser materia de responsabilidad estatal. Se tramitará una instancia de seguimiento en Costa Rica que obligará a activar respuestas legales al Poder Ejecutivo, y es probable que el asunto

40. Víctor Abramovich, “Autonomía y Subsidiariedad: el Sistema Interamericano de Derechos Humanos frente a los sistemas de justicia nacionales”, en César Rodríguez Garavito, coordinador, *El Derecho en América Latina. Un Mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2011, pp. 211-231.

termine en la imposición de nuevas obligaciones jurídicas, de manera similar al contrapunto generado con la justicia uruguaya en el caso “Gelman”⁴¹ y de Costa Rica en el caso “Artavia Murillo”.⁴²

Para reducir la incertidumbre, sería conveniente que el Congreso reactive el debate de este asunto, y avance en la sanción de una ley reglamentaria del artículo 75 inciso 22 de la Constitución, diseñando mecanismos de ejecución de decisiones internacionales que aseguren la reparación adecuada de las víctimas, y la restitución de sus derechos conculcados.

Bibliografía

- Abramovich, Víctor, “Autonomía y Subsidiariedad: el Sistema Interamericano de Derechos Humanos frente a los sistemas de justicia nacionales”, en César Rodríguez Garavito, coordinador, *El Derecho en América Latina. Un Mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2011, pp. 211-231.
- Shaw, Malcolm N. *International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, Sexta Edición, 2008.
- Uprimny Yepes, Rodrigo, *Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y nuevo procedimiento penal* (4 de marzo de 2009, 13:00 PM), disponible en: http://www.dejusticia.org/files/r2_actividades_recurso/fi_name_recurso.47.pdf, pp. 2-3.
- CSJN, Sentencia de 24 de agosto de 2004, *Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros –causa n° 259–*, disidencia del juez Belluscio.
- CSJN, Sentencia de 24 de agosto de 2004, *Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros –causa n° 259–*, disidencia del juez Fayt.
- CSJN, Sentencia de 23 de diciembre de 2004, *Espósito, Miguel Ángel s/ incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa*.

41. Resolución de 20 de marzo de 2013, *Caso Gelman vs. Uruguay*. Supervisión de cumplimiento de Sentencia, considerandos 47, 54 y 57.

42. Corte IDH, Resolución de 26 de febrero de 2016, *Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica*, Supervisión de cumplimiento de Sentencia, considerandos 11-24.

- CSJN, Sentencia de 14 de junio de 2005, *Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. Causa N° 17.768C.*, disidencia del juez Fayt.
- CSJN, Sentencia de 14 de febrero de 2007, *Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso Fontevicchia y D'Amico vs. Argentina por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.*
- CSJN, Sentencia de 29 de noviembre de 2011, *Derecho, René Jesús s/ incidente de prescripción de la acción penal –causa n° 24.079–*, disidencia del juez Fayt.
- CSJN, Sentencia de 6 de marzo de 2014, *Claren Corporation c/ E.N – arts. 517/518 CPCC exequátur s/ varios.*
- CSJN, Sentencia de 14 de febrero de 2017, *Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso Fontevicchia y D'Amico vs. Argentina por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.*
- Corte IDH, 15 de octubre de 1996, *Santiago Marzioni, Argentina*, Informe N° 39/96, Caso 11.673.
- Corte IDH, Sentencia de 17 de septiembre de 1997, *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. Fondo. Serie C No. 33.
- Corte IDH, Sentencia de 30 de mayo de 1999, *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 52.
- Corte IDH, Sentencia de 24 de septiembre de 1999, *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*.
- Corte IDH, Sentencia de 21 de junio de 2002, *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*. Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 94.
- Corte IDH. Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107.
- Corte IDH, Sentencia de 20 de junio de 2005, *Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 126.
- Corte IDH, Sentencia de 8 de septiembre de 2005, *Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 130
- Corte IDH, Sentencia de 12 de septiembre de 2005, *Caso Gutiérrez Soler vs. Colombia*, Serie C No. 132.

- Corte IDH, Sentencia de 15 de septiembre de 2005, *Caso Raxcacó Reyes vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 133.
- Corte IDH, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 154.
- Corte IDH, Sentencia de 16 de noviembre de 2009, *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 205.
- Corte IDH, Sentencia de 1 de septiembre de 2010, *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*. Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 217.
- Corte IDH, Sentencia de 24 de noviembre de 2010, *Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 219.
- Corte IDH, Sentencia de 24 de febrero de 2011, *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones, Serie C No. 221.
- Corte IDH, Sentencia de 29 de noviembre de 2011, *Caso Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina*.
- Corte IDH, Sentencia de 14 de mayo de 2013, *Caso Mendoza y otros vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, Serie C No. 260.
- Corte IDH, Sentencia de 22 de agosto de 2013, *Caso Mémoli vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 265.
- Corte IDH, la Resolución de 20 de marzo de 2013, *Caso Gelman vs. Uruguay*. Supervisión de cumplimiento de Sentencia.
- Corte IDH, Sentencia de 28 de agosto de 2014, *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C No. 282.
- Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela (Sala Constitucional), Sentencia N° 1939 del 18 de diciembre de 2008, Expediente No. 08-1572.

Monismo en serio: “Fontevicchia” y el argumento democrático

*Marcelo Alegre**

A familiar objection to delegation by treaty of aspects of sovereign authority to international organizations is that the transfer of authority diminishes the scope for domestic democracy. A rejoinder interprets delegation of particular sovereign powers to international bodies as a complement and extension of constitutional democracy: Just as the checks and balances provided by the domestic constitution and analogous entrenching legislation can improve the quality of collective self-rule, protecting the rights of minorities or safeguarding diffuse and long-term interests against the immediate power of the majority or concentrated groups, so too can participation in international regimes. (Gráinne De Burca, Robert O. Keohane y Charles Sabel, “New Modes of Pluralist Global Governance”, 45 N.Y.U. J. INT’L L. & POL. p. 785)

Resumen

El texto analiza el fallo “Fontevicchia” de la Corte. Distingue variedades de monismo, examina el argumento “democrático”, reconstruye el año 1984 como un “momento constitucional”, propone un principio unificador del orden constitucional y el sistema interamericano de derechos humanos.

* Profesor titular de la Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho. Correo electrónico: alegre@derecho.uba.ar. Agradezco a Francisco Sáez Zamora, estudiante de la Facultad, quien colaboró en la recolección de información para este texto de manera invaluable.

La relevancia del enfoque se ejemplifica brevemente con el problema resuelto en el caso "Muiña".

Palabras clave: Fontevecchia, Muiña-2x1, Corte Suprema, monismo profundo y superficial, SIDH-derechos humanos.

Abstract

The text studies the "Fontevecchia" Court decision. It distinguishes varieties of monism, examines the "democratic" argument, interprets 1984 as a "constitutional moment", proposes a principle unifying the points of both the constitutional order and the Inter-American system of human rights. The "Muiña" case is briefly mentioned as an example of the approach.

Keywords: Fontevecchia, Muiña, 2x1, Supreme Court, Deep and Superficial Monism, SIDH, Human Rights.

I. Introducción

El propósito de estas pocas líneas es doble. Por un lado, defender un monismo "profundo" con relación a la cuestión del rol del derecho internacional. Por otra parte, oponer al argumento de que la preeminencia de la Corte IDH vulnera el autogobierno la idea de que el autogobierno requiere una democracia de derechos, como se vio en 1984, un momento de especial relevancia para nuestra historia constitucional. Un principio "Democracia + Derechos" puede servirnos como guía interpretativa unificadora del orden constitucional y el sistema interamericano de derechos humanos. Este enfoque también cuestionaría el fallo "Muiña" por no agotar el esfuerzo interpretativo necesario para salvaguardar los principios del sistema regional de protección de derechos y de la Constitución al mismo tiempo.

II. Monismo superficial y profundo

Es frecuente leer, frente al fallo de la Corte "Fontevecchia" la reivindicación de una posición monista con referencia a la relación entre el derecho nacional y el internacional. Recordemos: el monismo afirma que las normas

de derecho internacional son directamente aplicables en el orden interno, sin necesidad de una norma nacional que las “incorpore”, como sostiene el pluralismo. Sin embargo, es posible distinguir al menos dos tipos de posiciones monistas. Es posible aceptar el elemento clave del monismo, sobre la innecesaridad de una norma interna para la plena aplicabilidad del derecho internacional, y al mismo tiempo presuponer que el interno y el internacional son sistemas ubicados en una relación de latente o abierto conflicto, conflicto que debe ser resuelto aplicando alguna regla de precedencia. Si se entiende que la regla opera a favor del ordenamiento nacional se estará en presencia de un monismo nacionalista. Si la regla que se prefiere da preeminencia al orden internacional, se tratará de un monismo internacionalista.

Estas variedades de monismo son superficiales. En realidad, reproducen en sus esquemas la imagen de los órdenes en pugna, que por servir funciones o propósitos distintos precisan de una fórmula para zanjar los entredichos inevitables. Frente a estos monismos superficiales o aparentes es posible articular un monismo *profundo*, inspirado en la concepción del derecho como integridad, que, entre otros usos, podría iluminar a la Corte en su deriva actual respecto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. El monismo en serio, o profundo, afirma que el Derecho es uno solo, sea nacional o internacional, por lo cual la posibilidad de discrepancias y conflictos debe ser minimizada.

En el caso argentino, un enfoque monista profundo se ve fortalecido si reconocemos la absoluta complementariedad entre los *principios* constitucionales y los del sistema interamericano de derechos humanos. Propongo que entendamos que ambos sistemas sirven al mismo propósito, el de consolidar y fortalecer una democracia de los derechos humanos.

Este principio a favor de una democracia de derechos es abstracto, pero no vacío. Contiene dos elementos relevantes: primero, reivindica de forma no instrumental tanto la democracia como los derechos humanos, frente a concepciones muy influyentes en nuestra historia que condicionan el apoyo a la democracia a que esta legitime ciertas visiones políticas. Del mismo modo, el principio descalifica visiones hostiles a los derechos humanos, que los presentan, por ejemplo, como formalidades liberales o como sofismas marxistas.

En segundo lugar, el principio establece una relación de refuerzo mutuo entre ambos conceptos: los derechos no existen fuera de un orden democrático y la democracia no es legítima si no protege los derechos humanos.

Si este principio hoy suena poco novedoso u original, es preciso recalcar que en nuestro país solamente de manera esporádica (en el mejor de los casos) estuvo en vigencia antes de 1983.

III. La primavera alfonsinista, momento constitucional

La raíz histórica de este principio, a mi juicio, se encuentra una década antes de la reforma constitucional de 1994, que estableció un bloque de constitucionalidad en el que la Constitución y los tratados de derechos humanos se encuentran al mismo nivel. Este principio fue afirmado explícitamente en 1984, cuando el país se sometió a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. No es un exceso retórico, espero, considerar a ese período como un momento constitucional, en los términos de Bruce Ackerman.¹ Recordemos: fueron los meses en que se anuló la autoamnistía de la dictadura, comenzó el juicio a las juntas militares, terminó la censura, se democratizaron las universidades, se reconstituyó el Poder Judicial, etcétera. En ese contexto, el Congreso debatió el sometimiento a la autoridad de la Corte IDH. El debate y la votación (unánime en ambas cámaras) exteriorizaron el amplio consenso en respaldo a este principio de "democracia + derechos." No hago estas referencias en homenaje al originalismo, sino para mostrar que este principio no es una construcción excéntrica o personal. Era la visión imperante en la dirigencia democrática en un momento crucial de nuestra historia.

Si bien solamente la plataforma electoral de la Unión Cívica Radical contenía el reconocimiento de la plena jurisdicción de la Corte IDH,² la

1. B.A. Ackerman. *We the people*. Cambridge, Massachusetts, etc.: The Belknap press of Harvard University Press, 1991.

2. *La Nación*, sábado 15 de octubre de 1983, pp. 12-13. "Las principales plataformas partidarias. Unión Cívica Radical (UCR-Alfonsín): Se desterrará la tortura y se creará un cuerpo policial especial de lucha antiterrorista. Se reemplazará la actual legislación antisubversiva por una de fondo. Se reconocerá la plena jurisdicción obligatoria de la [CADH]". En su mensaje presidencial a la Asamblea Legislativa, Raúl Alfonsín, el día de su asunción, (10 de diciembre de 1983) dijo: "En esta fecha se da la circunstancia particularmente auspiciosa de celebrarse en todo el mundo el Día Internacional de los Derechos Humanos, en conmemoración de la Declaración Universal aprobada en París el 10 de diciembre de 1948. En esta oportunidad nosotros queremos refirmar solemnemente nuestra fe en

propuesta fue apoyada por todo el espectro político. Las expresiones de los legisladores de los dos partidos mayoritarios confirman que estaban abrazando un principio de democracia + derechos. Baste con unas pocas citas, representativas del tono general del debate.

En primer lugar, era evidente una motivación eminentemente práctica, la de garantizar los derechos individuales que son precondition de la democracia. La decisión no plasmaba una inquietud académica, sino que estaba en juego la vida de los ciudadanos, como la experiencia reciente lo mostraba:

Tal vez, si hubiésemos firmado antes esta convención que vamos a aprobar hoy se habrían salvado muchos derechos humanos y muchas vidas en nuestro país. Pero siempre se está a tiempo para entrar en los carriles de la Constitución, la democracia y la civilización. Senador Adolfo Gass, por Buenos Aires, p. 736.³

En segundo lugar, la idea dominante era que una democracia de derechos humanos requiere una protección internacional efectiva, en el caso, a través de un compromiso de control y monitoreo recíproco entre “naciones hermanas”. El corazón de esa protección internacional lo constituía el sometimiento a la jurisdicción de la Corte IDH:

No puede existir otra solución jurídica contra los desbordes de la autocracia que la de admitir a todo hombre, sin distinción de raza, nacionalidad, religión o ideología, en cualquier punto de la Tierra en el que se encuentre, la posibilidad de interponer un recurso ante una corte de justicia internacional. Senador por La Rioja Eduardo Menem, p. 745.

La segunda parte de esta convención instrumenta la creación de la [CIDH] y la [Corte IDH]. Esto reviste una particular importancia porque a la luz de la experiencia reciente en nuestro país, hemos visto cuán útil ha sido la posibilidad de que organismos de carácter internacional pluralmente constituidos –fundamentalmente inte-grados por repre-

los derechos del hombre y la intención de nuestro gobierno de actuar tanto en lo interno como en lo internacional para que esos derechos alcancen vigencia efectiva”. p. 65.

3. En Senado, marzo 1 de 1984, pp. 735-736.

sentantes de nuestras repúblicas hermanas– realicen investigaciones que permitan denunciar a aquellos gobiernos que tienen un carácter verdaderamente genocida, como fue el de la dictadura militar que finalizó con la asunción de las autoridades constitucionales. Federico Storani, diputado por la Provincia de Buenos Aires y presidente de la Comisión de Asuntos Exteriores, p. 1.301

En tercer lugar, un monismo profundo, no superficial, alentaba a los legisladores. De acuerdo con esta cosmovisión la Constitución y la Convención Americana de Derechos humanos no se contradicen. En palabras de Storani:

(...) lo central es destacar la absoluta congruencia existente entre sus disposiciones y las normas y principios de la [CN]. No existe una sola disposición de la [CADH] que se halle en contradicción desde el punto de vista de su letra, *o incluso de su espíritu* [mi resaltado], con la [CN]. Esto es así toda vez que en algún momento los argentinos pudimos haber dicho con orgullo que la Constitución y nuestra legislación eran realmente de avanzada en lo concerniente a la consagración de los derechos humanos, a la preservación de la integridad física de las personas y al establecimiento de los derechos económicos y sociales a los que también alude esta convención.

No solamente existe armonía entre los sistemas normativos de la Constitución y la Convención Americana. Las democracias, como sistemas de gobierno, tienen una relación virtuosa con el régimen internacional de derechos humanos:

Los gobiernos populares siempre han suscrito en forma amplia las convenciones y pactos que consagran la preservación de los derechos fundamentales de la persona en el ámbito internacional, en contraposición con los gobiernos de origen minoritario, que han tratado de eludir las responsabilidades de orden internacional que esos instrumentos establecían. (Storani)

En aquel momento constitucional, la primavera alfonsinista consagró una visión progresista del Derecho, de carácter universalista y liberal. Esa idea de la democracia en clave de derechos humanos estaba alejada de la

distorsión mayoritarista y nacionalista que años después acecharía al sistema interamericano de derechos humanos (desde Venezuela, por ejemplo), al oponer falazmente a la noción del control jurisdiccional regional el principio de autogobierno del pueblo. El monismo jurídico entiende que no hay pueblo sin derechos humanos, por lo que resistirá todo intento de subalternizar los mecanismos regionales de protección de derechos en nombre de la democracia.

Por otra parte, una concepción “Democracia + Derechos” no se muestra incómoda para defender la necesidad de defensas y protecciones contra las mayorías. La razón es principista: siguiendo a Dworkin y Frances Kamm, la mera posibilidad normativa de que las mayorías vulneren derechos es incompatible con una afirmación categórica de la igual dignidad de las personas. Basta que sea institucionalmente posible que las mayorías avancen sobre los derechos para que ya no sea posible decir que las personas no son torturables, esclavizables, perseguibles, etcétera. En sistemas donde las mayorías no son controladas, el mensaje es diferente al de la protección categórica: en esos sistemas, bajo ciertas condiciones las personas sí son torturables, perseguibles, etcétera. Esto es así, aunque la probabilidad de que las transgresiones ocurran sea muy baja.

IV. El monismo profundo y el caso “Muiña”

Un monismo profundo, no superficial, enraizado en lo mejor de nuestra historia constitucional reciente, es la guía doctrinaria correcta para encarar problemas de supuesta tensión entre el régimen de tutela internacional de los derechos y los principios constitucionales. Para ilustrar su potencial podemos detenernos en el caso “Muiña”. En este caso, la Corte en una decisión 3 a 2 (la división ya es un fracaso en sí) entendió que la Ley del 2x1 era aplicable a condenados por delitos de lesa humanidad.

Un monista profundo podría haber conducido a una decisión diferente y mejor. Recordemos que en la perspectiva monista profunda tanto los principios constitucionales como los del sistema regional de protección de derechos merecen ser reivindicados. Inversamente, una corte monista no aceptará ligeramente ni el abandono de un principio constitucional ni dejar de lado un estándar del sistema interamericano. En el caso “Muiña”, un mayor esfuerzo armonizador podría haber llevado a favorecer un análisis más particularista, caso por caso. Por ejemplo, la Corte pudo ha-

ber distinguido los casos en que el cálculo del beneficio no afectaría los recaudos en los casos de delitos de lesa humanidad, por no vulnerar la proporcionalidad de la pena ni la seriedad del proceso judicial en cuestión (porque el acortamiento de la pena sería suficientemente breve) de otros casos en los que la aplicación directa del beneficio pondría en entredicho ambos requisitos del sistema IDH (proporcionalidad de la pena y seriedad del proceso).

V. Control de daños

Por último, es importante, a mi juicio, limitar el alcance del fallo "Fontev ecchia", teniendo en cuenta que en la causa las órdenes con efecto jurídico más relevantes habían sido cumplidas (los demandados recibieron del Estado las sumas pagadas por ellos y la sentencia de la Corte IDH se publicó tal cual lo ordenado por ella). En la época colonial regía la frase "se acata, pero no se cumple" cuando las autoridades virreinales se negaban a aplicar una orden de la metrópolis. El mensaje de "Fontev ecchia" parece ser el opuesto: "Se cumple, pero no se acata", dado que como algunos comentaristas han dicho, la "resistencia" de la Corte no parece ir, *teniendo en cuenta los hechos del caso*, mucho más allá de lo gestual y simbólico. En consecuencia, sus efectos han de entenderse de forma acotada. Se trata de un caso en el que el país cumplió con las órdenes más relevantes formuladas por la Corte IDH, por lo cual jamás podría servir de precedente para *incumplir* órdenes del sistema regional de tutela de derechos. La propia Corte así lo ha reconocido:

Esta Corte "ha fijado pautas para el buen uso de sus precedentes, *al explicar cómo deben entenderse las expresiones generales vertidas en sus sentencias, estableciendo que no cabe acordar carácter obligatorio para casos sucesivos a los términos generales contenidos en el fallo*. Así en la resolución tomada en el expediente 'Municipalidad de la Capital el Isabel A. Elortondo' (Fallos: 33: 162) sostuvo que: 'cualquiera sea la generalidad de los conceptos empleados por el Tribunal en esos fallos, ellos no pueden entenderse sino con relación a las circunstancias del caso que los motivó, siendo, como es, una máxima de derecho, *que las expresiones generales empleadas en las decisiones judiciales deben tomarse siempre en conexión con el caso*

*en el cual se usan...”*⁴

VI. Epílogo

El fallo “Fontev ecchia” contradice el monismo profundo que caracteriza los mejores momentos de nuestra historia constitucional, como el año 1984, y en particular el debate congresional previo a la sujeción de la Argentina a la jurisdicción de la Corte IDH. El monismo profundo que hace parte de un proyecto más abarcativo, el del Derecho como integridad, afirma que el ideal de la democracia constitucional y el de los derechos humanos no están en conflicto. Esta pauta interpretativa fuerza a la Justicia a agotar los esfuerzos por armonizar al mismo tiempo los requerimientos de la Constitución y de la Convención Americana de los Derechos Humanos. La corta jurisprudencia nacida en “Fontev ecchia” y muerta en “Muiña” es un fracaso con relación a ese propósito, además de en cuanto a la obligación de la Corte de hablar con una sola voz en temas de tanta relevancia.

Bibliografía

Ackerman, B. A., *We the people*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, 1991.

Diario de sesiones del Senado.

Diario La Nación.

Gráinne De Burca, Robert O. Keohane y Charles Sabel, “New Modes of Pluralist Global Governance”, *New York University Journal of International Law and Politics (JILP)*, Vol. 45, No. 1, 2013.

4. Cfr. Fallos: 332: 1963, voto de la jueza Argibay. Las itálicas son mías.

Las ataduras de Ulises se aflojan: el pronunciamiento de la CSJN frente al caso “Fontevicchia” de la Corte IDH

Lautaro Furfaro *

Resumen

El trabajo examina la respuesta de la Corte Suprema Argentina al caso “Fontevicchia” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde dos ángulos. Por un lado, el autor postula que los fundamentos de la Corte Suprema se contraponen al propósito político de los convencionales de 1994 que asignaron jerarquía constitucional a ciertos tratados internacionales sobre derechos humanos frente a los déficits de nuestra tradición constitucional que incluyen rupturas institucionales y violaciones brutales a los derechos humanos. En el texto se representó esta estrategia con la metáfora de Ulises utilizada en la dogmática constitucional para las relaciones entre democracia y la Constitución. Por otra parte, desde un análisis jurídico, el autor reconstruye el razonamiento del tribunal argentino para indagar en

* Abogado con Diploma de Honor por la Facultad de Derecho de la UBA. Docente en las materias Derechos Humanos y Garantías, Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y Derecho Constitucional Profundizado en la Facultad de Derecho de la UBA. Funcionario en la Defensoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; lfurfaro@derecho.uba.ar. Quisiera agradecer los comentarios de Víctor Abramovich, Fernando Goldar, Martina Oliveira, Alejandro Fernández, Alan Vogelfanger y Agustina Pérez a las distintas versiones de este trabajo. Un agradecimiento especial corresponde a Ezequiel Monti y a Guillermo Treacy por sus valiosas críticas y por los aportes sustantivos brindados en el proceso de redacción de estas líneas. Tengo una gran deuda de gratitud con Mónica Pinto por haberme permitido ser parte de su Seminario de Derecho Internacional de los Derechos Humanos e iniciarme en estos conocimientos. La responsabilidad por el enfoque, las imprecisiones y los errores que contenga este ensayo es completamente mía.

los problemas de la fundamentación del tribunal. En especial, el autor discute el uso de los argumentos de la fórmula de la cuarta instancia, la subsidiariedad del Sistema Interamericano, la carencia de potestades remediales de la Corte Interamericana y el valladar de los principios del artículo 27 de la Constitución Argentina.

Palabras clave: Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Constitucional, caso “Fontev ecchia”, Corte Suprema Argentina, Corte Interamericana de Derechos Humanos, el mito de Ulises, debates convencionales, cuarta instancia, principios de Derecho Público.

Ulysses ties loosen: Argentinian Supreme Court response to the Inter-American Court of Human Rights case “Fontev ecchia”

Abstract

This paper aims to analyze the Argentinian Supreme Court response to the Inter-American Court of Human Rights case “Fontev ecchia”. On the one hand, it postulates that the arguments of the Supreme Court are opposed to the political purpose of the 1994 National Convention that had assigned constitutional level to certain international treaties on human rights in attention to the deficits in our constitutional tradition which included institutional ruptures and brutal violations against human rights. The text represented this strategy with the allegory of Ulysses used in the Constitutional Theory in order to describe the relations between democracy and the Constitution. On the other hand, and from a legal perspective, it reconstructs the reasoning of the Argentine Supreme Court to highlight its failures. Last but not least, it discusses the use of the argument of the fourth instance formula, the subsidiarity of the Inter-American System, the lack of remedial powers of the Inter-American Court and the public principles of article 27 of the Argentinian Constitution.

Keywords: International Human Rights Law, Constitutional Law, “Fontev ecchia” case, Argentinian Supreme Court, Inter-American Human Rights Court, The Myth of Ulysses, Conventional Debates, Fourth Instance, Public Principles.

I. Introducción

El ingreso del Derecho Internacional de los Derechos Humanos fue una de las transformaciones medulares de la reforma constitucional de 1994. Esta nueva invención del constituyente consagró un catálogo de derechos a favor de las personas y estableció límites adicionales a los previstos en la Constitución de 1853 para el Estado. A pesar de haber transcurrido más de veinte años desde la reforma, las relaciones entre el constitucionalismo y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos siguen presentando dificultades tanto teóricas como en su aplicación por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, CSJN).

Esta nueva herramienta constitucional puede ser simbolizada con el mito de Ulises y las sirenas que ha servido para la comprensión de otra relación compleja, el constitucionalismo y la democracia. Según el mito, Ulises pudo disfrutar del canto de las sirenas sin naufragar porque le pidió a su tripulación que taparan sus propios oídos con cera y que lo ataran al mástil de la embarcación hasta encontrarse fuera de peligro. Como explica Stephen Holmes en *El precompromiso y la paradoja de la democracia* las constituciones funcionan como un freno para la sociedad en que rigen. Estos límites no tienen la finalidad exclusiva de restringir, también fortalecen. Las Constituciones cumplen esta doble función, limitan el poder y a las mayorías, pero también organizan las reglas de juego y preservan cierto conjunto de valores de las pasiones pasajeras. Sin embargo, la historia constitucional argentina demuestra que las ataduras a nuestro mástil constitucional no siempre han funcionado para evitar los peligros del canto de las sirenas.

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante, SIDH) podría ser entendido como otra versión de los límites constitucionales impuestos a los poderes constituidos, una especie de *ataduras a un mástil reforzado*, según el mito de Ulises, ante los fracasos que se suscitaron con el anterior mástil constitucional. El pueblo argentino en su búsqueda por lograr un mástil más robusto eligió los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos como un nuevo límite para no volver a repetir aquello que el constitucionalismo tradicional no pudo evitar.

En el proceso constituyente de 1994 los convencionales como representantes del pueblo decidieron reconocer jerarquía constitucional a ciertos tratados, entre ellos, la Convención Americana de Derechos Hu-

manos (en adelante, CADH). Ello importó reconocer constitucionalmente la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) con sus reglas de juego. El carácter vinculante de las sentencias condenatorias al Estado ante violaciones a los derechos humanos se encuentra previsto en el artículo 68.1 del tratado. Posteriormente, el compromiso hacia las sentencias de la Corte IDH también había ingresado en la práctica judicial y en el discurso constitucional con el dictado de los fallos “Espósito” y “Derecho”, en sintonía con una batería de casos de la CSJN que tomó muy en serio el valor constitucional de los tratados incorporados en el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional (en adelante, CN o la Constitución).

En un giro sorpresivo, el 14 de febrero de 2017 la CSJN rechazó la solicitud contenida en el oficio de la Dirección de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la Nación por la cual se requería que cumpla con la sentencia emitida por la Corte IDH del 29 de noviembre de 2011 en la causa *Fontevicchia y D’ Amico vs. Argentina* (en adelante, caso “Fontevicchia”). Esta suerte de elección de no cumplir con la sentencia internacional introdujo un cambio en la jurisprudencia del tribunal argentino con relación a la obligatoriedad de las sentencias de la Corte IDH que condenan al Estado. Esta controvertida interpretación de la mayoría de la CSJN demuestra que las ataduras constitucionales comenzaron a debilitarse otra vez.

A poco tiempo de emitido el pronunciamiento de la Corte Suprema se han despertado abundantes críticas y adhesiones. Desde un punto de vista técnico, se postula que los argumentos de la CSJN son incorrectos a los efectos de no cumplir con una decisión vinculante del tribunal interamericano.

En adelante, me ocuparé de los problemas derivados de la argumentación de la CSJN. Por un lado, este trabajo tiene el objetivo de reconstruir el propósito político que instauró al Derecho Internacional de los Derechos Humanos como un límite positivo a los poderes constituidos adoptado en la reforma constitucional. Por otra parte, ingresaré en la tesis de la CSJN formulada en su afán de no cumplir con las reparaciones dispuestas en el caso “Fontevicchia” y examinaré los argumentos utilizados en el voto de la mayoría compuesto por los jueces Ricardo Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Carlos Rosenkrantz, al que adhiere por su voto Horacio Rosatti.

II. La nueva decisión de Ulises: el reconocimiento del Derecho Internacional de los Derechos Humanos con jerarquía constitucional

Las relaciones entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el derecho constitucional no han estado exentas de polémicas en la jurisprudencia y la dogmática constitucional. Las discusiones sobre esta compleja relación giran en torno al valor de los tratados de derechos humanos del artículo 75 inciso 22 con relación a la parte dogmática de la CN, la operatividad de los derechos humanos, el valor del derecho derivado de los organismos de supervisión de los tratados, los déficits democráticos de las instancias internacionales de control e incluso sobre el contenido de los estándares internacionales sobre derechos humanos.

Esta tensión entre el constitucionalismo clásico y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha sido abordada por Roberto Saba en su obra *Las Decisiones Constitucionales de Ulises*.¹ Saba expresa que la Argentina ha experimentado una gran dificultad a lo largo de su historia para mantenerse adherida a su mástil constitucional.² Nuestra tradición jurídica ha sufrido serios embates en períodos de dictaduras y también en etapas democráticas. Basta con recordar algunos dramáticos ejemplos, como los cinco golpes de Estado validados por la propia CSJN desde 1930³ y las violaciones masivas de derechos humanos en el periodo de la última y brutal dictadura comprendida en los años 1976 a 1983. El repudio a los severos abusos de aquel régimen propició los esfuerzos por consolidar la democracia en la Argentina y adoptar una reforma constitucional que permitiera el

1. La relación metafórica del DIDH con el mito de Ulises tiene origen en este trabajo.

2. Saba, Roberto, *Las Decisiones Constitucionales de Ulises: Acerca de las Dificultades para la Construcción Colectiva de una Práctica Constitucional en Argentina*, 2004, SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers. Paper 41, p. 22.

3. Para un estudio profundo de la cuestión, véase: Cayuso, Susana G. y Gelli, María Angélica, *Ruptura de la Legitimidad Constitucional: La Acordada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de 1930*, en Cuadernos de Investigaciones 1, publicado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio L. Gioja”, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. UBA. Véase también el fallo de la CSJN *Municipalidad vs. Mayer*, Fallos 201:266.

ingreso del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.⁴ Estos episodios arrojan certeza sobre las razones que hicieron que los convencionales constituyentes limitaran la jurisdicción argentina frente a violaciones a la CADH y reconocieran con jerarquía constitucional la obligatoriedad de las sentencias del tribunal interamericano.

Como enseña la metáfora de Ulises, este reconociéndose débil ante la tentación del canto de las sirenas pidió a los tripulantes de su barco que taparan sus propios oídos con cera y lo ataran al mástil de la nave para ser desatado una vez que estuvieran fuera de peligro.⁵ El pueblo, como Ulises, decide por voluntad propia limitarse atándose al mástil para ser libre a lo largo de la historia.⁶ El Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha cumplido esta función, los convencionales nos ataron a estos tratados para lograr lo que la Constitución y el Poder Judicial fallaron en proveer.⁷

La Argentina es un caso prototípico de constitucionalización del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el marco del proceso de democratización surgido después de la última dictadura militar. Esta novedosa estrategia de utilizar el Derecho Internacional de los Derechos Humanos como nuevo límite también fue respetada por una hermenéutica de la CSJN que permitió reconocer el derecho a réplica⁸ y el derecho a la segunda instancia en materia penal ante la ausencia de reglamentación,⁹ declarar la inconstitucionalidad de las leyes de obediencia debida y punto final,¹⁰ es-

4. Cfr. Kovit Levit, Janet, *The Constitutionalization of Human Rights in Argentina: Problem or Promise?* 37 Columbia Journal of Transnational Law, 1999, p. 289.

5. Sobre la relación de esta metáfora con el constitucionalismo, véase Jon Elster, *Ulysses and the Sirens: Studies in Rationality and Irrationality*, Cambridge University Press.

6. Cfr. Saba, Roberto, *Las Decisiones Constitucionales de Ulises*, ob. cit., p. 22 y sigs. Carlos Nino, *La Constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 1996, Capítulo 1, y Holmes Stephen, “El precompromiso y la paradoja de la democracia”, en J. Elster y R. Slagstad, eds., *Constitucionalismo y democracia*, (FCE, México), pp. 217/262.

7. Cfr. Saba, Roberto, *Las Decisiones Constitucionales de Ulises*, ob. cit., p. 23.

8. Cfr. CSJN, *Ekmekdjian, Miguel Ángel c. Sofovich, Gerardo y otros*, Fallos 315: 1492

9. Cfr. CSJN, *Girolodi, Horacio David y otro s/ recurso de casación –causa N° 32/93–*, sentencia de 7 de abril de 1995.

10. Cfr. CSJN, *Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad*, Causa N° 17.768C, sentencia de 14 de junio de 2005.

tablecer la inconstitucionalidad de los indultos en los casos de crímenes de *lesa humanidad*,¹¹ entre otros desarrollos.

En el proceso constituyente de 1994 los convencionales decidieron consagrar constitucionalmente el reconocimiento de la jurisdicción de la Corte IDH y su potestad de condenar al Estado argentino en el marco de un proceso contencioso por presuntas violaciones a los derechos humanos. Sobre las virtudes de estos mecanismos de supervisión, Mónica Pinto expresó que la incorporación de los tratados de derechos humanos a la Constitución presenta la riqueza de abrir la posibilidad del reconocimiento de violaciones a los derechos fundamentales por encima de las jurisdicciones nacionales.¹² En otras palabras, el refuerzo a las ataduras originales introducido por el artículo 75 inciso 22 de la Constitución permitió robustecer nuestra tradición constitucional. Este nuevo límite exige respetar ciertas reglas de juego previstas en el diseño institucional de los tratados. Una de las reglas vertebrales de la CADH es que las sentencias del tribunal interamericano en procesos contenciosos contra un Estado parte son obligatorias en todas sus partes como establece su artículo 68.1.

III. Antecedentes cuidadosos de la decisión de Ulises: La anterior postura de la CSJN sobre el valor de las sentencias de la Corte IDH contra el Estado argentino

La CSJN había elaborado una jurisprudencia comprometida con la decisión de los convencionales de 1994. Dos precedentes del máximo tribunal convalidaron el valor obligatorio de la jurisprudencia condenatoria de la Corte IDH contra el Estado argentino y afirmaron el mástil reforzado que introdujo la reforma. En los casos “Espósito” y “Derecho” la CSJN había

11. Cfr. CSJN, *Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ rec. de casación e inconstitucionalidad*, sentencia de 13 de julio de 2007.

12. Cfr. Pinto, Mónica, *El valor jurídico de las decisiones de los órganos de control en material de derechos humanos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*, en Abramovich Víctor y Chritian Courtis (compiladores) *La Aplicación de los Tratados sobre Derechos Humanos en el ámbito local: la experiencia de una década*, Buenos Aires, Ed. Del Puerto, pp. 119 y sigs.

reconocido la obligatoriedad de las sentencias de la Corte IDH en virtud del artículo 68.1 de la CADH.

a) Caso “Espósito”

En el año 2004 la CSJN tuvo que resolver el caso “Espósito” que refería a la implementación de la sentencia dictada en *Bulacio vs. Argentina* de la Corte IDH.¹³ Allí la CSJN consideró:

(...) que la decisión mencionada [la sentencia de la Corte IDH] resulta de cumplimiento obligatorio para el Estado argentino (art. 68.1, CADH), por lo cual también esta Corte, en principio, debe subordinar el contenido de sus decisiones a las de dicho tribunal internacional.¹⁴

Asimismo, agregó que

(...) desde esa perspectiva, el ámbito de decisión de los tribunales argentinos ha quedado considerablemente limitado, por lo que corresponde declarar inaplicables al *sub lite* las disposiciones comunes de extinción de la acción penal por prescripción en un caso que, en principio, no podría considerarse alcanzado por las reglas de derecho internacional incorporadas a nuestro ordenamiento jurídico en materia de imprescriptibilidad (...).¹⁵

La Corte Suprema reconoció la obligatoriedad de la sentencia de la Corte IDH dictada en el caso “Bulacio” en virtud del artículo 68.1 de la CADH. El argumento empleado por la CSJN para no apartarse de lo resuelto por la Corte IDH fue que es su deber, como cabeza del Poder Judicial y como parte

13. En el caso “Bulacio” la Corte IDH había declarado la responsabilidad internacional del Estado argentino por la prescripción de la acción penal del crimen de Bulacio debido a que el Estado no había tomado las medidas necesarias para investigar los hechos ocurridos en dicho suceso.

14. CSJN, *Espósito, Miguel Ángel s/ incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa*, sentencia de 23 de diciembre de 2004, considerando 6.

15. CSJN, *Espósito, Miguel Ángel s/ incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa*, sentencia de 23 de diciembre de 2004, considerando 10.

del Estado argentino, dar cumplimiento en el marco de su potestad jurisdiccional con las obligaciones internacionales del Estado.

b) Caso “Derecho”

En este fallo, la CSJN nuevamente subordinó el contenido de su decisión a lo ordenado por la Corte IDH en virtud del artículo 68.1 de la CADH.¹⁶ En lo medular de su análisis, la CSJN estableció que el caso *Bueno Alves vs. Argentina* de la Corte IDH se debe aplicar a la causa con cita de la doctrina emanada del precedente “Espósito”.¹⁷

En consecuencia, la CSJN resolvió que:

(...) con el objeto de dar estricto cumplimiento a lo ordenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos –en la sentencia “Bueno Alves vs. Argentina”, notificada a este Tribunal el 21 de septiembre de 2007–, corresponde hacer lugar al recurso de revocatoria articulado, dejar sin efecto el pronunciamiento apelado y devolver las actuaciones a la instancia anterior para que, por quien corresponda, se cumplimenten las pautas fijadas en dicho fallo.¹⁸

Como sostuvo Víctor Abramovich, ambos casos, “Espósito” y “Derecho”, reflejaron un compromiso potente de apertura del sistema legal argentino hacia el Sistema Interamericano que fue la consecuencia de un proceso jurídico y político previo cuyos puntos culminantes fueron: la aprobación de los principales tratados de derechos humanos en la transición democrática de los ochenta, la reforma de la Constitución Nacional de 1994 y la incorporación de varios tratados a la norma constitucional.¹⁹

16. El 29 de noviembre de 2011 la CSJN debió revisar una sentencia anterior en la que había decidido confirmar la decisión apelada, por la cual se había declarado extinguida la acción penal por prescripción y sobreseimiento en la causa seguida contra René Jesús Derecho luego del fallo de la Corte IDH en el caso *Bueno Alves vs. Argentina*.

17. Cfr. CSJN, *Derecho, René Jesús s/ incidente de prescripción de la acción penal* –causa n° 24.079–, considerando 4.

18. CSJN, *Derecho, René Jesús s/ incidente de prescripción de la acción penal* –causa n° 24.079–, considerando 5.

19. Cfr. Abramovich, Víctor, *Comentarios al caso Fontevecchia: La autoridad de las sentencias de la Corte Interamericana y los principios de derecho público argentino*, 2017, p. 1.

IV. Reconstruyendo la escena: la saga de los casos “Menem” (CSJN), “Fontev ecchia” (Corte IDH) y el pronunciamiento en *Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso “Fontev ecchia”* (CSJN)

Los hechos de esta saga de casos se vinculan a dos publicaciones periódicas, a cargo de Jorge Fontev ecchia y Hector D’Amico, que demostraban la existencia de un presunto hijo no reconocido por el presidente Carlos Menem. A raíz de las publicaciones, Carlos Menem interpuso una demanda por daños y perjuicios contra Fontev ecchia, D’Amico y la revista *Noticias* con el objeto de obtener un resarcimiento por considerar que sufrió una invasión a su privacidad.

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal hizo lugar al planteo de Menem, revocando la sentencia de primera instancia y condenó a la revista, a Fontev ecchia y D’Amico a abonar la suma de \$150.000 en concepto de indemnización. La CSJN emitió una sentencia el 25 de septiembre de 2011 en el caso *Menem, Carlos Saúl c/ Editorial Perfil SA y otros s/ Daños y Perjuicios*²⁰ en la cual confirmó el pronunciamiento de la Sala H de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil aunque modificó el monto indemnizatorio reduciéndolo a la suma de \$60.000.

Una vez firme la sentencia y habiéndose cumplido con la reparación económica, Fontev ecchia, D’Amico y Horacio Verbitsky (en representación de la Asociación de Periodistas) iniciaron una petición ante el SIDH por considerar que la condena de la Corte Suprema había violado su derecho a la libertad de expresión previsto en el artículo 13 de la CADH. En su sentencia definitiva, la Corte IDH reconoció la responsabilidad internacional del Estado argentino y le ordenó una serie de reparaciones a favor de los periodistas, entre ellas “dejar sin efecto la condena civil”.²¹

20. Fallos: 324: 2895.

21. En primer lugar, el tribunal interamericano recordó los estándares de los derechos a la vida privada y a la libertad de pensamiento y expresión en el Sistema Interamericano. En segundo lugar, ponderó la restricción al derecho a la libertad de expresión de Fontev ecchia y D’Amico con relación al derecho a la privacidad de Carlos Menem. En este punto, la Corte IDH, estableció que el umbral de protección del derecho a la privacidad es menor para los funcionarios públicos porque las funciones propias de dichos cargos importan afectaciones a su vida privada. Asimismo, consideró que las notas y fotografías publicadas en la revista

V. De eufemismos judiciales y otras falacias: ¿las sentencias de la Corte IDH son “en principio” de cumplimiento obligatorio?

En el pronunciamiento de la CSJN en respuesta al caso “Fontev ecchia” de la Corte IDH la mayoría del máximo tribunal modificó su jurisprudencia en torno a la obligatoriedad de las sentencias de la Corte IDH que condenan al Estado cuando importan revocar sus decisiones judiciales.

En su primer análisis la CSJN se preocupa en aclarar que:

(...) se encuentra fuera de discusión que las sentencias de la Corte Interamericana, dictadas en procesos contenciosos contra el Estado argentino son, en principio, de cumplimiento obligatorio para este (art. 68.1, CADH).²²

Sin embargo, la CSJN agrega que:

Dicha obligatoriedad, sin embargo, alcanza únicamente a las sentencias dictadas por el tribunal internacional dentro del marco de sus potestades remediales. En efecto, es con ese alcance que el Estado argentino se ha obligado internacionalmente a acatar las decisiones de la Corte Interamericana.²³

Noticias representaban una contribución al debate de interés general. En este sentido, el tribunal interamericano sostuvo que las publicaciones realizadas por la revista *Noticias* trataban asuntos de interés público –por referirse al funcionario público electivo de más alto rango del país– y que los hechos al momento de ser difundidos se encontraban en dominio público. Por estas razones, la Corte IDH concluyó que “(...) el procedimiento civil en la justicia argentina, la atribución de responsabilidad civil, la imposición de la indemnización más los intereses, las costas y los gastos, así como la orden de publicar un extracto de la sentencia y el embargo dictado contra uno de los periodistas afectaron el derecho a la libertad de expresión de los señores Jorge Fontev ecchia y Héctor D’Amico”. Cfr. Corte IDH. *Caso Fontev ecchia y D’Amico vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C No. 238, párrs. 42 a 50, 60, 68 y 72.

22. CSJN, *Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso “Fontev ecchia y D’Amico vs. Argentina” por la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, considerando 6.

23. CSJN, *Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ Fontev ecchia y D’Amico vs. Argentina, cit.*, considerando 6.

Luego, en el desarrollo del voto de la mayoría la CSJN establece que la Corte IDH no puede revocar sus sentencias porque el SIDH es subsidiario y no una cuarta instancia. Además, establecen que el artículo 63 de la CADH no permite que la Corte IDH pueda dejar sin efecto sentencias de supremos tribunales nacionales. Finalmente, la CSJN agrega que no se puede cumplir con la sentencia so pena de violar el valladar de los principios de derecho público del artículo 27 de la CN entre los que se encuentran la cosa juzgada y la supremacía de la Corte nacional.

Bajo esta nueva interpretación la CSJN les marca el terreno a las decisiones de la Corte IDH y establece que las sentencias del tribunal interamericano solo serán obligatorias en el marco de sus potestades remediales. La redacción suave del problema no obsta a comprender que con este nuevo límite la mayoría de la CSJN se reserva una novedosa e inédita carta de triunfo: las sentencias de la Corte IDH contra el Estado argentino que impliquen revocar sentencias de tribunales internos podrán ser examinadas y desobedecidas si fueron dictadas en exceso de sus competencias remediales.

En disidencia y en sintonía con la anterior postura del tribunal, Juan Carlos Maqueda sostuvo que a partir de la reforma constitucional de 1994, y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 75 inciso 22 de la CN, las sentencias de la Corte IDH pronunciadas en causas en las que el Estado argentino sea parte deben ser cumplidas por los poderes constituidos en el ámbito de su competencia y son obligatorias para la CSJN.²⁴ El ministro afirmó que la CSJN, como uno de los poderes del Estado, de conformidad con el artículo 68.1 de la CADH, debe cumplir y ejecutar el pronunciamiento del tribunal interamericano.²⁵

El pronunciamiento de la CSJN demuestra un desacuerdo profundo en cuanto al alcance de la obligatoriedad de las sentencias de la Corte IDH. Esta tensión entre la mayoría y la minoría merece un análisis más acabado

24. Cfr. CSJN, *Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ "Fontevicchia y D'Amico vs. Argentina"*, cit., considerando 3 del voto en disidencia de Juan Carlos Maqueda.

25. Cfr. CSJN, *Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ "Fontevicchia y D'Amico vs. Argentina"*, cit., considerando 3 del voto en disidencia de Juan Carlos Maqueda. Con cita de la doctrina de Fallos: 326: 2968 "Cantos", disidencia del juez Maqueda, 327:5668 "Espósito", voto de los jueces Belluscio y Maqueda, 334:1504 "Derecho", voto del juez Maqueda, 336:1024 "Carranza Latrubesse", voto del juez Maqueda y resolución CSJN 477/15 del 25 de marzo de 2015 en el expediente n° 4499/13 "Mohamed vs. Argentina".

considerando la envergadura de los límites impuestos en nuestra Constitución a los poderes constituidos mediante el reconocimiento de la CADH con jerarquía constitucional.

V.A. El razonamiento del voto de la mayoría

El principal desacuerdo entre los votos de la mayoría y la minoría gira en torno al alcance de la obligatoriedad de las sentencias de la Corte IDH en los casos contenciosos en los cuales se condena al Estado argentino.

La novedosa posición de la mayoría compuesta por los ministros Ricardo Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Carlos Rosenkrantz, al que adhiere Horacio Rosatti por su voto, relativizan la obligatoriedad de las sentencias del tribunal interamericano. La CSJN se aparta de sus precedentes anteriores (“Espósito” y “Derecho”) y no existe una sola línea en el pronunciamiento de la mayoría que explicita los motivos del cambio jurisprudencial.²⁶

El razonamiento de la mayoría puede ser reconstruido mediante el siguiente razonamiento:

Premisa 1. Las sentencias de la Corte IDH son obligatorias en función del artículo 68.1 de la CADH solo si se dictan dentro del marco de sus potestades remediales.

Premisa 2. El juicio de la Corte IDH sobre si algo está o no dentro de sus competencias remediales no es autoritativo.

26. Es curioso que en su disidencia en *Schiffrin Leopoldo Héctor c/ Poder Ejecutivo Nacional* el ministro Rosenkrantz sostuvo que para temas relativos a decisiones en el marco de una reforma constitucional es necesario “ser consistentes a lo largo del tiempo, lo que demanda un respeto más riguroso hacia las decisiones que esta Corte ha adoptado en el pasado”. ¿Acaso la seguridad jurídica y la coherencia de un sistema jurídico no demanda que la CSJN sea consistente con su jurisprudencia anterior o que se aparte fundadamente de la doctrina de casos anteriores?; ¿cuál es la diferencia entre Espósito y Derecho y este pronunciamiento?; ¿la nueva mayoría considera que la CSJN estuvo equivocada en los casos anteriores? Los fundamentos de la mayoría no arrojan una sola línea sobre estos interrogantes. Creo que no es suficiente el cambio en la composición del tribunal para justificar una modificación en su jurisprudencia en un problema tan relevante como el cumplimiento de una condena internacional por violaciones a los derechos humanos de un tratado.

Premisa 3. El SIDH es subsidiario y la Corte IDH no es una cuarta instancia que pueda revocar sentencias de tribunales supremos.

Premisa 4. El artículo 63 de la CADH no prevé la posibilidad de que la Corte IDH revoque sentencias de tribunales supremos como competencia remedial.

Premisa 5. En “Fontevicchia” la Corte IDH dictó esta sentencia fuera del marco de sus potestades remediales al ordenar dejar sin efecto una sentencia de la CSJN.

Premisa 6. Los principios de cosa juzgada y la supremacía de la CSJN forman parte del valladar del artículo 27 de la CN a los tratados del artículo 75 inciso 22 y el caso “Fontevicchia” viola dichos principios.

Conclusión 7. Por lo tanto, la parte resolutive del caso “Fontevicchia” que ordena dejar sin efecto la sentencia de la CSJN no es obligatoria.

El razonamiento del voto mayoritario encierra cinco premisas explícitas (1, 3, 4, 5 y 6), una implícita (2) y su conclusión (7). En la *premisa 1* la CSJN explícitamente reconoce la obligatoriedad de las sentencias del tribunal interamericano (en los casos contenciosos que condenan al Estado argentino) en función del artículo 68.1 de la CADH, aunque condicionan su valor a que “sean dictadas en el marco de las potestades remediales de la Corte IDH”. La *premisa 2* aparece de manera encubierta, pero se deduce de la nueva condición de que las sentencias de la Corte IDH se encuentren en el marco de sus potestades remediales. La CSJN pareciera decir que la Corte IDH puede delimitar su propia competencia remedial en los casos contenciosos a ella sometidos pero este juicio no resultará obligatorio para la CSJN. En la *premisa 3* la CSJN refiere a dos conceptos elaborados en el SIDH, la subsidiariedad de dicho sistema y la fórmula de la cuarta instancia, para argumentar que no existe ninguna jurisdicción alternativa y por encima de ella. En la *premisa 4* la CSJN relee la competencia remedial de la Corte IDH prevista en el artículo 63 de la CADH bajo una interpretación ajena a las reglas provenientes del derecho internacional. En la *premisa 5* la CSJN analiza el caso “Fontevicchia” con el prisma de sus premisas anteriores y postula que en dicha causa la Corte IDH carecía de potestades remediales

en concreto. Luego, en la *premisa 6* el argumento del tribunal va más allá porque erige al artículo 27 de la CN como un muro a toda la arquitectura del artículo 75 inciso 22 de la norma fundamental. En particular la CSJN utiliza dos principios emanados del artículo 27 de la CN para no cumplir con el caso “Fontevicchia”, la cosa juzgada y la supremacía del tribunal. Finalmente, de la deducción de las *premisas 1, 2, 3, 4, 5 y 6* la CSJN concluye que la sentencia del caso “Fontevicchia” no es obligatoria (*conclusión 7*).

El razonamiento de la CSJN presenta algunos problemas en sus *premisas 2, 3, 4, 5 y 6* y, por lo tanto, estableceré que la *conclusión (7)* es equivocada desde el enfoque que presenta el propio tribunal.

La *premisa 1*, en cambio, es correcta, todo tribunal se apoya en una norma competencial que delimita el alcance de su jurisdicción y la posibilidad de establecer reparaciones. Esta *premisa* no es problemática en sí misma cuando todos los interpretes coinciden en que un tribunal tiene competencia o cuando la niegan. El problema radica en los supuestos en los cuales los interpretes discrepan sobre el alcance de la competencia remedial. Aquí el problema exige discutir si la decisión sobre el alcance de la competencia remedial que realiza la Corte IDH debe ser obedecida o no (*premisa 2*). Esta circunstancia adquiere una complejidad adicional cuando un tribunal internacional como la Corte IDH carece de medios compulsivos para ejecutar su decisión.²⁷ Es en este nudo del problema en el que la *premisa 2* se erige en el principal obstáculo: ¿son autoritativos los juicios de la Corte IDH sobre su propia competencia remedial? La CSJN considera que no bajo una interpretación propia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Esta proposición nos exige indagar si existen argumentos de peso para respaldar el razonamiento del voto de la mayoría. Luego, debemos reconstruir la *premisa 3*, esto es, si los conceptos de subsidiariedad del SIDH y la fórmula de la cuarta instancia realmente constituyen un óbice para el acatamiento de la sentencia de la Corte IDH. Posteriormente, la *premisa 4* exige interpretar si la medida “dejar sin efecto la sentencia de la causa *Menem*” se encuentra comprendida *en abstracto*

27. A diferencias de los tribunales nacionales, la Corte IDH no tiene medios para compeler a los Estados a implementar sus sentencias. Sobre este punto, véase: De Schutter Olivier, *International Human Rights Law, Second Edition*, UK, Cambridge University Press, 2016, p. 1022.

dentro de las facultades de la norma que le confiere a la Corte IDH la posibilidad de establecer reparaciones, el artículo 63 de la CADH. La *premisa 5* nos requerirá analizar si la Corte IDH tenía *en concreto* potestad remedial para decidir como lo hizo en el caso “Fontevicchia”. Dada la interrelación de las *premisas 4 y 5* ambas serán analizadas conjuntamente. Finalmente, la *premisa 6* invita a reflexionar sobre el discutible argumento del valladar de los principios de derecho público, entre los que se encuentran la cosa juzgada y la supremacía de la Corte IDH, como límite a las decisiones de la Corte IDH y de los tratados de derechos humanos.

V.B. *Premisa 2*

(i) *¿Los juicios de la Corte IDH sobre sus competencias remediales son autoritativos?*²⁸

El principal argumento de la CSJN para no cumplir la sentencia del caso “Fontevicchia” de la Corte IDH es que estas solo son obligatorias si se dictan dentro del marco de sus potestades remediales (*premisa 1*). Como señalé, este enunciado complejo encierra un argumento implícito no formulado y que no se debe pasar por alto: la CSJN asume el control de que las sentencias condenatorias contra el Estado argentino sean dictadas en el marco de las competencias de la Corte IDH. A criterio de la CSJN el juicio que la Corte IDH realice sobre su propia competencia remedial no es autoritativo para el tribunal (*premisa 2*).

Sin embargo, la CSJN pasa por alto que la única norma que específicamente aborda el valor de las sentencias de la Corte IDH es el artículo 68.1 de la CADH que goza de jerarquía constitucional según el artículo 75 inciso 22 de la CN en las “condiciones de su vigencia” y siempre que “no deroguen artículo alguno de la parte dogmática”. El artículo 68.1 es claro, si la sentencia es obligatoria, también lo es el juicio de la Corte IDH sobre el alcance de las reparaciones que forman una parte inescindible de la decisión. Adicionalmente, la CADH agrega en su artículo 67 que las sentencias de la Corte IDH

28. Es curioso el término “competencia remedial” utilizado por la CSJN cuando la CADH utiliza el concepto de “reparaciones” en su artículo 63 de la CADH. Es posible que este argumento se encuentre influenciado por la doctrina anglosajona que a cada derecho (*right*) le confiere un remedio legal (*legal remedy*).

son “definitivas e inapelables”. El hecho de que una sentencia sea definitiva socava la posibilidad de un control posterior por parte de los tribunales internos de los Estados acerca de si el tribunal interamericano estaba dentro de sus competencias remediales. Naturalmente, dada la naturaleza de la Corte IDH como tribunal internacional que carece de poder para ejecutar la decisión, existirá un proceso de implementación de la sentencia que le permitirá a los órganos locales analizar los modos y formas para cumplir con las reparaciones. En este punto, los Estados cuentan con un campo de acción amplio para implementar la decisión en el marco del proceso de supervisión de la sentencia que realiza la Corte IDH. Mi objeción apunta al rechazo deliberado de una decisión definitiva y obligatoria del SIDH.

Por otra parte, ha sido la CSJN en su reiterada jurisprudencia quien estableció que la primera fuente de interpretación de las leyes es su letra.²⁹ El artículo 68.1 de la CADH establece que “(...) los Estados partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”. Si interpretamos el sentido literal de la norma, no hay dudas de que los Estados tienen un compromiso de cumplir las decisiones de la Corte IDH en todas sus partes.³⁰

Este criterio interpretativo es coincidente con la interpretación literal en materia de tratados internacionales que propicia la Convención de Viena de Derecho de los Tratados que tiene una relación de género a especie con la CADH.³¹ El sentido corriente de la palabra “compromiso” utilizada en la

29. CSJN, doctrina de Fallos: 307:2153; 312:2078 y 314: 458, entre otros.

30. Sobre el método de interpretación literal, ha dicho la CSJN que “el método gramatical por el cual comienza toda tarea interpretativa obliga al juez a atenerse a las palabras del texto escrito, en la comprensión de que ninguna disposición de la Constitución ha de ser considerada superflua, sin sentido o inoperante. El juez debe entender asimismo las palabras de la Constitución en el significado en el que son utilizadas popularmente y explicarlas en su sentido llano, obvio y común”. CSJN, *Rizzo, Jorge Gabriel (apoderado Lista 3 Gente de Derecho) si acción de amparo el Poder Ejecutivo Nacional*, ley 26.855, medida cautelar), considerando 17.

31. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, art. 31.1. Para un análisis pormenorizado de los criterios de interpretación del derecho internacional, véase: Villiger, Mark E., *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, The Netherlands. Martinus Nijhoff Publishers, 2009, pp. 415/441.

CADH claramente refleja la noción de una obligación contraída³² que debe ser cumplida por el Estado, incluyendo su Poder Judicial.

El carácter definitivo e inapelable de las sentencias de la Corte IDH exige que estas deben cumplirse de “forma íntegra”.³³

Además, desde la óptica del derecho internacional, la obligación de cumplir con las decisiones de tribunales internacionales deriva de un principio básico del derecho sobre la responsabilidad internacional del Estado que exige que los Estados acaten sus obligaciones internacionales de buena fe (*pacta sunt servanda*).³⁴ No debemos olvidar que la Argentina también es parte de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados que en su artículo 27 establece que ningún Estado puede invocar las disposiciones de su derecho interno para justificar el incumplimiento de un tratado.

Por otra parte, la CSJN no presenta ningún argumento antitético entre el artículo 68.1 de la CADH incorporado a la Constitución por el artículo 75 inciso 22 de la CN y las dos modalidades o condiciones de esta norma. Por el contrario, el criterio interpretativo anterior de la CSJN contradice la nueva postura del tribunal en cuanto a que el juicio de la Corte IDH sobre su competencia remedial no es autoritativo. Esto merece dos consideraciones.

En primer lugar, la cláusula según la cual los tratados como la CADH tendrán jerarquía constitucional “en las condiciones de su vigencia” ha sido interpretada por la CSJN a partir del caso “Giroldi”. En este precedente, con relación a la garantía de la segunda instancia en materia de procesos penales establecida en el art. 8.2.h de la CADH, la CSJN estableció que las normas de los tratados, como el 68.1 de la CADH, tienen jerarquía constitucional en las condiciones de su vigencia, esto es, según como efectivamente rigen en el ámbito internacional considerando la efectiva aplicación e interpretación de los tribunales internacionales.³⁵

32. Real Academia Española, *Compromiso: Obligación contraída*.

33. Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y Otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 23 de noviembre de 2012, párr. 2.

34. Cfr. Corte IDH, *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC- 14/94 de 9 de diciembre de 1994. Serie A No. 14, párr. 35.

35. La CSJN sostuvo “(...) que la (...) jerarquía constitucional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente, en

Ahora bien, ¿cuál es la interpretación auténtica que los órganos de aplicación de la CADH le han asignado al artículo 68.1? Este interrogante tiene respuesta en la propia jurisprudencia de la Corte IDH que la CSJN no se preocupa en atender. Para citar algunos ejemplos, en el caso “Baena” la Corte IDH estableció que “(...) los Estados deben asegurar la implementación a nivel interno de lo dispuesto por el Tribunal en sus decisiones”.³⁶ Asimismo, el tribunal interamericano, expresó que “(...) en virtud del carácter definitivo e inapelable de las sentencias de la Corte, según lo establecido en el artículo 67, estas deben ser cumplidas de manera pronta por el Estado en forma íntegra”.³⁷ En sintonía, la Corte IDH estableció “(...) los Estados partes en la Convención que han reconocido la jurisdicción obligatoria de la Corte tienen el deber de acatar las obligaciones establecidas por el Tribunal”.³⁸ La interpretación auténtica que la Corte IDH ha asignado a los artículos 68.1 y 67 de la CADH no deja lugar a dudas de que sus sentencias condenatorias son obligatorias en todas sus partes. El juicio de la Corte IDH acerca de su competencia remedial debe primar en nuestro ordenamiento jurídico en razón de la cláusula constitucional que establece que la CADH tendrá jerarquía constitucional en las condiciones de su vigencia.

En segundo lugar, la cláusula que prescribe que los tratados sobre derechos humanos tendrán jerarquía constitucional siempre que “no deroguen artículo alguno de la primera parte de esta Constitución” ha sido interpretada,

las condiciones de su vigencia (art. 75, inc. 22, párr. 2º, esto es, tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación. De ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana (confr. arts. 75, Constitución Nacional, 62 y 64 Convención Americana y 2º, ley 23.054)”. CSJN, doctrina de Fallos: 307:2153; 312:2078 y 314: 458, entre otros.

36. Corte IDH, Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá, sentencia de 28 de noviembre de 2003, párr. 131

37. Corte IDH, *Caso Kimel vs. Argentina*, supervisión de cumplimiento de sentencia, resolución del 15 de noviembre de 2010, considerando 4.

38. Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y Otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 23 de noviembre de 2012.

como afirma Mónica Pinto,³⁹ por la CSJN en el caso “Monges” en el cual se estableció que el análisis de compatibilidad de los tratados sobre derechos humanos con la parte dogmática es un juicio realizado por el constituyente y se encuentra sustraído a la interpretación del Poder Judicial.⁴⁰

Si el Estado, o los convencionales de 1994, hubiesen querido asignar otro sentido a las cláusulas previstas en los artículos 67 y 68.1 de la CADH debieron efectuar una reserva en los términos del artículo 75 del tratado.⁴¹ En otras palabras, cuando Ulises decidió atarse a un mástil reforzado valiéndose del Derecho Internacional de los Derechos Humanos sabía lo que hacía.

Por otra parte, es claro que el seno del tribunal al que una corte internacional está condenando porque su sentencia violó un derecho humano no es el ámbito adecuado para debatir la obligatoriedad de las competencias remediales de la supervisión supranacional, máxime cuando este supuesto se encuentra expresamente regulado en el orden constitucional. El SIDH no prevé la posibilidad de que los órganos internos analicen las competencias remediales del tribunal interamericano cuando son estos los condenados por la violación de un derecho humano.

Creo por estas razones que en este punto radica el talón de Aquiles del razonamiento de la CSJN representado en su *premisa 2*. La CSJN se arroga la facultad decidir si las sentencias de la Corte IDH se encuentran en el marco de sus competencias remediales, algo no previsto en el ordenamiento constitucional y que contradice la letra de normas constitucionales como los artículos 67 y 68.1 de la CADH que asignan un juicio autoritativo a las deci-

39. Cfr. Pinto, Mónica, *El valor jurídico de las decisiones de los órganos de control en material de derechos humanos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*, *ob. cit.*, pp. 124.

40. Cfr. CSJN, *Monges*, Analía M. c/UBA-Resol. 2314/95, 26 de diciembre de 1996. Fallos: 319:3148.

41. CADH, artículo 75: Esta Convención solo puede ser objeto de reservas conforme a las disposiciones de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, suscrita el 23 de mayo de 1969. La Convención de Viena Sobre Derecho de los Tratados entiende se entiende por “reserva” una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a este, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado.

siones del tribunal interamericano acerca de sus competencias remediales. Por ello, la *premisa 2* utilizada por la CSJN es a mi modo de ver equivocada.

(ii) *¿Una puerta abierta a la discrecionalidad en materia de reparaciones a violaciones a los derechos humanos?*

Lo más preocupante del argumento de la CSJN representado en la *premisa 2* es que, si el juicio de la Corte IDH sobre su propia competencia remedial no es obligatorio, cuál debe ser el criterio para que se habilite el poder de revisión o control de la CSJN.

La utilización de un control interno de las actuaciones de un tribunal internacional que, por nuestra propia norma constitucional, puede condenar al Estado argentino a adoptar distintas medidas para reparar violaciones a los derechos humanos, incluso de los propios jueces, genera un margen de discrecionalidad en un ámbito –la protección de los derechos humanos– en el que, a mi modo de ver, no debería existir.

Es muy difícil encontrar un criterio de validez o control legal para analizar las competencias remediales de la Corte IDH desde las instancias nacionales. Como sostiene Abramovich, el análisis de las competencias del tribunal interamericano subvierte un principio básico de que el tribunal internacional es juez único de sus propias competencias,⁴² regla en la que se sostiene el Sistema Interamericano, el Sistema Universal, entre otros sistemas internacionales de protección de los derechos humanos.⁴³

Debemos considerar que existe una alta probabilidad de que las peticiones que llegan al SIDH tienen como antecedente una sentencia de la CSJN. Es cuestionable que la CSJN se constituya en el árbitro final que decidirá si las sentencias de la Corte IDH se encuentran dentro de sus competencias remediales, incluso cuando este disponga que la violación al derecho humano en cuestión tuvo como agente protagónico a nuestro máximo tribunal.

Con este pronunciamiento la CSJN introduce una suerte de objeción competencial a las reparaciones a las violaciones a los derechos humanos determinadas por la Corte IDH. A diferencia de los casos “Espósito”

42. Cfr. Abramovich, Víctor, Comentarios al caso Fontevecchia, ob. cit., 2017, p. 2.

43. Cfr. Pasqualucci, JO M. *The practice and the procedure of the Inter-American Court of Human Rights, Second Edition*, NY, Cambridge University Press, 2013, pp. 117 y 118.

y “Derecho”, y de la disidencia de Maqueda, la mayoría de la CSJN crea una contingencia frente a un supuesto regulado específicamente en el orden constitucional.

V.C. Premisa 3: Los problemas que encierran la utilización de los conceptos de la subsidiariedad del SIDH y la fórmula de la cuarta instancia

La *premisa 3* del razonamiento del voto de la mayoría también presenta algunos problemas desde un punto de vista jurídico y conceptual. En su anhelo de argumentar que el tribunal interamericano no puede revocar sentencias de tribunales supremos nacionales la CSJN establece que el tribunal internacional no puede “dejar sin efecto” la sentencia dictada en la causa *Menem* porque no es una cuarta instancia. En sustento de su posición, la CSJN recordó que el SIDH tiene un carácter subsidiario (citando el preámbulo y los artículos 46 y 62 de la CADH)⁴⁴ y remarcó que la Corte IDH “no actúa como una instancia más en los casos tratados por las Corte nacionales”.⁴⁵

A esta altura del desarrollo de la dogmática del Derecho Internacional de los Derechos Humanos estos argumentos son técnicamente incorrectos para el uso que la CSJN les quiere asignar. El hecho de que el SIDH revista un carácter subsidiario a los sistemas nacionales no es una novedad. Este sistema regional de protección funciona como un mecanismo de última *ratio*⁴⁶ cuando los Estados obligados han fallado en la protección de los derechos humanos de las personas sometidas a su jurisdicción. Desde luego, el carácter subsidiario del SIDH implica que este mecanismo de protección no sustituye a las jurisdicciones nacionales sino que las complementa.⁴⁷ La virtualidad del carácter subsidiario y complementario del SIDH es que la Comisión Interamericana y la Corte IDH solo tendrán conocimiento de

44. Cfr. CSJN, Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ “Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina”, cit., considerando 8.

45. CSJN, *Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ “Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina”*, cit., considerando 8.

46. Cfr. Steiner, Christian y Uribe, Patricia, Introducción general, en Steiner, Christian, y Uribe, Patricia (editores), *Convención Americana sobre Derechos Humanos: Comentario*, Konrad Adenauer Stiftung, 2014, p. 7.

47. Cfr. Corte IDH. *Caso Tarazona Arrieta y Otros vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 15 de octubre de 2014. Serie C No. 286, párr. 137.

peticiones individuales cuando se agoten los recursos internos dentro del Estado⁴⁸ en los supuestos en los cuales las víctimas busquen obtener reparaciones en caso de existir lesiones a los derechos fundamentales.⁴⁹ Mónica Pinto sostuvo que el mecanismo de denuncias ante el SIDH es subsidiario respecto de la protección nacional porque deben agotarse todos los recursos idóneos y eficaces en el ordenamiento jurídico interno del Estado.⁵⁰ No hay equívocos en este punto, incluso la Comisión Interamericana en el caso “Marzioni”, entre otros informes, estableció que la protección de los órganos de la CADH tienen carácter subsidiario y es un mecanismo de refuerzo o complementario a las obligaciones de los Estados americanos.⁵¹

La subsidiariedad del SIDH no es un argumento atinente para fundamentar que el juicio de la Corte IDH sobre su propia competencia remedial no es autoritativo y así desobedecer sus decisiones. De la subsidiariedad del SIDH no se deriva de ninguna manera que la Corte IDH no puede establecer como reparación en favor de las víctimas que se invalide una sentencia interna que violó un derecho humano previsto en el tratado. La CSJN incurre en una falacia de petición de principio pues al tratar de establecer que la Corte IDH no puede revocar sus sentencias porque sus juicios no son autoritativos utiliza el concepto de la subsidiariedad del SIDH para llegar a esa conclusión. El SIDH es subsidiario, pero de ello no se deriva que las decisiones sobre la competencia remedial del tribunal interamericano no sean obligatorias. Por el contrario, como explica Abramovich, la competencia convencional de la Corte IDH para ordenar que se revisen sentencias de tribunales nacionales es coherente con el principio del previo agotamiento de los recursos internos porque resultaría absurdo que la CADH exija a las víctimas el agotamiento de los procesos judiciales nacionales y luego inhibiera

48. Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, Fondo, sentencia de 29 de julio de 1988, párr. 61; Corte IDH. *Caso Godínez Cruz vs. Honduras*, Fondo, sentencia de 20 de enero de 1989, párr. 64; Corte IDH. *Caso Fairén Garbi y Solís Corrales vs. Honduras*, Fondo, sentencia de 15 de marzo de 1989, párr. 85.

49. Este procedimiento está previsto en el artículo 46 de la CADH.

50. Cfr. Pinto, Mónica, *El derecho Internacional: Vigencia y desafíos en un escenario globalizado*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2004, párr. 106.

51. Cfr. CIDH, Informe 39/96, Caso 11.673, *Marzioni*, Argentina, 15 de octubre de 1996, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1996*, OEA/Ser.L/V/II.95 doc.7 rev., párr. 48.

a los órganos del SIDH de revisar el alcance de esas decisiones judiciales.⁵²

Otro controvertido argumento utilizado por la CSJN es que la Corte IDH no funciona como una cuarta instancia, en alusión a una construcción conceptual propia del SIDH.

La fórmula de la cuarta instancia se ha desarrollado sobre la base del artículo 47.b de la CADH⁵³ y significa que la decisión de un órgano internacional de protección de los derechos humanos no comporta la instauración de una cuarta instancia o casación internacional debido a que su función es establecer la compatibilidad de la situación interna analizada con los compromisos asumidos en el ámbito internacional.⁵⁴ La CIDH sostuvo que el carácter subsidiario del SIDH se traduce en la llamada fórmula de la cuarta instancia que postula que la Corte IDH “no puede revisar las sentencias dictadas por los tribunales nacionales que actúen en la esfera de su competencia y aplicando las debidas garantías judiciales, a menos que considere la posibilidad de que se haya cometido una violación de la Convención”.⁵⁵ En otras palabras, mediante la fórmula de la cuarta instancia la Corte IDH no puede analizar el acierto o error de las decisiones de los tribunales nacionales (es decir, cómo interpretaron los hechos y las pruebas en función de las normas internas) sino que solo puede corroborar que la actuación judicial sea compatible con la CADH.

Este argumento de la CSJN contenido en la premisa 3 contiene una trampa. En su intención de establecer que la Corte IDH no puede revocar sus sentencias, la CSJN aplica la noción desarrollada en la fórmula de la cuarta instancia que tiene una finalidad diferente. En el caso “Fontevéchia” la Corte IDH analizó la actuación de los tribunales internos a la luz de la

52. Cfr. Abramovich, Víctor, Comentarios al caso Fontevéchia, ob. cit., 2017, p. 3.

53. Cfr. Diego Rodríguez-Pinzón, *La Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, en *Manual sobre Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Teoría y Práctica*, Compiladores: Carlos Ayala Corao, Claudia Martín y Diego Rodríguez-Pinzón Ed. Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela (en producción), 2016, p. 25; disponible en: www.wcl.american.edu/hracademy/documents.

54. Cfr. Pinto, Mónica, *El derecho Internacional: Vigencia y desafíos en un escenario globalizado*, ob. cit., párr. 106/107.

55. CIDH, Informe 39/96, Caso 11.673, Marzióni, Argentina, 15 de octubre de 1996, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1996, OEA/Ser.L/V/II.95 doc.7 rev., párr. 50.

CADH (efectivamente declaró violado el artículo 13 de la CADH sobre libertad de expresión). Por ello, la utilización de la fórmula de la cuarta instancia no es atinente, en atención al supuesto que verdaderamente regula, para fundamentar válidamente la proposición de la CSJN.

V.D. Premisas 4 y 5: El alcance del artículo 63 de la CADH y la presunta falta de potestad remedial de la Corte IDH en el caso “Fontevicchia”

La *premisa 4* consiste en una interpretación propia de la CSJN sobre el artículo 63 de la CADH que establece la potestad de la Corte IDH de realizar reparaciones. A criterio de la CSJN, dicha norma no habilita a revocar sentencias de supremos tribunales de los Estados parte de la CADH. En otras palabras, la CSJN interpreta bajo sus propias reglas el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La *premisa 5* es la deducción en concreto hacia la causa de la premisa anterior, la CSJN estima que en el caso “Fontevicchia” la Corte IDH no estaba habilitada para revocar la sentencia dictada en “Menem”. Dada su íntima relación, analizaré ambas premisas de manera conjunta.

El artículo 63.1 de la CADH reproduce una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del derecho de la responsabilidad internacional de los Estados que exige la necesidad de reparar violaciones a normas internacionales.⁵⁶ En la CADH la posibilidad de establecer reparaciones está regulada como una facultad de la Corte IDH cuando decide que se ha vulnerado un derecho reconocido en una sentencia.⁵⁷ Esta facultad incluye las denominadas medidas de restitución. Estas medidas implican el restablecimiento hasta donde sea posible de la situación que existía antes de que ocurriera la violación e incluye la posibilidad de anular antecedentes judiciales, administrativos, penales o policiales.⁵⁸

56. Cfr. ONU, *Corte Internacional de Justicia, Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, Advisory Opinion: I.C.J. Reports 1949, párr. 184.

57. Cfr. Correa, Christian, *Reparaciones y Medidas Provisionales*, en Steiner, Christian, y Uribe, Patricia (Editores), *Convención Americana sobre Derechos Humanos: Comentario*, Konrad Adenauer Stiftung, 2014, p. 828.

58. Cfr. Correa, Christian, *Reparaciones y Medidas Provisionales*, en Steiner, Christian, y Uribe, Patricia (editores), *Convención Americana sobre Derechos Humanos: Comentario*, Konrad Adenauer Stiftung, 2014, p. 828.

La Corte IDH ha brindado importantes contribuciones a la evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por sus sentencias en materia de reparaciones que exceden el mero pago de compensaciones (a diferencia de su par europeo), entre las medidas que ha adoptado se encuentran: la adopción de leyes compatibles con la CADH, reformas y derogación de leyes incompatibles con la CADH, revisar sentencias internas que convalidaron violaciones a la CADH, derogar o modificar actos administrativos del Poder Ejecutivo, entre otros ejemplos.⁵⁹

Sobre este punto, es curioso que en la jurisprudencia posterior al caso “Giroldi” la CSJN había sostenido reiteradamente, al interpretar la cláusula “en las condiciones de su vigencia” del artículo 75 inciso 22 de la CN, que las reglas previstas en los tratados sobre derechos humanos deberán interpretarse según el modo en que rigen efectivamente en el derecho internacional, en función de la interpretación propiciada por los órganos de los pactos. En materia de libertad de expresión, que es el núcleo que se analiza en el caso “Fontevicchia”, la propia práctica del tribunal interamericano arroja luz en torno a su competencia remedial para este supuesto. En diversos precedentes en los que la Corte IDH consideró violado el artículo 13 de la CADH exigió a los tribunales nacionales que dejaran sin efecto sus decisiones demostrando una interpretación inequívoca del precepto. En el caso *Tristán Donoso vs. Panamá* la Corte IDH ordenó al Estado “dejar sin efecto la condena penal impuesta al señor Santander Tristán Donoso y todas las consecuencias que de ella se deriven (...)”.⁶⁰ En igual sentido, en el caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica* la Corte IDH estableció “(...) que el Estado debe dejar sin efecto, en todos sus extremos, la sentencia emitida el 12 de noviembre de 1999 por el Tribunal Penal del Primer Circuito Judicial de San José”.⁶¹

Como sostuvo Abramovich, así como la Corte IDH puede imponer al Poder Legislativo cambiar una ley, y al Poder Ejecutivo revisar un acto administrativo también puede ordenar a las cortes constitucionales revisar o

59. Cfr. Pasqualucci, JO. M. *The practice and the procedure of the Inter-American Court of Human Rights, Second Edition*, NY, Cambridge University Press, 2013, p. 338.

60. Corte IDH, *Caso Tristán Donoso vs. Panamá*, supervisión de cumplimiento de sentencia, resolución de 1 de septiembre de 2010.

61. Corte IDH, *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, supervisión de cumplimiento de sentencia, resolución de 12 de septiembre de 2005.

anular una sentencia según el ordenamiento que cada Estado determine cuando encuentre una violación a un derecho de la CADH.⁶²

En lo medular de esta cuestión, reitero el abordaje en torno a la autoridad de los juicios de la Corte IDH sobre sus propias competencias remediales que forman un capítulo inescindible de la sentencia que reviste carácter obligatorio en la CADH. Desde una lectura en abstracto del artículo 63, la CSJN ignora el sentido normativo de la facultad de establecer reparaciones por parte de la Corte IDH. Por otra parte, desde una mirada en concreto al caso “Fontevicchia” el argumento de la CSJN desatiende los estándares interamericanos desarrollados con relación a sentencias domésticas que violaron el derecho humano a la libertad de expresión.

V.E. Premisa 6: El argumento del “valladar” de los principios de derecho público

Finalmente, la CSJN establece en su *premisa 6* que no corresponde hacer lugar a la decisión de la Corte IDH porque dejar sin efecto la sentencia afecta dos principios fundamentales del derecho público argentino: la cosa juzgada y la supremacía de la CSJN. El sustento normativo de ambas proposiciones es el artículo 27 de la CN que establece “(...) el Gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución”. Según la CSJN, ambos principios se traducen en el modo en que deben ser interpretadas las obligaciones asumidas por el Estado argentino, una suerte de esfera de reserva soberana, delimitada por los principios de derecho público establecidos en la CN a los cuales los tratados internacionales deben ajustarse.

Seguidamente, analizaré esta controvertida premisa que formula la mayoría del tribunal. En primer lugar, sostendré que el alegado problema de la cosa juzgada no tiene virtualidad frente a casos que llegan a sistemas internacionales de protección. En segundo lugar, abordaré la controvertida interpretación de la CSJN con relación al artículo 27 de la CN mediante otras fuentes que considero más plausibles que las utilizadas en el fallo. En tercer

62. Cfr. Abramovich, Víctor, *Comentarios al caso Fontevicchia*, *ob. cit.*, 2017, pp. 3 y 4.

lugar, defenderé el argumento de que luego de la reforma constitucional de 1994 la CSJN tiene la última palabra en términos generales exceptuando los supuestos previstos en el artículo 68.1 de la CADH pues en dicho específico caso la decisión de la Corte IDH debe prevalecer.

(i) *El problema de la cosa juzgada*

El argumento de la cosa juzgada para no cumplir con una decisión internacional había sido utilizado en el caso “Acosta”⁶³ en el cual la CSJN decidió no revisar una sentencia firme pese a las recomendaciones de la Comisión Interamericana que ordenaba reparar ciertas violaciones a las garantías judiciales llevadas a cabo en el proceso doméstico. En una crítica a dicha decisión, que se puede extender al nuevo pronunciamiento de la CSJN, Mónica Pinto sostuvo que los órganos previstos en los tratados con rango constitucional tienen competencia para tramitar peticiones que exigen como requisito *sine qua non* el agotamiento de los recursos internos. Incorporar un tratado sobre derechos humanos con jerarquía constitucional, aceptar su mecanismo de supervisión y luego negar eficacia a sus decisiones cuando ellas analizan una cuestión otrora resuelta por la CSJN es asignar al texto constitucional un valor meramente formal.⁶⁴ En esta línea,

63. CSJN, *Acosta, Claudia Beatriz y otros s/ hábeas corpus*, Fallos 321: 3555, sentencia de 22 de diciembre de 1998, considerando 13. En el caso la CSJN sostuvo que “(...) bajo los supuestos indicados [sentencia firme de condena anterior al procedimiento ante la Comisión], cabe expresar que (...) si bien por el principio de buena fe que rige la actuación del Estado argentino en el cumplimiento de sus compromisos internacionales, aquel debe realizar los mejores esfuerzos para dar respuesta favorable a las recomendaciones efectuadas por la Comisión, ello no equivale a consagrar como deber para los jueces el de dar cumplimiento a su contenido, al no tratarse aquellas de decisiones vinculantes para el Poder Judicial. Es que la jurisprudencia internacional, por más novedosa y pertinente que se reputa, no podría constituir un motivo de revisión de las resoluciones judiciales –equiparable al recurso de revisión–, pues ello afectaría la estabilidad de las decisiones jurisdiccionales, la que, en la medida en que constituye un presupuesto ineludible de la seguridad jurídica, es exigencia del orden público y posee jerarquía constitucional”.

64. Cfr. Pinto, Mónica, *El valor jurídico de las decisiones de los órganos de control en material de derechos humanos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia*, ob. cit., pp. 135 y 136.

Pinto explica que cuando un Estado acepta la supervisión de un mecanismo internacional como la Corte IDH el alcance de la doctrina de la cosa juzgada requiere una lectura diferente.⁶⁵ En estos casos, debe asumirse que la cosa juzgada tiene dos niveles, el primero se produce a nivel doméstico, cuando no existe la posibilidad de interponer ningún recurso interno frente a una sentencia. El segundo nivel es cuando una sentencia es cuestionada a nivel internacional, en este supuesto la resolución quedará firme cuando sea confirmada por los mecanismos internacionales o concluya el procedimiento en la sede internacional.⁶⁶

La cosa juzgada no fue un óbice para dejar sin efecto sentencias anteriores de la CSJN en “Espósito”⁶⁷ y “Derecho” y la CSJN no aborda los motivos por los cuales se apartó de su anterior criterio.

En 1994 los convencionales decidieron atar los poderes constituidos a los términos de la CADH que establece que sus sentencias son obligatorias. Si el tribunal interamericano observa que una sentencia interna ha violado un derecho humano es necesario atender a las reparaciones dispuestas en el fallo. Si bien la cosa juzgada es un concepto central de nuestro ordenamiento jurídico luego de la reforma de 1994 la noción exige una relectura compatible con nuestras obligaciones en materia de derechos humanos. La posición de Pinto esclarece esta disyuntiva. Si una persona o grupo de personas alega que una sentencia interna vulnera derechos humanos de la CADH y presentan una petición individual ante el SIDH dicha resolución adquirirá carácter de cosa juzgada definitiva una vez agotada la instancia internacional en el caso de que sea convalidada.

La mayoría de los casos que llegan a la Corte IDH presuponen una sentencia interna anterior que reviste carácter de cosa juzgada en el ordenamiento jurídico interno. Si el SIDH no puede conmovir sentencias firmes de los tribunales internos, la consecuencia de esta premisa conllevaría a la

65. Cfr. Pinto, Mónica, *National and International Courts: deference or disdain*, Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review, Thomson Reuters. 2008, Rev. 247, p. 3.

66. Cfr. Pinto, Mónica, *National and International Courts: deference or disdain*, Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review, Thomson Reuters. 2008, Rev. 247, p. 3.

67. En “Espósito” con buen criterio la CSJN dejó a salvo su postura contraria a revisar una sentencia firme de prescripción, pero cumplió con lo resuelto por la Corte IDH.

irrazonable consecuencia de restar efectividad a todo el diseño que establece la CADH para los casos contenciosos. Sumado al hecho de que existe una consolidada jurisprudencia en el SIDH que ha solicitado reformular sentencias domésticas que vulneraron derechos humanos. La constitucionalización del Derecho Internacional de los Derechos Humanos de la reforma de 1994 exige releer el instituto de la cosa juzgada en sintonía con nuestro mástil constitucional reforzado.

(ii) La disputa de la CSJN y la Corte IDH por quien tiene última palabra

El último argumento de la premisa 6 es que entre los principios inmovibles de derecho público protegidos por el valladar soberano del artículo 27 de la CADH se encuentra el carácter de la CSJN como órgano supremo del Poder Judicial argentino y sustituirlo por un tribunal internacional vulnera dicha norma.⁶⁸ En sustento de dicha tesitura la CSJN recuerda el pensamiento del destacado jurista Joaquín V. González quien sostuvo que ningún tratado puede alterar la supremacía de la Constitución ni cambiar o limitar las atribuciones conferidas a los poderes de gobierno.⁶⁹ La Corte completa el argumento remarcando que la reforma de 1994 ha reafirmado el “valladar infranqueable” del artículo 27 de la CN al establecer el artículo 75 inciso 22 que los tratados de derechos humanos no derogan artículo alguno de la Constitución.⁷⁰

Este complejo argumento encierra una vieja polémica entre soberanistas e internacionalistas con relación al valor de los tratados internacionales del artículo 75 inciso 22 y la primera parte de la Constitución. Además, presenta a la CSJN y la Corte IDH en una disyuntiva por la supremacía judicial. Estos dos problemas requieren algunas precisiones.

68. Cfr. CSJN, *Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ “Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina”, cit.*, considerando 17.

69. Cfr. CSJN, *Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ “Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina”, cit.*, considerando 18 con cita de Joaquín V. González en Senado de la Nación, Diario de Sesiones, sesión del 26 de agosto de 1909, volumen IX, p. 5.

70. Cfr. CSJN, *Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ “Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina”, cit.*, considerando 19.

a) ¿Derecho prestado o derecho propio?

El ministro Carlos Rosenkrantz parece haber profetizado en *Against Borrowings and other Nonauthoritative Uses of Foreign Law* la postura que ahora adopta la CSJN en su nueva composición del año 2016 con su ingreso al tribunal. En dicho trabajo Rosenkrantz defiende una visión sobre la recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos a nuestra Constitución como un préstamo del derecho internacional que tomaron los convencionales constituyentes en 1994 con un propósito meramente expresivo o aspiracional.⁷¹

A mi modo de ver, el pensamiento de Rosenkrantz expresa que, en cierto modo, Ulises mantuvo sus ataduras al mástil original (la primera parte de la CN) pero tomó prestadas cuerdas ajenas en caso de ser necesarias (el Derecho Internacional). Sin embargo, estas nuevas cuerdas no llevan nudos pues son meras aspiraciones que no atan a nadie.

En contraposición, Leonardo Filippini refuta esta posición. Filippini⁷² explica que el ingreso del Derecho Internacional de los Derechos Humanos con jerarquía constitucional es un proceso deliberativo autóctono y no un préstamo de otros. Por un lado, sostiene que la Argentina participó activamente en la redacción de los tratados. Por otra parte, afirma que los convencionales constituyentes deliberaron detenidamente la propuesta de incorporar los tratados con jerarquía constitucional y votaron en su favor. El punto más notable del pensamiento de Filippini a mi modo de ver es cuando afirma que:

(...) si se espera que obedezcamos las normas surgidas de la deliberación de la entidad política a la que pertenecemos, entonces deberíamos obedecer el derecho internacional de los derechos humanos incorporados a nuestra Constitución.⁷³

71. Cfr. Rosenkrantz, Carlos F., *Against Borrowings and other Nonauthoritative Uses of Foreign Law*, 1, *International Journal of Constitutional Law*, 2003, pp. 269/295.

72. Cfr. Filippini, Leonardo, "El Derecho Internacional de los Derechos Humanos no es un préstamo; reflexiones a la crítica a los préstamos de Carlos F. Rosenkrantz", *Revista de la Universidad de Palermo*, Año 8, 2007, p.191/202.

73. Cfr. Filippini, Leonardo, "El Derecho Internacional de los Derechos Humanos no es un préstamo; reflexiones a la crítica a los préstamos de Carlos F. Rosenkrantz", *Revista de la Universidad de Palermo*, Año 8, 2007, p. 200.

Desde la incorporación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos a la CN ya no debemos referirnos a dos órdenes normativos distintos. La tesis de Fillipini es convincente e invita a reflexionar si desde la reforma de 1994 cuando desobedecemos la decisión de un órgano como la Corte IDH o restamos valor a los tratados incorporados a la Constitución estamos menoscabando las reglas de otro o la normatividad de nuestro Derecho.

Esta antigua polémica entre soberanistas e internacionalistas sobre la relación entre derecho interno y Derecho Internacional de los Derechos Humanos, reeditada por la CSJN, requiere el análisis de otras fuentes plausibles para esclarecer el problema.

b) ¡No nos olvidemos de Alberdi!

La CSJN utiliza una cita del jurista Joaquín V. González para sustentar que ningún tratado puede alterar las atribuciones conferidas a los poderes de gobierno con relación a su controvertida posición con respecto al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y los valladares del derecho público. Joaquín V. González sostuvo que ningún tratado puede alterar la supremacía de la Constitución ni cambiar o limitar las atribuciones conferidas a los poderes de gobierno.

Pero como ha demostrado Fillipini existen otras lecturas de las relaciones entre los tratados y el derecho nacional en nuestra tradición constitucional. Como manifesté a lo largo de estas líneas, lejos de violar la primera parte, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos enriquece nuestra norma constitucional y establece nuevos límites a los poderes constituidos como respuesta a los déficits de nuestra tradición constitucional.

Los constituyentes de 1853 adoptaron la Constitución Nacional tomando como fuente principal el pensamiento de Juan Bautista Alberdi en *Bases y Puntos de Partida para la Organización Política de la República Argentina*. Alberdi entendía que los tratados con otras naciones eran otro de los frenos y contrapesos que podrían limitar el poder.⁷⁴ Simbólicamente, el pensamiento de Alberdi también representa a los tratados como las ataduras de Ulises a un mástil reforzado. La obra de Alberdi asigna a los tratados una función de límite positivo.

74. Cfr. Filipini, Leonardo, "El Derecho Internacional de los Derechos Humanos no es un préstamo; reflexiones a la crítica a los préstamos de Carlos F. Rosenkrantz", *Revista de la Universidad de Palermo*, Año 8, 2007, p. 197.

Alberdi estimulaba el desarrollo de una fuerte política exterior porque vislumbraba que en gran medida el desarrollo nacional dependía de las ventajas que ofrecía el sistema internacional.⁷⁵ Como Ulises y sus ataduras al mástil constitucional, Alberdi creía fervientemente que los tratados internacionales eran cadenas positivas para el país en virtud del límite positivo ínsito en el contrapeso internacional.⁷⁶ Alberdi expresó en *Bases* que:

(...) nuestra política (...) debe promover y buscar los tratados de amistad y comercio con el extranjero, como garantías de nuestro régimen constitucional. Consignadas y escritas en esos tratados las mismas garantías de derecho público que la Constitución dé al extranjero espontáneamente, adquirirán mayor fuerza y estabilidad. Cada tratado será un ancla de estabilidad puesta a la Constitución. Si esta fuese violada por una autoridad nacional, no lo será en la parte contenida en los tratados, que se harán respetar por las naciones signatarias de ellos; y bastará que algunas garantías queden en pie para que el país conserve inviolable una parte de su Constitución, que pronto hará restablecer la otra. Nada más erróneo, en

75. Cfr. Alberdi, Juan Bautista, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Buenos Aires, Ed. Terramar, 2015, p. 44.

76. Sostuvo Alberdi “Firmad tratados con el extranjero en que deis garantías de que sus derechos naturales de propiedad, de libertad civil, de seguridad, de adquisición y de tránsito, les serán respetados. Esos tratados serán la más bella parte de la Constitución; la parte exterior, que es llave del progreso de estos países, llamados a recibir su acrecentamiento de fuera. Para que esa rama del derecho público sea inviolable y duradera, firmad tratados por término indefinido o prolongadísimo. No temáis encadenaros al orden y a la cultura. Temer que los tratados sean perpetuos, es temer que se perpetúen las garantías individuales en nuestro suelo. El tratado argentino con la Gran Bretaña ha impedido que Rosas hiciera de Buenos Aires otro Paraguay. No temáis enajenar el porvenir remoto de nuestra industria a la civilización, si hay riesgo de que la arrebaten la barbarie o la tiranía interiores. El temor a los tratados es resabio de la primera época guerrera de nuestra revolución: es un principio viejo y pasado de tiempo, o una imitación indiscreta y mal traída de la política exterior que Washington aconsejaba a los Estados Unidos en circunstancias y por motivos del todo diferentes a los que nos cercan.” Cfr. Alberdi, Juan Bautista, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Buenos Aires, Ed. Terramar, 2017, p. 95.

la política exterior de Sud América, que la tendencia a huir de los tratados.⁷⁷

Alberdi postulaba la necesidad de un ordenamiento jurídico enlazado con el derecho internacional con el claro objetivo de limitar a los poderes estatales cuando conducen a la arbitrariedad. El pensamiento de Alberdi no pudo anticipar la invención del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, solo refería a los tratados con las potencias extranjeras de otro tipo, sin embargo, en aquel ideario, encontramos los fundamentos para comprender las relaciones entre los principios de derecho público y los derechos humanos de los tratados de un modo compatible y no excluyente.

c) Revisitando los debates de los convencionales

Fillipini en su discusión con Rosenkrantz afirmó que la decisión de los convencionales de 1994 permite comprender una coherencia con la tradición constitucional iniciada en *Las Bases* de Alberdi. El pensamiento de Joaquín V. González no se contrapone a esta interpretación porque los tratados de derechos humanos del artículo 75 inciso 22 no constituyen un derecho extranjero, sino que es parte de nuestro derecho constitucional y, como lo ha mencionado la CSJN en el caso “Monges”, los convencionales al adoptar la decisión política de asignar jerarquía constitucional a estos pactos ya han realizado su análisis de compatibilidad con la primera parte de la norma.

El problema de la relación entre la primera parte de la Constitución y los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional del artículo 75 inciso 22 además de ser interpretados por la CSJN en “Girolodi”, “Espósito”, “Derecho” y, actualmente, en el reciente pronunciamiento que rechaza cumplir con lo ordenado en “Fontevicchia”, fue un fructífero capítulo de los debates de los convencionales de 1994 que sirven –al igual que el ideario de Alberdi– como pauta interpretativa de esta relación.

La postura de la CSJN acerca de que el artículo 27 de la CN se erige como un muro infranqueable de principios que los tratados sobre derechos humanos no deben violar puede ser relativizada. Solo algunos de los con-

77. Cfr. Alberdi, Juan Bautista, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Buenos Aires, Ed. Terramar, 2017, p. 224.

vencionales por la minoría alertaron sobre los problemas de la cosa juzgada y la supremacía de la CSJN en el debate por la constitucionalización de los tratados sobre derechos humanos.⁷⁸ Si bien no todos los convencionales pensaban lo mismo, fue otra tesitura la que primó en aquel debate. La idea de incorporar a los tratados del Derecho Internacional de los Derechos Humanos como un refuerzo a la primera parte de la Constitución fue establecida en aquella Convención. El convencional Juan Pablo Cafiero esbozó con claridad este punto:

En materia de derechos humanos nuestro país ha recorrido un camino muy difícil. Durante muchas generaciones se produjo una violación sistemática de los derechos humanos.⁷⁹ En el dictamen [de mayoría] hemos observado el sistema de evolución del derecho, cómo va evolucionando el derecho, por qué nuestra Constitución, en su parte dogmática, puede ser reforzada y por qué estamos autorizados por la ley de convocatoria a reforzar nuestro sistema de protección de las personas. Quizás en la Constitución de 1853 eran desconocidos muchos de los términos que hoy utilizaremos en el debate. Precisamente por eso es que venimos a incorporarlos. En efecto, si muchos constituyentes de ese momento estuvieran sentados aquí, con seguridad utilizarían el verbo de los derechos humanos y el verbo de la jerarquía de los mismos para incorporarlos a la Constitución.⁸⁰

El convencional Cafiero destaca el cambio de concepción del derecho internacional hacia un ideario que funciona como un “freno al poder del Estado a favor de la persona y en la tutela que la comunidad internacional quiere tener sobre ella”.⁸¹

78. Véanse las opiniones de los convencionales Muruzabal y Yriarte, en el Diario de Sesiones, Convención Nacional Constituyente, 22^a Reunión - 3^a Sesión Ordinaria (Continuación), 2 de agosto de 1994, pp. 2840/2853.

79. Diario de Sesiones, Convención Nacional Constituyente, 22^a Reunión - 3^a Sesión Ordinaria (Continuación), 2 de agosto de 1994, p. 2831.

80. Diario de Sesiones, Convención Nacional Constituyente, 22^a Reunión - 3^a Sesión Ordinaria (Continuación), 2 de agosto de 1994, pp. 2828 y 2829.

81. Diario de Sesiones, Convención Nacional Constituyente, 22^a Reunión - 3^a Sesión Ordinaria (Continuación), 2 de agosto de 1994, p. 2829.

La convencional Carrió se expresó concretamente sobre la presunta disyuntiva entre el artículo 27 de la CN y la incorporación de los tratados sobre derechos humanos y afirmó que estos nuevos derechos no afectan los principios del derecho público interno, sino que, por el contrario, tienden a reforzarlos.⁸²

Los debates de los convencionales también reflejan el explícito propósito de constitucionalizar el escrutinio internacional en los casos de violaciones a los derechos humanos que arrojan luz entre la relación de la CSJN con el tribunal interamericano. La convencional Oliveira sostuvo:

[lo que] hemos decidido es una política constitucional, cual es la de universalizar los derechos humanos, reconocer los organismos supranacionales de solución de conflictos –como lo son la CIDH y la Corte Interamericana de Derechos Humanos– (...). Porque la historia nacional y universal ha probado que cuando los Estados nacionales violan los derechos humanos, esto solo puede revertirse por la presencia coactiva de organismos internacionales que aseguren el respeto de los mismos.⁸³

Por su parte, el convencional Hitters también sostuvo que la CADH es:

(...) el único instrumento internacional que, además de reconocer derechos y obligaciones, establece una instancia judicial supranacional (cuya competencia ha reconocido la Argentina en su instrumento de ratificación), con la jurisdicción para dictar verdaderos pronunciamientos judiciales vinculantes –y no meras recomendaciones como los órganos de supervisión establecidos por las Naciones Unidas–, a las cuales el Estado argentino se ha comprometido en cumplir en todo caso en que sea parte.⁸⁴

82. Cfr. Diario de Sesiones, Convención Nacional Constituyente, 23^a Reunión - 3^a Sesión Ordinaria (Continuación), 3 de agosto de 1994, p. 3130.

83. Diario de Sesiones, Convención Nacional Constituyente, 22^a Reunión - 3^a Sesión Ordinaria (Continuación), 2 de agosto de 1994, p. 2863.

84. Diario de Sesiones, Convención Nacional Constituyente, 23^a Reunión - 3^a Sesión Ordinaria (Continuación), 3 de agosto de 1994, p. 3145.

Esta reseña no es determinante en la discusión, no todos los convencionales pensaban lo mismo, aunque sin duda se advierte de la palabra de algunos de ellos la finalidad de adoptar la CADH e incorporar la jurisdicción de la Corte IDH a nuestra norma constitucional. La obligatoriedad de las decisiones del tribunal interamericano fue un foco de motivación pormenorizado en la deliberación de los convencionales que no debemos soslayar.

iii) ¿Quién resuelve el conflicto?

Finalmente, basta indagar en el argumento de la CSJN que estableció que al ser la entidad suprema del Poder Judicial un principio de derecho público protegido por el artículo 27 de la CADH no es posible que un tribunal internacional revoque sus sentencias.

El problema de la palabra final sobre la interpretación de la CADH integrada en nuestra CN admite tres lecturas.⁸⁵ Una de ellas, representada en el argumento anterior, sostiene que es la CSJN la que tiene la última palabra en razón de los principios de derecho público argentino. Otro enfoque, con sustento en el artículo 68.1 de la CADH permite sostener que la Corte IDH tiene la palabra final cuando un caso es sometido a su jurisdicción por la presunta violación del tratado por parte del Estado argentino. Un tercer enfoque exige la necesidad de un mayor diálogo entre ambos tribunales para buscar soluciones más legítimas en los casos.⁸⁶ La tercera posición transforma a este problema institucional en uno de tipo irresoluble porque nunca

85. En el derecho comunitario europeo las relaciones entre el Tribunal de la Comunidad Europea y las cortes constitucionales también han sido problemáticas. Alex Stone Sweet, sostuvo que existen dos posiciones irreconciliables sobre este punto. Por un lado, la lógica de la supremacía sugiere que la última palabra sobre la validez de los actos de la Comunidad Europea la tiene la Corte Europea como guardián de dicho orden. (En el caso “Foto Frost” de 1987 dicho tribunal se inscribió en esta tesitura). Por otro lado, las cortes constitucionales nacionales, guardianes de su propio derecho constitucional intentan que el Derecho Comunitario se ajuste a las reglas derivadas del derecho constitucional interno. Sobre el tema, véase: Stone Sweet, Alec, *Governing with judges: Constitutional Politics in Europe*, NY, Oxford University Press, pp. 174 y 175.

86. Esta última posición es sustentada por Roberto Gargarella en *La autoridad democrática frente a las decisiones de la Corte Interamericana*, Buenos Aires, Ed. L.L., Año LXXXI N° 39, 23 de febrero de 2017, pp. 4/5.

sabremos cuál es la autoridad para decidir la controversia legal, aspecto central en cualquier sistema judicial.

Es indudable que en el diseño constitucional argentino la CSJN es el órgano supremo del Poder Judicial de la Nación y debe tener la última palabra en los casos sometidos a ella. Sin embargo, las ataduras al mástil reforzado de Ulises requieren un matiz para este principio.

La CSJN incurre en una generalización apresurada, al tratar de aplicar una regla general (la supremacía de la CSJN) a un supuesto singular que constituye una excepción a la norma (la obligatoriedad de las sentencias de la Corte IDH). De este modo, la CSJN aplica de manera impropia una generalización de una regla válida en la mayoría de los casos (me refiero al artículo 108 de la CN) a un caso individual regulado por otra regla específica.

El principio general de que la CSJN tiene la última palabra contiene una excepción luego de las decisiones convencionales de Ulises. Si tomamos en serio el artículo 68.1 de la CADH que reviste jerarquía constitucional es posible compatibilizar dicho mandato excepcional en nuestro Derecho con la supremacía de la CSJN.

Hernán Gullco ha ingresado en este difícil problema en defensa de segundo enfoque.⁸⁷ Sostuvo que los convencionales establecieron como interprete final de la CADH a la Corte IDH y de un modo infalible. Dicho rol del tribunal interamericano fue aceptado por la Argentina mediante la promulgación de la ley 23054 que aprobó la CADH y por la ratificación del Poder Ejecutivo y la reforma de 1994. Desde su punto de vista, esto no es un conflicto entre derecho interno y derecho internacional porque el hecho de que la Corte IDH tenga la última palabra en materia de interpretación de la CADH fue aceptado por nuestro constituyente en 1994. Esto significa que la CSJN dejó de ser suprema en el específico supuesto de que la Corte IDH condene al Estado argentino por una violación a los derechos humanos de la CADH.

Este fenómeno de ceder en un organismo internacional la última palabra ante violaciones a los derechos humanos no es una excepción local. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo se ha convertido en el intérprete final en asuntos sobre derechos humanos para la mayoría

87. Cfr. Gullco, Hernán, *Corte Suprema vs. Corte Interamericana: ¿quién debe tener la última palabra?*, Buenos Aires, La Ley, 2017, pp. 5 y 6.

de los Estados europeos con marcadas diferencias al SIDH.⁸⁸ Es indudable que las sentencias del Tribunal Europeo tienen un gran peso y han forzado a muchos Estados a incorporar estándares internacionales en sus sistemas domésticos.⁸⁹

Sobre esta cuestión, la Corte IDH se ha manifestado en una controversia suscitada con la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela con relación al incumplimiento deliberado del caso “Apitz Barbera” y sostuvo que “la obligación convencional de los Estados partes de dar pronto cumplimiento a las decisiones de la Corte vincula a todos los poderes y órganos estatales”.⁹⁰

La apelación casi mecánica a la supremacía de la CSJN desatiende otras reglas de gran importancia que pueden ser compatibilizadas con dicho principio. La generalización de que la CSJN reviste una supremacía absoluta no es tal desde la reforma de 1994 y admite una única reserva para el específico caso de existir una violación a un derecho humano de la CADH y la petición culmine en una sentencia condenatoria de la Corte IDH al Estado argentino (luego de superar el engorroso procedimiento que establece dicho mecanismo de supervisión). Este nuevo contrapeso a la CSJN no viola ninguna disposición de la primera parte de la CN. Simplemente desde la

88. De todos modos, ambos sistemas regionales presentan grandes diferencias en material de acceso y procedimiento a la instancia internacional, en las temáticas abordadas y en la calidad de las instituciones democráticas de los Estados en que operan. Sobre estos temas, véase: Alston, Philip, y Goodman, Ryan, *International Human Rights*, UK, Oxford University Press, 2013, pp. 986 y sigs.

89. Un análisis sobre las relaciones del constitucionalismo con este tribunal supranacional puede verse en Hirschl, Ran, *Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*, USA, Harvard University Press, 2007, pp. 215 y sigs.

90. Allí la Corte IDH remarcó que “el Estado no puede oponer como justificación de su incumplimiento una decisión de un tribunal interno, aun cuando sea el tribunal de más alta jerarquía en el ordenamiento jurídico nacional. Es más, la existencia de una decisión a nivel interno, como la sentencia del Tribunal Supremo, que considere que el Fallo emitido por la Corte Interamericana es inejecutable, desconoce los principios básicos de derecho internacional sobre los cuales se fundamenta la implementación de la Convención Americana” Corte IDH. *Caso Apitz Barbera y Otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 23 de noviembre de 2012, párrs. 21 y 39.

reforma constitucional necesitamos una nueva relectura de la supremacía de la Corte en clave con las nuevas cláusulas constitucionales.

VI. Palabras finales sobre una polémica inacabada

En estas líneas reconstruí el propósito político de la reforma de 1994 que introdujo el Derecho Internacional de los Derechos Humanos con jerarquía constitucional como un límite a los poderes constituidos del Estado frente a los déficits de nuestra tradición constitucional plagada de rupturas institucionales y violaciones brutales a los derechos humanos.

Representé esta estrategia con la metáfora de Ulises utilizada en la dogmática constitucional para demostrar las relaciones entre constitucionalismo, poder y democracia.

Ingresé en cada uno de los problemas que encerraban los argumentos del reciente pronunciamiento de la CSJN que ha abierto un intenso debate en cuanto a la obligatoriedad de las sentencias de la Corte IDH y la jerarquía de los tratados sobre derechos humanos de la CN. Intenté demostrar que los juicios de la Corte IDH acerca de sus competencias remediales son autoritativos para el Estado argentino. Destaqué los problemas de los conceptos de la subsidiariedad del SIDH y la fórmula de la cuarta instancia para el propósito que la CSJN quiere asignarles. Sostuve que el artículo 63 de la CADH permitía a la Corte IDH declarar inválida una sentencia doméstica que violó un derecho humano de la CADH y expliqué que dicha tesis era coherente con una consolidada práctica hermenéutica del tribunal interamericano en casos relacionados al derecho a la libertad de expresión. Presenté argumentos y fuentes que considero más plausibles con la decisión de los convencionales de 1994 en torno a las relaciones entre la parte dogmática de la CN y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Las ataduras de Ulises a un mástil reforzado con los derechos humanos aparejaron de manera ineludible la obligatoriedad de las sentencias de la Corte IDH en todas sus partes por imperio del artículo 68.1 de la CADH. Los convencionales decidieron atarnos a un mástil constitucional reforzado con un conjunto de derechos universales que habilitan una supervisión internacional cuando el Estado argentino falla en su misión de proteger los derechos. La trágica historia argentina nos brinda serios motivos para mantenernos atados a estos límites. Cuando las cuerdas se aflojan no afectamos el derecho internacional sino a nuestro propio Derecho. Podemos disentir con

lo resuelto por la Corte IDH en el caso “Fontevéchia”. Incluso sería adecuado iniciar una discusión seria sobre las ventajas y problemas que conlleva el SIDH. Sin embargo, como comunidad no deberíamos negarnos ciegamente a cumplir con la decisión del tribunal interamericano. Al hacerlo, no debilitamos un derecho internacional sino a nuestro propio ordenamiento jurídico ya que desde la decisión convencional de 1994 los tratados del artículo 75, inciso 22, forman un conjunto único con la CN.

Quienes buscamos mantener nuestros nudos constitucionales atados debemos proseguir con las reflexiones en torno al último pronunciamiento de la CSJN. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos no debe ser visto como una amenaza. Por el contrario, el SIDH ha permitido reforzar nuestra CN y consolidar nuestra democracia. El desafío por venir es construir una comunidad epistémica que advierta las ventajas de haber robustecido nuestros derechos y garantías con los tratados sobre derechos humanos para lograr una sociedad más justa.

Bibliografía

- Abramovich, Víctor, *Comentarios al caso Fontevéchia: La autoridad de las sentencias de la Corte Interamericana y los principios de derecho público argentino*, 2017.
- Alberdi, Juan Bautista, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Buenos Aires, Ed. Terramar, 2015.
- Alston, Philip, y Goodman, Ryan, *International Human Rights*, UK, Oxford University Press, 2013.
- Cayuso, Susana G. y Gelli María Angélica, *Ruptura de la legitimidad constitucional: La Acordada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de 1930*, en Cuadernos de Investigaciones 1, publicado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. UBA.
- Correa, Christian, “Reparaciones y medidas provisionales”, en Steiner, Christian, y Uribe, Patricia (Editores), *Convención Americana sobre Derechos Humanos: Comentario*, Konrad Adenauer Stiftung, 2014.
- De Schutter, Olivier, *International Human Rights Law, Second Edition*, UK, Cambridge University Press, 2014.
- Elster, Jon *Ulysses and the Sirens: Studies in Rationality and Irrationality*, Cambridge University Press, 1979.

- Filipini, Leonardo, “El Derecho Internacional de los Derechos Humanos no es un préstamo; reflexiones a la crítica a los préstamos de Carlos F. Rosenkrantz”, *Revista de la Universidad de Palermo*, Año 8, 2007.
- Gargarella, Roberto, *La autoridad democrática frente a las decisiones de la Corte Interamericana*, Buenos Aires, Ed. L.L., Año LXXXI N° 39, 23 de febrero de 2017.
- Gullco, Hernán, *Corte Suprema vs. Corte Interamericana: ¿quién debe tener la última palabra?*, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2017.
- Hirschl, Ran, *Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*, USA, Harvard University Press, 2007.
- Holmes, Stephen, “El precompromiso y la paradoja de la democracia”, en J. Elster y R. Slagstad, eds., *Constitucionalismo y democracia*, FCE, México, 1999.
- Kovit Levit, Janet, *The Constitutionalization of Human Rights in Argentina: Problem or Promise?*, 37 Columbia Journal of Transnational Law, 1999.
- Nino, Carlos, *La Constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 1996.
- Pasqualucci, Jo M., *The practice and the procedure of the Inter-American Court of Human Rights, Second Edition*, NY, Cambridge University Press, 2013.
- Pinto, Mónica, *National and International Courts: deference or disdain*, Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review, Thomson Reuters. 2008, Rev. 247.
- Pinto, Mónica, “El valor jurídico de las decisiones de los órganos de control en material de derechos humanos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia”, en Abramovich, Víctor y Christian Courtis (compiladores) *La Aplicación de los Tratados sobre Derechos Humanos en el ámbito local: la experiencia de una década*, Buenos Aires, Ed. Del Puerto, 2007.
- Pinto, Mónica, *El derecho Internacional: Vigencia y desafíos en un escenario globalizado*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2004.
- Rodríguez-Pinzón, Diego, *La Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, en *Manual sobre Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Teoría y Práctica*, Compiladores: Carlos Ayala Corao, Claudia Martín y Diego Rodríguez-Pinzón Ed. Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela (en producción).

- Rosenkrantz, Carlos F., *Against Borrowings and other Nonauthoritative Uses of Foreign Law*, 1, *International Journal of Constitutional Law*, 2003.
- Saba, Roberto, *Las Decisiones Constitucionales de Ulises: Acerca de las Dificultades para la Construcción Colectiva de una Práctica Constitucional en Argentina*. SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers. Paper 41, 2004.
- Steiner, Christian y Uribe, Patricia, *Introducción general*, en Steiner, Christian, y Uribe, Patricia (Editores), *Convención Americana sobre Derechos Humanos: Comentario*, Konrad Adenauer Stiftung, 2014.
- Stone Sweet, Alec, *Governing with judges: Constitutional Politics in Europe*, NY, Oxford University Press, 2000.
- Villiger, Mark E., *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, The Netherlands. Martinus Nijhoff Publishers, 2009.

Un fallo que atrasa

*José Miguel Onaindia**

Resumen

El fallo dictado en el caso en análisis representa una involución de la Corte respecto del acatamiento de la jurisdicción de Tribunales Internacionales de Derechos Humanos. Se funda en doctrina anterior al proceso de internacionalización del derecho y afecta la responsabilidad internacional del Estado argentino.

Palabras clave: Jurisdicción internacional, Derechos humanos, revisión de sentencias de la Corte, agotamiento vías internas.

Abstract

The court ruling that we analyse today constitutes a setback regarding the observance of the jurisdiction of the international courts of human rights. It is based on previous doctrine and it affects the international responsibility of the Argentine state.

* Abogado, profesor de grado y posgrado de Derecho Constitucional y Derechos Culturales, Facultad de Derecho y Facultad de Ciencias Sociales de la UBA. Profesor de posgrado, Facultad de Economía y Facultad de Filosofía y Letras de la UBA, Facultad de Economía de la Universidad de Córdoba, Facultad de Derecho de la Universidad de Mar del Plata, FLACSO y Universidad de Palermo. Profesor invitado en las Universidades de Zaragoza (España), Tours (Francia), UDELAR (Uruguay). Como ensayista, ha publicado libros individuales y en coautoría, artículos en revistas especializadas y es asiduo colaborador de medios de prensa gráfica y audiovisual. Es consultor de UNESCO; josemonaindia@gmail.com.

Keywords: International Jurisdiction, Human Rights, Revised Court Rulings, Internal Procedures.

I. Introducción

El fallo dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina en el caso ya muy conocido por la opinión pública por la celebridad de sus partes (*Menem Carlos Saúl c/Fontevicchia Jorge y Héctor D'Amico*) y que decide rechazar el pedido de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la decisión que obliga al Estado argentino a dejar sin efecto la sentencia dictada por la Corte y devolver las sumas pagadas en cumplimiento del fallo judicial que condenó a los periodistas involucrados al pago de sumas de dinero en concepto de indemnización por daños y perjuicios, implica un retroceso en el reconocimiento de la jurisdicción internacional en materia de derechos humanos.

Como he expresado anteriormente, el método más adecuado para evaluar el rol que ha jugado la Corte Suprema en la historia institucional argentina consiste en recurrir al análisis de su jurisprudencia. Son sus decisiones sobre la interpretación de la Constitución, los tratados y las leyes las que nos permiten evaluar su rol.

Del análisis del caso en cuestión, queda claro que la Corte vuelve a defender un concepto de tribunal último de una causa, que en materia de derechos humanos no se compadece con la evolución iniciada antes de la sanción de la reforma de 1994 y, muy especialmente, después de la incorporación del art. 75 inc. 22, segundo párrafo, que otorga a la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), jerarquía constitucional.

Tampoco se adecua a la más evolucionada doctrina internacional que en materia de Derechos Humanos reconoce a órganos judiciales supranacionales esta facultad de dejar sin efecto decisiones de tribunales locales cuando estos no armonicen con la aplicación de las normas de una Convención o Tratado que se hayan comprometido a cumplir por sus mecanismos internos de ratificación ni con la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

Este proceso de internacionalización del derecho en materia de Derechos Humanos se inicia luego de terminada la Segunda Guerra Mundial y en la Argentina comienza luego de la última dictadura militar, cuando el

Parlamento del gobierno de la transición democrática ratifica los pactos y acepta la jurisdicción de Tribunales Internacionales.

Por esto, la decisión de no acatar el cumplimiento de la sentencia de la Corte Interamericana implica un retraso en este camino de la internacionalización del derecho, el respeto por el sistema de protección internacional de los Derechos Humanos y arriesga la responsabilidad internacional de la Argentina.

II. Fundamentos añejos

Sorprende que parte de la fundamentación del fallo de la mayoría se funde en posiciones muy antiguas de nuestro derecho y que la Corte en la segunda década del siglo XXI y en una materia que ha sufrido una gran evolución vuelva a estos fundamentos.

En el considerando 18, se cita para fundar la decisión:

- a) La denominada “fórmula argentina”, posición sostenida por nuestro país en la Conferencia de Paz de La Haya de 1907, por la cual se excluían de los tratados de arbitraje obligatorio las cuestiones que afectaban a la Constitución de cada país.
- b) En una cita de un discurso en el Senado de la Nación de Joaquín V. González que data de 1909.
- c) En un artículo de Carlos María Saavedra Lamas publicado por la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de 1957.

La calidad de personas y fuentes citadas puede integrar una nota histórica de cómo fue evolucionando nuestro derecho e interpretación doctrinaria en la materia, pero no la decisión de un fallo de 2017. Todas las prestigiosas opiniones y posturas tomadas por nuestro Estado son anteriores al proceso de internacionalización del derecho mencionado en la introducción y a la incorporación de la cláusula mencionada en nuestra constitución, que produjo un gran cambio en el orden jurídico argentino.

Una de las notas más destacables de la reforma constitucional de 1994 fue precisamente modificar el orden de prelación de las leyes y darles a los tratados jerarquía superior a la ley. Pero dentro de un proceso iniciado en el derecho comparado europeo y americano, la Convención Reformadora decidió además otorgar jerarquía constitucional a los Pactos y Tratados de

Derechos Humanos que la misma norma menciona. Entre ellos, el Pacto de San José de Costa Rica (Convención Americana de Derechos Humanos), que otorga facultades de jurisdicción a la Corte Interamericana cuando se hayan agotado los procesos internos de protección.

Basta recordar como antecedentes de esta norma, el art. 105 de la Constitución de Perú de 1979 –derogada durante el primer gobierno de Fujimori– que determinaba que “los preceptos contenidos en los tratados relativos a los derechos humanos, tienen jerarquía constitucional. No pueden ser modificados por el procedimiento que rige para la reforma de la Constitución”. Y avanzando aún más sobre el punto, la Constitución holandesa de 1956 (art. 63) establece que, si el orden jurídico internacional lo exige, un tratado puede derogar cláusulas constitucionales. El art. 43 de la Constitución de Guatemala de 1985 sienta como principio general que, en materia de Derechos Humanos, los tratados y las convenciones aceptados y ratificados por el Estado tienen preeminencia sobre el derecho interno.

A treinta y tres años de la reforma de 1994, la doctrina producida por esta norma es riquísima y lleva la firma de los grandes pensadores del derecho constitucional y de los Derechos Humanos contemporáneos, que adecuan sus opiniones a la atmósfera cultural y jurídica de nuestro tiempo.

Advierto, además, que las opiniones en que el voto de mayoría busca fundar su decisión como continuador de una tradición histórica, omite que desde las fechas en las que los autores nombrados expresaron sus opiniones y fundaron las posturas del país, han surgido hasta nuevas ramas del derecho que no pueden ser desconocidas por quienes ejercen la titularidad del único órgano del Poder Judicial creado directamente por la Constitución.

Ni quienes sostuvieron la “fórmula argentina” ni Joaquín V. González ni Carlos Saavedra Lamas, podían avizorar que iba a surgir un sistema internacional de protección de los derechos humanos ni órganos supranacionales que obligan a pensar el principio de soberanía con otros parámetros y limitaciones.

Sorprende que la Corte no cite a los autores –algunos ya clásicos en nuestro derecho como Germán Bidart Campos–, que advirtieron este fenómeno de internacionalización e interpretaron las cláusulas de los arts. 27, 31 y 75 inc. 22 en forma armónica y advirtieron que las declaraciones y pactos elevados por el constituyente de 1994 a rango constitucional obligaban a variar su interpretación y fijaban nuevos límites a la soberanía de la Argentina frente a órganos internacionales.

También Humberto de Quiroga Lavié, en su comentario a la Constitución luego de la reforma de 1994, destaca que la Argentina no está por debajo de los órganos supranacionales que ejercen jurisdicción sobre ella, sino que forman parte de esos órganos, aunque ningún argentino los integre. Y que el cumplimiento de las decisiones normativas de esos órganos nacionales podrá ser siempre dispuesto por el país a partir del procedimiento de denuncia, previsto en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, pero solo con efectos para el futuro, pues de lo contrario el país quedaría fuera del sistema jurídico internacional global, violando la norma básica del sistema según la cual *pacta sum servan* (los pactos deben ser respetados).¹

III. Cambios de interpretación

Nuestra Corte se ha caracterizado en su historia por los cambios de interpretación en períodos relativamente breves, muchas veces con la misma integración del tribunal y sin justificaciones objetivas (sociológicas, económicas, jurídicas o históricas) que las respalden.

En la obra que escribí recientemente,² destaqué –en pensamiento coincidente con el de Roberto Gargarella– que la Corte Argentina se ha caracterizado por la inconsistencia en sus resoluciones y la afectación de esta inconsistencia al principio de igualdad, porque el cambio de postura respecto de un tema niega a unos lo que se ha concedido a otros.

Una de las notas salientes de la Corte Argentina han sido sus cambios bruscos sobre temas esenciales en períodos relativamente cortos de tiempo. Muchos ejemplos pueden fundar esta afirmación. Basta recordar el cambio de postura respecto del consumo personal de estupefacientes entre los casos “Colavini” de 1978, revertido por “Bazterrica” en 1986 y nuevamente modificado por “Montalvo” en 1990.

Como bien expresa el voto en disidencia del Dr. Roberto Maqueda, conforme lo interpretó la doctrina y lo sostuvo el Tribunal en resoluciones

1. *Constitución de la Nación Argentina Comentada*, Tercera Edición, Buenos Aires, Zavallía, 2000.

2. José Miguel Onaindia, *Corte Suprema Argentina. Luces y sombras*, Buenos Aires, El Ateneo, 2016.

anteriores, a partir de la reforma constitucional y de acuerdo con lo dispuesto en el art. 75 inc. 22 de la norma fundamental, las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos pronunciadas en causas en las que el Estado argentino sea parte deben ser cumplidas por los poderes constituidos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, son obligatorias también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

La Corte Suprema de Justicia fue fuente del cambio constitucional que otorgó mayor jerarquía a los tratados que reconocen sujeción a los tribunales supranacionales. La nueva jerarquía jurídica de los tratados internacionales y la elevación de los pactos de derechos humanos a rango constitucional han constituido desde el plano jurídico el mayor aporte que la reforma constitucional ha dado a la comunidad. Y la Corte Suprema de Justicia cumplió allí un rol esencial al anticipar con sus pronunciamientos el criterio que debían adoptar los constituyentes para ejercer su función reformadora.

La nueva posición adoptada por la Corte en este fallo implica un cambio, nuevamente brusco e inesperado en una interpretación que se esperaba fuera en aumento en el reconocimiento de los tribunales internacionales. Y este reconocimiento no va en detrimento de las potestades del máximo Tribunal del Poder Judicial argentino, sino en ayuda del desarrollo y efectividad del sistema interamericano de Derechos Humanos.

Sólo recuerdo cómo los países europeos han acatado las sentencias que emite la Corte Europea de Derechos Humanos y han dejado sin efecto las sentencias de sus máximos tribunales para permitir que exista en el grupo de naciones que aúnan en ese organismo regional una interpretación uniforme de los derechos humanos consagrados en la Convención Europea de Derechos Humanos.

La competencia de la Corte Interamericana está precisamente regulada en los artículos 61 a 65 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Para arribar un caso al conocimiento y decisión de ese tribunal internacional deben agotarse una gran cantidad de instancias previas: todas las vías nacionales y las internacionales que se prevén en el mismo Pacto ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

El agotamiento de las vías internas incluye las sentencias de la Corte Suprema y esto implica la potestad de dejarlas sin efecto cuando dañen algún derecho contenido en la Convención o la interpretación correcta de ese derecho.

El desconocimiento de ese compromiso internacional que la sentencia comentada propone afecta el compromiso internacional de la Argentina al ratificar el Pacto y al elevarlo por decisión constituyente al máximo rango de la pirámide jurídica.

IV. Conclusión

La concepción de la independencia del Poder Judicial que la Argentina hereda del pensamiento de Alexander Hamilton no implica dotar de una superioridad jerárquica al Poder Judicial sobre el Legislativo o el Ejecutivo, sino crear un órgano de control que restablezca la soberanía del pueblo expresada en la Constitución, cuando la voluntad del Parlamento se ha alejado de ella o cuando el Ejecutivo la viole por decisiones arbitrarias. Esta función de órgano judicial resulta trascendente para la salud del sistema político, porque consiste en preservar el sistema democrático frente a desviaciones de los restantes órganos de gobierno.

La función de interpretación judicial que ejerce es absolutamente esencial en todo el ordenamiento jurídico. Hans Kelsen sostenía que el derecho vigente era la norma y la interpretación que de ella realizaban los jueces en cada momento histórico. La interpretación judicial diseña la forma y el contenido de los derechos e instituciones consagrados en la Constitución y permite que sus textos se adapten a la dinámica social, dando respuesta a los conflictos que toda sociedad desarrolla en su evolución.

Este fallo implica un atraso en el compromiso de la Argentina con el sistema de protección interamericana de derechos humanos y la adopción de una interpretación añeja de la soberanía que compromete su responsabilidad internacional.

Bibliografía

- Bidart Campos, Germán, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Ediar, 1966.
- Colautti, Carlos, *El Pacto de San José de Costa Rica. Protección de los Derechos Humanos*, Buenos Aires, Lerner Editores Asociados, 1989.
- Onaindia, José Miguel, *La Corte Suprema Argentina. Luces y Sombras*, Buenos Aires, El Ateneo, 2016.

Quiroga Lavié, Humberto, *Constitución de la Nación Argentina Comentada*, Tercera Edición, Buenos Aires, Zavalía, 2000.

Sabsay, Daniel y Onaindia, José Miguel, *La Constitución de los Argentinos*, Séptima Edición, Buenos Aires, Errepar, 2007.

Cuatro enfoques sobre el caso “Bignone”

*Roberto Gargarella**

I. Introducción

En este breve texto, quisiera hacer cuatro breves consideraciones sobre el fallo pronunciado por la Corte Argentina en “Bignone”.¹ Me detendré en lo que daré en llamar i) la política del caso; ii) la sociología del caso; iii) la técnica jurídica del caso; y iv) la moral del caso.

i) La política del caso

Ante todo, señalaría que es difícil de comprender y aceptar la agenda de casos que viene construyendo la Corte, con su nueva formación –me refiero a su política de selección de casos–. Es claro que esta Corte, como cualquier otra, escoge y decide sobre los casos que quiere tratar, en el momento en que quiere hacerlo, y del modo en que quiere hacerlo. Entiendo que, en la materia del juzgamiento de los crímenes de lesa humanidad, en nuestro país, tenía sentido, en esta nueva etapa política, enviar la señal de que iba a

* Abogado (UBA), 1984. Sociólogo (UBA), 1985. Profesor titular de Derecho Constitucional (UBA). Master en Ciencias Políticas FLACSO, 1990. Doctor en Derecho (UBA), 1991. LLM, Universidad de Chicago, 1992. Jurisprudence Doctor, University of Chicago, 1993. Posdoctorado Oxford University, 1994. Becario J. S. Guggenheim, 2001. Becario H. F. Guggenheim, 2003-2004. Autor de una veintena de libros y un centenar de artículos sobre Derecho, Teoría Constitucional, Filosofía Política; correo electrónico: robert@utdt.edu. Agradezco a Leonardo Filippini sus comentarios a una versión diferente de este texto.

1. Fallo “Bignone”. CS / CFCP - Aplicabilidad de la ley 24.390 (2 x 1) a los delitos de lesa humanidad.

evitarse todo riesgo de una “justicia sesgada” o “de un solo ojo”. Podía justificarse, si se quiere, señalar que aún los conciudadanos que habían cometido las peores atrocidades iban a ser tratados con el máximo cuidado y respeto (volveré sobre este punto al examinar “la moral del caso”). Sin embargo, el hecho es que cuando uno mira hacia atrás y piensa sobre los primeros meses de la Corte en su nueva composición, se encuentra ya con toda una serie de fallos (que incluyen, por ejemplo, y junto a “Bignone”, a otros como “Villamil”, “Fontev ecchia”, o “Alespeiti”) que insisten sobre la necesidad de reparar ciertas aparentes injusticias en materia de derechos humanos y juzgamiento del pasado, a la vez que descuidan la larga lista de injusticias sociales que acucian a nuestros conciudadanos, muchas de las cuales ya han golpeado las puertas de la Corte. Siempre, pero muy en particular en contextos de grave injusticia social, y luego de un largo período de violación de derechos, se impone que la Corte asuma un papel más presente en la cuidadosa reconstrucción del tejido de libertad e igualdad constitucional hoy destruido. Dicha reconstrucción requiere, sobre todo, de un extremo esfuerzo por volver a colocar a toda la ciudadanía en un mismo piso de igualdad. Ello exige, de parte de los tres poderes principales del Estado, una tarea cooperativa, especialmente destinada a rescatar a la mayoría de nuestros conciudadanos –millones de ellos– de la situación de miseria y dolor que padecen. En tal sentido, resulta preocupante la política del caso, esto es –en términos más generales–, la agenda de casos que viene construyendo la Corte, en su nueva composición, que reserva un espacio muy especial a los casos referidos a (moderar la condena sobre) los criminales de lesa humanidad; que incluye el desafío al sistema interamericano de derechos humanos (en “Fontev ecchia”); el rechazo al derecho de la policía a sindicalizarse (“Sindicato Policial Buenos Aires”, del 11 de abril, 2017); o el considerar constitucional los límites a los derechos civiles de los condenados por más de tres años (“González Castillo”, caso sobre el que volveré al final). ¿Qué justifica estas elecciones? Más específicamente: ¿tiene sentido escoger esta línea de casos, dentro de la siempre limitada agenda de casos en que la Corte escoge hablar, en el marco de un país marcado por profundas e injustas desigualdades sociales?

ii) La sociología del caso

Dado que el caso “Bignone” involucra a uno de los hechos más atroces de la historia argentina –los crímenes cometidos por el proceso militar– y

frente al cual la sociedad argentina se muestra aún, con razón, hipersensibilizada, el tratamiento del mismo requería de parte de los jueces el cuidado más extremo. El extremo cuidado exigido requería, entre muchas otras cosas, un especial esfuerzo destinado a persuadir a la sociedad acerca del valor y la necesidad de lo que se estaba haciendo –por ejemplo, un esfuerzo destinado a persuadirla acerca de la importancia de asegurarle aún a los “peores enemigos” un trato lo más justo posible, o acerca de la urgencia de corregir ciertos errores previos. Sin embargo, el hecho de que el fallo de la Corte no fuera unánime, como solían serlo los fallos de la Corte en casos de máxima relevancia institucional, revela un descuido o desinterés inaceptables, en relación con la envergadura del caso que tenían frente a sí. Que la votación dentro de la Corte fuera tan dividida (3 contra 2), y que los votos se hayan ordenado del modo en que lo hicieron, sugiere, no tanto la presencia de cambios en las mayorías de la Corte, sino el privilegio que han dado sus miembros a ciertas rencillas o celos internos (alguno que quiere imponer su tema de agenda; algún otro que ha tenido como primera opción la de dejar mal situados al resto; etcétera) en desmedro del cumplimiento del deber institucional que tenían: contribuir a reorientar o solidificar la conversación colectiva sobre temas públicos cruciales, sobre los que estamos lejos de tener un acuerdo pleno.

iii) La técnica jurídica del caso

En cuanto a su contenido jurídico, el fallo de la Corte resulta cuestionable por una diversidad de razones. Aquí, solo me concentraré en una de ellas, relacionada con el modo en que la Corte interpretó las nociones de “ley más benigna” y “ley intermedia” –nociones centrales en el art. 2 del Código Penal, en torno al cual gira en buena medida la polémica generada por el caso. El art. 2 del Código Penal reza lo siguiente: “Si la ley vigente al tiempo de cometerse el delito fuere distinta de la que exista al pronunciarse el fallo o en el tiempo intermedio, se aplicará siempre la más benigna”.

En mi opinión, el artículo consagra un principio liberal muy importante en materia penal: forma parte de un modo razonable y garantista de pensar las normas penales. La idea es: queremos tratar a todos con igual consideración y respeto; y en tal sentido nos comprometemos a usar la norma que hemos acordado, y que dispense el mejor trato al condenado, si es que tenemos varias disponibles, aplicables al caso, y en aparente tensión

entre sí. Asumimos este compromiso aún, y en especial, en relación con los miembros más reprochables de nuestra comunidad –los que peor se han portado con nosotros–. Estos rasgos liberales e igualitarios de nuestro derecho penal (del derecho penal moderno, agregaría) serán asumidos aquí como perfectamente aceptables, y propios de una sociedad decente.

Ahora bien, la pregunta que el caso concreto plantea sobre nosotros refiere a si el beneficio que prevé el artículo alcanza a los criminales de “lesa humanidad” como Muiña, que invocan la aplicación de una ley (la 24.390), que fue aprobada en 1994 y derogada pocos años después, en mayo del 2001. Esa ley (la del “2 x 1”) procuró atender al reclamo de los presos (comunes) sin condena firme, y determinó que el tiempo de prisión preventiva sin condena firme contara doble: cada día de prisión preventiva representaría entonces dos días de prisión (o uno de reclusión).

Al respecto, es un problema que el criminal, en este caso Muiña, alegue dicha ley como “ley más benigna” que debe aplicársele, cuando él cometió sus crímenes mucho antes de que la ley del “2 x 1” apareciera (él cometió sus crímenes en 1976), a la vez que su pena le fue impuesta mucho después de que la ley en cuestión fuera derogada (Muiña fue condenado por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal en 2011, y su sentencia quedó firme en agosto del 2013).

Alguien podría decir que el citado artículo del Código Penal considera también como “ley más benigna” a las leyes vigentes en el “tiempo intermedio”, lo que genera la pregunta de si esta ley del “2 x 1”, que nació después de que Muiña cometiera sus crímenes, y murió antes de que él fuera detenido y condenado, califica como “ley intermedia.” Para la Corte, a partir de una lectura –desde mi punto de vista– indebida y toscamente literalista, la respuesta es positiva, como lo es también para buena parte de la doctrina penal (lo admita en voz alta o no). En mi opinión, no es aceptable una lectura literal como la que se propone, cuando el cómputo de la pena que se le hizo a Muiña tuvo lugar en un momento en el que ya no regía dicha ley (la del “2 x 1”), siendo además que la prisión preventiva que él padeció no ocurrió antes o durante el tiempo en que dicha ley estuvo vigente (ello, más allá del hecho de que, en razón de las leyes de perdón vigentes durante el tiempo en que regió la ley del “2 x 1”, Muiña no pudo ser sometido en esos años a un régimen de prisión preventiva como el que la ley 24.390 quiso reparar). Es decir, Muiña no tuvo la oportunidad de “motivarse” por la ley del “2 x 1” en ningún momento: la ley no regía cuando él cometió el crimen, ni cuando

fue detenido, ni cuando fue procesado, ni cuando fue condenado, ni cuando cumplía su condena.

Los casos en que alguien se ve motivado por una ley que regía en alguno de los momentos citados –cuando comete el crimen, cuando es detenido, cuando cumple su condena, etcétera–, se encuentran amparados por el art. 2 del Código. La invocación de la “ley más benigna,” en tales situaciones, es perfectamente comprensible y razonable en una sociedad decente, que quiere regirse por principios liberales en materia penal, y que quiere tratar a todos sus miembros como iguales. Pero resulta irrazonable e incomprensible que, en esa misma sociedad, alguien invoque una norma que solo rigió en unos años en donde él nunca pudo reorientar sus actos en razón de ella, ni nunca pudo tener la expectativa razonable de que se le aplicara.

iv) La moral del caso

Conforme anticipara, la única motivación moral importante que alguien (incluyendo a los miembros firmantes de la mayoría, en “Bignone”) podría invocar como respaldo del fallo reside en la necesidad de resguardar derechos fundamentales “aún para las minorías que no queremos”: “derechos aún para nuestros enemigos”. Por ejemplo –pudieron pensar los jueces de la mayoría– no es justo que alguien –trátese de un inocente o el peor represor de la dictadura– se encuentre privado de la libertad y sin condena, por 5, 10 o 15 años. Una consideración como la señalada resultaría comprensible y valiosa, en tanto valoración propia de un liberalismo principista, irreductible, consistente, dispuesto a mantener en alto y firmes sus convicciones, aun –sino en especial– cuando ellas se ponen a prueba y nos llaman a beneficiar “a quienes menos queremos”: “ellos” tienen exactamente los mismos derechos que nosotros. Alguien podría alegar, en favor de esta posible y polémica reconstrucción de lo decidido por la Corte en “Bignone”, otros fallos recientes suyos, en la misma área, como el que pronunciara la Corte en “Alespeiti” del 18 abril 201. En dicha oportunidad, el máximo tribunal revocó un fallo que había dejado sin efecto la prisión domiciliaria a un condenado por crímenes de lesa humanidad, mayor de 85 años. Otra vez, podría decirse, “a la Corte le interesa proteger los derechos de todos los condenados –aun los de esta minoría objeto de fuertes resistencias mayoritarias– en su liberal preocupación por asegurar de modo igual los derechos de todos”.

Ahora bien, esa posible, benigna reconstrucción de cuál es el principio moral del caso, resulta deshabilitada cuando uno examina casos posteriores, como el citado “González Castillo”. En esta oportunidad, la Corte volvió a pronunciarse sobre los derechos de personas condenadas, condenadas aquí –sin embargo– en razón de crímenes comunes, y no por crímenes de lesa humanidad. En su decisión, la mayoría de la Corte se alineó con lo que dictaminara el procurador fiscal Eduardo Casal, para validar como constitucionales las restricciones temporales a la capacidad civil de las personas condenadas a más de tres años de prisión. La decisión de la Corte implicó dejar atrás el pronunciamiento de la Sala IV de la Cámara Federal de Casación Penal que, por mayoría, sostuvo la inconstitucionalidad del art. 12 del Código Penal, que priva de la patria potestad a los condenados por más de tres años (y mientras dure su pena), como también de la administración de los bienes y del derecho de disponer de ellos, sujetando al penado al régimen de curatela establecido para los incapaces. Conforme al fallo de Cámara, tales disposiciones “contienen los vestigios históricos de la *muerte civil*, y representan un agravamiento irrazonable de las penas privativas de la libertad” (énfasis añadido).

Según dijera, lo que el caso “González Castillo” hace, entre otras cosas, es bloquear la invocación del principio moral que, en su mejor presentación, podían aspirar a invocar en respaldo de su decisión, los firmantes de la mayoría en “Bignone”. En efecto, “González Castillo” deja en evidencia que el “hilo moral” que vincula y ata a los últimos fallos de la Corte no es el del “cuidado especial por las minorías más odiadas”. La Corte pudo haber mostrado su convicción liberal profunda y consistente afirmando otra vez, en “González Castillo” aquel principio que pudo haber invocado o querido invocar en “Alespeiti” y “Muiña”. El principio diría: “nuestra misión es la de afirmar los derechos de todos, y en particular de las minorías sobre las cuales existen extendidos prejuicios”. En “González Castillo”, la Corte pudo –y debió– razonar de ese modo, a la luz del evidente y grave recorte de derechos que sufre el condenado, alguien que –a diferencia de cualquier ciudadano, y sin una razón significativa– se ve privado de derechos civiles fundamentalísimos (notablemente, los vinculados con el ejercicio de la patria potestad), por encima de la grave restricción de libertad que ya sufre. Se trata –me parece claro– de un caso en donde una mayoría legislativa ejerce sus fuertes prejuicios contra minorías a las cuales repudia. El repudio social puede entenderse, pero otra cosa es traducir institucionalmente ese

disgusto en un recorte de los derechos sobre las minorías repudiadas. La Corte debió resistir dicha posibilidad, en línea con lo sostenido por la Sala IV de la Cámara, y en consistencia con el principio de “protección especial de los derechos de las minorías más odiadas”. Pero no fue lo que hizo: escogió ratificar esa condena y el recorte de derechos.

Por lo dicho, y examinando estas recientes decisiones, parece más clara una hipótesis alternativa, esta es aquella según la cual lo que explica el comportamiento de la Corte no es el liberal principio que –alguien podría alegar– motivaba sus decisiones en los casos referidos a los criminales de lesa humanidad, sino un sesgo ideológico indebido. De ese modo, la Corte no aprobó el test imaginario que tenía frente a sí: ella no se mantuvo incólume en el tipo peculiar de liberalismo irreductible que sugería en sus fallos previos sobre criminales de lesa humanidad. Cuando tuvo la oportunidad de demostrar que la movía un liberalismo principista y radical –un liberalismo dispuesto aún a desafiar el malhumor social más acentuado– la Corte terminó demostrando, en cambio, que lo suyo se parecía, más bien, a un indebido sesgo ideológico o de clase. El “hilo” que podía unir los derechos básicos de los criminales de lesa humanidad, y los derechos básicos de los criminales comunes, apareció roto entonces. La Corte confirmó entonces una lectura *asimétrica* de ambos tipos de casos –los relativos a los condenados por crímenes de lesa humanidad y los condenados comunes– mostrando una parcialidad injustificada en relación con los derechos de aquellos.²

En definitiva, el “hilo moral” que une a las últimas decisiones de la Corte, esto es decir, decisiones como las referidas a los derechos de los criminales de lesa humanidad en relación con el 2 x 1; la prisión domiciliaria para los represores ancianos; el alcance del poder de la Corte Interamericana; los derechos de la policía a la sindicalización; o el derecho de los condenados por más de tres años a ejercer la patria potestad; empieza a hacerse más visible, y el contenido que hasta hoy se advierte en sus compromisos de fondo resulta, más que decepcionante, preocupante.

2. Esta lectura “asimétrica” se corresponde con, y resulta ratificada por otros casos recientes decididos por la Corte, como –tal vez– “Fontevicchia”, sobre el alcance y peso de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; o –de modo más grave– en “Villamil”, en donde el máximo tribunal sostuvo que las acciones civiles contra el Estado en juicios de lesa humanidad no son imprescriptibles.

La aplicación de la ley penal más benigna y los delitos de lesa humanidad

*Gregorio Badeni**

I.

Al resolver el caso “Bignone”,¹ la Corte Suprema de Justicia por decisión de la mayoría retomó la senda de la sensatez jurídica que imponen el art. 18 de la Constitución, el art. 9° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el art. 2° del Código Penal, estableciendo que, en todos los casos, se impone la aplicación de la ley penal más benigna. En el caso concreto, respecto de la pena condenatoria aplicada a Luis Muiña.

Muiña fue condenado por la comisión de un delito de lesa humanidad en 1976 y detenido el 1 de octubre de 2007. Al 30 de septiembre de 2009 seguía privado de su libertad ambulatoria sin haber sido objeto de una sentencia condenatoria. Tal circunstancia determinó que le fuera aplicable el art. 7° de la ley N° 24.390 incorporada al art. 24 del Código Penal,² la cual disponía que, transcurrido el plazo de dos años de prisión preventiva, se computaría por un día de prisión preventiva, dos de

* Profesor Emérito de la UBA. Miembro titular de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas y de la Academia Nacional de Periodismo. Miembro Correspondiente de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas de España, de la Academia Chilena de Ciencias Sociales, Políticas y Morales, de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Granada (España) y de la Academia Peruana de Derecho; correo electrónico: estudio@bcl.com.ar.

1. Resuelto el 3 de mayo de 2017.

2. Sancionada el 2 de noviembre de 1994.

prisión.³ Fue dejada sin efecto por la ley N° 25.430 sancionada el 1 de junio de 2001. La petición de Muiña fue hecha una vez concretada esa derogación, y se basó sobre el art. 2° del Código Penal. Establece que “Si la ley vigente al tiempo de cometerse el delito fuera distinta de la que exista al pronunciarse el fallo o en el tiempo intermedio, se aplicará siempre la más benigna”.

Conforme al art. 2° la pena aplicable debe ser la contemplada por la ley anterior al hecho delictivo, y no la contenida en una norma posterior, salvo si ella es más benigna para el condenado (art. 18 CN). Esa norma posterior es aplicable, aunque su derogación se produzca antes de la sentencia condenatoria como consecuencia de la ultractividad de la ley penal más benigna. Disposición similar encontramos en el art. 9° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Establece que: “(...)Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”. Otro tanto, el art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: “(...)Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicación en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”. Tal era el marco normativo dentro del cual debía ser resuelto el caso.

II.

El principio de la aplicabilidad de la ley penal más benigna es uno de los principios más elementales forjados por el secular movimiento constitucionalista del cual no pueden prescindir una auténtica democracia constitucional ni su conformación jurídica que es el Estado de derecho. Su objeto es preservar la tan valiosa seguridad jurídica, como la libertad, tanto tratándose de delitos permanentes como transitorios.

Tradicionalmente, efectuando una distinción entre las normas constitucionales y las contenidas en el Código Penal, se entendía que el principio de la irretroactividad de la ley penal, en cuanto a la tipificación del

3. La ley excluía de su ámbito a los delitos relacionados con la producción y comercialización de estupefacientes.

delito o al agravamiento de la pena es absoluto y de naturaleza constitucional. En cambio, el principio de la aplicación de la ley penal más benigna posterior al hecho delictivo sería de naturaleza legal y no constitucional, y puede ser dejado sin efecto por una ley general o especial.⁴ En su momento no compartimos esta opinión por entender que la aplicación de la ley penal más benigna posterior al hecho delictivo no tenía solamente fundamento legal sino constitucional. Esta postura disfruta actualmente de jerarquía constitucional y no legal por cuanto su interpretación está expuesta en los ya citados tratados internacionales sobre derechos humanos mencionados en el art. 75, inc. 22, de la Ley Fundamental,⁵ y no hay norma constitucional que se oponga a ella.

Conforme a estos principios, resulta que:

- 1) La ley que establece un delito no es aplicable a los hechos que lo tipifican si se produjeron antes de su entrada en vigencia.
- 2) Las penas o condiciones más severas de punición establecidas por una ley no son aplicables a los hechos producidos antes de su entrada en vigencia.
- 3) La ley nueva que priva de su carácter delictivo a un hecho tipificado por una ley anterior es aplicable con efecto retroactivo por tratarse de la norma más benigna. Se aplica a las causas judiciales concluidas, a las pendientes de iniciación y a las que están en trámite.
- 4) La ley nueva que establece penas o condiciones menos severas de punición que una ley anterior se aplica con efecto retroactivo a las causas penales concluidas o pendientes y a las que están en trámite. Este principio se aplica en la hipótesis de reducción de las penas, de la transformación de la pena privativa de libertad en la pena de multa, a las causas de justificación o imputabilidad o culpabilidad, a los plazos de prescripción de las acciones penales y demás condiciones que resulten más benignas.

4. Esta conclusión resulta, implícitamente, del voto de la minoría.

5. Estimamos que esta conclusión debe ser aceptada por quienes les otorgan supremacía o igual jerarquía normativa a esos tratados respecto de la Constitución. Nosotros seguimos entendiendo que tales tratados, si bien son supralegales, complementan las normas constitucionales sin poder modificarlas.

Siempre habrá retroactividad y ultractividad de la ley penal más benigna. La consagración constitucional del principio de la benignidad de la ley penal responde a la seguridad jurídica, en los dos primeros casos, y en los restantes a que no se justifica para la defensa de la sociedad el mantenimiento de situación más gravosa. De manera que las reglas de la irretroactividad y ultractividad de la ley penal funcionan en beneficio de la libertad y no para restringirla.

Estos principios son aplicables a los llamados delitos permanentes y para el supuesto que se operen variaciones en la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia.⁶ Consideramos que también tienen vigencia respecto de las leyes penales temporarias. La ley temporaria no puede ser retroactiva en virtud de lo dispuesto por el art. 18 de la Constitución. Sin embargo, se ha entendido que a su respecto no rige el principio de la benignidad de la ley penal si ella prevé su ultractividad para los hechos cometidos durante su vigencia y aunque fueran juzgados con posterioridad a su derogación automática.⁷ Una interpretación teleológica del art. 18 de la Constitución, y complementada por los tratados internacionales que contempla su art. 75, inc. 22, respecto de las leyes penales temporarias debe regir plenamente el principio de benignidad, porque su jerarquía constitucional no puede ser alterada por una norma que disponga la ultractividad de semejante ley.

III.

El hecho que el delito motivo de la condena fuera calificado de lesa humanidad no constituyó un impedimento, para la mayoría, que impidiera la aplicación de la ley penal más benigna. La ley no hace distinción alguna entre los delitos respecto del principio de benignidad, y si lo hiciera,

6. Conf. Germán Bidart Campos, *Manual de la Constitución Reformada*, T. II, Buenos Aires, Ediar, 2000, p. 295. Para este autor, cuya postura compartimos, la ultractividad de la ley más benigna es un caso de aplicación del principio constitucional de la ley previa, y ninguna ley podría esquivarlo, y que las normas referentes a la graduación de las penas y la prescripción en materia penal pertenecen al derecho penal material o sustantivo y no al derecho procesal, criterio este último no compartido por la minoría para descartar la aplicación de la ley N° 24.390.

7. Criterio, que no compartimos, expuesto por Germán Bidart Campos en ob. cit., T. II, p. 309.

su validez sería cuestionable por aplicación del estándar de la supremacía constitucional. Para la mayoría, y con mayor énfasis en el voto del juez Horacio Rosatti, se acudió a un argumento que había caído en desuso, quizás, como consecuencia del proceso de desconstitucionalización que se percibe en la Argentina.⁸ Su síntesis es la siguiente: si efectivamente tenemos un sistema político democrático constitucional y un Estado de derecho con normas acordes a ese sistema, debemos dar fiel cumplimiento a las leyes porque la voluntad de ellas está por encima de cualquier opinión en contrario que pueda emanar de los grupos sociales, por más legítima que ella sea. El desacuerdo o disconformidad con la norma jurídica se debe expresar en su modificación o derogación, pero jamás en su incumplimiento o desarticulación mediante una falaz interpretación.

Esta conclusión impone el rechazo de la valoración social que pueda existir y que, con un enfoque sociológico elemental, invocó la minoría. Una norma que, aparentemente no disponga de aceptación social prosigue en vigencia hasta que no sea modificada conforme a las reglas institucionales, y los jueces –encargados de aplicar la ley mediante la función jurisdiccional– no pueden apartarse de ella sin vulnerar el principio de la separación de las funciones de gobierno usurpando el ejercicio de la función legislativa o constituyente.⁹ A esa valoración social respondieron los votos que conformaron la mayoría en los casos “Arancibia Clavel”,¹⁰ “Espósito”¹¹ y “Simón”¹² y que invocó la minoría del caso “Bignone”.

La definición de los delitos de lesa humanidad resulta del art. I de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los

8. Advertimos que se invoca permanentemente la Constitución para avalar una preocupante ruptura del orden institucional, de los derechos sociales e individuales, mediante las más audaces interpretaciones. Las más contradictorias hipótesis son presentadas con un ficticio aval constitucional para justificar determinadas soluciones, políticas, económicas y sociales en su acepción más amplia.

9. Precisamente, a tal situación obedece la regla de interpretación constitucional que preconiza la presunción de validez de las normas inferiores respecto de la Constitución a menos que, en el caso concreto, resulte una manifiesta y grosera violación de los preceptos fundamentales.

10. Fallos CS 327:3312 del 24 de agosto de 2004.

11. Fallos CS 327:5668 del 23 de diciembre de 2004.

12. Fallos CS 328:2056 del 14 de junio de 2005.

Crímenes de Lesa Humanidad que fue aprobada por la ley N° 24.584 publicada el 29 de noviembre de 1995. Caracteriza como tales a los definidos en el estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg del 8 de agosto de 1945 y confirmados por las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas N° 3 del 13 de febrero de 1946, N° 95 del 11 de diciembre de 1946 y el delito de genocidio definido en la Convención de 1948. La Convención sobre los Crímenes de Lesa Humanidad quedó incorporada a la categoría contemplada en el art. 75, inc. 22, de la Constitución cuando, el 2 de septiembre de 2003 fue promulgada la ley N° 25.778.

Si bien esa Convención dispone la imprescriptibilidad de los hechos delictivos que describe, a lo cual se podría añadir la inaplicabilidad de la ley penal más benigna, lo cierto que ello está condicionado a su art. IV. Establece que los Estados parte se comprometen a adoptar las medidas legislativas necesarias para que no se opere la prescripción de la acción penal o de la pena en los delitos de lesa humanidad. Pero, dispone expresamente que tal solución debe ser concretada “con arreglo a sus respectivos procedimientos constitucionales”. De modo que, si de la Constitución resulta lo contrario como acontece con nuestra Ley Fundamental, será insuficiente una reforma legislativa. Se impondrá la reforma de la Constitución siguiendo la vía que establece su art. 30. Al no imponer la aplicación retroactiva, que es inviable a la luz del art. 18 de la Constitución, su aplicación debe concretarse para los delitos de tal especie que se cometan a partir de la sanción de la ley N° 25.778. Esta solución está en un todo de acuerdo con la Convención de Viena que, en su art.28, establece que las disposiciones de un tratado no obligan a las partes respecto de actos o hechos que hayan tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado.

Por otra parte, toda la argumentación sustentada sobre una presunta valoración social de los jueces que les permitiría la libre interpretación del orden jurídico, al margen del riesgo que representa y su proximidad con una concepción populista, encuentra un obstáculo en la ley N° 23.313 del 17 de abril de 1986 con la cual se aprobó el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. La parte final del art. 15 de esa Convención establece que “nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, al momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocido por la comunidad internacional”. En la ley aprobatoria de aquel pacto se dejó a salvo que: “El Gobierno argentino manifiesta que la aplicación del apartado

segundo del art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos deberá estar sujeta al principio establecido por el art. 18 de nuestra Constitución Nacional. De manera que el principio de legalidad impuesto por el art. 18 de la Ley Fundamental se impone frente a cualquier norma o costumbre internacional”.

Esta última norma descarta la vigencia de toda norma o costumbre internacional que colisione con los principios de nuestra Constitución incluyendo, claro está, el que descarta la aplicabilidad de la ley penal más benigna respecto a cualquier tipo de delito.

Sobre el particular es bueno recordar el extenso y muy fundado dictamen emitido por el Instituto de Derecho Constitucional de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, que esta hizo propio el 7 de diciembre de 2004 por decisión unánime de sus miembros.¹³ Entre otras conclusiones, destacó que la garantía de la ley penal más benigna no puede ser afectada retroactivamente, que existe un obstáculo constitucional para aceptar la costumbre internacional como fuente de la pretensión punitiva del Estado que es el principio de legalidad; los tratados y convenciones internacionales citados en el art. 75, inc. 22, de la Constitución, y por añadidura la costumbre internacional, no derogan ni modifican artículo alguno de la primera parte de la Constitución conforme resulta de los arts. 18 y 27 de la Ley Fundamental. Así lo dispuso la ley que declaró la necesidad de la reforma constitucional de 1994, y así lo establece expresamente el propio art. 75, inc. 22 de la Ley Fundamental.

IV.

Sin embargo, en el voto de la minoría, se prosiguió invocando elípticamente la supremacía de la costumbre internacional sobre la Constitución. Solución que, al margen de transformar a una constitución rígida y normativa en una constitución flexible sujeta a las modificaciones que, mediante su interpretación, realicen los jueces para preservar lo que ellos consideran son los valores sociales dominantes, no se compadece con la seguridad jurídica y con algunas de las conquistas más importantes generadas por el movi-

13. *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, año 2004, p. 524.

miento constitucionalista en resguardo de la libertad y también de aquellos valores sociales determinados por la autoridad competente e insertados válidamente en el texto constitucional.

La fuerza de la costumbre como fuente de derecho es significativamente inferior en el derecho público que en el derecho privado.¹⁴ En materia constitucional, la costumbre *praeter legem* es improbable cuando la formulación de las normas está precedida por una correcta aplicación de las reglas para la elaboración de las normas constitucionales. En tales casos, los eventuales silencios u omisiones de una constitución se subsanan con su interpretación o con la costumbre *secundum legem*.

Cuando la redacción de un texto constitucional se adecua rigurosamente a las reglas técnicas que presiden su elaboración, y si a ello se añaden cláusulas genéricas y flexibles como las contenidas en los arts. 14, 19, 28 y 33 de nuestra Constitución, se limita considerablemente el surgimiento de una costumbre supletoria, por cuanto el aparente silencio u omisión normativa será cubierto mediante la aplicación de las reglas de interpretación constitucional.

Distinta es la situación de la costumbre *contra legem* con la cual se pretende modificar o derogar una cláusula constitucional. Ella es inaceptable en un sistema constitucional rígido que atribuye el ejercicio de la función constituyente a un órgano determinado. Si la función constituyente y la consecuente reforma constitucional están previstas en la constitución, toda modificación que se introduzca en ella carecerá de validez si se aparta de tales previsiones. En tal caso, no habrá reforma constitucional sino ruptura del orden constitucional, producida por su incumplimiento basado sobre el comportamiento social o la valoración social que introduzcan los jueces.

Nuestra Corte Suprema en la composición que tuvo en 2005 y por decisión mayoritaria¹⁵ tiene resuelto que el principio de legalidad establecido por el art. 18 de la Constitución, cede frente a la costumbre internacional y el *jus cogens*, aunque, en el caso concreto, desemboque en una solución *contra legem*. No compartimos semejante conclusión. Aceptar que la costumbre internacional *contra legem* es fuente del derecho constitucional y

14. Algunos privatistas la invocan con cierta ligereza, fruto del desconocimiento de la evolución histórica de las instituciones republicanas del constitucionalismo.

15. Fallos CS 327:3312, 327:5668 y 328:2056.

modificatoria de la Constitución importa avalar la inseguridad jurídica y la perversión constitucional.¹⁶ Perversión motivada a menudo por el esnobismo constitucional, o por el deseo de imponer dogmáticamente una ideología política, o la alteración de los valores constitucionales, debido al fracaso experimentado por una propuesta de reforma constitucional en tal sentido. Importa subordinar una constitución a las vías de hecho.

Bien destacaba Friedrich que esto no se debía a que las violaciones fueran resultado de una interpretación incorrecta, sino a que tanto la perversión como la violación de una norma constituyen un desafío a su pretendida universalidad. Son excepciones, pero todas las excepciones debilitan la fuerza de una norma. En un orden político altamente desarrollado es muy importante que todo cambio de las normas constitucionales sea llevado a cabo por la autoridad concreta que hace tales normas según el sistema¹⁷ que, en el caso de ellas, no es el juez ni la costumbre internacional ni el *jus cogens*.¹⁸

Asdrúbal Aguiar, prestigioso jurista venezolano que fue presidente provisorio de su patria y juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido, y es, muy crítico de aquella doctrina mayoritaria de nuestro Alto Tribunal. Tras señalar que el principio que impide la aplicación retroactiva de las normas penales no benignas no es extraño al derecho internacional, destaca que

El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, por consiguiente, no tuvo reparo al prescribir en su art. 24 y a propósito del juzgamiento por la Corte de los crímenes de genocidio, lesa humanidad, guerra y agresión, que nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto por una conducta anterior a su entrada en vigor. No solo eso, la misma norma dispone que de modificarse el derecho

16. Segundo V. Linares Quintana, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, T. II, Buenos Aires, Plus Ultra, 1987, p. 482.

17. Carl Friedrich, *El hombre y el gobierno*, Madrid, Tecnos, 1968, p. 304.

18. En tal sentido se pronunció la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires en la cita N° 13. Declaró que las normas consuetudinarias del *jus cogens* que establecerían, desde tiempo inmemorial, la imprescriptibilidad de ciertos delitos, no tienen validez porque la costumbre, por internacional que sea, no es fuente del derecho aceptable en materia penal forjado por el movimiento constitucionalista en salvaguarda de la libertad, la dignidad y el progreso de las personas.

aplicable a una causa antes que se dicte la sentencia definitiva, se aplicarán las disposiciones más favorables a la persona objeto de la investigación, el enjuiciamiento o la condena (...) La comisión de Derecho Internacional, al codificar las reglas sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos adoptadas por la Asamblea de la ONU en 2001 consagró una vez más el principio de no retroactividad de las normas internacionales (...) Un hecho jurídico –señala el *dictum*– debe ser apreciado a la luz del derecho de la *época* y no del derecho en vigor en el momento en que surge o ha de resolverse una controversia relativa a ese hecho. Todavía más, la CDI, en exégesis que hace del art. 13 de sus Artículos sobre la Responsabilidad del Estado, recuerda que el mismo principio haya sido aplicado por la Comisión Europea de Derechos Humanos y el Tribunal de Derechos Humanos para desestimar demandas relativas a períodos en que el Convenio europeo para la protección de derechos humanos y de las libertades fundamentales no estaba en vigor para los Estados interesados.¹⁹

Conclusiones similares fueron expuestas por Horacio García Belsunce,²⁰ Fernando Moreno,²¹ Néstor Sagués²² y Alfonso Santiago²³ para quien “En el sistema constitucional argentino no es posible sustraer ninguna clase de delito, ni ninguno de los aspectos de su régimen jurídico, del principio de legalidad o retroactividad de la ley penal”.

19. *Crímenes de lesa humanidad y coherencia funcional entre el derecho internacional y el derecho del Estado*, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires, 2004, p. 39.

20. *Reflexiones jurídicas en torno de la doctrina de la Corte Suprema en el caso Arancibia Clavel*, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires, 2005, p. 13.

21. “¿Estamos abandonando cada vez más el principio penal de legalidad?”, *La Ley*, Sup. Penal, julio 2005.

22. “Sobre la derogación y anulación de las leyes por el Poder Legislativo”, *La Ley*, 2005-A-518.

23. “La dimensión temporal del derecho y del consciente y deliberado apartamiento de los principios de legalidad e irretroactividad en materia penal por parte de la Corte Suprema de la Argentina”, *El Derecho*, 14 y 15 de noviembre de 2005.

V.

En el caso “Bignone” advertimos, claramente, dos posturas judiciales que se enfrentan entre nosotros desde comienzos del siglo XXI. La del voto mayoritario con particular apego al principio de legalidad y al deber de los jueces de ceñirse estrictamente a la aplicación razonable de las normas jurídicas con prescindencia de toda consideración de tipo político. El juez debe respetar la ley, y especialmente, la Ley Fundamental, aunque no comparta sus soluciones y aunque ellas merezcan el rechazo de algunos sectores sociales. Toda norma inferior cuya validez supera el filtro examinador de la Constitución debe ser fielmente respetada. Con mayor razón cuando, su desconocimiento, conduce a atrofiar garantías, derechos y libertades consagradas normativamente y cuya génesis la encontramos en la alborada del movimiento constitucionalista. El juez es el custodio de la Ley Fundamental. No es un simple administrador de justicia, sino titular de la función jurisdiccional del Estado mediante cuyo ejercicio aplica la ley y garantiza la seguridad jurídica. Es, en definitiva, la concepción que caracteriza a la democracia constitucional, en oposición al populismo, y en el marco del Estado de derecho.

La postura del voto minoritario soslaya el principio de legalidad en función de los valores sociales que se consideran dominantes y aunque no estén avalados por el orden jurídico. Postura cercana al populismo demagógico a la cual se refirió el juez Carlos Fayt²⁴ cuando destacó que, si se aceptara la aplicación retroactiva del derecho penal internacional, se estaría vulnerando el principio de legalidad contenido en el art. 18 de la Constitución que impide la derogación retroactiva de la ley penal más benigna. La protección de las víctimas no implica, necesariamente, un castigo penal y que la persecución penal, sin respeto a las garantías constitucionales, invertiría la función que los derechos humanos tienen en el proceso penal que, de protección del imputado frente al Estado, pasaría al fortalecimiento de su poder absoluto. Añadía que en esta postura judicial se estaba infiltrando la concepción de Carl Schmitt²⁵ sobre el derecho penal del enemigo. En esta concepción, que

24. Fallos CS 313:1392.

25. Miembro del Partido Nacional Socialista de Alemania y, durante varios años, considerado el más destacado ideólogo del nacionalsocialismo, aunque en su fuero íntimo no compartiera sus secuelas políticas y sociales.

conduce a distinguir entre “amigos” y “enemigos”, se admite la inaplicabilidad de las garantías del Estado de derecho para el juzgamiento de casos de gravedad gestados por el “enemigo” en perjuicio de un sistema político intolerante. Esto es así porque en un régimen totalitario²⁶ se acepta la existencia de un derecho penal especial para el “enemigo” del sistema. Esta bifurcación subjetiva del derecho penal importa, como destacara Jorge Vannossi,²⁷ una “paulatina e incesante demolición jurisprudencial y política de los principios constitucionales aplicables al régimen penal” adoptados por la Ley Fundamental, y especialmente, en torno “de la aplicación retroactiva de normas penales y de compromisos internacionales en abierta violación de la regla de la irretroactividad que establece el art. 18 de la Constitución Nacional; como así también produciendo un notorio quebrantamiento del principio de legalidad que surge de ese mismo precepto”.

En varias oportunidades la Corte Suprema de Justicia, desde 2004 y por el voto de su mayoría, sostuvo que los jueces, al dictar sus sentencias, deben procurar adecuarlas a las políticas del Estado, aunque ellas colisionen con el texto de la Constitución. Tengamos en cuenta que esas políticas de Estado son forjadas por los órganos políticos del Gobierno, lo cual conlleva implícitamente a una subordinación a ellos del Poder Judicial. Frente a esa concepción se alza la que insiste en sostener que la función de los jueces es aplicar fielmente la ley, aunque colisione con aquellas políticas del Estado.

El presunto deber de los jueces de ajustar sus sentencias a las políticas del Estado configura una ruptura del principio referente a la distribución del ejercicio del poder estatal entre los órganos del gobierno, una ruptura de la independencia del Poder Judicial y su subordinación a los estamentos políticos. Si los jueces se ajustaran en sus pronunciamientos a la política del Estado forjada por un gobierno determinado, se llegaría a una conclusión ineludible: ellos podrían ejercer mediante sus sentencias funciones legislativas y hasta constitucionales. Sin embargo, los jueces no hacen leyes ni establecen o participan en políticas del Estado porque ellos no gobiernan como sí lo hacen los órganos políticos. La seguridad jurídica que procura la ley está condicionada a la actitud que frente a ella asuman los jueces. Pero

26. Carl Schmitt, *Teoría del partisano*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1966.

27. “Prescripción, legalidad, amnistías e indultos”, *Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*, T. XXXIV-2007, Buenos Aires, 2008, p. 197.

si los jueces se apartan de la ley porque están en desacuerdo con ella o entienden que colisiona con la política de Estado, estarán violando la ley, y por añadidura, acarreado la inseguridad jurídica. En varias oportunidades, y casi desde sus comienzos, la Corte Suprema de Justicia tuvo oportunidad de destacar que si la interpretación jurisprudencial tiene un valor similar al de la ley es porque integra con ella una realidad jurídica. No es una nueva norma, sino la norma interpretada cumpliendo su función en el caso concreto. Por otra parte, aunque las leyes puedan considerarse rezagadas con relación a las de otros países, los jueces deben ajustarse a aquellas y no a las leyes, prácticas o costumbres extrañas, por más dignas que sean de imitación. No es a los jueces sino al legislador a quien le corresponde innovar (Fallos CS 21:130; 68:296; 200:490; 207:192; 210:389; 273:420). A lo sumo, los jueces pueden negarse a aplicar una norma contraria a la Constitución, pero no por entender que no se compadece con la política de Estado establecida por un gobierno.

Nos adherimos a la primera de estas posiciones que desestima las consideraciones de índole política proclamadas por la segunda como “políticas del Estado” a las cuales deberían estar sujetos los jueces. Estas últimas conducen a la inaceptable politización cuasi agonal del Poder Judicial y a su consecuente absorción por los órganos políticos del gobierno.

No huir de los tratados

*Roberto P. Saba**

Resumen

El autor analiza la decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Argentina de no cumplir con el mandato de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *Caso Fontevecchia vs. Argentina* en lo que concierne a la anulación de una sentencia del tribunal nacional que afectaba el derecho a la libertad de expresión del denunciante. La posición crítica del autor a la posición de la Corte Suprema se centra en torno a que esta ha soslayado la relevancia y el carácter vinculante de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto de los Estados firmantes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. A partir del estudio de trabajos académicos de los magistrados que tomaron la decisión, el autor señala aspectos problemáticos de las posturas allí desarrolladas como, por ejemplo, una visión errónea del concepto de comunidad política y de comunidad interpretativa. También aplica la noción de derecho como integridad para sugerir una posible solución alternativa a la disputa interpretativa entre tribunales internacionales y tribunales nacionales señalando la importancia del diálogo jurisdiccional como medio para identificar el significado de los principios y derechos fundamentales expresados en la Constitución Nacional y los tratados internacionales de derechos humanos.

* Abogado (UBA), magíster y doctor en Leyes (Universidad de Yale), profesor de Derecho Constitucional y de Derechos Humanos de las Facultades de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y la Universidad de Palermo; correo electrónico: rpsaba@gmail.com.

Palabras clave: derecho internacional, derechos humanos, interpretación de la Constitución, diálogo jurisdiccional, derecho como integridad, supremacía de la Constitución.

Don't avoid the treaties

Abstract

The author analyses the decision made by the Supreme Court of Argentina of not complying with the mandate of the Interamerican Human Rights Court in the *Fontevicchia vs. Argentina* case regarding the overruling of a previous case decided by the national tribunal concerning the violation of the claimant's right to freedom of speech. The author's criticism to the Supreme Court's decision focuses on the fact that it disregarded the relevance and binding character of the decisions made by the Interamerican Human Rights Court for the States signatories of the Interamerican Human Rights Convention. Drawing from academic works of the Justices that were part of the majority, the author points out to the main critical aspects of their perspectives such as a mistaken conception of political community and interpretative community that they defend. Saba also applies the notion of law as integrity to suggest a possible alternative solution for the interpretative dispute between national and international tribunals arguing in favor of the importance of judicial dialogue as a means for identifying the meaning of fundamental rights and principles established in the Constitution and in the international treaties of human rights.

Keywords: International Law, Human Rights, Interpreting the Constitution, Jurisdictional Dialogue, Integrity Law, Constitution.

El 14 de febrero de 2017 la Corte Suprema de Justicia de la Nación emitió un pronunciamiento cuyas consecuencias probables podrían retrotraer algunos avances producidos en materia de protección de derechos humanos a una fecha cercana a la de las doctrinas citadas por el tribunal y que datan de tiempos anteriores a la Segunda Guerra Mundial, a la terrible experiencia del Holocausto, a la creación de la Organización de las Naciones Unidas, a

la firma del Pacto de San José de Costa Rica por nuestro país, a las lecciones dejadas por la trágica y traumática experiencia de la última dictadura militar, a las decisiones tomadas por el primer gobierno democrático posdictadura presidido por el Dr. Raúl Alfonsín en materia de derecho internacional de derechos humanos, a la reforma constitucional de 1994 y a la jurisprudencia de la propia Corte en ese mismo campo hasta hace unos pocos meses. La sorpresiva decisión de la Corte requiere un análisis minucioso de sus fundamentos, tanto para comprender su alcance actual, así como su posible impacto en el futuro.

El 25 de septiembre de 2001 la Corte Suprema de Justicia de la Nación confirmó la sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil que había hecho lugar a la demanda del Sr. Carlos Menem en la que este reclamaba una compensación por los daños y perjuicios supuestamente provocados por una publicación llevada a cabo por la *Revista Noticias* (Editorial Perfil) de la que eran legalmente responsables los Sres. Jorge Fontevicchia y Héctor D'Amico.¹ La nota periodística se refería a la presunta existencia de un hijo no reconocido del que fuera al momento de la publicación Presidente de la Nación, quien alegó que aquella nota periodística afectaba su derecho a la intimidad previsto en la Constitución Nacional y en diversos tratados internacionales de derechos humanos. Por su parte, los demandados alegaron que la aplicación de una condena pecuniaria por daños y perjuicios implicaba la afectación de su derecho a la libertad de expresión por medios indirectos. Según estos, por un lado, la calidad de funcionario público que detentaba el Sr. Menem al ostentar la primera magistratura del país, lo colocaba en situación de ver reducida la protección de su intimidad y privacidad. Además, la dimensión social de la libertad de expresión, según lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación² y la Corte Interamericana de Derechos Humanos,³ implica la protección del derecho a recibir información por parte de la ciudadanía, la cual se encuentra obligada a someterse a los dictados del Presidente de la República y por ello puede

1. Caso *Menem, Carlos Saúl c/ Editorial Perfil SA y otros s/ daños y perjuicios sumario*, Fallos 324:2895.

2. Casos *Ponzetti de Balbín* (Fallos 306:1892), *Morales Solá* (Fallos 319:2741), entre otros.

3. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985.

someterlo a escrutinio público. La Corte argentina, al confirmar el fallo de la Cámara, dio la razón a los argumentos del demandante, aunque redujo el monto de la condena pecuniaria. Por su parte, los demandados llevaron su caso ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que a su vez lo elevó ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual emitió su sentencia el 29 de noviembre de 2011 y en ella falló a favor de la que fuera demandada en sede nacional, ya en su calidad de denunciante ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Allí, el tribunal internacional alegó que el Estado argentino, por medio de la sentencia del máximo tribunal del país, incurría en responsabilidad internacional por violar el derecho a la libertad de expresión de los afectados según lo establece el art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos suscripto por la Argentina el 2 de febrero de 1984 y ratificado por el Congreso de la Nación el 14 de agosto de ese año. En la parte resolutive de la sentencia internacional, el tribunal ordenó que el Estado argentino debía “dejar sin efecto la condena civil impuesta a Jorge Fontevecchia y Héctor D’Amico, así como todas sus consecuencias”. La decisión de la Corte Interamericana surge de la aplicación de los artículos 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La primera de esas cláusulas establece que los Estados parte de la Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción. La segunda ordena que en caso que el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el art. 1 no estuvieren ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados parte se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades. Así, cuando, por ejemplo, la violación de la Convención se produce por una ley sancionada por el Congreso Federal, la obligación del Estado firmante que se desprende del art. 2 es la de modificar esa legislación para hacerla compatible con el compromiso internacional adquirido por el Estado. O, para dar otro ejemplo, si un derecho reconocido en la Convención no pudiera ejercerse por la existencia de una norma emanada del Poder Ejecutivo, este deberá modificarla o derogarla para cumplir con su obligación de “hacer efectivos” los derechos y libertades reconocidos en la Convención. En el caso *Fontevecchia y otros c. República Argentina* la “medida” del Estado que afectaba según la Corte Interamericana el derecho

a la libertad de expresión del denunciante era precisamente la sentencia de la Corte Suprema Argentina que *interpretaba* que el derecho de daños aplicado imponía límites al ejercicio de la libertad de expresión que entraban en conflicto con este derecho reconocido en el Pacto de San José. De este modo, la Corte Interamericana entendió que el derecho a la libertad de expresión de Fontevecchia y de D’Amico –y de todos los que se encontrasen en una situación similar– resultaba lesionado por la decisión de la Corte Suprema contenida en su fallo de 2001, por lo que dejar sin efecto esa sentencia –y la interpretación del art. 14 de la Constitución Nacional y el 13 de la Convención Americana incluida en ella– era la “medida de otro carácter” exigida por el art. 2 de la Convención.

En 2016, la Dirección General de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la Nación le envió un oficio a la Corte Suprema para que, en cumplimiento de ese mandato, procediera a “dejar sin efecto la condena civil”, a lo que el máximo tribunal de la Nación respondió negativamente el 14 de febrero de 2017.⁴ El argumento central para fundamentar esta decisión fue que la orden contenida en la parte resolutive de la sentencia de la Corte Interamericana no fue dictada dentro del marco de sus atribuciones previsto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y que no podía ser cumplida por la Corte Suprema a la luz del ordenamiento constitucional nacional. Antes de analizar la sentencia, es necesario hacer algunas referencias conceptuales y contextuales respecto del significado y la relevancia de los tratados internacionales de derechos humanos y su relación con la protección constitucional de esos derechos.

Constitución y Derecho Internacional de los Derechos Humanos como mecanismos de protección de los mismos derechos

En *El problema de la guerra y las vías de la paz*, Norberto Bobbio presenta una breve historia de la protección de los derechos humanos en la que distingue tres etapas que podrían observarse a nivel global en Occidente, y

4. CSJ 368/1998 (34-M) / CS1. Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso “Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina” por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 14 de febrero de 2017.

que serían perfectamente aplicables al caso de Argentina.⁵ En la primera fase, que se corresponde con los siglos XVII y XVIII, surgen, como parte de una estrategia fundamental de defensa de derechos, diferentes teorías filosóficas tendientes a justificar su existencia y el necesario respeto por parte de la autoridad pública, así como también de terceros. Los escritos de pensadores como John Locke y Jean Jacques Rousseau sientan las bases para articular una defensa fundada de las libertades individuales contra el ejercicio del poder por parte de una tiranía. En una segunda etapa, que podría tener sus hitos en 1688, 1789 y 1776 con las revoluciones antimonárquicas o antiimperialistas de Inglaterra, Francia y Estados Unidos respectivamente, se procede, según Bobbio, a la positivización de esos derechos que habían sido defendidos previamente por vía argumentativa. Así, el autor afirma que “en este paso la afirmación de los derechos del hombre gana en concreción, pero pierde en universalidad” limitando su protección a las fronteras del Estado que los reconoce.⁶ Se inicia así una fase en la que se persigue su constitucionalización a nivel nacional y que tendrá como momentos de referencia la incorporación de las primeras diez Enmiendas a la Constitución de los Estados Unidos, también conocido como *Bill of Rights* (1791), el movimiento constitucionalista de Europa continental de 1790 a 1870 y, en el caso de nuestro país, la Constitución sancionada en 1853 con su reforma de 1860. Este reconocimiento de los derechos humanos en el derecho positivo nacional se vio acompañado, en algunos casos, como el de los Estados Unidos o el de la Argentina, por el establecimiento de un control judicial de constitucionalidad que haría efectivo el límite impuesto por la norma fundamental contra el poder político democrático. Menos de un siglo después, una de las democracias constitucionales más sofisticadas del mundo, la República de Weimar, no pudo contener la marea tiránica del nazismo y la humanidad fue testigo de un hecho terrible sin precedentes en la historia moderna de la civilización occidental: el Holocausto. El continente que había gestado la Ilustración no pudo anticipar y evitar el surgimiento del mal radical y la pérdida de millones de vidas como consecuencia de un plan de exterminio perpetrado por un gobierno que se desprendió de los límites impuestos

5. Norberto Bobbio, *El problema de la guerra y las vías de la paz*, Barcelona, Gedisa, 1992, Capítulo 4.

6. Id., p. 135.

por el derecho constitucional. Luego de la derrota de Hitler y como consecuencia del aprendizaje dejado por esa traumática experiencia global, prosigue Bobbio, presenciamos el surgimiento de una nueva etapa, que de algún modo combina las aspiraciones de las dos anteriores: la de la positivización universal de los derechos como expresión de una innovadora estrategia de prevención de graves violaciones a los derechos humanos. Frente a la posibilidad de que las democracias constitucionales pudieran fracasar en la contención de un gobierno constitucional que pusiera en riesgo o amenazara los derechos y libertades de las personas, los Estados se comprometerían entre sí a respetar esos derechos so pena de incurrir en responsabilidad internacional frente a otros Estados de la comunidad internacional. El concepto de soberanía política gestado a la sombra de la Paz de Westfalia en 1642 empezaría a ceder paso a un sistema global de protección de derechos. Nacen entonces la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (1948) y se gestan sistemas de protección regional, como por ejemplo el Interamericano, por medio de la firma de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), con sus dos órganos de aplicación: la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En 1994, luego de una feroz dictadura, Argentina reformó su Constitución y procedió a poner en marcha una cuarta etapa que Bobbio no anticipó: la de la constitucionalización de los tratados internacionales de derechos humanos. Este movimiento no tuvo solo una función expresiva,⁷ sino que buscaba un objetivo muy concreto: forzar a los jueces, reacios a ver los compromisos internacionales de derechos humanos como derecho “duro” y aplicable en casos concretos, a incorporar en el fundamento de sus sentencias esos compromisos internacionales. Los magistrados, formados en el paradigma constitucional clásico, aceptaban casi sin objeción alguna desde 1887 –cuando la Corte Suprema decidió el caso “Sojo”–⁸ su obligación de ejercer el control judicial de

7. Carlos Rosenkrantz entiende que la incorporación de los tratados internacionales con jerarquía constitucional en la reforma de 1994 fue expresiva, y cita para dar fundamento a su lectura la intervención de la Constituyente Alicia Oliveira. Véase Carlos F. Rosenkrantz, “En contra de los ‘Préstamos’ y otros usos ‘no autoritativos’ del derecho extranjero”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 6, Nro. 1 (2005). Versión original en inglés titulada “Against Borrowings and other Nonauthoritative Uses of Foreign Law”, *1 International Journal of Constitutional Law*, 2003, pp. 269-295.

8. *Fallos*, 32:120.

constitucionalidad. Una vez otorgada constitucionalmente jerarquía constitucional a los tratados internacionales de derechos humanos por medio del nuevo art. 75, inc. 22, era de esperar que los jueces aplicarían con igual fluidez el contenido de esos compromisos al ejercer el control de constitucionalidad. Y así sucedió. Seguramente, en la mayoría de los casos, gracias a la insistencia de los litigantes, muchas veces organizaciones de la sociedad civil comprometidas con la adhesión y cumplimiento de esos convenios internacionales por parte del Estado argentino, los tribunales comenzaron a aplicar el derecho internacional de los derechos humanos como ley suprema de la Nación. Desde el célebre caso “Viceconte” decidido en 1998 por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo en el que se fundó la obligación “de hacer” del Estado en materia de derechos sociales sobre la base del principio de progresividad del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,⁹ hasta el caso “Simón” decidido por la Corte Suprema de Justicia en materia de crímenes de lesa humanidad en 2005,¹⁰ por citar dos hitos relevantes de esa jurisprudencia, la reforma de 1994 cambió, parecía que para siempre, el paisaje jurídico argentino en materia de derechos humanos y la justicia argentina fue líder global en la incorporación de las consecuencias de esos compromisos internacionales a la decisión de casos nacionales.

Por su parte, el proyecto constitucional argentino nace, en palabras de Juan B. Alberdi, con plena conciencia de la íntima relación que existe entre el compromiso de una comunidad política asumido en su norma fundamental y el paralelo compromiso asumido respecto de esos mismos principios y derechos con otros Estados por medio de tratados internacionales. Alberdi no veía ambos compromisos como esferas aisladas y desconectadas entre sí, sino como dos expresiones de una misma y única adhesión a los mismos principios fundamentales que nos dan identidad como comunidad:

Firmad tratados con el extranjero en que deis garantías de que sus derechos naturales de propiedad, de libertad civil, de seguridad, de

9. *Viceconte, Mariela C. c/ E.N. -Mº de Salud y Acción Social s/ amparo ley 16.986*, 2 de junio de 1998, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal de la Capital Federal, Sala 04.

10. *Fallos 328:2056*.

adquisición y de tránsito, les serán respetados. Esos tratados serán la más bella parte de la Constitución (...) Para que esa rama del derecho público sea inviolable y duradera, firmad tratados por término indefinido o prolongadísimo. No temáis encadenaros al orden y a la cultura. Temer que los tratados sean perpetuos, es temer que se perpetúen las garantías individuales en nuestro suelo (...).¹¹

Alberdi, lejos de ver a los tratados o al derecho internacional como una amenaza a la consolidación de nuestra cultura constitucional, los veía como un reaseguro de su estabilidad:

Nuestra política (...) debe promover y buscar los tratados de amistad y comercio con el extranjero, como garantías de nuestro régimen constitucional. Consignadas y escritas en esos tratados las mismas garantías de derecho público que la Constitución dé al extranjero espontáneamente, adquirirán mayor fuerza y estabilidad. Cada tratado será un ancla de estabilidad puesta a la Constitución. Si esta fuese violada por una autoridad nacional, no lo será en la parte contenida en los tratados, que se harán respetar por las naciones signatarias de ello; y bastará que algunas garantías queden en pie para que el país conserve inviolable una parte de su Constitución, que pronto hará restablecer la otra. Nada más erróneo, en la política exterior de Sud América, que la tendencia a huir de los tratados.¹²

Desde 1853 al presente, la evolución de la concepción de los derechos humanos y de sus mecanismos de protección ha sido el reflejo de los enormes cambios que la humanidad ha experimentado en su autopercepción. En 2002 el filósofo Peter Singer publicó su clásico libro *One World*, del que publicó en 2016 una nueva versión corregida y actualizada bajo el título de *One World Now*.¹³ Allí el autor recorre diferentes escenarios globales en los que

11. Juan Bautista Alberdi, *Bases*, párr. XV.

12. Juan Bautista Alberdi, *Bases*, párr. XXXIV. Para un punto similar al aquí presentado véase Leonardo G. Filippini, “El derecho internacional de los derechos humanos no es un préstamo. Reflexiones sobre la crítica a los préstamos de Carlos F. Rosenkrantz”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 8, Nro. 1, Buenos Aires, 2007, pp. 191-202.

13. Peter Singer, *One World Now. The Ethics of Globalization*, New Haven, Yale University Press, 2016.

argumenta a favor de la necesidad de considerar al planeta entero como una unidad que padece problemas que solo pueden ser tratados o resueltos con estrategias globales. Uno de los capítulos de esa obra, titulado “One Law” o “Un solo derecho”, se refiere justamente a los procesos que señalaba Bobbio en su tercera fase de positivización universal de los derechos humanos. Según Singer, existen registros de genocidios desde tiempos bíblicos, sin embargo, no fue hasta luego del Holocausto que la comunidad internacional ha ensayado con instrumentos de derecho internacional para intentar evitar que un nuevo genocidio sea perpetrado. Este proceso, no obstante, no estuvo carente de obstáculos, entre ellos, la noción misma de soberanía estatal. Sin embargo, Singer afirma que:

Una verdadera ética global no se detendría o les daría gran significancia a las fronteras nacionales. La soberanía del Estado no tiene peso moral *intrínseco*. El peso de la soberanía estatal deviene del rol que desempeña el principio internacional que exige respeto al Estado soberano, en circunstancias normales, para promover relaciones pacíficas entre Estados. Es un principio secundario, una regla de oro que se agrega a la experiencia ganada de muchas generaciones en torno a evitar la guerra. Esto no implica negar que en este mundo en que vivimos, el principio de soberanía estatal no tenga una gran importancia (...) aunque continuamos viviendo en un mundo de Estados soberanos y que estamos lejos de abrazar una verdadera ética global, la soberanía del Estado ya no es un absoluto. Además de un mundo de Estados soberanos, contamos con una comunidad global que desea, cuando ello sea practicable y siempre que no implique un costo demasiado alto, asumir la responsabilidad de proteger a las personas en cualquier parte del mundo del genocidio, los crímenes de guerra, la limpieza étnica y los crímenes de lesa humanidad si el gobierno que tiene la responsabilidad primaria de protegerlos manifiestamente no lo hace. El mundo ha visto las horribles consecuencias del fracaso de los Estados en proteger a sus ciudadanos, y hay hoy un amplio consenso a favor de la creencia en la existencia de un deber de prevenir esas atrocidades si ello es posible.¹⁴

14. Singer, p. 172. La traducción es mía.

Singer concluye, citando a Gareth Evans, que “la cruda noción de la soberanía westfaliana que sostiene que un Estado debería ser inmune al escrutinio internacional y a una posible intervención, no importa el tamaño del horror que tuviera lugar dentro de sus fronteras” ya no existe y jamás podrá volver a defenderse.¹⁵

Ni la Corte Suprema argentina como colectivo en su composición actual, ni ninguno de sus miembros individualmente, tanto en sus escritos académicos como en sus decisiones como magistrados, se han pronunciado en contra del derecho internacional o a favor de que el Estado argentino desconozca sus compromisos internacionales de un modo genérico. Sin embargo, la respuesta que emitió el tribunal al oficio de la Cancillería argentina en el marco de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Fontevicchia vs. Argentina* expresa la convicción del tribunal supremo nacional de que en ciertos casos el Estado argentino no se encontraría sometido a esos compromisos. La decisión de la Corte Suprema de no acatar la orden emanada del tribunal internacional sobre la base de que ello le resulta imposible por la aplicación de una interpretación particular de las normas de derecho interno, fundamentalmente de la Constitución Nacional, implica que cuando la Corte Interamericana considere que el compromiso internacional fue desconocido por el Estado argentino por medio de un pronunciamiento del Poder Judicial, o más precisamente de la Corte Suprema, ese compromiso puede ser ignorado si ello implica revocar una de sus propias decisiones. Este es el severo problema que surge a partir de la respuesta de la Corte Suprema a la Cancillería y que analizaré en las siguientes secciones.

Orden Público Constitucional: Supremacía de la Corte o Supremacía de los Derechos Constitucionales

En su respuesta al Ministerio de Relaciones Exteriores la Corte afirmó que “se encuentra fuera de discusión que las sentencias de la Corte Interamericana, dictadas en procesos contenciosos contra el Estado argentino

15. *Ibidem*. Véase Gareth Evans, “R2P: The Next Ten Years”, en Alex Bellamy and Tim Dunne, eds., *Oxford Handbook of the Responsibility to Protect*, Oxford University Press, Oxford, 2016.

son, en principio, de cumplimiento obligatorio para este” y ello, según la propia Corte Suprema, se desprende del art. 68.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, según el cual “Los Estados parte en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”. También cita el voto de la jueza Highton de Nolasco en el caso “Espósito”, quien sostuvo que, en referencia a un fallo de la Corte Interamericana, “la decisión mencionada resulta de cumplimiento obligatorio para el Estado argentino (art. 68.1, CADH), por lo cual también esta Corte, en principio, debe subordinar el contenido de sus decisiones a las de dicho tribunal internacional”.¹⁶ Ese “en principio” deslizado por la Corte en su respuesta al Ministerio en el caso “Fontevicchia”, toma cuerpo cuando a renglón seguido el tribunal afirma que “Dicha obligatoriedad, sin embargo, alcanza únicamente a las sentencias dictadas por el tribunal internacional dentro del marco de sus potestades remediales. En efecto, es con ese alcance que el Estado argentino se ha obligado internacionalmente a acatar las decisiones de la Corte Interamericana”.¹⁷ Pero esa excepción al cumplimiento de los fallos del tribunal internacional no surge del tratado firmado por la Argentina, en cuyo art. 67 se establece que “El fallo de la Corte será definitivo e inapelable. En caso de desacuerdo sobre el sentido o alcance del fallo, la Corte lo interpretará a solicitud de cualquiera de las partes, siempre que dicha solicitud se presente dentro de los noventa días a partir de la fecha de la notificación del fallo”. El Estado argentino no realizó ninguna presentación en el plazo previsto y, desde el punto de vista del tratado suscripto por el Estado no surge ningún alcance particular o excepcional respecto la obligación internacional asumida por la Argentina a acatar las decisiones de la Corte Interamericana. La Corte Suprema decide entonces no acatar el mandato contenido en el apartado “a” de la parte resolutive de la decisión de la Corte Interamericana en virtud de dos argumentos: a) que considera que este tribunal internacional se extralimitó en sus atribuciones y b) que esa orden no puede ser cumplida por la Corte Suprema “a la luz del ordenamiento constitucional nacional”.¹⁸ Estas dos justificaciones para no acatar la decisión del tribunal internacional son diferentes entre sí, pero guardan

16. Fallos 327:5668, cons. 6to.

17. Respuesta “Fontevicchia”, cons. 6to.

18. Cons. 7mo.

íntima relación. Por un lado, la segunda solo tendría sentido si la primera no fuera correcta: si el tribunal internacional era competente para tomar la decisión que adoptó, entonces no sería posible para el tribunal nacional alegar normas de derecho interno para no cumplir con la sentencia. La Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados impide al Estado argentino alegar justamente lo que la Corte Suprema esgrime como argumento, pues su art. 27 ordena que “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”, en este caso el art. 68. 1 de la Convención Americana. Por otro lado, si la Corte Interamericana no fuera competente para ordenar lo dispuesto en el apartado “a” de su sentencia, entonces no tiene sentido alegar el carácter de imposible cumplimiento de lo ordenado a la luz de normas constitucionales. Es posible que la Corte Suprema haya recurrido a los dos argumentos considerando que el segundo sería subsidiario al primero, de modo que aun cuando por hipótesis la Corte Interamericana no se hubiera excedido en sus competencias, entonces la Corte Suprema argentina no podría cumplir con lo ordenado porque no se lo permite el derecho interno. Analicemos la decisión de la Corte Suprema a la luz del segundo argumento que creo que es el más relevante por sugerir una posición novedosa –y preocupante– de la Corte Suprema en su nueva composición sobre la relación entre el derecho internacional de los derechos humanos y la protección constitucional de esos mismos derechos.

Debemos buscar las razones profundas de esta decisión de la Corte Suprema en el considerando 18 de la respuesta al Ministerio, pues es allí donde despunta su teoría acerca del modo en que concibe la relación entre algunas normas de derecho constitucional y las obligaciones contraídas en sede internacional. En ese párrafo la Corte Suprema afirma que “Revocar la sentencia firme dictada por este Tribunal implica privarlo de su carácter de órgano supremo del Poder Judicial argentino y sustituirlo por un tribunal internacional, en clara trasgresión a los arts. 27 y 108 de la Constitución Nacional” y subraya que:

Esta interpretación es reflejo de una fuerte tradición en la práctica constitucional argentina expresada, por ejemplo, en la denominada “fórmula argentina” –sostenida en la Conferencia de Paz de La Haya de 1907 por los delegados Roque Sáenz Peña, Luis María Drago y Carlos Rodríguez Larreta– mediante la cual se excluían de los tratados de arbitraje obligatorio las cuestiones que afectaban a la Constitución de

cada país. Esta fórmula ‘ha nacido de los términos y del espíritu de nuestra Constitución, los que no podían ser desvirtuados por ningún tratado sin exponerse a caer en nulidad.’¹⁹

La Corte Suprema refuerza el punto expresando que:

En el mismo sentido se expresó Joaquín V. González al sostener que “(...) un tratado no puede alterar la supremacía de la Constitución Nacional (...) restringir los derechos civiles, políticos y sociales reconocidos en la Constitución a los habitantes del país, ni las prerrogativas acordadas a los extranjeros, ni suprimir o disminuir en forma alguna las garantías constitucionales creadas para hacerlos efectivos.

La cita corresponde al Diario de Sesiones del Senado de 1909 y no parece ser adecuada, pues podría ser utilizada justamente para fundar la decisión opuesta a la adoptada por la Corte Suprema. Si bien es cierto que este tribunal la utiliza para respaldar su posición de que la decisión de la Corte Interamericana, con su orden de revocar el fallo de la Corte nacional, pone en evidencia su menosprecio por el mandato constitucional que la convierte en suprema, no es menos cierto que, en sintonía con el principio que subyace a la afirmación de Joaquín V. González, lejos de “alterar la supremacía la Constitución Nacional” “restringiendo los derechos civiles y políticos” “suprimiendo” o “disminuyendo” las garantías constitucionales, la decisión de la Corte Interamericana, al interpretar el alcance de la libertad de expresión del modo en que lo hizo en el caso *Fontevicchia vs. Argentina* estaba contribuyendo a mantener la supremacía constitucional en lo que respecta a la protección de ese derecho en cabeza del demandado en sede nacional –y denunciante en sede internacional– *contra* una decisión de la Corte Suprema argentina que en 2001 había fallado en su contra. Siguiendo el razonamiento de la propia Corte y la postura citada de Joaquín V. González, es aquí la Corte Suprema argentina con su decisión de 2001 la que “alteró la supremacía la Constitución Nacional” “restringiendo los derechos civiles y políticos” “suprimiendo” o “disminuyendo” las garantías constitucionales, y fue gra-

19. Carlos Saavedra Lamas, “En torno a la Constitución que nos rige”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1957, p. 21.

cias al compromiso internacional consistente con el mandato constitucional en lo que se refiere a la protección de la libertad de expresión y al fallo de la Corte Interamericana que se mantuvo incólume la supremacía constitucional en lo que se refiere a la protección de la libertad de expresión. La única amenaza a esos derechos y a la supremacía de la Constitución en cuanto a la protección de la libertad de expresión surge a partir de la interferencia que en este caso implica la postura rebelde de la Corte Suprema expresada en su respuesta al Ministerio de Relaciones Exteriores. El máximo tribunal del Poder Judicial argentino identifica la supremacía constitucional solo en lo que se refiere a su supuesta competencia definitiva e irrevisable, pero no en lo que respecta a la vigencia y supremacía de las libertades que evocaba Joaquín V. González. ¿Es posible que la Corte Suprema, para salvaguardar su carácter de suprema dentro del sistema judicial argentino otorgado por el artículo 108 de la Constitución Nacional sacrifique no solo la responsabilidad internacional del Estado argentino, sino el derecho a la libertad de expresión de sus ciudadanos consagrado en el art. 14 de la Constitución Nacional? Cuando la Corte Suprema alega que la decisión de la Corte Interamericana atenta contra el orden público constitucional, identifica a este con el reconocimiento constitucional de la supremacía del tribunal, pero no con la supremacía de las libertades reconocidas en la misma Constitución.

El fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronuncia sobre dos cuestiones, una de fondo –el alcance de la protección de la libertad de expresión– y otra, implícita, sobre competencias –asumiendo que puede imponer a la Corte Suprema su decisión de revocar la sanción civil contra Fontevéchia–. La Corte Suprema, en espejo, se pronuncia sobre las mismas dos cuestiones, pero lo hace explícitamente sobre las competencias de ambos tribunales –sosteniendo que su carácter de suprema le impide obedecer al tribunal internacional– e implícitamente sobre el modo en que debe interpretarse el alcance del derecho a la libertad de expresión negándose –y en consecuencia adhiriendo– a la interpretación de ese derecho y de sus límites realizada por el tribunal en su composición de 2001. En cuanto al fondo del caso *Fontevéchia vs. Argentina*, la Corte Interamericana interpreta el alcance del derecho a la libertad de expresión previsto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 13, derecho que también se encuentra previsto en la Constitución Nacional en su artículo 14. Por otra parte, al ordenar “dejar sin efecto la condena civil” que quedara firme a nivel nacional luego de la sentencia de la Corte Suprema

en su fallo de 2001, asume que tiene competencias para dar esta orden al Estado argentino, el cual, por medio de su Poder Ejecutivo (Ministerio de Relaciones Exteriores que cursa la comunicación a la Corte Suprema) y de su máximo tribunal, entienden que esa orden está dirigida a este último, lo cual no surge expresamente de la sentencia de la Corte Interamericana que solo indica “dejar sin efecto la sanción civil”. Aunque es comprensible que ambos poderes llegaran a esa conclusión a partir del hecho de que parece lógico que la acción de dejar sin efecto –o revocar– una sentencia le debiera corresponder, si fuera posible, al mismo órgano que la emitiera. Si la Corte Suprema tuviera razón y ello no le fuera posible “a la luz del ordenamiento constitucional nacional”, entonces podría interpretarse que no es tan claro que la orden estaba dirigida a ese tribunal, pues si no tiene las facultades para hacer lo solicitado, quizá la orden no estaba dirigida a él. Esto abre una discusión acerca de si la Cancillería argentina hizo lo correcto al enviar el oficio a la Corte Suprema, sabiendo que existirían obstáculos formales a la revocatoria de la sentencia. ¿Podría haber hecho otra cosa? Es posible, pero no me detendré en este contrafáctico en este trabajo.

En cualquier caso, lo más interesante y preocupante de la “respuesta” de la Corte a la Cancillería –pues en términos estrictos no se trata de un “fallo” o “sentencia”– no yace en la negativa a cumplir con la sentencia de la Corte Interamericana, sino en los fundamentos e implicancias de la justificación de esa negativa. La Corte Suprema argentina no solo se niega a revocar su decisión impugnada por la Corte Interamericana, sino que elabora algunas premisas que podrían tener implicancias respecto del modo en que el Estado argentino –del que obviamente la Corte Suprema forma parte– cumplirá de aquí en más con sus compromisos internacionales de derechos humanos o de otro tipo. En suma, la respuesta de la Corte Suprema al Poder Ejecutivo dispara un debate complejo sobre el valor del derecho internacional en el sistema jurídico argentino y la forma en la que este será considerado por el Poder Judicial al tener que decidir sobre su aplicación. Si se procedió de este modo en un caso que se refería a la aplicación de un tratado de derechos humanos que tiene, de acuerdo con el art. 75, inc. 22 de la Norma Fundamental del país, jerarquía constitucional, el interrogante crece exponencialmente respecto de compromisos que no tengan esa jerarquía, como por ejemplo los tratados bilaterales de libre comercio o los de integración.

Autogobierno y cultura constitucional

Como sostuve más arriba, la Corte Interamericana decidió dos cuestiones en el caso “Fontevéchia”. La primera se refiere a la interpretación que debe dársele al art. 13 de la Convención Americana determinando el alcance del derecho a la libertad de expresión en el sentido de que este no puede restringirse en virtud del respeto de la intimidad o privacidad de un funcionario público aplicando una condena civil. La segunda consiste en considerar que de acuerdo con lo dispuesto en el art. 2 de la Convención, la Argentina como Estado firmante de la Convención tiene el deber de adoptar medidas para cumplir con el art. 13, y que de acuerdo con el art. 68 la Argentina debe cumplir con la decisión de la Corte Interamericana de revocar la sentencia de la Corte Suprema que es la “medida” que entra en conflicto con el art. 13. A juzgar por la decisión del Ministerio de Relaciones Exteriores de enviar el oficio al máximo tribunal nacional, es posible afirmar que el Poder Ejecutivo entendió que era este el encargado de llevar a cabo esa acción. La respuesta de la Corte Suprema al Ministerio se centra íntegramente en la segunda cuestión –la competencia– y se desentiende totalmente de la primera –la preservación del derecho a la libertad de expresión de la denunciante en el caso internacional–. Probablemente, en forma implícita, la Corte nacional está afirmando que no puede hacer nada respecto de la protección de la libertad de expresión de Fontevéchia y D’Amico justamente porque no tiene competencias para revocar su propia decisión en un caso que resulta alcanzado por la cosa juzgada. Sin embargo, la cosa juzgada no protege a Fontevéchia y D’Amico ni al Estado nacional, ambas partes del caso internacional, solo a Menem, que no es parte en este nuevo pleito entre los denunciantes, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y el Estado argentino, por lo que no es tan claro que la Corte Suprema no pueda revocar la sentencia, al menos no bajo el argumento de la cosa juzgada y en lo que se refiere a la afectación del derecho a la libertad de expresión de los denunciantes. Es más, basado en un sugerente encuadre de la situación, cuando se le corrió traslado a Menem del oficio del Ministerio a la Corte Suprema conteniendo la orden de la Corte Interamericana de revocar la sentencia, éste alegó que no creía que tuviera que intervenir pues no era parte en este *nuevo litigio* entre los denunciantes y el Estado. Si el problema no reside en la remoción de una alegada cosa juzgada, ¿cuál es el verdadero problema que parece identificar la Corte Suprema en su respuesta al

Ministerio de Relaciones Exteriores? Arriesguemos una hipótesis: la Corte cree que la revocación de su propia sentencia implica el reconocimiento de la autoridad de la Corte Interamericana para imponer en el ordenamiento jurídico argentino su interpretación del alcance de la libertad de expresión desplazando las interpretaciones de la Constitución Nacional realizadas por la Corte Suprema. La Suprema Corte nada dice en su respuesta al Ministerio de Relaciones Exteriores sobre este punto, pero se desprende de su negativa que no está dispuesta a aceptar que la interpretación del derecho constitucional a la libertad de expresión, que es también un derecho reconocido en la Convención Americana, sea impuesta por un tribunal internacional, al que uno de los ministros firmantes considera extranjero.²⁰

La respuesta de la Corte Suprema al Poder Ejecutivo fue interpretada por algunos autores y activistas de derechos humanos de la Argentina y de la región como un desconocimiento casi completo de las obligaciones internacionales de la Argentina en materia de derechos humanos,²¹ o al menos un

20. Carlos F. Rosenkrantz, “En contra de los *Préstamos* y otros usos ‘no autoritativos’ del derecho extranjero”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 6, Nro. 1 (2005). Versión original en inglés titulada “Against Borrowings and other Nonauthoritative Uses of Foreign Law”, 1 *International Journal of Constitutional Law*, 2003, pp. 269-295. Véase también el comentario de Leonardo Filippini llamando la atención sobre el hecho de que el derecho internacional no es derecho extranjero cuando es suscripto por el Estado argentino en Leonardo G. Filippini, “El derecho internacional de los derechos humanos no es un préstamo. Reflexiones sobre la crítica a los préstamos de Carlos F. Rosenkrantz”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 8, Nro. 1, Buenos Aires, 2007, pp. 191-202. También véase la respuesta de Rosenkrantz a Filippini donde confirma y refuerza su noción de derecho internacional como derecho extranjero incluso y particularmente cuando es suscripto por el Estado nacional, en Carlos F. Rosenkrantz, “Advertencias a un internacionalista (o los problemas de *Simón y Mazzeo*)”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 6, Nro. 1 (2005).

21. Claudio Nash Rojas, “Corte Suprema Argentina y Corte Interamericana. ¿Un nuevo integrante del club de la neo-soberanía?”, en <http://dialogojurisprudencial.org/columnas.php#columna6>, 15 de marzo de 2017; Centro de Estudios Legales y Sociales, *Las consecuencias del fallo de la CSJN para la vigencia de los DD.HH. Sobre la decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Fontevéchia y otros c/ República Argentina”*, 18 de febrero de 2017, disponible en <http://www.cels.org.ar/common/documentos/cels%20sobre%20fallo%20fontevéchia%20.pdf>; Víctor Abramovich, La autoridad de las sentencias de la Corte Interamericana y los principios de derecho público argentino, en <http://nohuboderecho.blogspot.com.ar/2017/02/victor-abramovich-sobre-el-caso.html>;

primer paso en ese sentido acercando a este país a las posturas nacionalistas, soberanistas y aislacionistas adoptadas por Venezuela bajo la presidencia de Chávez, o las que estuvieron coqueteando los gobiernos de Rafael Correa en Ecuador, Dilma Rousseff en Brasil y Cristina Fernández de Kirchner luego de la medida cautelar emitida por la Comisión Interamericana en el caso de “Bello Monte”.²² Claudio Nash, por ejemplo, ha dicho que “esta es una sentencia regresiva de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (pensando en el caso “Espósito” de 2004). No tiene base en el derecho internacional público ni en el DIDH. Pero lo que es más grave aún, pone a la Argentina en un grupo de Estados que, con matices, han intentado limitar los alcances de la competencia de la Corte Interamericana: el Tribunal Supremo de Venezuela, que ha señalado que no se pueden cumplir las sentencia de la Corte Interamericana que contravengan la Constitución Venezolana y las sentencias del propio Tribunal; el anterior gobierno corrupto de Guatemala que planteó ante la Corte Interamericana la decisión (hoy revocada) de incumplir las sentencias condenatorias de dicho Estado; y, República Dominicana, donde su Tribunal Constitucional también ha señalado que no se deben cumplir las sentencias de la Corte Interamericana que sean contrarias a las sentencias de dicho Tribunal nacional. El denominador común es un neosoberanismo, donde se intentan limitar los controles internacionales en materia de derechos humanos, haciéndolos ineficaces”.²³

Por los fundamentos de la Corte Suprema y las posturas que como académicos han sostenido algunos de sus miembros, considero que la perspectiva del tribunal guarda más relación con el excepcionalismo que en materia de derecho internacional de los derechos humanos han defendido algunos autores de los Estados Unidos y con la postura de los jueces conservadores

Eugenio R. Zaffaroni, *INFOBAE*, 17 de febrero de 2017; Andrés Gil Domínguez, “Estado constitucional y convencional de derecho y control de convencionalidad”, *Revista La Ley*, Año LXXXI, Nro. 63, Buenos Aires, 3 de abril de 2017, pp. 1-4, p. 1.; Alberto L. Zuppi y Rodrigo Dellutri, “Comentario a un diálogo entre quienes no se escuchan”, *Revista La Ley*, Año LXXXI, Nro. 63, Buenos Aires, 3 de abril de 2017, Buenos Aires, pp. 22-24.

22. Véase BBC News, “Brazil rejects request to halt Belo Monte dam in Amazon”, disponible en <http://www.bbc.com/news/world-latin-america-12990099>.

23. Claudio Nash Rojas, “Corte Suprema Argentina y Corte Interamericana. ¿Un nuevo integrante del club de la neo-soberanía?”, en <http://dialogojurisprudencial.org/columnas.php#columna6>, 15 de marzo de 2017.

del tribunal supremo de ese país, como por ejemplo la de Antonin Scalia, en relación con el derecho internacional y extranjero, que con una especie proyecto aislacionista. Michael Ignatieff distingue tres tipos de excepcionalismo (*exceptionalism*) en el marco del debate estadounidense: el primero se caracteriza por considerar que el derecho internacional debe ser apoyado por los Estados Unidos pero que este país no se encuentra alcanzado por sus mandatos (*exemptionalism*). El segundo se identifica con una postura de doble estándar, consistente en criticar a aquellos Estados que no obedecen el derecho internacional o a sus órganos de aplicación, pero al mismo tiempo ignorar el modo en que ese derecho internacional impone obligaciones sobre los Estados Unidos. El tercer tipo de excepcionalismo es bautizado por Ignatieff como *aislacionismo jurídico*, y se identifica con la práctica de los jueces estadounidenses de ignorar el derecho y la jurisprudencia producida por tribunales extranjeros o internacionales.²⁴ En una línea similar, Frank Michelman y Harold Koh también se han referido a la postura de los jueces estadounidenses que se autoperciben fuera de lo que Anne-Marie Slaughter llama la “conversación judicial global”.²⁵

Si bien es posible comprender e incluso compartir aquella preocupación que ha recorrido la región desde que la Corte respondió al Ministerio aquel 14 de febrero de 2017, considero que el problema que presenta la postura de la Corte Suprema es más acotado, aunque no por ello menos alarmante. Entiendo que la resistencia a cumplir con la decisión de la Corte Interamericana, y por ende con la Convención Americana de acuerdo a cómo esta es interpretada por ese tribunal, se circunscribe al accionar de la Corte Suprema y, quizá del resto del Poder Judicial Federal y Provincial de Argentina, no alcanzando al resto de los poderes y autoridades políticas del país, las cuales no solo no han compartido la postura de la Corte Suprema, sino que han dado señales por acción o por omisión de querer cumplir con

24. Michael Ignatieff, “American Exceptionalism and Human Rights”, en Michael Ignatieff (ed.), *American Exceptionalism and Human Rights*, Princeton University Press, Princeton, 2005, pp. 1-26, en pp. 3-11.

25. Harold Hongju Koh, “America’s Jekyll-and-Hyde Exceptionalism”; Frank Michelman, “Integrity-Anxiety”; y Anne-Marie Slaughter, “A Brave New Judicial World”, todos en Michael Ignatieff (ed.), *American Exceptionalism and Human Rights*, Princeton University Press, Princeton, 2005, pp. 198-222; pp. 241-276; pp. 277-303, respectivamente.

la sentencia del tribunal internacional.²⁶ De ser así, el problema que nos preocupa sería más limitado en sus alcances, aunque no por ello sería menos relevante, pero creo que permite encuadrar el objeto de la discusión con mayor precisión.

La postura de la Corte al responder al Ministerio de Relaciones Exteriores fue suscripta por cuatro de los cinco jueces. Es difícil interpretar el verdadero alcance de la postura del Tribunal a partir de las posiciones de dos de los magistrados firmantes, pues ellos, Ricardo Lorenzetti y Elena Highton, parecen haber cambiado de posición respecto de sentencias anteriores²⁷ y, al no haber ofrecido argumentos propios en esta respuesta al Ejecutivo ni haber expresado las razones del cambio de postura, son inciertas sus motivaciones y fundamentos. Es más, el último fallo en el que estos jueces se pronunciaron dentro de esa línea jurisprudencial fue *Mohamed* en 2015, que además fue decidido por unanimidad. Allí se acordó seguir el dictado de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Mohamed vs. Argentina* y suspender los efectos de una sentencia penal:

VI. Que a partir de la reforma constitucional de 1994, y de acuerdo con lo dispuesto en el art. 75, inc. 22, de la norma fundamental, las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos pronunciadas en causas en las que el Estado argentino sea parte deben ser cumplidas por los poderes constituidos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, son obligatorias para la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Por ello, esta Corte, como uno de los poderes del Estado argentino y conforme lo previsto en el art. 68.1 de la misma Convención, debe cumplir la sentencia del tribunal internacional y ordenar a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional que, por intermedio de quien corresponda, designe una nueva sala de ese tribunal para que proceda a la revisión de la sentencia en

26. Sobre el problema del conflicto entre los tribunales internacionales y los tribunales supremos nacionales, como el que se presenta en este caso, véase Mónica Pinto, "National and International Courts: Deference or Disdain", 30 *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review* 247.

27. Casos *Cantos* (2003), *Espósito* (2004), *Derecho* (2011), *Carranza Latrubesse* (2013) y *Mohamed* (2015), véase Gil Domínguez, p. 3.

los términos del artículo 8.2.h de la Convención Americana de Derechos Humanos.²⁸

Quizá podamos, sin embargo, encontrar algunos indicios sobre el alcance de la decisión en las posiciones de los otros dos magistrados firmantes que coinciden con las nuevas incorporaciones al tribunal realizadas en 2016 y que, además, anticipan la posible línea que seguirá la Corte en tanto se mantenga el aparente liderazgo de estos jueces en el cuerpo en lo que respecta a esta temática. Si bien al actuar como magistrados del máximo tribunal del país sus posturas resultarían seguramente afectadas por los casos específicos que deben decidir y por las deliberaciones al interior del cuerpo con sus colegas, ambos nóveles jueces llegan a la Corte luego de desarrollar exitosas carreras académicas con una generosa producción publicada. Sus escritos como juristas ofrecen algunas pistas que ayudarían a comprender sus posiciones como jueces.

El oficio del Ministerio de Relaciones Exteriores en el caso “Fontevéchia” no fue la causa que hizo pensar al juez Carlos Rosenkrantz por primera vez sobre la relación existente entre el derecho internacional y el derecho constitucional o, para ser más preciso, sobre la autoridad de las sentencias de los tribunales internacionales en general y las de la Corte Interamericana en particular. Así, Rosenkrantz publicó en 2005 en la *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo* un artículo titulado “En contra de los ‘Préstamos’ y otros usos ‘no autoritativos’ del derecho extranjero”²⁹ en el que desarrolla su tesis acerca de las razones por las que los tribunales nacionales, y en especial la Corte Suprema, no debería recurrir a la jurisprudencia extranjera para justificar sus decisiones, asimilando llamativamente bajo el mismo rótulo de “extranjera” a la jurisprudencia de los tribunales internacionales a los que el Estado argentino reconoció jurisdicción por medio de tratados internacionales como por ejemplo la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos. Leonardo Filippini criticó, entre otros puntos, esta

28. Véase en coincidencia con este punto Gil Domínguez, p. 3.

29. Carlos F. Rosenkrantz, “En contra de los *Préstamos* y otros usos ‘no autoritativos’ del derecho extranjero”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 6, Nro. 1 (2005). Versión original en inglés titulada “Against Borrowings and other Nonauthoritative Uses of Foreign Law”, 1 *International Journal of Constitutional Law*, 2003, pp. 269-295.

asimilación,³⁰ a lo que Rosenkrantz respondió en la misma *Revista* con su artículo titulado “Advertencias a un internacionalista (o los problemas de *Simón y Mazzeo*)”,³¹ donde critica más específicamente la utilización “autoritativa” de los precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, específicamente el caso “Barrios Altos”, por parte de la Corte Suprema argentina para resolver los dos casos mencionados en el título de su trabajo y allí lanza su advertencia a los internacionalistas. Es interesante recalcar que esta identificación de los destinatarios de su advertencia encierra una crítica al derecho internacional como tal, cuestión a la que me referiré más adelante.

La defensa y la resistencia a los préstamos jurisprudenciales o a la práctica del *borrowing* ha ocupado buena parte del debate académico constitucional moderno, pero nadie se ha opuesto con mayor consistencia y persistencia a ellos desde un tribunal constitucional como el juez Antonin Scalia de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos.³² El magistrado se ha pronunciado reiteradamente en contra de los préstamos y en un diálogo con su colega y contradictor en este punto, el juez de la Corte Suprema Stephen Breyer, resumió su perspectiva con una ironía: “Dudo que alguien (en los Estados Unidos) diga: ‘Sí, queremos ser gobernados por decisiones de extranjeros’. Pues bien, si no quieren que esas visiones sean autoritativas, ¿cuál sería el criterio que justificaría citarlas?”³³ En aquel diálogo quedaba claro, sin embargo, que Scalia no se oponía a que un juez, como Breyer por ejemplo, considerara lo que jueces extranjeros han decidido en materias si-

30. Leonardo G. Filippini, “El derecho internacional de los derechos humanos no es un préstamo. Reflexiones sobre la crítica a los préstamos de Carlos F. Rosenkrantz”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 8, Nro. 1, Buenos Aires, 2007, pp. 191-202.

31. Carlos F. Rosenkrantz, “Advertencias a un internacionalista (o los problemas de *Simón y Mazzeo*)”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 6, Nro. 1 (2005).

32. Norman Dorsen, “The relevance of foreign legal materials in U.S. constitutional cases: A conversation between Justice Antonin Scalia and Justice Stephen Breyer”, <https://academic.oup.com/icon/article/3/4/519/791958/The-relevance-of-foreign-legal-materials-in-U-S>. Publicada en *Int J Const Law* (2005) 3 (4): 519-541, p. 523. En contraposición a las ideas de Scalia, véase Stephen Breyer, *The Court and the World. American Law and the New Global Realities*, Alfred P. Knopf, New York, 2015, Parte IV.

33. Id., p. 522.

milares a las que le tocara decidir a la Corte Suprema estadounidense, pero su objeción central se refería a la impugnación del recurso a la *cita* en el contexto de una sentencia de la Corte Suprema de esa jurisprudencia. El tema es retomado también por Anne Marie Slaughter, quien coincide con la postura de Breyer al desarrollar su concepto de “conversación judicial global”.³⁴

El argumento de Rosenkrantz es que la Argentina ha sido incapaz de desarrollar una “cultura constitucional”, entre otras razones, por haber recurrido desde la sanción de su Norma Fundamental en 1853 a la importación de instituciones y jurisprudencia de tribunales extranjeros, particularmente de la Corte Suprema de los Estados Unidos. En este sentido, critica las conocidas posturas del autor del proyecto de Constitución Nacional, Juan B. Alberdi, y de figuras históricas como Domingo F. Sarmiento, quien defendía la adopción incluso de la jurisprudencia de ese tribunal como propia para construir las bases de nuestra tradición constitucional.³⁵ Si la postura de Rosenkrantz se limitara al rechazo del recurso informativo y no autoritativo a la jurisprudencia extranjera, no solo recibiría el apoyo de Scalia, sino que incluso se haría acreedor del respaldo del juez Breyer, quien sostuvo que podría entender y justificar la posición de aquellos juristas que provienen de países en los que se brega por establecer instituciones que contribuyan a promover la democracia y los derechos humanos luego de regímenes no-democráticos o gobiernos opresores, en cuanto se pronuncian en contra del recurso a la *cita* sentencias de tribunales extranjeros, pues ellos quieren “demostrar que tienen jueces independientes que aplican derechos humanos reconocidos en sus constituciones”. Sin embargo, Breyer sostiene que eso no es lo que sucede con la Corte Suprema de los Estados Unidos que tiene ya ganado su prestigio.³⁶ Así, es probable que este juicio de Breyer sea el que subyace al de Rosenkrantz, pero, una vez más, este no es el caso de la aplicación de sentencias de tribunales internacionales cuya jurisdicción el Estado en cuestión reconoció.

34. Anne-Marie Slaughter, “A Brave New Judicial World”, en Michael Ignatieff (ed.), *American Exceptionalism and Human Rights*, Princeton University Press, Princeton, 2005, pp. 277-303.

35. Domingo F. Sarmiento, *Comentarios de la Constitución de la Confederación Argentina*, 1856.

36. Dorsen, “The relevance of foreign legal materials ...”, p. 523.

Es posible que detrás de los fuegos de artificio de esta discusión sobre los préstamos solo haya una falsa controversia, o una diferencia no tan dramática. Si el objeto de discusión es el uso autoritativo de la jurisprudencia extranjera o internacional, nadie, ni Rosenkrantz, ni Scalia, ni su contradictor, Breyer, creen que la jurisprudencia extranjera o internacional deba ser autoritativa. Ya nadie sostiene la existencia de beneficios en el trasplante total que proponía Sarmiento en el siglo XIX. La única diferencia entre las posiciones de Rosenkrantz y Scalia, por un lado, y la de Breyer, por otro, radica en el rechazo de la simple *cita* de esa jurisprudencia parte de los primeros y la aceptación por parte del último.³⁷ Sin embargo, el debate más interesante por sus consecuencias concretas es el que se refiere a la utilización de las sentencias emanadas de tribunales internacionales a los que el Estado reconoce autoridad. En materia de derecho internacional es importante resaltar que este es justamente el único punto en el que el propio líder de esta postura, el fallecido juez Scalia, hacía una excepción a su férrea oposición a los préstamos autoritativos. En efecto, respecto de la jurisprudencia de tribunales extranjeros conteniendo interpretaciones de tratados internacionales de los que Estados Unidos es parte, incluso el propio Scalia estaba de acuerdo en citar esos fallos en la propia jurisprudencia de la Corte de la que formaba parte.³⁸ En 2004 se discutía en la Corte Suprema de los Estados Unidos un caso en el que debía aplicarse la Convención de Varsovia sobre responsabilidad de las compañías aéreas. La controversia versaba sobre una demanda interpuesta contra Olympic Airways por un pasajero asmático que había muerto supuestamente por inhalar el humo de los fumadores que compartían con él el avión. Allí Scalia votó en disidencia y le reprochó en su voto a sus colegas por haber ignorado las decisiones tomadas por los tribunales de apelación de Australia y de Gran Bretaña interpretando la convención de Varsovia de un modo muy diferente.³⁹ La ex jueza del mismo tribunal, Sandra Day O'Connor también fue explícita sobre la importancia de que los jueces se abrieran a esa discusión global. En su discurso principal en la *American Society of International Law Proceedings*, en 2002, se preguntaba por qué a los jueces y abogados debería importarles

37. Véase Dorsen, "The relevance of foreign legal materials ...", p. 523.

38. Véase Dorsen, "The relevance of foreign legal materials..." , p. 521.

39. *Olympic Airways vs. Husain*, 124 S. Ct. 1221 (2004).

el derecho internacional, a lo que se respondió que “la razón, por supuesto, es la globalización. Ninguna institución del gobierno puede ignorar hoy al resto del mundo”.⁴⁰ Es interesante observar que el máximo detractor de la cita de precedentes extranjeros sostiene que en materia de interpretación de normas de derecho internacional es no solo recomendable, sino debido, recurrir a las interpretaciones de otros tribunales nacionales de una norma de derecho internacional que ata a los Estados Unidos. Si Scalia cree justificado este uso autoritativo particular de la jurisprudencia extranjera, ¿no resultaría lógico suponer que un argumento similar podría justificar utilizar autoritativamente la jurisprudencia de un tribunal internacional al que se le reconoce autoridad, mucho más si se trata de una sentencia que condena al propio Estado?

El problema que parece preocupar a Rosenkrantz, y también a Scalia, no es precisamente el uso autoritativo de la jurisprudencia extranjera o internacional, sino la probable selectividad o manipulación de esa jurisprudencia al abrir la posibilidad de que los jueces hagan una especie de *shopping* de precedentes en beneficio de sus argumentos, buscando en el mundo la sentencia extranjera que mejor respalde su decisión, sin que medie ninguna razón para haber hecho esa elección de un precedente foráneo que su uso estratégico y retórico. Así, Rosenkrantz afirma que:

El peligro de que las decisiones de nuestros jueces sean vistas como discrecionales aumenta cuando ellos usan sus o se refieren en sus sentencias al derecho extranjero por la sencilla razón de que hay tantas fuentes de derecho extranjero como países y, por lo tanto, tantas posibilidades de decisión como fuentes.⁴¹

En el mismo sentido, Scalia, al referirse a un caso en el que se debaten las facultades del jurado en el marco de la aplicación de la pena de muerte, alude a la probabilidad de que citar en forma autoritativa conduzca a lo que él llama manipulación:

40. Sandra Day O'Connor, “Keynote Address”, *American Association of International Law Proceedings*, 96, 2002, p. 348.

41. Véase Rosenkrantz, “Advertencias a un internacionalista (o los problemas de Simón y Mazzeo)”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 6, Nro. 1 (2005), p. 210.

Como se sabe, supongamos que quiero hacer algo: entonces debo pensar en una razón para hacerlo. Tengo que escribir algo que suene como si fuera dicho por un abogado. Tengo que citar *algo*. No puedo citar un precedente estadounidense porque estaría contradiciendo una práctica de doscientos años. No puedo citar una ley decidida por el pueblo de los Estados Unidos porque en efecto solo dieciocho de los treinta y ocho Estados que tienen pena de muerte establecen que el jurado no puede determinar si una persona es discapacitada mental y si ello es relevante. ¿Qué voy a usar? Encuentro una decisión tomada por una persona muy inteligente en Zimbawe o en cualquier otro lugar y la cito. ¡Por dios, realmente suena abogadil! Y así da lugar a la manipulación.⁴²

Rosenkrantz conoce y señala la diferencia entre recurrir al derecho extranjero o al derecho internacional de los derechos humanos, pero igual sostiene su posición: “El uso o la referencia al derecho internacional de los derechos humanos no produce resultados tan dramáticos como el uso o la referencia al derecho extranjero pero, según yo entiendo, igualmente pone la discrecionalidad en un lugar donde no debería haberla”.⁴³ Pero esto tampoco es lo que sucede con una sentencia de la Corte Interamericana y mucho menos cuando se trata de un fallo en el que se condena a la Argentina.

Desde mi punto de vista, Rosenkrantz tiene razón en varios aspectos de su tesis. En primer lugar, asume que la Constitución no se limita al texto por medio del cual la conocemos, sino que ella es una práctica que comprende su interpretación especialmente por parte de los jueces. En segundo lugar, entiende que esa práctica requiere que los magistrados, y en especial la Corte Suprema, argumenten a favor de las interpretaciones constitucionales que adoptan en sus decisiones y que lo hagan tomando como referencia interpretaciones anteriores en casos similares decididos por el tribunal o incluso por otros jueces del poder judicial nacional sus propios precedentes. Según Rosenkrantz, la construcción progresiva de esta Constitución por medio de la interpretación constitucional –que Ronald Dworkin asimiló a la

42. Norman Dorsen, “The relevance of foreign legal materials ...”.

43. Véase Rosenkrantz, “Advertencias a un internacionalista (o los problemas de *Simón y Mazzeo*)”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 6, Nro. 1 (2005), p. 210.

redacción colectiva de una novela encadenada⁴⁴ y que Carlos S. Nino comparó con la construcción intergeneracional de una catedral⁴⁵— no puede, y aquí disiento con el sendero que toma su teoría, estar contaminada por la incorporación “autoritativa” de decisiones de tribunales extranjeros o internacionales, pues ellos responden a otras prácticas, otros contextos sociales o históricos, y a otras tradiciones ajenas a la que la sociedad argentina en general y la Corte Suprema en particular, se encuentran construyendo en su propio contexto histórico y nacional. Debemos detenernos aquí en dos cuestiones fundamentales para comprender con precisión el pensamiento del profesor Rosenkrantz —que entendemos y aclaramos que puede no necesariamente ser igual al del juez Rozenkrantz, pero sus escritos son todo lo que tenemos a la mano para tratar de comprender la postura de la Corte en “Fontevicchia” dada la economía de argumentos de la Corte en su respuesta al Ministerio—. En primer lugar, el autor no se opone a la utilización de fallos de tribunales de otros países o de derecho extranjero siempre que sea solo a título de ilustración del modo en que una comunidad jurídica distinta de la de uno ha resuelto o tratado un cierto problema jurídico, aunque, como Scalia, preferiría que no se hiciera. Ese uso propio del derecho comparado no es impugnado por esta versión local de la doctrina del juez de la Corte estadounidense. Lo que sería un movimiento prohibido en el juego interpretativo de Rosenkrantz es la utilización de esas interpretaciones o argumentos como si provinieran de un tribunal con autoridad para decidir en el contexto argentino, como lo proponía abiertamente Sarmiento respecto de la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Sin embargo, aquí cobra especial relevancia la asimilación que realiza Rosenkrantz del derecho y de la jurisprudencia extranjeros al derecho internacional y las interpretaciones que de él hacen los tribunales internacionales cuya jurisdicción aceptan los Estados firmantes de los tratados internacionales. En su artículo “En contra de los préstamos ...” el uso indistinto de las referencias al derecho extranjero y al derecho internacional podría hacer suponer que se trata de un error su afirmación de ambos derechos son equivalentes, pero luego de formulada la

44. Ronald Dworkin, Dworkin, Ronald. *Law's Empire*, Cambridge, Belknap Press, 1986.

45. Carlos S. Nino, *The Constitution of Deliberative Democracy*, New Haven, Yale University Press, 1996.

crítica en este sentido por Filippini,⁴⁶ Rosenkrantz admite abiertamente en su respuesta a este último autor que la asimilación no es inadvertida:

(...) contrariamente a lo que Filippini asume, ni la constitucionalización de los tratados de derechos humanos ni nuestra pertenencia a la comunidad internacional blindan el uso del derecho internacional humanitario por parte de los jueces. (...) los tratados de derechos humanos son en un sentido importante, y aun a pesar de su constitucionalización, derecho de otro.

Y agrega que:

(...) no obstante, la pertenencia de nuestro país a la comunidad internacional, nosotros no “somos” la comunidad internacional por lo que el derecho internacional no puede ser visto como un derecho hecho por nosotros cuya aplicación está a salvo totalmente del problema de la validación. Si bien es cierto que nuestros países pertenecen a la comunidad internacional de ello no se sigue que las normas internacionales sean normas que “nosotros” adoptamos. Ello es así, en virtud de que nuestra membresía a la comunidad internacional es remota o indirecta.⁴⁷

Para Rosenkrantz, el único derecho que puede considerarse autoritativo es el que es producido por la propia comunidad a la que se le aplica, y el derecho extranjero y el derecho internacional son generados por *otros* por una comunidad diferente a la *nuestra*. Es importante detenerse aquí en el concepto de comunidad que resulta determinante para Rosenkrantz al definir quiénes se encuentran facultados a intervenir en la gran conversación sobre la interpretación de las normas que expresan la protección de nuestros derechos.

46. Leonardo G. Filippini, “El derecho internacional de los derechos humanos no es un préstamo. Reflexiones sobre la crítica a los préstamos de Carlos F. Rosenkrantz”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 8, Nro. 1, Buenos Aires, 2007, pp. 191-202.

47. Rosenkrantz, “Advertencias a un internacionalista (o los problemas de Simón y Mazzeo)”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 6, Nro. 1 (2005), p. 204-205.

Comunidad política y derecho

A diferencia de la noción de comunidad que defiende Singer en su libro *One World Now*, la cual resulta conformada por miembros que exceden la comunidad nacional y que abarca a todas las personas que integran la humanidad, Rosenkrantz nos invita a pensar la noción de comunidad justamente en el sentido opuesto. Según Benedict Anderson, las naciones son “comunidades políticas imaginadas” pues ellas solo existen en las mentes de aquellas personas que las constituyen. Cada miembro de una comunidad nacional solo conoce a un puñado de sus connacionales y, sin embargo, considera que todos comparten la adhesión a las mismas instituciones y valores, tales como la constitución, los procedimientos democráticos, el principio de tolerancia, entre otros.⁴⁸ De un modo similar, sobre la base de este tipo de vínculo, Charles Taylor define la noción de ciudadanía.⁴⁹ Para Singer, esta idea de nación defendida por Anderson es descriptiva y no prescriptiva, por lo que no puede recurrirse a ella para justificar el mantenimiento de las comunidades nacionales como únicas unidades políticas. Sin embargo, lo que resulta interesante de la postura de Anderson para Singer, es que la lealtad especial que le debemos a nuestra comunidad nacional no se basa en la comunidad que existe independientemente del modo en que nos imaginamos a nosotros mismos en relación con los otros miembros de la comunidad. Singer sostiene que si Anderson está en lo correcto, y la idea moderna de nación se construye sobre la comunidad de la que nos imaginamos que formamos parte, en lugar de aquella de la que en realidad formamos parte, entonces es posible imaginarnos como parte de una comunidad diferente de la comunidad nacional. Singer concluye que:

(...) los complejos desarrollos a los que nos referimos cuando hablamos de globalización deberían llevarnos a reconsiderar la relevancia que le damos hoy en día a las fronteras nacionales. Necesitamos preguntarnos si, a la larga, sería mejor continuar viviendo en las comunidades

48. Benedict Anderson, *Imagined Communities: Reflections on the Origin and Spread of Nationalism*, Verso, Londres, ed. rev. 1991, p. 6.

49. Charles Taylor, “Invoking Civil Society”, en Charles Taylor, *Philosophical Arguments*, Harvard University Press, Cambridge, 1995, pp. 204-224.

imaginadas que conocemos como Estados-nación o si nos abrimos a la idea de que somos miembros de la comunidad imaginada del mundo.⁵⁰

El derecho internacional de los derechos humanos en general y la Convención Americana sobre Derechos en particular reflejan ideales compartidos de una comunidad global o regional y solo tendrán valor como derecho en la medida que exista una comunidad formada por los habitantes de los países firmantes de los acuerdos internacionales que se imaginan como miembros de esa comunidad global o regional. La comunidad se define por ese acto de imaginación individual y colectivo que ve en los habitantes de la región personas con las que comparten instituciones y valores. La comunidad transnacional imaginada es la que permite generar el derecho internacional y su surgimiento a partir de la voluntad expresada por los Estados nacionales solo cobra sentido si suponemos la existencia de esa comunidad regional o global. Cuando Rosenkrantz se refiere al derecho internacional como derecho de *otros* está operando el ejercicio propuesto por Anderson al definir la nación en función de una comunidad constituida por las fronteras políticas de una comunidad que no se imagina teniendo algo en común con las personas que forman parte de otras naciones, negando la extensión de ese ejercicio en el sentido propuesto por Singer. En definitiva, si la noción de comunidad no es prescriptiva sino descriptiva, si la existencia de la comunidad –nacional o internacional– depende del modo en que las personas imaginen esa comunidad y de la relación que imaginan que tienen respecto de las otras personas que habitan su nación o su región, la discusión se vuelve empírica: ¿tiene razón Rosenkrantz acerca de que los habitantes de la región de las Américas son *otros*, ajenos a *nuestra comunidad*, o tienen razón aquellos que defienden la autoridad del derecho internacional como la expresión de los habitantes de las Américas y de su pertenencia imaginada a la comunidad de la región formada por las naciones que firmaron la Convención? La adhesión como miembro de la Organización de Estados Americanos, la firma de la Convención, el sometimiento del Estado argentino a la jurisdicción de la Comisión y de la Corte Interamericanas y la propuesta de decenas de ciudadanos argentinos para cargos en esos órganos, son algunas de las señales que permiten afirmar que los argentinos nos imaginamos

50. Singer, pp. 96-97. La traducción es mía.

como miembros de la comunidad política regional e internacional y, por lo tanto, que compartimos con ellas valores e instituciones, tales como el derecho internacional de los derechos humanos. Así, este derecho deja de ser un derecho de *otros* y pasa a ser *nuestro* y, por lo tanto, autoritativo en los términos de la tesis de Rosenkrantz.

Si sostenemos que no pertenecemos a la comunidad que reconoce autoridad al derecho internacional de los derechos humanos, entonces resulta lógico no reconocer autoridad a las decisiones interpretativas de aquellas instituciones que el derecho internacional enviste con la autoridad de interpretar ese derecho. Por eso, Rosenkrantz es coherente al relacionar el carácter no autoritativo del derecho internacional –incluso el suscripto en forma expresa por el gobierno de nuestro país– con la consecuente improcedencia de la aplicación de las interpretaciones realizadas por un tribunal internacional de ese derecho internacional en el proceso de toma de decisiones judicial a nivel nacional. Para demostrar su punto recurre como ejemplo a la aplicación por parte de la Corte Suprema de la decisión de la Corte Interamericana en el caso “Barrios Altos” en la resolución de los casos “Simón” y “Mazzeo”: su advertencia a los internacionalistas es que:

[los] usos no autoritativos del derecho extranjero, más precisamente, que la práctica de usar el derecho o decisiones de otros siempre, y más allá de sus resultados beneficiosos, adicionan complejidad a las sentencias haciéndolas, por ello, más difíciles de ser compartidas y endosadas por todos aquellos que las deben tener en honor quitando a dichas sentencias el carácter de necesarias y unívocas que ellas deben tener para hacer posible su implantación y el desarrollo de una cultura constitucional.⁵¹

Aquí Rosenkrantz se aparta de Scalia, quien como vimos en su voto en “Olympic Airways” sí entendía que era posible recurrir a la jurisprudencia extranjera cuando los tribunales de otros países interpretan el derecho internacional que también ata a los Estados Unidos. En suma, para Rosenkrantz las sentencias de tribunales extranjeros no son autoritativas por ser decisiones de *otros* al igual que no lo son las sentencias de tribunales inter-

51. Rosenkrantz, “Advertencias...”.

nacionales. Así, continúa, la aplicación de ambas, sin distinción, hace imposible el desarrollo de una *cultura constitucional*, tan necesaria en el contexto argentino. Es por ello que afirma que los préstamos del derecho humanitario, como cuando el máximo tribunal argentino recurrió a “Barrios Altos” para justificar sus decisiones en “Simón” y “Mazzeo”, “dificulta[n] nuestra posibilidad de endosar y acompañar a la Corte Suprema pues para endosar y acompañar su razonamiento necesitamos entender, procesar y aceptar todas sus premisas”, algo que sostiene es imposible cuando se incorporan como argumento casos decididos en *otros contextos*. La mayor preocupación de Rosenkrantz es, entonces, doble: por un lado, la necesidad de generar una cultura constitucional a partir de interpretaciones constitucionales que *nos pertenezcan* como comunidad, y que, en consecuencia, las hagamos propias y, por otra parte, relacionado con ello, la necesidad de fortalecer la autoridad del tribunal que realiza esa interpretación. Es por eso que afirma que:

(...) la recurrencia al derecho internacional puede no solo no fortalecer una sentencia sino, por el contrario, debilitar la práctica de juzgar y, con ello, socavar la autoridad de las instituciones que hemos designado para pronunciarse con autoridad acerca de la manera en que debemos resolver los problemas que se presentan en nuestra vida en común como miembros de una comunidad política.⁵²

A partir de aquí, propongo algunas especulaciones que emergen de aplicar estas ideas a la decisión incluida en la respuesta de la Corte Suprema al Ministerio de Relaciones Exteriores en el caso “Fontevicchia”. De la sentencia de la Corte Interamericana en el caso “Fontevicchia” surgen para Rosenkrantz dos amenazas a su proyecto cultural que quizá hayan inspirado la decisión de la mayoría de la Corte Suprema en su respuesta al Poder Ejecutivo. La primera es la aplicación de una norma de derecho “extranjero” incorporado al texto constitucional solo con fines “expresivos” –el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos– y la segunda es que el tribunal internacional está exigiendo que sea su interpretación (prolibertad de expresión en su conflicto con el derecho a la intimidad) desplace la interpretación de la Corte Suprema (prointimidad como límite a

52. Rosenkrantz, “Advertencias...”, p. 212.

la libertad de expresión). Visto de este modo, el conflicto que representa la respuesta de la Corte Suprema al Ministerio de Relaciones Exteriores no es un mero conflicto de competencias entre dos órganos jurisdiccionales, sino algo más profundo, una supuesta puja entre el derecho constitucional –o una visión acotada de lo que representa ese derecho excluyendo el art. 75, inc. 22 y los tratados internacionales de derechos humanos que además cuentan con jerarquía constitucional– y sus interpretaciones vernáculas, por un lado, y el derecho internacional concebido como derecho extranjero y, por ende, no autoritativo para los tribunales nacionales, por el otro. Si es así, esta nota de la Corte Suprema de tan solo 12 páginas anticipa un problema que podría ser de dimensiones mayúsculas, pues si su doctrina se extiende a la futura jurisprudencia de los tribunales argentinos, o incluso a la posición de los Poderes Ejecutivo y Legislativo federales, entonces el derecho internacional de los tratados que hemos suscripto será equivalente a derecho extranjero y carecerá de autoridad normativa para las autoridades de nuestro país. Sin embargo, si nos tomamos en serio la última de las advertencias de Rosenkrantz en su trabajo *Advertencia a un internacionalista*, quizá podamos aceptar parcialmente la postura del profesor, en lo que entiendo es su aspecto más importante –el referido a la necesidad de desarrollar una cultura constitucional y una Corte Suprema con autoridad–, sugerir algunos ajustes, repartir responsabilidades entre ambos tribunales –porque también hay tareas que la Corte Interamericana puede realizar para generar una cultura regional de derechos humanos y fortalecer su propia autoridad– y proponer una salida. En el último párrafo de su respuesta a Filippini, Rosenkrantz afirma que su punto no es “que el derecho internacional constitucionalizado por la Convención Constituyente de 1994 no sea vinculante para nosotros que debemos evadirnos de las obligaciones que nuestro país ya asumió” e insiste que su aspiración

(...) es llamar a la reflexión a aquellos que solo ven bondad en la práctica de diferirse a normas extranjeras o internacionales y contribuir a que se entienda la posición de aquellos que consideran que el autogobierno colectivo requiere que miremos mucho más para adentro para llegar a soluciones que puedan ser vistas como la reconstrucción de los principios que nos constituye como la comunidad política que somos.⁵³

53. Rosenkrantz, “Advertencias...”, p. 213.

Tomemos en serio este llamado a la reflexión. Desde mi punto de vista, que he defendido en otra parte en forma más extensa,⁵⁴ el autor parte de una concepción correcta acerca de lo que el derecho es y cómo se crea: el derecho, constitucional en este caso, no es un texto, sino que es ese texto de acuerdo con las interpretaciones que realizan los miembros de una comunidad interpretativa –que para Rosenkrantz son los jueces nacionales y que para mí son ellos y también los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, los tribunales nacionales de la región cuando interpretan la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y muchos otros actores de la comunidad política–. Rosenkrantz rechaza que el derecho relevante para resolver casos en los que se vean afectados derechos humanos también incluya el derecho internacional suscripto por la Argentina mediante los procedimientos y competencias establecidos en la misma Constitución. Además, también rechaza, en consecuencia, que la comunidad de intérpretes incluya a los jueces internacionales que deben interpretar el contenido de esos tratados de acuerdo con los compromisos asumidos por la Argentina al firmarlos. La estrategia de Rosenkrantz es coherente desde el punto de vista interno: si el derecho que debemos respetar los argentinos es el que surge de mecanismos deliberativos definidos de un modo muy estricto –excluye las deliberaciones entre Estados al formar el derecho internacional– y si la comunidad de referencia es la delimitada por las fronteras nacionales, entonces el derecho que no es solo el texto sino su interpretación, solo puede ser *construido* por la comunidad nacional evitando la interferencia de las interpretaciones de *otros*.

El profesor Horacio Rosatti también se pronunció sobre materias relacionadas con la respuesta del Tribunal al Ministerio antes de ser designado juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.⁵⁵ Su postura, referida

54. Roberto Saba, *A Community of Interpreters*, Tesis Doctoral, Yale Law School, 2010; Roberto Saba, “El Principio de Igualdad en el Diálogo en el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional”, en Capaldo, G.; Clérico, L.; Sieckmann, J. (ed.); *Internacionalización del Derecho Constitucional-Constitucionalización del Derecho Internacional*, Eudeba, Buenos Aires, 2012. Véase también Calogero Pizzolo, “¿Ser ‘intérpretes supremos’ en una comunidad de intérpretes finales?”, *Revista La Ley*, Año LXXXI, Nro. 63, Buenos Aires, 3 de abril de 2017, pp. 7-13.

55. Horacio Rosatti, “El llamado ‘control de convencionalidad’ y el ‘control de constitucionalidad’ en la Argentina”, *La Ley, Suplemento de Derecho Constitucional*, 13 de febrero, 2012, pp. 1 y ss.

a dos puntos relevantes en debate en el caso “Fontevicchia” se exterioriza en el análisis que realiza, por un lado, acerca de la relación entre el control de constitucionalidad que realizan los jueces nacionales y el control de convencionalidad que, según la Corte Interamericana, deben realizar también estos magistrados al velar por el cumplimiento de los compromisos asumidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.⁵⁶ Por otra parte, se refiere a la relación que existiría entre la jurisprudencia de la Corte Interamericana y la de la Corte Suprema. Respecto del primero de esos puntos, Rosatti se define como crítico de la que denomina posición “ultraconvencionalista” y que describe como “aquella que sostiene la exigencia de un control de convencionalidad autónomo del control constitucional y aun prevaleciente sobre este”. Argumenta que aquellos que defienden esta postura la desprenden su interpretación del artículo 75, inc. 22 incorporado a la Constitución Nacional en 1994, lectura que impugna al menos desde la óptica de lo que “él mismo creyó votar” –como dice textualmente en uno de sus trabajos– cuando como Convencional Constituyente se pronunció a favor de la inclusión de esa cláusula. Al indagar sobre la relación entre los dos tipos de control, Rosatti considera que no hay entre ambos un orden

56. Esta modalidad de control de convencionalidad es denominada “interna” y surge de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, resuelto el 26 de septiembre de 2006. La modalidad “externa” del control de convencionalidad, que no es a la que se refiere Rosatti en el trabajo citado, surge de los votos del ex juez y ex presidente de la Corte IDH Sergio García Ramírez, quien definía al control de convencionalidad como un ejercicio que la Corte Interamericana realizaba “al analizar la complejidad del asunto, (...) verifica[ndo] la compatibilidad entre la conducta del Estado y las disposiciones de la Convención (...) deb[iendo] explorar las circunstancias de jure y de facto del caso.” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, voto del juez Sergio García Ramírez en el caso *López Álvarez vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas*, 1 de febrero de 2006. Serie C, No. 141, párr. 30. Véanse también los votos de Sergio García Ramírez en los casos *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*, del 25 de noviembre de 2003, párr. 27; Caso *Tibi vs. Ecuador*, de 7 de septiembre de 2004, párr. 3; y *Vargas Areco vs. Paraguay*, párrs. 6 y 12). El control de convencionalidad externo se refiere esencialmente a la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para conocer y decidir un caso aplicando la Convención Americana, tanto en los hechos como en el derecho de cualquier asunto que se le presente y en el cual sea competente. Véase Andrés Gil Domínguez, “Estado constitucional y convencional de derecho y control de convencionalidad”, *Revista La Ley*, Año LXXXI, Nro. 63, Buenos Aires, 3 de abril de 2017, pp. 1-4, p. 1.

jerárquico, es decir, que la interpretación y aplicación de la Convención no prevalece sobre la interpretación y aplicación que se haga de la Constitución: los tratados de derechos humanos

(...) no observan desde un empuje, por fuera del orden jurídico nacional; *integran ese orden del mismo modo que los planetas de un sistema que –sin perder especificidad– se vinculan en torno a una estrella*. Consecuentemente, así como no desliga a los tratados (aprobados y ratificados por nuestro país) de la Constitución, la introducción del art. 75, inc. 22 tampoco autoriza a desligar la interpretación judicial de los tratados realizada por un tribunal en el marco de un caso concreto (el llamado control *de convencionalidad*) del control *de constitucionalidad*. Dicho de otro modo: la reforma de 1994 no autoriza a hablar de un control de convencionalidad “por fuera” del control de constitucionalidad.⁵⁷

Rosatti volverá, como veremos más adelante, sobre esta tesis en la Respuesta al Ministerio ya en su calidad de juez de la Corte Suprema.

En referencia al segundo de los puntos, Rosatti rechaza la tesis de aquellos que creen que la expresión constitucional del art. 75, inc. 22 “en las condiciones de su vigencia” de los tratados internacionales con jerarquía constitucional deba ser interpretada como “implicando la subordinación del orden local a las interpretaciones que en ámbitos internacionales se realicen sobre tales documentos. Desde su punto de vista, la reforma de 1994 no tuvo el objetivo de “detracer (de modo abierto o encubierto) competencias a la jurisdicción nacional (menos aún a la Corte Suprema de Justicia), ni dejar una “cláusula gatillo” accionable a futuro por un tribunal internacional que pudiera contradecir el texto expreso de la Constitución Nacional, reformándola por un mecanismo distinto del art. 30”. Vale destacar que esta última crítica es diferente a la anterior: mientras la primera rechaza que un *juez o tribunal nacional* deba hacer prevalecer la Convención sobre la Constitución, la segunda rechaza que el juez o tribunal nacional deba seguir obligatoriamente una *interpretación de la Convención* que realice un *tribunal*

57. Horacio Rosatti, “El llamado ‘control de convencionalidad’ y el ‘control de constitucionalidad’ en la Argentina”, *La Ley, Suplemento de Derecho Constitucional*, 13 de febrero, 2012.

internacional (en este último supuesto, no se refiere a una sentencia condenatoria del propio Estado firmante, sino a la jurisprudencia del tribunal internacional en general). La primera rechaza la aplicabilidad del control de convencionalidad en su modalidad interna y la segunda desconoce la autoridad de los precedentes de la Corte Interamericana y, al parecer por su voto en la respuesta al Ministerio en el marco del caso “Fontevicchia”, también rechaza la autoridad de las decisiones de ese tribunal cuando se dirijan a la Corte Suprema. Es aquí, en esta segunda crítica, en la que las posturas de Rosatti y de Rosenkrantz se solapan: ambos rechazan el uso autoritativo de las interpretaciones de la Convención que realice la Corte Interamericana de Derechos Humanos. También hay alguna coincidencia, aunque menos evidente, en torno a la primera crítica, pues el rechazo de Rosenkrantz al derecho internacional como derecho autoritativo (por ser “extranjero” y por lo tanto no autoritativo), podría tener parentesco con la postura de Rosatti de rechazar la aplicación de la Convención por sobre la Constitución.

Una comunidad de intérpretes

Existe otro punto de contacto entre la posición del profesor Rosenkrantz y la del juez Rosatti –aunque eso no implique *acuerdo* entre ambos sobre el punto– y es el referido a sus perspectivas respecto del denominado diálogo entre jurisdicciones. La noción de diálogo jurisdiccional o judicial global o internacional es defendida por un amplio espectro de autores nacionales e internacionales y ella descansa también en el reconocimiento de una comunidad de intérpretes amplia que excede las fronteras nacionales. En este sentido, por ejemplo, Anne-Marie Slaughter identifica el surgimiento de una “conversación judicial global”⁵⁸ y Stephen Breyer la asocia con una concepción del derecho: en los Estados Unidos

(...) el derecho no desciende de lo alto, ni siquiera de la Corte Suprema. El derecho emerge de un complejo proceso interactivo y democrático. Pero nosotros [los jueces] somos parte de él. Al igual que los abogados,

58. Anne-Marie Slaughter, “A Brave New Judicial World”, en Michael Ignatieff (ed.), *American Exceptionalism and Human Rights*, Princeton University Press, Princeton, 2005, pp. 277-303, en pp. 282-291.

los profesores de derecho, los estudiantes y los ciudadanos comunes. El proceso se parece a una especie de conversación. Esta conversación se da entre jueces, profesores, miembros de la barra, y todos aquellos que deciden casos y que analizan y reúnen decisiones judiciales y que adquieren experiencia práctica en la barra. El derecho emerge de un proceso conversacional caótico pero necesario. Nosotros los jueces participamos de esta conversación cuando decidimos casos y también cuando hablamos más generalmente acerca del derecho y sobre el proceso mismo de toma de decisiones.⁵⁹

Comparto plenamente esta perspectiva⁶⁰ así como aquella que entiende, con Breyer y Slaughter, que esa conversación tiene como participantes a los miembros de una comunidad más amplia que la nacional.

Rosenkrantz sostiene que “en muchos países se ha vuelto una moda que los tribunales refieran a precedentes extranjeros en sus decisiones, tomando parte así en lo que el juez Calabresi ha llamado ‘un diálogo en desarrollo entre cuerpos adjudicativos de la comunidad mundial’”,⁶¹ pero se pronuncia contra esa moda de recurrir a los préstamos o trasplantes a pesar de consistir en usos dialógicos no-autoritativos que, en consecuencia, carecen del carácter imitativo que contaminaría, desde su perspectiva, la cultura constitucional nacional. Sin embargo, afirma que “a pesar de todo, deberíamos oponernos *prima facie* al uso dialógico de decisiones extranjeras. Justifica su postura en dos razones: primer lugar, “porque el derecho extranjero agrega complejidad innecesaria a las decisiones de los tribunales”, y, en segundo término, porque “dicho uso dificulta la implementación y desarrollo de una cultura constitucional propia”.⁶² Es posible deducir de este rechazo por el uso no-autoritativo de los precedentes extranjeros –a los que Rosenkrantz asimila los internacionales– y de su postura contraria al uso autoritativo de esas mismas decisiones por parte de tribunales nacionales,

59. Dorsen, “The relevance of foreign legal materials ...”, p. 522.

60. Roberto Saba, *A Community of Interpreters*, Tesis Doctoral, Yale Law School, 2010.

61. Rosenkrantz, “En contra de los préstamos ...”, p. 93. Véase Guido Calabresi y Dotson Zimdahl, “The Supreme Court and Foreign Sources of Law: Two Hundred Years of Practice and the Juvenile Death Penalty Decision”, (2005) 47 *William and Mary Law Review* 743.

62. *Ibidem*.

que este autor también rechazaría el diálogo entre interpretes nacionales e internacionales de un mismo derecho, como el de libertad de expresión, por ejemplo, expresado en cláusulas constitucionales e internacionales. Por su parte, Rosatti, en su opinión propia en la respuesta de la Corte al Ministerio, hace una alusión expresa al “contexto de ‘diálogo jurisprudencial’” el cual debería procurar “mantener la convergencia decisional entre los órganos con competencias para dirimir conflictos en los ámbitos nacional e internacional, reconociendo a la Corte IDH como último intérprete de la CADH (art. 62, untos 1 y 3 CADH) y a la Corte Suprema de Justicia de la Nación como último intérprete de la Constitución Nacional Argentina (arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional)”.⁶³ En virtud de esta tesis, el juez entiende que la revocación de la sentencia de la Corte Suprema ordenada por la Corte Interamericana resulta imposible. Esta visión del “diálogo jurisprudencial” resulta un tanto desconcertante en la medida en que si cada órgano resulta ser el intérprete último del derecho a la libertad de expresión reconocido por igual en la Constitución Nacional y en la Convención respectivamente, lo que parece existir es un dúo monólogos aislados e incommunicados entre sí, lo cual parece iluminar el significado de la metáfora de los planetas que giran en torno a la estrella “sin perder su especificidad” a la que refería el profesor Rosatti en su trabajo académico sobre control de constitucionalidad y de convencionalidad. En suma, por diferentes razones, ambos juristas, en su calidad de académicos, se pronunciaron en contra de la necesidad –mucho menos la obligación– de que la Corte Suprema se involucre en un diálogo interpretativo con la Corte Interamericana en torno a la interpretación del alcance y contenido, por ejemplo, del derecho a la libertad de expresión,⁶⁴

63. Cons. 8º.

64. Una perplejidad equivalente parece expresar Roberto Gargarella: “Y algo más, de especial importancia para la opinión independiente de Rosatti, pero que se aplica sobre los demás votos: tomarse en serio el valor del ‘diálogo’ entre tribunales debería haber implicado, en este caso, reconocer el valor de lo dicho por la Corte Interamericana en relación al caso “Fontevécchia”. La Corte argentina debió “revocar” su sentencia anterior, pero no por la “orden” recibida desde la Corte Interamericana, ni por ser un tribunal “sometido” a la autoridad suprema de aquélla. Debíó hacerlo porque la Corte Interamericana afirmaba algo razonable, que el propio derecho argentino hoy reconoce como razonable, en relación con el carácter impropio de lo decidido originariamente por el máximo tribunal argentino, en torno a la “condena civil” que se le impusiera a Fontevécchia. ¡De eso se trata

lo cual podría explicar por qué ambos juristas en su calidad de jueces se concentran en la cuestión de las competencias de ambos tribunales, a las que entienden de modo tal que hacen innecesario o imposible el diálogo entre ambos intérpretes institucionales. Sin embargo, lo que parecen obviar ambos magistrados es que el Estado argentino reconoce en su Constitución Nacional el derecho a la libertad de expresión y que luego refuerza ese reconocimiento con el compromiso que adquiere frente a otros Estados de respetar ese mismo derecho por medio de un tratado internacional –como expresaba Alberdi en *Bases*–.⁶⁵ Como ambos textos normativos requieren ser interpretados para conocer el alcance del derecho, que insisto es el mismo en ambos instrumentos, los jueces de la Corte Suprema se niegan a establecer un diálogo con los intérpretes de la Convención en el Tribunal Interamericano. En palabras de Rosatti, ambos son intérpretes últimos de cada instrumento, como si no se tratara de un mismo derecho en cuestión y rotaran sobre sus propios ejes como planetas aislados que mantienen sus propias especificidades.

Este tabicamiento al que aspiran el profesor Rosenkrantz según surge de su artículo “Contra los préstamos...” y el juez Rosatti de acuerdo con sus palabras en la respuesta de la Corte al Ministerio en referencia a las respectivas labores interpretativas de ambos tribunales encuentra un reflejo casi exacto en el accionar de la Corte Interamericana, la cual parece incurrir en una práctica semejante y esterilizante de un verdadero diálogo interpretativo. Este tribunal internacional parece concebir su propia labor de interpretación y aplicación del derecho expresado en la Convención como si fuera una tarea desconectada de la actividad interpretativa de los tribunales nacionales, en especial las Cortes Supremas y Cortes Constitucionales que interpretan los textos de sus respectivas Constituciones –y de la Convención– para determinar el alcance de los derechos reconocidos en ambos instrumentos. La Corte Interamericana aspira a indicarle a los Estados cuál es el alcance de los derechos reconocidos en la Convención –que

el diálogo! Se trata de aceptar el peso de lo dicho por nuestro interlocutor, cuando él nos ofrece un argumento razonable, y modificar en consecuencia la propia postura. De lo contrario, decimos que dialogamos pero en realidad mostramos que estamos por completo indispuestos a cambiar nuestra postura, aun cuando la sabemos equivocada. Esa actitud sería justamente la contraria a la actitud propia del diálogo judicial que invocamos.

65. Juan Bautista Alberdi, *Bases*, párr. XV y párr. XXXIV.

son generalmente los mismos que reconocen las constituciones— como si no hubiera nada rescatable en el trabajo interpretativo que los tribunales nacionales hacen del alcance de esos mismos derechos en sede nacional y respecto de lo establecido en normas nacionales como las constituciones. La Corte Interamericana decide la mayoría de las veces sobre el significado de los derechos reconocidos en la Convención como si fuera la primera vez que se determina el alcance de esos derechos en el marco de la comunidad política regional o nacional soslayando las construcciones interpretativas nacionales que en muchos casos son ricas y sólidamente desarrolladas. En términos dworkinianos o nineanos, la Corte Interamericana suele hacer su aporte a la novela encadenada como si no se hubiera escrito nada antes de su intervención, agrega un ladrillo en la construcción de la catedral como si éste empezara a edificarse con esa decisión, y ese accionar no solo no contribuye al buen desarrollo de la práctica interpretativa que da contenido a los derechos humanos, sino que socava su propia autoridad en la comunidad de intérpretes de la que forma parte junto con los tribunales nacionales de los países firmantes y fundamentalmente de las Cortes Supremas o Constitucionales de la región.⁶⁶

El derecho como integridad

Los fundamentos de la decisión de la Corte Suprema argentina para no cumplir con lo ordenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos hacen foco en el supuesto conflicto de competencias entre ambos tribunales. Ello queda explícitamente expresado en el voto del juez Rosatti al reconocerle a la primera la facultad de ser el último intérprete de la Constitución Nacional y a la segunda la de ser el último intérprete de la Convención Americana de Derechos Humanos. Esta afirmación encierra varios problemas de enorme importancia cuyos efectos van muchísimo más allá de la decisión tomada en este caso específico. Esta preocupación excluyente por la cuestión de las competencias opaca, desplaza y silencia la cuestión de fondo que se debatió primero ante los tribunales argentinos y luego en las instancias

66. Roberto Gargarella, “La autoridad democrática frente a las decisiones de la Corte Interamericana”, *Revista La Ley*, Año LXXXI, Nro. 63, Buenos Aires, 3 de abril de 2017, pp. 3-5, en p. 4.

internacionales: el alcance y la protección por parte del Estado argentino del derecho a la libertad de expresión. Tanto la Constitución Nacional como la Convención Americana sobre Derechos Humanos expresan el compromiso de la comunidad política de la Argentina con el respeto y protección de los derechos humanos. Ese compromiso se presenta por medio de los textos en los que se expresan ambos cuerpos normativos, pero su significado, por ejemplo, en lo que se refiere al alcance de esa libertad y de la consiguiente responsabilidad estatal de protegerla, no es evidente. Aunque resulte obvio para muchos, es necesario subrayar el hecho de que se requiere de la interpretación para poder aplicar un texto normativo. El proceso interpretativo, por medio del cual se le asigna un significado a ese texto es complejo e involucra a una comunidad de intérpretes que se extiende en el tiempo –hacia el pasado y hacia el futuro– y que involucra a jueces nacionales, jueces internacionales, legisladores, miembros de las administraciones federal y provinciales, y en última instancia, también a la ciudadanía, pues esta última también tiene un lugar fundamental el proceso interpretativo en la línea de lo argumentado por Roberto Gargarella.⁶⁷ Este proceso de asignación de significado posee un carácter colectivo y no tiene un final –por eso es que la metáfora de “la última palabra” resulta inapropiada–. La interpretación de la ley, de las constituciones y de los tratados es en realidad un proceso epistémico por medio del cual tratamos, colectivamente, de determinar el alcance de los principios que esas normas de derecho positivo expresan. Cuanto más amplia –en el sentido de los actores involucrados– y profunda –en el sentido de las mejores razones que puedan articularse– sea esa deliberación en torno al alcance de los principios de justicia –expresados en el lenguaje de los derechos– mayores serán las probabilidades de acercarnos a su significado. La preocupación de Rosenkrantz de complejizar las decisiones de la Corte al hacerlas dialogar con jurisprudencia extranjera o internacional –autoritativa o no– y así dificultar la posibilidad de que la ciudadanía las haga suyas, conspira contra la posibilidad de elevar el valor epistémico de ese trabajo interpretativo. Tomando prestado el argumento que utiliza John

67. Roberto Gargarella, “La autoridad democrática frente a las decisiones de la Corte Interamericana”, *Revista La Ley*, Año LXXXI, Nro. 63, Buenos Aires, 3 de abril de 2017, pp. 3-5, en p. 4. También elaboro este punto en Roberto Saba, *A Community of Interpreters*, Tesis Doctoral, Yale Law School, 2010.

Stuart Mill para referirse a la justificación de la prohibición de la censura,⁶⁸ silenciar la voz de tribunales extranjeros o internacionales puede implicar que nos autoinflijamos el daño de no conocer la respuesta correcta a nuestra pregunta interpretativa y así cometer errores en el proceso de conocer el verdadero alcance de un principio constitucional que es también convencional. Además, al tratarse de decisiones judiciales, ese déficit epistémico tiene efectos muy reales sobre la libertad misma de las personas involucradas. Justamente, siguiendo a la propia Corte Suprema en la respuesta al Ministerio en su férrea defensa del orden público constitucional, como no podemos presumir que hemos adquirido sin mediar vicio de voluntad un compromiso internacional que se encuentra en conflicto con el orden público constitucional, entonces debemos hacer el mejor esfuerzo por interpretar ese compromiso internacional en consistencia con el orden público constitucional. Y este esfuerzo debe ser realizado tanto por la Corte Suprema como por la Corte Interamericana pues ambas son narradoras de la misma novela encadenada, ambas son constructoras de la misma catedral.

Cuando la Constitución Nacional y la Convención Americana sobre Derechos Humanos expresan el deber de respeto y protección del derecho a la libertad de expresión, no se refieren a dos principios o derechos diferentes, sino a un mismo derecho respecto del cual la comunidad política ha expresado su adhesión y compromiso de observación. A partir de allí, los órganos involucrados en la resolución de casos nacionales o internacionales están embarcados en la misma tarea: determinar el alcance del derecho en cuestión y los deberes y responsabilidades del Estado respecto de su protección. Perder de vista esta tarea fundamental y sumergirse exclusiva y ciegamente en un debate de competencias puede resultar, como en la decisión de la Corte Suprema en la respuesta al Ministerio en el caso “Fontevicchia”, en una distracción injustificada y, lo que sería aún peor, en una contribución querida o no a la perpetuación de la afectación del derecho.

De este modo, podríamos entender lo que ha sucedido con el caso “Fontevicchia” del siguiente modo: una persona considera que una decisión del Estado argentino –el fallo de la Corte Suprema de 2001– ha violado su derecho a la libertad de expresión. Esta persona reclama por la protección de este derecho, contemplado en la Constitución Nacional y en la Conven-

68. John Stuart Mill, *Sobre la libertad*, Madrid, Alianza Editorial, 1970, Capítulo 2.

ción Americana sobre Derechos Humanos, ante los tribunales nacionales, los cuales tienen la competencia de interpretar el alcance del derecho y exigir su respeto a quien corresponda. La persona, frente a sentencias adversas de estos tribunales que interpretan el derecho en este caso concreto de un modo tal que les permite expresar que no ha sido violado, acude a la instancia internacional –Comisión y Corte Interamericanas– para que estas ahora interpreten el alcance del derecho en cuestión. Es cierto que, además de definir el alcance del derecho, esos organismos identificarán la responsabilidad del Estado y los remedios a aplicar, pero antes que eso, y deberán realizar una tarea de importancia fundamental: deberán establecer el alcance del derecho y si este fue violado. Si bien la Corte Suprema y la Corte Interamericana tienen competencias diferentes, si bien se llega a ellas por medio de procedimientos diferentes y si bien pueden ellas ordenar diferentes tipos de acciones respecto de diferentes tipos de actores, ambas están embarcadas en la misma tarea que en este caso consiste en dotar de significado al derecho a la libertad de expresión. En este sentido, ambos tribunales están constreñidos en sus tareas interpretativas por un mismo principio cuya inobservancia haría perder sentido a la institución del derecho como tal: me refiero al principio de integridad en el sentido dworkiniano.⁶⁹ El derecho a la libertad de expresión de Fontevéchia no puede significar algo diferente en la Constitución y en la Convención. Mucho menos, esos significados no pueden ser contradictorios: mientras la Corte Suprema considera que la expresión no goza de protección cuando afecta la privacidad de un funcionario público, la Corte Interamericana entiende exactamente lo opuesto. El fin último de ambos instrumentos, el constitucional y el internacional apuntan a proteger un mismo derecho, el de la libertad de expresión, y Fontevéchia tiene el derecho de recibir un mensaje claro de los órganos interpretativos de ambos sistemas, nacional e internacional, sobre el alcance de su derecho en el ordenamiento jurídico argentino. Esta tarea interpretativa llevada a cabo por una multiplicidad de intérpretes –jueces provinciales, federales, internacionales– es compleja y de difícil resolución, pero hay una estrategia que claramente no ayuda a avanzar en ese proceso y ella es la de considerar que la tarea interpretativa de los tribunales nacionales respecto del derecho

69. Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge, 1986, Capítulos 6 y 7.

a la libertad de expresión está desconectada y aislada de la misma tarea realizada por los jueces internacionales cuya competencia reconoce la misma Constitución. La noción de que la Corte Suprema de Justicia de la Nación es la intérprete final de la Constitución Nacional y que la Corte Interamericana es la intérprete final de la Convención soslaya el hecho de que por más de que se trate de dos instrumentos diferentes de derecho positivo ambos expresan la protección del mismo derecho, en este caso el de expresarse libremente. La idea de que ambos intérpretes operan en esferas diferentes y desconectadas responde necesariamente a una noción del derecho contraria a la del derecho como integridad.

Estas dos nociones, la del derecho como interpretación y la del derecho como integridad, exigen de ambos tribunales el compromiso de tomarse en serio las interpretaciones que realiza el otro.⁷⁰ Aún más, al operar la Corte Interamericana en un ámbito regional, sus jueces deben realizar el esfuerzo de justificar sus decisiones interpretativas dialogando con las razones que han dado los tribunales nacionales, sobre todo sus Cortes Supremas o Constitucionales, y evitar interpretar el significado del derecho a la libertad de expresión, por ejemplo, como si fuera la primera vez que alguien se preguntó sobre su alcance en la región. La Corte Interamericana ha fallado en el pasado en esta tarea de involucrarse en ese diálogo con las Cortes nacionales, pero hay señales tímidas de que eso está cambiando. Por su parte, el argumento de la Corte Suprema acerca de la falta de competencia del Tribunal Interamericano para ordenar la revocatoria de una sentencia anterior ocultó y bloqueó la posibilidad de continuar en este caso y, de solidificarse esta jurisprudencia, en cualquier caso, la conversación entre estas jurisdicciones y las comunidades nacional y regional, sobre la interpretación de los derechos reconocidos en la Constitución y en la Convención. Nada sabemos sobre lo que la Corte Suprema piensa sobre la decisión del fondo del fallo de la Corte Interamericana en *Fontevecchia vs. Argentina*. No sabemos si la Corte Suprema argentina del presente está de acuerdo con la lectura del derecho a la libertad de expresión que hizo este

70. Roberto Saba, "El Principio de Igualdad en el Diálogo en el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional", en Capaldo, G.; Clérico, L.; Sieckmann, J. (ed.); *Internacionalización del Derecho Constitucional-Constitucionalización del Derecho Internacional*, Buenos Aires, Eudeba, 2012.

mismo tribunal en 2001 o si está de acuerdo con la interpretación de ese derecho que hizo la Corte Interamericana. Sobre este tema, el tema central de la disputa, nada ha dicho la Corte Suprema en su respuesta al Ministerio y se ha desconectado del diálogo jurisdiccional, lo que podría no sorprender a la luz de lo que algunos de los jueces de la Corte Suprema han sostenido sobre éste como hemos analizado más arriba.

“Advertencias” finales y generales, no solo para internacionalistas

Tomando prestado el título de uno de los artículos de Rosenkrantz, creo que vale la pena sí hacer aquí una advertencia a constitucionalistas e internacionalistas desde los aprendizajes que podrían surgir de la Teoría Constitucional moderna. Hace ya algunas décadas que una parte de la academia jurídica asumió como un hecho duro que la Constitución no es un texto, sino una práctica. El texto de la Constitución no es la Constitución. La Constitución es la interpretación que hacemos de ese texto de acuerdo con ciertas reglas y gramática interpretativa.⁷¹ Lo mismo sucede con la Convención Americana o con cualquier otro texto normativo, pero especialmente con aquellos que se refieren a la protección de derechos humanos. A veces tengo la impresión de que el sistema interamericano fue diseñado por codificadores continentales siguiendo su particular visión del derecho como un texto claro con un significado evidente capaz de ser aplicado sin la mediación de intérpretes y las complejidades de la tarea que estos deben desarrollar. Concebir a la Convención como un Código y a su aplicación en clave napoleónica –automática y sin necesidad de interpretación– no captura el trabajo de una Corte como la Interamericana que se asemeja más a una Corte Constitucional que a un Tribunal de Casación. Esta visión acerca del modo en que esta Corte Internacional desempeña su rol se profundiza, quizá, con la atribución consultiva que supone interpretaciones en abstracto del texto de la Convención que la misma Convención le concede. La Convención no es el texto y por lo tanto la aplicación de ese texto no puede realizarse sin recurrir a la interpretación. Para interpretar ese texto debemos

71. Véase, por ejemplo, Owen Fiss, “Objectivity and Interpretation”, 34 *Stanford Law Review* 739, 1982, p.741.

indagar en los principios que subyacen al texto, que debemos suponer no entran en conflicto con los principios que subyacen al texto constitucional. Sostener que la tarea de la Corte Interamericana debe “limitarse” a “aplicar” la Convención evitando invadir el terreno de la interpretación constitucional resulta incomprensible si asumimos, por un lado, que la firma de los tratados internacionales de derechos humanos, como decía Alberdi, nos recordaba Bobbio y nos invita a pensar Singer, refuerzan nuestros compromisos expresados en las constituciones liberales con derechos humanos universales. La firma de esos tratados no implicó un cambio de compromisos, sino su refuerzo por medio de un nuevo instrumento de protección. Por otro lado, también resulta incomprensible ese tabicamiento si asumimos la integridad del derecho, contenido tanto en la Constitución como en los tratados internacionales de derechos humanos. El derecho constitucional –en lo que se refiere a la protección de derechos– y el derecho internacional de los derechos humanos conforman un plexo de textos que buscan expresar los mismos principios y proteger los mismos derechos. Por eso resulta casi incomprensible o ininteligible la distinción, al menos en materia de derechos humanos, entre constitucionalistas e internacionalistas, pues su área de estudio es la misma: los derechos humanos y los mecanismos diseñados para su protección. A lo sumo, si pueden hacerse advertencias mutuas, ellas deberían estar referidas a no olvidar que en esta particular materia –como quizá en muchas otras a partir del hecho de la globalización– no podemos construir muros divisorios. La tarea es compleja y requiere de juristas y magistrados más parecidos al Hércules de Dworkin que a aquel funcionario que Montesquieu asimilaba a la mera boca de la ley. En todo caso, la complejidad y enormidad de la tarea no debería llevarnos a desistir de nuestros ambiciosos proyectos tendientes a mejorar la protección de los derechos humanos y así evitar confirmar el vaticinio de Alberdi cuando sostenía que en nuestra América del Sur incurrimos con cierta pertinacia en esa perniciosa tendencia a huir de los tratados.

Bibliografía

Abramovich, Víctor, “La autoridad de las sentencias de la Corte Interamericana y los principios de derecho público argentino”, disponible en <http://nohuboderecho.blogspot.com.ar/2017/02/victor-abramovich-sobre-el-caso.html>

- Alberdi, Juan Bautista y Jorge M. Mayer (editor), *Las "Bases" de Alberdi*, Buenos Aires, Sudamericana, 1969.
- Anderson, Benedict, *Imagined Communities: Reflections on the Origin and Spread of Nationalism*, ed. Rev, Londres, Verso, 1991.
- Bobbio, Norberto, *El problema de la guerra y las vías de la paz*, Barcelona, Gedisa, 1992.
- Calabressi, Guido y Zimdahl, Dotson, "The Supreme Court and Foreign Sources of Law: Two Hundred Years of Practice and the Juvenile Death Penalty Decision", 47 *William and Mary Law Review* 743, 2005.
- Centro de Estudios Legales y Sociales, *Las consecuencias del fallo de la CSJN para la vigencia de los DD.HH. Sobre la decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Fontevicchia y otros c/ República Argentina"*, 18 de febrero de 2017, disponible en <http://www.cels.org.ar/common/documentos/cels%20sobre%20fallo%20fontevicchia%20.pdf>
- Dorsen, Norman, "The relevance of foreign legal materials in U.S. constitutional cases: A conversation between Justice Antonin Scalia and Justice Stephen Breyer", disponible en: <https://academic.oup.com/icon/article/3/4/519/791958/The-relevance-of-foreign-legal-materials-in-U-S>. Publicada en *Int J Const Law* (2005) 3 (4): 519-541, p. 523. En contraposición a las ideas de Scalia, véase Stephen Breyer, *The Court and the World. American Law and the New Global Realities*, Alfred P. Knopf, New York, 2015, Parte IV.
- Dworkin, Ronald, *Law's Empire*, Cambridge, Belknap Press, 1986.
- Evans, Gareth, "R2P: The Next Ten Years", en Alex Bellamy and Tim Dunne, eds., *Oxford Handbook of the Responsibility to Protect*, Oxford University Press, Oxford, 2016.
- Filippini, Leonardo G., "El derecho internacional de los derechos humanos no es un préstamo. Reflexiones sobre la crítica a los préstamos de Carlos F. Rosenkrantz", *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 8, Nro. 1, Buenos Aires, 2007, pp. 191-202.
- Fiss, Owen, "Objectivity and Interpretation", 34 *Stanford Law Review* 739, 1982.
- Gargarella, Roberto, "La autoridad democrática frente a las decisiones de la Corte Interamericana", *Revista La Ley*, Año LXXXI, Nro. 63, Buenos Aires, 3 de abril de 2017, pp. 3-5, en p. 4.

- Gil Domínguez, Andrés, “Estado constitucional y convencional de derecho y control de convencionalidad”, *Revista La Ley*, Año LXXXI, Nro. 63, Buenos Aires, 3 de abril de 2017, pp. 1-4, p. 1.
- Ignatieff, Michael (ed.), *American Exceptionalism and Human Rights*, Princeton, Princeton University Press, 2005.
- Ignatieff, Michael, “American Exceptionalism and Human Rights”, en Michael Ignatieff (ed.), *American Exceptionalism and Human Rights*, Princeton, Princeton University Press, 2005, pp. 1-26.
- Harold Hongju Koh, “America’s Jekyll-and-Hyde Exceptionalism”; en Michael Ignatieff (ed.), *American Exceptionalism and Human Rights*, Princeton, Princeton University Press, 2005, pp. 198-222.
- Frank Michelman, “Integrity-Anxiety”; en Michael Ignatieff (ed.), *American Exceptionalism and Human Rights*, Princeton, Princeton University Press, 2005, pp. 241-276.
- Mill, John Stuart, *Sobre la libertad*, Madrid, Alianza Editorial, 1970.
- Nash Rojas, Claudio, “Corte Suprema Argentina y Corte Interamericana. ¿Un nuevo integrante del club de la neo-soberanía?”, disponible en: <http://dialogojurisprudencial.org/columnas.php#columna6>, 15 de marzo de 2017.
- Nino, Carlos S., *The Constitution of Deliberative Democracy*, New Haven, Yale University Press, 1996.
- Day O’Connor, Sandra, “Keynote Address”, *American Association of International Law Proceedings*, 96, 2002, p. 348.
- Pinto, Mónica, “National and International Courts: Deference or Disdain”, 30 *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review* 247.
- Pizzolo, Calogero, “¿Ser ‘intérpretes supremos’ en una comunidad de intérpretes finales?”, *Revista La Ley*, Año LXXXI, Nro. 63, Buenos Aires, 3 de abril de 2017, pp. 7-13.
- Rosatti, Horacio, “El llamado ‘control de convencionalidad’ y el ‘control de constitucionalidad’ en la Argentina”, *La Ley, Suplemento de Derecho Constitucional*, 13 de febrero, 2012, pp. 1 y ss.
- Rosenkrantz, Carlos F., “En contra de los “Préstamos” y otros usos ‘no autoritativos’ del derecho extranjero”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 6, Nro. 1 (2005). Versión original en inglés titulada “Against Borrowings and other Nonauthoritative Uses of Foreign Law”, 1 *International Journal of Constitutional Law*, 2003, pp. 269-295.

- Rosenkrantz, Carlos F., “Advertencias a un internacionalista (o los problemas de *Simón y Mazzeo*)”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 6, Nro. 1, 2005.
- Saba, Roberto P., *A Community of Interpreters*, Tesis Doctoral, Yale Law School, 2010.
- Saba, Roberto P., “El Principio de Igualdad en el Diálogo en el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional”, en Capaldo, G.; Clérico, L.; Sieckmann, J. (ed.); *Internacionalización del Derecho Constitucional-Constitucionalización del Derecho Internacional*, Buenos Aires, Eudeba, 2012.
- Sarmiento, Domingo F., *Comentarios de la Constitución de la Confederación Argentina*, 1856.
- Singer, Peter, *One World Now. The Ethics of Globalization*, New Haven, Yale University Press, 2016.
- Slaughter, Anne-Marie, “A Brave New Judicial World”, en Michael Ignatieff (ed.), *American Exceptionalism and Human Rights*, Princeton University Press, Princeton, 2005, pp. 277-303.
- Taylor, Charles, “Invoking Civil Society”, en Charles Taylor, *Philosophical Arguments*, Harvard University Press, Cambridge, 1995, pp. 204-224.
- Zuppi, Alberto L. y Dellutri, Rodrigo, “Comentario a un diálogo entre quienes no se escuchan”, *Revista La Ley*, Año LXXXI, Nro. 63, Buenos Aires, 3 de abril de 2017, Buenos Aires, pp. 22-24.

Artículos recibidos por convocatoria abierta

El fin del principio de igualdad en el ordenamiento jurídico argentino. La transición entre el juicio a prueba y el principio de igualdad

*Sergio Rodolfo Núñez y Ruiz-Díaz**

Resumen

En este artículo describiré los fenómenos ocurridos en la Argentina desde mediados del siglo XX, que conllevarán a un cambio en los paradigmas jurídicos y sociales. En principio, como referencia, nombro el fenómeno del neoconstitucionalismo, cuya principal consecuencia fue la ruptura del principio de igualdad. Además, analizaré la figura de la suspensión del denominado juicio a prueba, como un ejemplo de ello; y como una aproximación a la realidad actual de los procesos jurídicos en Sudamérica.

Palabras clave: Principio de igualdad, crisis del positivismo, decodificación, Derechos Humanos, constitucionalismo tradicional, neoconstitucionalismo, juicio a prueba, sistemas normativos.

Abstract

We'll analyze the phenomena occurred in Argentina since the mid-twentieth century, which set the tone of a change in the legal and social paradigms. Neoconstitutionalism results in the breaking of the principle of

* Abogado y doctorando de la Facultad de Derecho de la UBA; adjunto interino de Historia del Derecho Argentino; miembro del Instituto de Historia del Derecho del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, de la Asociación Argentina de Profesores e Investigadores de Historia del Derecho y del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano; correo electrónico: snunnezruizdiaz@derecho.uba.ar.

equality enshrined in multiple jurisdictions, and particularly in the heirs of the constitutional tradition. The figure of the suspension of trial called test is analyzed as an example and as an approximation to the current reality of the legal proceedings in Sudamérica.

Keywords: Principle of Equality, Crisis of Positivism, Decoding, Traditional Constitutionalism and Neoconstitutionalism, Trial System Audition.

Introducción

El ordenamiento jurídico actual, heredero de Ilustración y del Racionalismo del siglo XVIII, comenzó una crisis como consecuencia de diversos hechos históricos y factores que provocaron cambios en los paradigmas.

Podemos enumerarlos de la siguiente manera:

- *Idea de razón*: la confianza y la fe son constantes en el poder de la razón humana. Durante la Ilustración llegó a pensarse que con el uso juicioso de la razón sería posible un progreso ilimitado. La razón sirvió como guía para estudiar el funcionamiento de las leyes de la naturaleza, por consiguiente, todo lo racional es bueno, y todo aquello que no conlleve a la razón es incorrecto. En suma, si el hombre intentase alcanzar el progreso, el único camino es descubrir las leyes de la naturaleza y actuar de acuerdo con ellas, dejando a un lado lo irracional.
- *Igualdad*: establece que todos los seres humanos son iguales ante la ley haciendo hincapié en la igualdad de oportunidades y la igualdad social. Basándose en que los hombres tienen la misma naturaleza y poseen la capacidad de raciocinio. Por ende, son iguales a la luz de la razón. Estas ideas serán elaboradas durante toda la Ilustración, fue su mayor representante Jean Jacques Rousseau.
- *Principio de libertad*: en cuestiones políticas, religiosas, económicas e intelectuales. El hombre en sí tiene una serie de derechos que deben ser ejercidos en libertad. Al ser anteriores al Estado, estos constituyen un límite a la autoridad, por lo que los gobernantes deben garantizar esa libertad de ejercicio de derechos. Locke será el padre de esta idea, que

junto con la de la propiedad privada, sentarán las bases del liberalismo económico.

- *Moral laica*: la moral de las personas es independiente de la religión, ya que los hombres se rigen por morales individuales, no solo porque Dios ordena observarlas, sino porque la razón exige el respeto a los derechos de los demás. Immanuel Kant y Georg Hegel serán los exponentes filosóficos en los que se basará el conocimiento occidental. El resultado de la aplicación de esos derechos dará un ser humano nuevo, que basará sus conocimientos en el empirismo, es decir, en la experimentación para poder conocer el mundo y llegar al progreso. Será un humano racional eminentemente crítico de todo el conocimiento anterior, y ansioso de conocimientos, concretamente del mundo que lo rodea. Ese mismo compartido entre todos –por aplicación del principio de igualdad–, llevará al mundo occidental a dos ideas que serán la constante a partir del siglo XIX, fecha de consolidación de dicho pensamiento: la idea de la mejora constante de la sociedad y un progreso cultural y económico ilimitado. Esta estructura filosófica se complementará por el movimiento económico surgido como consecuencia de ella: el capitalismo. Las reformas solo se podrán obtener –según estas premisas– por aplicación de los principios de igualdad entre todas las personas y libertad de pensamiento, que llevarán a la consolidación de estructuras jurídicas en las que predominará lo individual por sobre lo colectivo.¹

John Locke iniciará la concepción del hombre como propietario, de su vida y de sus acciones y las consecuencias de las mismas y afirmó: “cada hombre tiene una propiedad en su misma persona, a ella nadie tiene derecho alguno, salvo él mismo. El trabajo de su cuerpo y la obra de sus manos podemos decir que son propiamente suyos”.²

Como consecuencia de ellos, para el liberalismo el hombre se movilizará a raíz de un deseo de lucro, que es lo que lo conduce a su progreso individual. De este modo se establece la primacía de la actividad económica y

1. Juan Pablo Pompillo Baíllo, *Historia General del Derecho*, México, Oxford University Press, 2008, p. 236.

2. John Locke, *Segundo ensayo sobre el gobierno civil*, México, FCE, 1941, p. 17.

así surge la tendencia de tratar los fenómenos económicos como idénticos a los sociales. Esto trajo aparejada una visión reduccionista, y según Sheldon Wolin la economía invadió las ciencias:

Si la economía era el conocimiento de la sociedad, nada salvo la humildad, impedía al economista, presuponer que las relaciones y múltiples actividades de la sociedad, en suma, la vida de esta, podían ser sintetizadas en diversas categorías económicas. El economista podía formular un concepto como el producto anual y considerarlo un símbolo abreviado de las actividades de los miembros de la sociedad durante un año determinado.³

Por aplicación del principio de libertad se consolidó una sociedad como una red de actividades espontáneas, alejadas de todo principio de autoridad. En consecuencia: “la antigua tarea de distribuir bienes con cierta norma de justicia, fue transferida de la esfera política y asignada al criterio impersonal del mecanismo de mercado”.⁴ En el mundo liberal del siglo XIX se produjo un desinterés por la teoría política y se puso énfasis en la creencia de que la economía podía resolver todos los problemas de la convivencia social. El hombre debía limitarse a conseguir riqueza, estableciéndose una relación entre riqueza y civilización: “(...) un pueblo pobre nunca es refinado, ni un pueblo rico bárbaro (...) El establecimiento de un sistema sensato de economía pública puede compensar cualquier otra deficiencia. La riqueza es independiente de la naturaleza del gobierno”.⁵

A partir de esa, el mundo occidental, llevará adelante esas ideas, que se plasmarán en cuerpos jurídicos que consolidarán los ideales del Racionalismo y la Ilustración.

Ejemplo de ello será el surgimiento del constitucionalismo y de la codificación, ambas corrientes jurídicas que permitirán afianzar las ideas, y en los hechos, crearán un *numerus clausus* de principios que hará que los fenómenos que no se encuadren en dichas premisas sean considerados inválidos.

La consolidación de los principios del liberalismo y de la propiedad que el mismo conlleva se verán reflejados en el Código Napoleónico que estable-

3. Sheldon Wolin, *Política y perspectiva*, Buenos Aires, Amorrortu, 1960, p. 322.

4. *Ibidem*, p. 323.

5. J. R. Mc Culloch, citado por Wolin, *op. cit.*, p. 325.

cerá que: “El derecho de propiedad, es en sí mismo una institución de la naturaleza”, siendo “el derecho de disfrutar de las cosas de la manera más absoluta, en todo lo que no esté prohibido por las leyes y los reglamentos” (Art. 544).

Estas ideas serán plasmadas en nuestro país con la Constitución de 1853, y los Códigos Comercial y Civil de 1869 y 1870, respectivamente.

Nuestro texto constitucional primigenio, inspirado en la Constitución de Filadelfia de 1787, la Constitución Francesa de 1791 y el proyecto de Acta Federal para Suiza de Peregrino Rossi de 1832, encontrará en Juan Bautista Alberdi su mejor mentor para adaptarse a la realidad argentina.⁶

Las corrientes doctrinarias del racionalismo empirista (Rousseau) e histórico (Montesquieu), llegarán a un equilibrio en el texto constitucional que, aprobado por la Convención Constituyente de octubre de 1860, consolidará definitivamente la unidad nacional.⁷

I. Formas de abordarlo en el constitucionalismo tradicional

El principio de igualdad por el cual se sustenta todo el marco legislativo moderno, tal como lo conocemos, tiene apenas trescientos años en el aspecto que nos interesa.

Según el Diccionario de la Real Academia Española, dicha palabra proviene del latín *aequitas*, que es la conformidad de una cosa con otra en naturaleza, forma calidad, etcétera, y la igualdad ante la ley aquel principio: “que reconoce a todos los ciudadanos capacidad para los mismos derechos. Asimismo, de *aquaelis* se definirá aquello de la misma naturaleza, cantidad o calidad de otra cosa”.⁸

La *aequitas*, o equidad, tuvo en la antigüedad en sentido jurídico otro significado distinto al que nos ocupa, ya que la misma será la regla base de todas las relaciones humanas.

6. Juan Bautista Alberdi, Bases y puntos de partida para la organización nacional, Buenos Aires, Tor, 1948.

7. Natalio Pisano, “El Pacto de San José de Flores o de unión nacional”, en *El Pacto de San José de Flores o de unión nacional 1859-2009*, autores varios; Buenos Aires, Junta de Estudios Históricos de San José de Flores, 2009, p. 132.

8. *Diccionario de la Lengua Española*, XIX Edición Real Academia Española, Madrid, Espasa Calpe, 1970. Tomo Único, 1424, p. 729.

Esta “igualdad” o *aequitas* puede ser interpretada en palabras de Ulpiano como “la constante o perpetua voluntad de dar a cada quien lo que corresponde”.⁹

Cabe destacar que esta igualdad solo será vigente en hombres o personas de la misma “naturaleza”, por lo que, siguiendo las categorías y enseñanzas de Aristóteles, solo serán tales quienes compartan el mismo estatus o rango en determinada sociedad.

Por ejemplo, los hombres libres serán juzgados de una manera particular, los religiosos de otra y los esclavos de otra, pero compartiendo entre ellos, cada grupo humano, los mismos derechos y obligaciones.

Esta igualdad que podemos llamar “clásica”, estará vigente muchos siglos, hasta que diversos factores –hechos históricos y jurídicos– la fueron poniendo en tela de juicio.

Hacia mediados del siglo XVII, con el surgimiento del denominado racionalismo filosófico, y al considerarse al individuo como tal, alejado de la idea de Dios, comienza a perfilarse el concepto actual.

Sin entrar en mayores detalles, podemos decir que el mejor exponente del principio de igualdad, con el sentido actual, será Jean Jacques Rousseau (1712-1778), quien lo equipara a la libertad, y expresa:

Si se busca en qué consiste el bien máspreciado de todos, que ha de ser objeto de toda legislación, se encontrará que todo se reduce a dos cuestiones principales: la libertad y la igualdad, sin la cual la libertad no puede existir. Renunciar a la libertad es renunciar a ser hombre, a los derechos y a los deberes de la humanidad.

La verdadera igualdad no reside en el hecho de que la riqueza sea absolutamente la misma para todos, sino que ningún ciudadano sea tan rico como para poder comprar a otro y que no sea tan pobre como para verse forzado a venderse. Esta igualdad, se dice, no puede existir en la práctica. Pero si el abuso es inevitable, ¿quiere eso decir que hemos de renunciar forzosamente a regularlo? Como, precisamente, la fuerza de las cosas tiende siempre a destruir la igualdad, hay que hacer que la fuerza de la legislación tienda siempre a mantenerla.¹⁰

9. Digesto, I, I, 10; García del Corral, D.I., “Cuerpo del Derecho Civil”, Tomo I, Barcelona, Lex Nova, 1889, p. 197.

10. Jean-Jacques Rousseau, *El contrato social*; Buenos Aires, Aguilar, 1965, pp. 115-116.

Pero desde el punto de vista del constitucionalismo tradicional, dicho instituto contradice el principio de igualdad, el cual, con raigambre escolástica, se consagrará con los lineamientos actuales en la ley del 21 de febrero de 1790 que instaura el Principio de Igualdad que establece que los delitos del mismo género serán sancionados por el mismo género de penas cualesquiera sean el rango y el estado del imputado. En el fondo, la igualdad es la proporcionalidad de las penas y los delitos.¹¹

En nuestro país, se encuentra en el Artículo 16 de nuestra Carta Magna que establece:

La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento; no hay en ellas fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas.¹²

Germán Bidart Campos expresa:

Del derecho a la libertad se desprende la igualdad, todos los hombres participan de una igualdad elemental de status en cuanto personas jurídicas. Tal es el concepto de la llamada igualdad civil, consistente en eliminar discriminaciones arbitrarias entre las personas. Si la libertad apareja el goce y ejercicio de los derechos civiles, la igualdad elimina las discriminaciones arbitrarias para ese goce y ejercicio. En último término, la igualdad importa un cierto grado de razón, habilidad y de justicia en el trato que se depara a los hombres, en la medida en que suprime las distinciones sin base dikelógica suficiente.¹³

Este principio se puede abordar desde varios aspectos, teniendo en cuenta la evolución del instituto. Asimismo, se pueden considerar dos

11. Jorge Machicado, "La Revolución Francesa y el Derecho Penal Liberal", disponible en <http://jorgemachicado.blogspot.com/2010/11>. Para ver más: <http://jorgemachicado.blogspot.com.ar/2010/11/rfdpl.html#sthash.Ce49Mfgm.dpuf>

12. Constitución de la Nación Argentina, *op. cit.*, p. 5.

13. Germán Bidart Campos, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1994.

formas de considerar la igualdad: A) Igualdad de trato ante la Ley, que a su vez puede dividirse en: 1) Igualdad formal o interpretación estrecha, y 2) Igualdad como no discriminación arbitraria y B) Igualdad como no sometimiento.

A) Igualdad de trato ante la Ley. Principio General

1) Igualdad formal o interpretación estrecha

Sería la interpretación tradicional la que se considera como igualdad ante la ley. Todos los que pertenecen a una misma categoría, establecida por el legislador deben ser tratados de la misma forma. No explica sobre la legitimidad de esa categorización ni sobre cómo deben ser tratados qué individuos con qué propiedades.¹⁴

Es la primera interpretación que surge del Artículo 16º de la Constitución Nacional y la más restringida, en su parte pertinente: “todos los habitantes son iguales ante la ley”, lo que se corresponde al modelo de Estado liberal, propio del marco histórico donde surge nuestra Carta Magna.

2) La igualdad como no discriminación arbitraria

Surge de la falta del criterio anteriormente expuesto de una clasificación de la circunstancia seleccionada como relevante para realizar la distinción que el Estado desea llevar a cabo al regular el ejercicio de un derecho. Así, el segundo estándar que debería ser tomado en cuenta para perfeccionar el principio de “igualdad de trato en las mismas circunstancias”, es que esas circunstancias deben ser razonables, como, por ejemplo, aquellas que guarden una relación de funcionalidad o instrumentalidad entre el fin buscado por la norma y el criterio elegido para el trato diferente.

De esa manera se podría entender que no se viola el mandato de igualdad si a todos los que se encuentran en igualdad de circunstancias relevantes se los

14. Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEC, 1993, p. 351.

trata de igual forma. En doctrina constitucional se dio en llamar “igualdad jurídico-material” o principio de “no discriminación”.¹⁵

El examen de razonabilidad puede adoptar distintos modelos: el norteamericano, el europeo y el integrado; y cada uno de ellos permite complejizar la evaluación del grado de irracionalidad de la distinción.¹⁶

Aun así, este enfoque adolece de limitaciones ya que se podría pensar que este “trato neutral” favorece la noción de que tratar a las personas de igual modo significa lo mismo que tratarlos como iguales, lo cual da cuenta de las desigualdades fácticas que hacen de la idea de igualdad un concepto vacío e injusto. Esta interpretación de la igualdad sigue presentando problemas para dar cuenta de todas las desigualdades porque no toma en cuenta la desigualdad estructural de la desigualdad a que se enfrentan individuos de determinados grupos sociales.

B) Igualdad como no sometimiento o igualdad fáctica

Parte de considerar la situación fáctica de quien es víctima de la desigualdad, pero no únicamente la desigualdad proveniente de una situación “de hecho”, sino aquella que es consecuencia de una situación de “exclusión social” o de sometimiento de grupos sociales supuestamente desplazados (aborígenes, habitantes de asentamientos precarios, inmigrantes, etcétera). Se toma en consideración la situación de la persona individualmente considerada pero como integrante de un grupo sistemáticamente excluido.

Esta interpretación ha sido incluida con la reforma constitucional de 1994 que a partir de la incorporación de las medidas de acción positiva del Art. 75, inc. 23, suma al artículo 16º la dimensión sociológica o fáctica que estaba necesitando el ordenamiento jurídico. Al respecto, el mismo establece que será facultad del Congreso:

15. Roberto Saba, “Des-igualdad estructural”, en Alegre, Marcelo y Gargarella, Roberto (coords.); *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007, P. 166.

16. Carlos Bernal Pulido, “El principio de proporcionalidad como criterio para la aplicación del derecho fundamental a la igualdad” en Beade, Gustavo y Clérico, Laura, *Desafíos a la ponderación*, Bogotá, Univ. Externado de Colombia, 2011, pp. 299-347.

Legislar y promover medidas de acción positivas que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad. Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del periodo de enseñanza elemental, y la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia.¹⁷

- En el derecho penal

En el plano del derecho penal, quedan consagrados los principios del constitucionalismo tradicional, con aplicación del segundo de los principios consignados –el de la igualdad como no sometimiento– por vía de excepción.

La Constitución establece la unidad de jurisdicción mediante los mismos tribunales para todos los habitantes, denominado el principio de los jueces naturales, plasmado en el Código Procesal Penal de la Nación en sus artículos 1º y 4º:

Artículo 1º. Nadie podrá ser juzgado por otros jueces que los designados de acuerdo con la Constitución y competentes según sus leyes reglamentarias, ni penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso y sustanciado conforme a las disposiciones de esta ley, ni considerado culpable mientras una sentencia firme no desvirtúe la presunción de inocencia de que todo imputado goza, ni perseguido penalmente más de una vez por el mismo hecho.

Artículo 4º. Los tribunales competentes, en acuerdo plenario dictarán las normas prácticas que sean necesarias para aplicar este Código, sin alterar sus alcances y espíritu.¹⁸

17. Constitución de la Nación Argentina, *op. cit.*, p. 22.

18. Disponible en: <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/383/texact.htm#2>

Lino E. Palacio considera que la ley no puede tratar de modo desigual a quienes se hallan en situaciones similares, ni cuando legisla, administra o juzga. Así es que el recurso de inaplicabilidad de ley o casación tiende a la unificación doctrinaria para la igualdad legal.¹⁹

Bidart Campos y Palacio entienden que la jurisprudencia contradictoria conculca el principio de igualdad ante la ley y el de unidad del derecho común. Sin embargo, respecto a esto último, la jurisprudencia de la Corte tiene establecido de manera uniforme que la desigualdad derivada de fallos contradictorios no viola la igualdad, y que es únicamente el resultado del ejercicio de la potestad de juzgar atribuida a los diversos tribunales, que aplican la ley conforme a su criterio.

II. Crisis del positivismo. La decodificación

Hacia mediados del siglo pasado podemos observar una crisis del positivismo jurídico. De diversos autores podemos destacar a Hans Kelsen, que en su *Teoría Pura del Derecho* de 1934 establecerá un criticismo de origen kantiano, excesivo formalismo, insistencia desmedida en la norma sancionadora, que nulifica las funciones directrices y educativas del derecho y una estructuración excesivamente formalista y sistemática que la hacen rígida a cambios futuros.²⁰

Las ideas de Kelsen se cristalizarán en la premisa común de concebir la norma jurídica como sinónimo del derecho, un mandato coercitivo del Estado, revestido de ciertas formas, pero carente de contenido metajurídico.

Dicha circunstancia coincide con el llamado proceso de la decodificación, es decir, el abandono de la idea de código como epítome de la ley y el derecho.

El referido proceso comienza a mediados del siglo XX, caracterizándose por un debilitamiento del prestigio de los códigos, y por una creciente dispersión normativa.

Se observa un proceso centrífugo de desconcentración de normas, manifestándose en: regulación en leyes especiales de materias importantes

19. Lino E. Palacio, *Derecho Procesal Civil*, Tomo III, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1976. p. 14.

20. Juan Pablo Pompillo Baíllo, *op. cit.*, p. 277, y Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires Eudeba, 1987.

antiguamente reservadas a los códigos (seguridad social, fundaciones, etcétera); internacionalización del derecho, con incorporación creciente de normas de ese origen a los sistemas nacionales con jerarquías de normas superiores a las normas internas, y por último una ruptura de la unidad conceptual de cada una de las ramas del derecho a causa de los varios centros de creación que hay del mismo.²¹

Estos fenómenos pueden ser analizados por separado y considerados como la génesis de la situación jurídica actual.

- *Leyes especiales que antiguamente estaban ordenadas en códigos*

Dicha circunstancia comenzó con el dictado de leyes de seguridad social, del trabajo etcétera, es decir, las mismas que hacen al Estado de bienestar o de seguridad social. Diversas circunstancias hicieron que las mismas no sean integradas en la forma codificada, sino como leyes particulares. Ejemplo de ello son la Ley de Contrato de Trabajo o la Ley de Jubilaciones, las que, si se hubiera seguido el modelo decimonónico, formarían parte de sendos códigos. Otras como, por ejemplo, las de Propiedad Horizontal o de Procedimiento Administrativo, podrían haber sido organizadas del mismo modo. Las circunstancias históricas y sociales hicieron que las mismas mantuvieran su autonomía, sin necesidad de estar codificadas.

- *Internacionalización del Derecho*

Al finalizar la Segunda Guerra Mundial, comenzará una crisis del concepto de soberanía de los Estados, que se verá reflejada en el surgimiento de diversos organismos internacionales que comenzarán a dictar leyes de alcance supranacional. Esto traerá como consecuencia una incorporación creciente de normas de ese origen, a los sistemas jurídicos nacionales con jerarquías de normas superiores a las normas internas.

21. Abelardo Levaggi, *Manual de Historia del Derecho Argentino*, Tomo I, Buenos Aires, De Palma, 1998, pp. 220, 221 y Juan Carlos Frontera, “La descodificación como síntoma de la historicidad del Derecho”, en *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja* - Año I, Número 1, Invierno 2007, disponible en: http://www.derecho.uba.ar/revistagioja/articulos/R0001A001_0011_miscelanea.pdf

En ese contexto surgirá el concepto de “derechos humanos”, como una respuesta de la comunidad internacional a los numerosos crímenes contra la humanidad que se perpetraron en dicho período histórico.

- *Diversidad de centros de creación del derecho*

Surgirá una ruptura de la unidad conceptual en cada una de las ramas del derecho como consecuencia de las complejas circunstancias históricas y políticas vividas desde mediados del siglo XX. La introducción de nuevos elementos económicos, sociológicos y éticos en el análisis de los fenómenos jurídicos, hará que haya una diversidad de centros creadores del derecho. Estos podrán ser grupos étnicos, entidades no gubernamentales, colectivos sociales, etcétera, los que crearán el fenómeno jurídico.

Todas estas circunstancias harán que, a fines del siglo XX y principios del XXI, se consolide un sistema universal del derecho muy parecido al existente antes del surgimiento de la Ilustración y el Racionalismo. Todo como consecuencia de una crisis de la ley del Estado como fuente exclusiva del derecho.

- *Los derechos humanos*

Bajo este concepto, se agrupa el conjunto de premisas o derechos que protegen a todo hombre a ser respetado como tal, es decir como ser humano y con todos los atributos de su humanidad. Los mismos pueden ser clasificados en: derecho a la dignidad y sus derivados (conciencia, intimidad, etcétera); a la vida (salud, etcétera); libertad física, identidad, a la información, a la asociación, etcétera.²²

Los mismos, en la antigüedad, eran asimilados al denominado “derecho de gentes” o *ius gentium*, el que la razón natural establecía a todos los hombres por igual, y que permitía su convivencia pacífica en sociedad.²³

Actualmente, el concepto abarca un amplio aspecto de derechos que estaban subyacentes en la comunidad humana, y con el correr del tiempo y

22. Miguel Ekmedjian, *Manual de la Constitución Argentina*, Buenos Aires, De Palma, 1991, pp. 82-83.

23. Pompillo Baíllo, *op. cit.*, p. 128.

el progreso de la humanidad, tomaron nueva entidad diferente a la que tenían las disposiciones generales de los organismos surgidos en 1945, como repuesta a los crímenes contra la humanidad efectuados durante la Segunda Guerra Mundial (1939-1945), fueron la primera manifestación de los mismos.

El hecho es que, a fines del pasado siglo, surgió una nueva corriente normativa de alcance internacional a través de pactos y tratados, que obligan a los Estados signatarios al su cumplimiento por sobre las constituciones, leyes y por consiguiente organismos constitucionales de cada país ya sea Cortes Supremas, Tribunales, etcétera.

El argumento consensuado que se utiliza para su cumplimiento se basa en una premisa de carácter ético y moral, por la cual los países o Estados que no los cumplen, quedan éticamente desacreditados ante la comunidad internacional. Los mejores ejemplos son la Declaración Internacional de Derechos Humanos, o el Pacto de San José de Costa Rica, entre otros.

Paralelamente, han surgido tribunales internacionales que obligan al cumplimiento de dichos pactos, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos o el Tribunal Europeo Constitucional, entre otros, cuya jurisprudencia está por encima de las leyes de los países adherentes al pacto.

La numerosa cantidad de derechos considerados “humanos”, surgidos en las últimas décadas, hacen de difícil cumplimiento todos ellos por parte de los Estados, ya que responden muchas veces a intereses de minorías como pueblos originarios, colectivos sociales, culturales, etcétera, de difusa legitimidad.

• *Los derechos comunitarios internacionales*

Son aquellos surgidos de pactos internacionales entre diversos países de diferentes áreas del planeta y que rigen con fuerza de ley supranacional. Ejemplo de ello son la Unión Europea, los países que conforman la OTAN, los que conforman el Mercosur, etcétera.

La normativa que surge de estos organismos tienen características similares, por eso podemos tomarlo como fuente de derecho, a saber: a) Tienen una naturaleza normativa peculiar. b) Están confeccionadas para promover la armonización –que no la uniformización– legislativa de los Estados miembros. c) Obligan al Estado miembro al resultado que ellas establecen que deba conseguirse, dejándolo libre en la selección de las formas u los medios. d) Tienen un efecto directo limitado al ser en principio necesaria

su transposición al derecho interno mediante un acto normativo superior –ley, decreto, resolución, etcétera.²⁴

III. Ejemplos en nuestro país

En el caso de nuestro país, la reforma constitucional de 1994 significó una modificación importante en nuestro sistema de fuentes, particularmente por la jerarquía constitucional que se otorgó a los Tratados sobre Derechos Humanos.

Tal es el caso del artículo 75 inciso 22, segundos y tercer párrafo donde se consagran los mismos en el texto constitucional. Adquieren una mayor relevancia y un desarrollo más detenido de sus contenidos que en la primera parte de la Carta Magna.²⁵

También en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los años previos a la reforma constitucional y los posteriores, se puede advertir con claridad la recepción de algunas de las doctrinas y tesis más afines al neoconstitucionalismo. De ellos se destacan:

- Corte Suprema 1983-90: fallos Bazterrica,²⁶ Sejean²⁷ y Portillo.²⁸
- Corte Suprema 1990-2003: casos “Ekmekdjian”,²⁹ “Bahamondez”,³⁰ “Morales Solá”,³¹ “Girolodi”,³² “Arteaga”,³³ “Mignone”³⁴ y “Calvo y Pesini”.³⁵

24. Pompillo Baílo, *op. cit.*, p. 336.

25. Constitución de la Nación Argentina, Buenos Aires, Bregna, 1994, pp. 21-22.

26. Fallos, 308:1392 (1986), JA, 1986-IV-962.

27. Fallos, 308:2310 (1986).

28. Fallos, 312:496 (1989).

29. Fallos, 315:1492 (1992).

30. Fallos, 316:479 (1993).

31. Fallos 319:2741.

32. Fallos, 318:514 (1995)

33. Fallos, 321:2767 (1998); LL, 1998-F-236

34. Fallos, 325:524, (2002).

35. Fallos, 321:194 (1998).

Se advierte un progresivo cambio de paradigma en la propia autoconcepción del rol institucional del máximo tribunal; el cual en su oportunidad había expresado que:

La misión más delicada de la justicia es la de saberse mantener dentro del ámbito de su jurisdicción, sin menoscabar a las funciones que incumben a otros poderes, pero sin renunciar a la jerarquía que la constitución –como su modelo norteamericano– reserva al acto de juzgar como acción propia del Poder Judicial, a cuya cabeza se halla este tribunal, con capacidad de control constitucional, como custodio de los valores básicos del sistema político jurídico. Tan celosa debe mostrarse esta Corte Suprema en el uso de sus facultades, cuanto en el respeto que la Ley Fundamental asigna a los otros poderes. El mantenimiento de ese delicado equilibrio es la más grande contribución que el Poder Judicial debe prestar a la seguridad jurídica y al bienestar general.³⁶

En cambio, ahora se afirma para justificar su mayor activismo en materia de protección de los derechos humanos:

En el campo de la elección de los medios más adecuados para lograr las finalidades del bien común (...) el proceso legislativo constituye, sin duda, la vía apta para llegar a decisiones al menos aceptables, en virtud del compromiso, o de la imposición de la mayoría. Pero cuando se trata de precisar el contenido de los derechos humanos fundamentales, adquiere preeminencia el Poder Judicial a cuyos integrantes corresponde desempeñar una de las funciones primordiales de la actividad jurídica de un Estado de derecho: garantizar el respeto de los derechos humanos de las personas frente al poder del Estado.³⁷

Al mismo tiempo, mientras por un lado se recepcionan los principios generales de los derechos humanos, otra normativa ha surgido y está vigente, que colisiona con principios generales del individuo. En este orden de ideas podemos mencionar varios ejemplos, uno del ámbito del derecho laboral, otro del derecho de propiedad y otro en el ámbito del derecho penal.

36. Fallos, 316:2624.

37. Fallos, 308:2268.

El primer ejemplo será Ley de Riesgos de Trabajo N° 24557, que en su artículo 39° ha sido denunciada por sus transgresiones al principio protectorio, (Arts. 14 Bis y 17 CN), del deber de no dañar (Art. 19) y violación al principio de igualdad (Arts. 16 CN y 1° C. Civil).³⁸

En otro plano de derechos, la Ley Nacional N° 23.302/85 de Defensa del Aborigen, que en la reivindicación de los pueblos indígenas respecto a sus tierras establece una violación al principio de igualdad y al principio de propiedad consagrados en los artículos 16° y 17° de la Carta Magna.³⁹

Por último, consideramos que a partir de la sanción de la ley 24.316, que introduce la figura en el Código Penal Argentino de la suspensión del juicio a prueba, consideramos que deja sin efecto el principio de igualdad ante la ley de los ciudadanos.

IV. El neoconstitucionalismo

Estos antecedentes generales van a confluir en la teoría que nace de la descodificación y se ha dado en denominar neoconstitucionalismo.

Esta teoría constitucional que surgió tras la Segunda Guerra Mundial –y a través de la consagración de los derechos referidos *ut supra*– no será una nueva forma de organización del poder o establecimiento de competencias, sino que se centrará en los derechos sustantivos.⁴⁰

Las formas en que se expresará dicha teoría será a través de:

38. CSJN “Aquino, Isacio C/ Cargo Servicios Industriales SA, 21/09/2004. Cf. Eduardo Álvarez, “Validez constitucional del artículo 39 de la LRT, en la ley de Riesgo del Trabajo”, *Revista de Derecho Laboral, Rubinzal-Culzoni*, 2001, p. 163); Estela M. Ferreiros, “Constitucionalidad de la Ley de Riesgo del Trabajo”, *Doctrina laboral*, marzo 1997, p. 39, entre otros autores.

39. Ley Nacional N° 23.302/85 de Defensa del Aborigen; y Jorge Alterini y otros, *Propiedad Indígena*; Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, 2005.

40. María Ahumada Ruíz, *La jurisdicción constitucional en Europa*, Madrid, Thompson-Civitas, 2005, S. 80.

• *Desarrollos teóricos*

Un tercer eslabón en el conjunto de fenómenos que abarca el neoconstitucionalismo consiste en desarrollos teóricos novedosos, los cuales parten de los textos constitucionales fuertemente sustantivos y de la práctica jurisprudencial recién enunciada, pero también suponen aportaciones de frontera que contribuyen no solamente a explicar un fenómeno jurídico, sino incluso a crearlo.

Luigi Ferrajoli señala que la ciencia jurídica no tiene una función meramente contemplativa de su objeto de estudio, sino que contribuye de forma decisiva a crearlo y, en este sentido, se constituye como una especie de metagarantía del ordenamiento jurídico en su conjunto. La ciencia jurídica, nos dice Ferrajoli, puede concebirse hoy en día como “una metagarantía en relación con las garantías jurídicas eventualmente inoperantes, ineficaces o carentes, que actúa mediante la verificación y la censura externas del derecho inválido o incompleto”.⁴¹

En el mismo plano de ideas y este tipo de postulados aportaciones como las que han hecho en diferentes ámbitos culturales Ronald Dworkin, Robert Alexy, Gustavo Zagrebelsky, Carlos Nino, Luis Prieto Sanchís y el mismo Luigi Ferrajoli han servido no solo para comprender las nuevas constituciones y las nuevas prácticas jurisprudenciales, sino también para ayudar a crearlas.

De ellas se destacan la teoría de los principios y de la técnica de la ponderación de Robert Alexy en las sentencias de la Corte Constitucional de Colombia (que, por cierto, ha desarrollado la mejor jurisprudencia en materia de derechos fundamentales de toda América Latina). Lo mismo sucede con numerosas sentencias de la Suprema Corte de México, de Ecuador y de la Argentina.

Lo novedoso del proceso actual se encuentra en que los tres elementos mencionados se encuentran combinados y en pleno funcionamiento en los Estados en donde se han desarrollado dichos conceptos.

41. Luigi Ferrajoli, “Pasado y futuro del Estado de derecho”, en Miguel Carbonell,; Nota de pie 1, pp. 18-21. “Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales en tiempos de emergencia” disponible en: http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/Neoconstitucionalismo_y_derechos_1.pdf

Es un proceso que, iniciado hacia fines de la Segunda Guerra Mundial, si bien puede llegar a confundirse con el llamado constitucionalismo social, encuentra características particulares que se ven reflejadas en todo el marco jurídico de los países que han vivido dichos procesos históricos y sociales.

• *Principio de igualdad en el derecho constitucional*

Surgieron, como se refirió, a fines de la década de 1940, y son textos que no se limitan a establecer competencias o a separar a los poderes públicos, sino que contienen altos niveles de normas “materiales” o sustantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos.

Los ejemplos más ilustrativos serán las constituciones de Italia (1947) y Alemania (1949), de Portugal (1976) y España (1978) y en Latinoamérica en los casos de la Constitución Brasileña de 1988, la Colombiana de 1991 y recientemente los casos de Ecuador (2008) y Bolivia (2009).

• *Prácticas jurisprudenciales*

Como consecuencia de la vigencia de ese modelo sustantivo de textos constitucionales, la práctica jurisprudencial de muchos tribunales y cortes constitucionales también ha ido cambiando de forma relevante, debiendo incorporar criterios interpretativos más amplios y complejos.

Surgen por lo tanto técnicas interpretativas propias de los principios constitucionales: la ponderación, la proporcionalidad, la razonabilidad, la maximización de los efectos normativos de los derechos fundamentales, el efecto irradiación, la proyección horizontal de los derechos (a través de la *drittwirkung*), el principio *pro homine*, etcétera.

Además, los jueces se las tienen que ver con la dificultad de trabajar con “valores” que están constitucionalizados y que requieren una tarea hermenéutica que sea capaz de aplicarlos a los casos concretos de forma justificada y razonable, dotándolos de esa manera de contenidos normativos concretos.⁴²

42. Gustavo Zagrebelsky, *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 1995, pp. 93 y ss.

Por ende, los jueces constitucionales –o con competencias similares– han tenido que aprender a realizar su función bajo parámetros interpretativos nuevos, a partir de los cuales el razonamiento judicial se hace más complejo.⁴³

Y todo ello sin que, tomando como base tales valores constitucionalizados, el juez constitucional pueda disfrazar como decisión del poder constituyente lo que en realidad es una decisión más o menos libre del propio juzgador. A partir de tales necesidades se generan y se recrean una serie de equilibrios nada fáciles de mantener.

V. La suspensión del juicio a prueba

El instituto se encuentra regulado en el Artículo 76 bis, ter y quater, el cual expresa que:

Artículo 76 bis. El imputado de un delito de acción pública reprimido con pena de reclusión o prisión cuyo máximo no exceda de tres años, podrá solicitar la suspensión del juicio a prueba.

En casos de concurso de delitos, el imputado también podrá solicitar la suspensión del juicio a prueba si el máximo de la pena de reclusión o prisión aplicable no excediese de tres años.

Al presentar la solicitud, el imputado deberá ofrecer hacerse cargo de la reparación del daño en la medida de lo posible, sin que ello implique confesión ni reconocimiento de la responsabilidad civil correspondiente. El juez decidirá sobre la razonabilidad del ofrecimiento en resolución fundada. La parte damnificada podrá aceptar o no la reparación ofrecida, y en este último caso, si la realización del juicio se suspendiere, tendrá habilitada la acción civil correspondiente.

Si las circunstancias del caso permitieran dejar en suspenso el cumplimiento de la condena aplicable, y hubiese consentimiento del fiscal, el Tribunal podrá suspender la realización del juicio.

Si el delito o alguno de los delitos que integran el concurso estuviera reprimido con pena de multa aplicable en forma conjunta o alternativa

43. Barak Aharon, *The Judge in a Democracy*, Princeton, Princeton University Press, 2006; en Marian Ahumada Ruiz, citada.

con la de prisión, será condición, además, que se pague el mínimo de la multa correspondiente.

El imputado deberá abandonar en favor del Estado, los bienes que presumiblemente resultarían decomisados en caso que recayera condena. No procederá la suspensión del juicio cuando un funcionario público, en el ejercicio de sus funciones, hubiese participado en el delito.

Tampoco procederá la suspensión del juicio a prueba respecto de los delitos reprimidos con pena de inhabilitación.

Tampoco procederá la suspensión del juicio a prueba respecto de los ilícitos reprimidos por las Leyes 22.415 y 24.769 y sus respectivas modificaciones. (Párrafo incorporado por art. 19 de la Ley N° 26.735 B.O. 28/12/2011).

(Artículo incorporado por art. 3° de la Ley N° 24.316 B.O. 19/5/1994)

Artículo 76 ter. El tiempo de la suspensión del juicio será fijado por el Tribunal entre uno y tres años, según la gravedad del delito. El Tribunal establecerá las reglas de conducta que deberá cumplir el imputado, conforme las previsiones del artículo 27 bis.

Durante ese tiempo se suspenderá la prescripción de la acción penal. La suspensión del juicio será dejada sin efecto si con posterioridad se conocieran circunstancias que modifiquen el máximo de la pena aplicable o la estimación acerca de la condicionalidad de la ejecución de la posible condena.

Si durante el tiempo fijado por el Tribunal el imputado no comete un delito, repara los daños en la medida ofrecida y cumple con las reglas de conducta establecidas, se extinguirá la acción penal. En caso contrario, se llevará a cabo el juicio y si el imputado fuere absuelto se le devolverán los bienes abandonados en favor del Estado y la multa pagada, pero no podrá pretender el reintegro de las reparaciones cumplidas.

Cuando la realización del juicio fuese determinada por la comisión de un nuevo delito, la pena que se imponga no podrá ser dejada en suspenso.

La suspensión de un juicio a prueba podrá ser concedida por segunda vez si el nuevo delito ha sido cometido después de haber transcurrido ocho años a partir de la fecha de expiración del plazo por el cual hubiera sido suspendido el juicio en el proceso anterior.

No se admitirá una nueva suspensión de juicio respecto de quien hubiese incumplido las reglas impuestas en una suspensión anterior.
(Artículo incorporado por Art. 4° de la Ley N° 24.316 B.O. 19/5/1994)

Artículo 76 quater. La suspensión del juicio a prueba hará inaplicables al caso las reglas de prejudicialidad de los artículos 1101 y 1102 del Código Civil, y no obstará a la aplicación de las sanciones contravencionales, disciplinarias o administrativas que pudieran corresponder.
(Artículo incorporado por Art. 5° de la Ley N° 24.316 B.O. 19/5/1994).⁴⁴

A. Principios generales

Por lo expuesto se determina que es posible requerir la suspensión del juicio a prueba cuando la imputación sea por un delito de acción pública cuyo máximo punitivo no exceda de tres años de prisión o reclusión. Se extiende tal posibilidad, en el caso del concurso de delitos, cuando el máximo de la pena de reclusión o prisión aplicable no supere el tope punitivo antes mencionado.

Al respecto, buena parte de la doctrina y jurisprudencia de nuestro país, afirmó que dicho artículo 76 bis del Código Penal debe interpretarse como un todo, que regula, en sus distintos párrafos, la aplicación del instituto en un solo caso taxativamente determinado: *aquellos delitos de acción pública, cuyo máximo, en la escala penal, no exceda de los tres años de reclusión o prisión* (a lo que se adita la extensión mencionada en el párrafo anterior, respecto de los concursos de delitos).

En tal línea el Dr. Rubén Dario Jukic, en su voto con motivo del plenario “Zalazar”, que

(...) la ley contempla en todo su texto un solo supuesto de suspensión del juicio a prueba, abordando por un lado los casos a los cuales este instituto resulta aplicable en abstracto, y tratando por otro las condiciones que deben mediar para que se conceda el beneficio en concreto (...)

44. Disponible en: <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm#13>.

Y que:

(...) el art. 76 bis, en sus párrafos primero y segundo define cuáles son los casos en los cuales en abstracto puede suspenderse el juicio a prueba. Además de emplear concretamente el vocablo “casos” en el inicio del segundo párrafo, que ello es así lo demuestra el hecho de que aquí la norma no establece que “será procedente” –o expresión de similar significado– la suspensión, sino solamente que se “podrá solicitar” la misma por parte del imputado (...)

Agregando que:

(...) Cuando al inicio del primer párrafo el art. 76 bis expresa “reprimido con pena...” evidentemente no alude al imputado, sino al “delito”, del mismo modo que en el segundo párrafo el “máximo de la pena... aplicable” no refiere tampoco a una pena concreta seleccionada para un imputado, sino al máximo que puede ser aplicado (acepción del término aplicable) a un imputado de determinado “curso de delitos”, con lo cual está dando inequívocas muestras de lo que afirmamos. Baste considerar para desechar cualquier hipótesis distinta, que si estuviera previendo el caso de un “imputado... reprimido con pena...” lo sería de uno ya condenado, en cuyo caso no habría “juicio” que suspender a prueba (...).

Por último, para seguir abonando su posición el Dr. Jukic explicó que:

(...) En los párrafos séptimo y octavo, el art. 76 bis consagra dos excepciones donde no obstante tratarse de delitos comprendidos en los “casos” previstos, de todos modos, la suspensión del juicio a prueba no resulta en abstracto viable: cuando hubiese participado en el delito un funcionario público en el ejercicio de sus funciones, y los delitos reprimidos con pena de inhabilitación. Si bien la norma coloca estos dos supuestos luego de detallar las “condiciones de procedencia” del beneficio y al final de la mención de todas ellas, estimo que la naturaleza de los mismos –operan en abstracto con indiferencia hacia el caso concreto– indica su permanencia a la definición de los “casos”, y que –en consecuencia– se ubicarían sistemáticamente mejor luego de

finalizado el segundo párrafo, como tercero y cuarto del artículo que estamos analizando.⁴⁵

Si bien parte de la jurisprudencia ha adoptado esta posición, en el ámbito de los Tribunales de la Capital Federal, la opinión se encuentra dividida, ya que una gran mayoría de los Tribunales Orales Criminales se inclinan por la solución de la interpretación amplia del artículo 76 bis del CP, en donde estarían legislados dos casos totalmente diferenciados.

La cuestión ha quedado definitivamente resuelta en el ámbito federal, a partir del pronunciamiento plenario emanado de la Cámara Nacional de la Casación Penal y denominado “Kosuta”, de obligada aplicación, por tanto, para los tribunales inferiores y que fuera criticada por buena parte de la doctrina.

En el mismo se determinó que “(...) La pena sobre la que debe examinarse la procedencia del instituto previsto en el art. 76 bis y siguientes del Cód. Penal es la reclusión o prisión cuyo máximo en abstracto no exceda de tres años...”.⁴⁶

B. Tesis restringida y amplia de aplicación

En el Debate parlamentario de la Ley que introdujo la denominada *probation* al Código Penal, para que procediera la suspensión del proceso a prueba aquella tesis indicaba que debían reunirse ciertos requisitos esenciales, tales como que el delito imputado sea de acción pública, que el máximo de la pena de prisión o reclusión del delito que se le imputa no exceda los tres años que, en caso de concurso, el máximo de la pena no

45. Zalazar, Eduardo Ramón s/estafa, plenario nro. 15 Cámara de Apelación de las cinco circunscripciones judiciales de la Provincia de Santa Fe, rta. el 22/12/98. En dicho plenario se estableció por mayoría lo siguiente: a) El instituto de la suspensión del juicio a prueba, incorporado al Código Penal por la ley 24.316 como arts. 76 bis, 76 ter y 76 quarter, no resulta aplicable a los imputados por delito o delitos cuya escala penal en abstracto exceda los tres años de reclusión o prisión; y b) El consentimiento del Fiscal, previsto en el art. 76 bis, cuarto párrafo del Código Penal, es exigible para todos los casos de concesión de tal beneficio.

46. Disponible en: <http://www.planetaius.com.ar/fallos/jurisprudencia-k/caso-KOSUTA,%20TERESA%20R.%20oc.s.RECURSO%20DE%20CASACION%20.htm>

exceda tampoco los tres años y que exista la posibilidad de una condena de ejecución condicional.

Asimismo, se entendía que debía mediar, como requisito fundamental, el consentimiento del fiscal para poder proceder a la suspensión.⁴⁷

En este lineamiento, no existe posibilidad legal que permita aplicar dicho instituto a delitos que posean una pena prevista mayor de tres años, aun cuando en concreto la pena efectiva aplicada no exceda tal número de años. “Esta posición define o delimita la aplicación del instituto a los delitos considerados leves, de competencia correccional”, teniendo siempre en cuenta que la declaración del carácter grave o leve de un delito, debe ser realizada en un juicio y no sobre un pronóstico sobre la pena a recaer.⁴⁸

Nos refiere Juan Pablo Alonso que la jurisprudencia del Tribunal Oral Criminal N° 9 es un ejemplo de posición estricta, ya que en la causa *Enciso y Streule s/Suspensión del juicio a prueba (N° 388 del 23/12/1996)*; en el cual se sostiene que los dos requisitos –que el delito imputado sea de acción pública y que el máximo de la pena de prisión o reclusión del delito que se le imputa no exceda los tres años– deben presentarse conjuntamente, considerando el primero como un requisito objetivo y al segundo como un requisito subjetivo; restringiendo la aplicación del instituto a solo los delitos cuyas penas máximas no superen los tres años de prisión.⁴⁹

Tiempo después surge una tesis amplia, que viene a rebatir la tesis restringida, planteando que el requisito de que el máximo de la pena de prisión o reclusión del delito que se le imputa no exceda los tres años, y el requisito de que exista la posibilidad de una condena de ejecución condicional proceden para supuestos distintos; expresando entonces que con el cumplimiento de uno de aquellos dos requisitos basta para que proceda la suspensión, siendo innecesario que se cumplan ambos requisitos en forma conjunta.

López Camelo estima que:

47. Conf. Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación, 2 de junio de 1993, p. 1.319.

48. Conf. Edwards Carlos; “La suspensión del juicio a prueba”, L.L, año 1995, p. 1.274; Sáez Zamora-Fantini, “Reflexiones sobre la implementación de la ley 24.316 en nuestro sistema penal”, L.L, año 1995-D, p. 1.136.

49. Juan Pablo Alonso, “Interpretación de las normas y derecho penal”, Buenos Aires, Edit. Del Puerto, 2006, p. 11.

(...) la aplicación del instituto cubre todos los delitos, correccionales y criminales, distinguiendo que no requiere consentimiento del Ministerio Público, representante en el ejercicio de la acción de persecución pública, para las penas que no excedan de tres años, y sí requiere consentimiento del fiscal en aquellas que lo supera.⁵⁰

Opina en forma similar Amoedo, y entiende que “se admite la aplicación analógica del artículo 76 bis a aquellos delitos que posean en abstracto una pena prevista con un máximo superior a los tres años, siempre que, en concreto, la pena a imponer sea de tres años o menor.”⁵¹

Alonso considera que dicha postura es la expuesta en el fallo Ocampo, Jorge, N° 158 del Tribunal Oral criminal N° 5, del 22/08/1995, en el cual se consideró que los requisitos deben interpretarse como disyuntivos de tal forma que el cumplimiento de solo uno de ellos habilita la procedencia del instituto. Aun en los casos en que la escala penal en abstracto supere los tres años, el instituto es procedente si puede preverse razonablemente que en el caso concreto la pena a imponer será de cumplimiento condicional; permitiendo una aplicación expansiva del instituto y confirmada en el fallo Menghini, de febrero del año 2004.⁵²

Finalmente, y en la misma línea, Orgeira expresa que:

Lo expuesto puede concluirse afirmando que la tesis amplia funda su posición en la interpretación gramatical y teleológica que realiza a partir de las diferenciaciones que el mismo artículo establece en cuanto a tribunal y jueces unipersonales, previendo en el primer párrafo una pena en abstracto (pena cuyo máximo no exceda de tres años), en tanto

50. Raúl Guillermo López Camelo, , “*Probation*. Algo más acerca de su alcance normativo”, D.J., Año 1997, Volumen 2, La Ley, p. 635.

51. Fernando J. Amoedo, “La pena privativa de libertad como límite de procedencia de la suspensión del juicio a prueba”, D.J., año 1998, volumen 3, p. 1.013.

52. Ibídem Cita N° 44 y Tribunal Oral en lo Criminal Nro. 23 de la Capital Federal (TOral-Crim)(Nro23), Fecha:24/02/2000 Partes: Menghini, Ariel A. Publicado en: La Ley 2000-B con nota de Eduardo Pablo Jiménez y con nota de Gustavo A. Bruzzone La Ley 2000-B, 576 DJ2000-2, 182 - RU 2000-3 con nota de Gustavo A. Bruzzone RU 2000-3, 10 Cita Online: AR/JUR/804/2000.

que en el cuarto párrafo considera la pena en concreto, con clara alusión al artículo 26 del digesto sustantivo.⁵³

La controversia planteada entre ambas tesis tiene asidero en el Plenario Nro. 5 en el caso “Kosuta”, como se consignó anteriormente.

En el mismo, que consagraba la tesis restrictiva de aplicación, se resolvió por mayoría lo siguiente:

- 1º) Que la pena sobre la que debe examinarse la procedencia del instituto previsto en el Art. 76 bis y siguientes del Código Penal es la de reclusión o prisión cuyo máximo en abstracto no exceda de tres años;
- 2º) Que no procede la suspensión del juicio a prueba cuando el delito tiene prevista pena de inhabilitación como principal, conjunta o alternativa;
- 3º) Que la oposición del Ministerio Público Fiscal, sujeta al control de logicidad y fundamentación por parte del órgano jurisdiccional, es vinculante para el otorgamiento del beneficio.⁵⁴

Por último, diremos que los defensores del instituto manifiestan que se han satisfecho distintas finalidades respecto de la problemática penal, ya que con este medio se simplifica el proceso penal y se procura racionalizar el uso de los escasos recursos del Estado de modo que preferentemente sean dedicados a la persecución de delitos de mayor gravedad o identidad.

En tal sentido, cumple con dicho objetivo pues la eficacia de su sistema ha logrado a través de la limitación del poder punitivo del Estado, evitar el proceso, la condena, y la pena privativa de la libertad.

Da un respaldo y una cierta protección a la víctima, en cuanto se ha procurado una mínima protección o resarcimiento al perjudicado, por medio del recurso que permite al victimario “ofrecer” una reparación de los daños ocasionados por él a la víctima.

Una tercera finalidad se concretaría, al lograr la internalización de ciertas pautas de conducta positiva en los imputados. Con la aplicación de las

53. José María Orgeira, “La suspensión del juicio a prueba y los delitos con una pena mayor de tres años”, L.L., año 1996, Volumen E, p. 813.

54. *Ibídem* cita N° 41.

reglas de conducta, se trata de integrar socialmente a los imputados que soliciten la suspensión del juicio a prueba, como una manera concreta de brindar un sustituto tendiente a resolver los conflictos, sin que sean sometidos a un proceso penal.

En efecto, la mayoría de los probados solicita realizar trabajos no remunerados, en favor de instituciones de bien público, tales como: hospitales, asilos, entidades intermedias, etc., con el objeto de poder prestar una importante ayuda social y de esa manera redimirse ante la sociedad por el hecho ilícito cometido.

Al respecto se ha expresado que:

(...) la finalidad de la suspensión del proceso a prueba es básicamente, evitar que el imputado cargue con los efectos estigmatizantes de una eventual condena y que se administren en mejor forma los recursos del sistema judicial (Causas N° 70-00-CC/2006 “Schneider, Fernando s/ art. 189 bis CP- Apelación”, rta. el 12/06/06; N° 120-00-CC/2006 “Taboada, Daniel Marcelo s/ inf. art. 84 Ley 1472- Apelación”, rta. el 10/11/06; 21698-01-CC/08 Incidente de suspensión del proceso a prueba en autos “Velásquez Rodríguez, Martín Augusto s/inf. art. 81 CC”, rta. el 9/6/2009; entre otras).⁵⁵

Y asimismo se ha afirmado que

La llamada suspensión de la persecución penal para el sometimiento a prueba del imputado..., método que permite con la conformidad del perseguido, evitar su persecución y la condena eventual, si demuestra –durante un plazo razonable– que se puede comportar conforme a derecho (fin preventivo especial alcanzado sin sanción formal), bajo la amenaza de retomar su persecución penal si se aparta considerablemente de las instrucciones y advertencias impuestas..., es otro de los criterios que puede servir de auxilio considerable para el descongestionamiento del servicio judicial, con ventajas apreciables para el

55. Causa N° 57899-00-CC/09 “Barrios, Ludmila s/infr. art. 104 CC”- Apelación Sala I de la Cámara Penal, Contravencional y de Faltas CABA, del voto de la Dr. Elizabeth A. Marum. Disponible en: http://defensoria.jusbaires.gov.ar/attachments/article/4513/16-%20Expte.%20nro.%2057899-00-CC_09.pdf

trasgresor (en especial, la omisión de etiquetamiento formal y del ingreso a los registros penales)...⁵⁶

En la actualidad la realidad jurídica, independientemente de la construcción teórica acerca de las tesis amplia y restringida de aplicación, nos indica que se ha impuesto el criterio amplio, aplicando el instituto a numerosos casos en los que la conducta delictiva era pasible de ser considerada con mucha mayor severidad que los tres años previstos por la normativa primigenia.⁵⁷

VI. Desde el punto de vista de los sistemas normativos

Por otra parte, del mismo instituto de la suspensión del juicio a prueba, se puede inferir que se trata de un ejemplo de cambio del sistema normativo.

Según lo expresado por Alchourrón, habiéndose caracterizado el sistema de derecho como “un sistema normativo cuya base está formada por enunciados de derecho válidos. Que los juristas reformulen la base del sistema sustituyendo unos enunciados por otros, no afecta el contenido normativo y, por ende, la identidad del sistema, siempre que las consecuencias normativas sean las mismas”.⁵⁸

Esta circunstancia no se observa en el caso analizado, ya que introduce de hecho y sin mencionarlo, una categoría nueva de imputado, que quedaría fuera de las consecuencias penales habituales.

En la misma línea, “se dice que un sistema cambia –porque se modifica alguna de sus consecuencias normativas– lo que quiere decir que deja de

56. Julio B.J. Maier, *Derecho Procesal Penal- Tomo I- Fundamentos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1999, p. 8.

57. CSJN, Acosta, Alejandro Esteban, 23/04/2008, La Ley 20/05/2008, 7, La Ley 26/05/2008, 9, La Ley 2008-C, 496, Sup. Penal 2008 (mayo), 34, ED , 5, La Ley 13/06/2008, 5, La Ley 2008-D, 36, DJ 18/06/2008, 481, DJ 2008-II, 481, JA 2009-I, 671, ED 227, 570, AR/JUR/919/2008 sostuvo que el criterio que limita el alcance del beneficio del Art. 76 bis del Código Penal a los delitos que tienen prevista una pena de reclusión o prisión consagra una interpretación extensiva de la punibilidad que niega un derecho que la norma reconoce, otorgando una indebida preeminencia a sus dos primeros párrafos sobre el cuarto, al que deja totalmente inoperante.

58. *Idem* cita 57.

ser el mismo sistema para convertirse en otro distinto del anterior”,⁵⁹ hecho que ocurre en este instituto, al introducir una facultad que antes no gozaban los imputados.

Los mismos no solo pueden pedir la suspensión de su propio proceso, sino que se encuentran en una circunstancia que los posiciona en una situación distinta y que los favorece respecto de otros acusados, ya que a cambio de un resarcimiento fáctico como las tareas comunitarias o el económico, tratan de solucionar una conducta claramente delictiva.

Desde el punto de vista de las normas, este nuevo instituto penal ha producido no solo un cambio de la base del sistema normativo, en cuanto a la aplicación de los criterios de identificación –en este caso el principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley y su consecuente obligación de cumplimiento–, sino también en las reglas de inferencia, ya que se crea una nueva categoría que permite establecer nuevas reglas para la aplicación de las penas.⁶⁰

En este caso, sería la figura del imputado: “que no registra antecedentes penales condenatorios tornan posible la aplicación de una condena condicional, a lo que asocia sus condiciones personales”.⁶¹

Dicha nueva figura jurídica, constituiría un vacío o laguna jurídica, en cuanto no se encontraría ni legislada ni regulada como sujeto aparte del cuerpo normativo. Al respecto Kelsen estableció que respecto de las denominadas:

Lagunas lógicas en el caso de la imposibilidad de aplicar el derecho vigente en un caso concreto porque ninguna norma jurídica indica la conducta debida. Y si en algunos casos se habla no obstante de una laguna del derecho, no es porque una decisión sea lógicamente imposible ante la falta de disposiciones aplicables, sino simplemente porque la decisión lógicamente posible aparece al órgano encargado de aplicar

59. *Idem* cita 57.

60. *Idem* 54, pp. 135/136.

61. Tribunal: Tribunal Oral en lo Criminal Nro. 10 de la Capital Federal (TOralCrim) (Nro10), Fecha: 12/11/2012, artes: González, Mauro Alberto, Publicado en: DJ19/12/2012, 57. Cita Online AR/JUR/57373/2012 <http://thomsonreuterslatam.com/2013/02/25/fallo-del-dia-concesion-de-la-suspension-del-juicio-a-prueba-por-el-delito-de-homicidio/>

el derecho a tal punto inoportuna o injusta que él se inclina a admitir que el legislador no ha pensado en ése caso, y si hubiera tomado una decisión diferente de la que resulta del derecho vigente.⁶²

En dicho sentido, Alchourrón establece que:

La solución de un caso individual solo está justificada si se halla fundada en el sistema primario, es decir si es la misma solución que ese sistema correlaciona con el caso genérico correspondiente. Por consiguiente, la permisión de $\sim p$ en el caso individual, solo se justifica si el caso genérico correspondiente está correlacionado por el sistema con la permisión de $\sim p$, lo cual ocurre si, y solo si, el sistema contiene una norma que contiene $\sim p$ en el caso q . Pero en el caso de laguna no existe tal norma (laguna es un caso genérico) que no está correlacionado con ninguna solución), por lo tanto, el juez no puede rechazar la demanda sin modificar previamente el sistema (llenando la laguna), so pena de que su decisión sea arbitraria, esto es carente de fundamento suficiente.⁶³

Llegando a la conclusión que el juez dictando tanto una sentencia de condena o denegatoria, siempre estaría llenando de alguna manera la laguna jurídica.

En el caso de marras, el juez admitirá o no la existencia de elementos suficientes para considerar que el imputado es acreedor del beneficio de la suspensión del proceso a prueba, y la conmutación de la pena prevista por el ordenamiento jurídico vigente (el Código Penal de la Nación), por un trabajo comunitario y el resarcimiento económico de la o las víctimas.

Todo ello no estaba contemplado en absoluto antes de la sanción de la ley 24316 de mayo de 1994; consolidándose el instituto por la creación jurisprudencial de los diferentes Tribunales (Corte Suprema Justicia de la Nación, Cámaras de casación, Justicias Contravencionales, etcétera).

Se observa, asimismo, la introducción de un elemento externo al análisis racional de las normas, que es el componente moral. Ello en el sentido del fin del instituto, que tiende a evitar el supuesto estigma o la carga social

62. Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 1987, pp. 172-173.

63. Alchourrón, Bulygin, op. cit., pp. 225/226.

que conlleva todo imputado. Todos estos elementos consideramos que son ajenos al análisis lógico de las normas y los fenómenos jurídicos.

Al introducirse de esa manera el componente subjetivo, cobra mayor relevancia la figura del juez o tribunal que tendrá a su cargo aceptar o rechazar la petición de suspensión del proceso a prueba; adaptándose nuestro sistema jurídico a la realidad actual, o de las premisas del neoconstitucionalismo.

En este caso estaríamos ante un conflicto entre normas y principios, y siguiendo a Luis Prieto Sanchís en su análisis de la obra de Ronald Dworkin, que:

Frente a esta concepción del positivismo, (...) pretende mostrarnos una realidad jurídica mucho más rica y compleja, impregnada de elementos morales y compuesta no solo por “normas” específicas, sino también por “principios” que, si bien no pueden identificarse mediante la regla de reconocimiento u otro procedimiento análogo, deben ser y de hecho son ponderados por el juez a la hora de decidir un determinado conflicto o supuesto de hecho, en particular cuando se trata de un “caso difícil” para el que no se encuentra respuesta satisfactoria en el derecho explícito.

Este sería el caso en el que el juez debe ponderar la circunstancia de cada imputado para hacer lugar al instituto de la suspensión del proceso. Y según el mismo autor,

(...) cuando se da un conflicto entre dos normas, una de ellas no puede ser válida, mientras que en los principios es necesario ponderar en cada caso el “peso” o importancia, de modo que su postergación ante un principio diferente no implica pérdida de vigor.

Lo que supone, por tanto, que las normas constituyen tipos (estándares) fuertes, en el sentido de que ofrecen una razón suficiente para decidir el supuesto controvertido; los principios, en cambio, se presentan como modelos débiles, razones necesarias para decidir, pero que han de combinarse con otros elementos o criterios.⁶⁴

64. Luis Prieto Sanchís, “Teoría del Derecho y Filosofía Política en Ronald Dworkin”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 5. Núm. 14. Mayo-agosto 1983, pp. 356 y s.s. Disponible en: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:E2nlHMO-JUc8J:dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/241940.pdf+&cd=5&hl=es&ct=clnk&gl=us>

Estos otros elementos o criterios serán las circunstancias particulares del caso que serán evaluadas por el juez o tribunal a cargo.

Según Dworkin, principios y reglas tienen ambas estructuras, y funciones diferentes, ya que se pueden sintetizar en: a) Distintas maneras de regular las conductas y b) Distintas maneras de determinar su pertenencia a un ordenamiento jurídico.

Respecto de las primeras, las reglas se aplican a las conductas “todo o nada”; y los principios en cambio, dependen de la ponderación de los distintos principios en juego, de las consecuencias de la decisión y de un cúmulo de circunstancias peculiares que no se presentan ni se discuten cuando se juzga la aplicabilidad de una regla.

Nos refiere el profesor Alonso que, dentro del género de los principios, Dworkin distingue entre las directrices, que son los estándares que proponen un objetivo que ha de ser alcanzado, una mejora en algún rasgo económico, (político, y social de la comunidad); y los principios en sentido estricto, que son estándares que deben observarse ya que constituyen exigencias de “justicia equidad, o alguna otra dimensión de la moralidad”.⁶⁵

En esta línea, Dworkin considera que los principios no pertenecen al derecho por linaje, origen o *pedigree*; los mismos son identificados mediante una interpretación constructiva del derecho en la que los principios son considerados parte integrante de aquel conjunto de principios que mejor cristalice y reproduzca la historia institucional del derecho establecido en un sistema jurídico determinado.⁶⁶

Otra óptica será la de Alexy, respecto a los conflictos entre reglas y principios, ya que los conflictos entre reglas solo se solucionan: a) introduciendo una cláusula de excepción que elimina el conflicto, o b) declarando inválida una de las reglas.

En cambio, cuando dos principios entran en conflicto o colisión, el problema no se resuelve invalidando un principio o introduciendo una excepción, sino a través de una ley de colisión que establece que, en ciertas circunstancias un principio precede a otro; debiéndose aplicar los mismos como mandatos de optimización, en la medida de las posibilidades fácticas y jurídicas.

65. Juan Pablo Alonso, *op. cit.*, pp. 165.

66. Juan Pablo Alonso, *op. cit.*, pp. 167.

En una postura distinta, Hart establece que los principios son más generales que las reglas en el sentido de que: a) un número determinado de reglas puede ser mostrado como una ejemplificación de un principio; y b) los principios hacen referencia a propósitos, metas, facultades o valores que se presentan como algo deseable de preservar o de adherir, suministrando no solo una explicación o racionalidad subyacente de las reglas, sino que, además, contribuyen a su justificación.⁶⁷

VII. Conclusiones

En el caso de la suspensión del juicio a prueba, la regla de la igualdad jurídica penal, que se encontraba consolidada en el principio del juez natural, establecido por el Art. 1º del Código Procesal Penal de la Nación, es dejado de lado al arbitrio del juez del caso que resolverá la medida procesal.

Es decir, pone por sobre la regla general, el principio de la libertad y del proceso más benigno para el acusado, circunstancias subjetivas y de valor que consolidan el quiebre del positivismo jurídico.

Entonces, la valoración o “ponderación” que hará el juez o tribunal del caso, serán las determinantes para que una persona quede con un estatus o categoría jurídica distinta del resto de los ciudadanos.

La inclusión de elementos subjetivos en las sentencias judiciales consolida el espíritu vigente desde fines del siglo XX, de ampliar el espectro jurídico a cada vez más personas, pero creando categorías jurídicas distintas a las previstas y consideradas por el cuerpo normativo vigente.

Quedan consolidados los tratados internacionales con rango supra-constitucional que se encuentran enumerados en el inciso 22 del artículo 75 de la Constitución Nacional:

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención

67. Juan Pablo Alonso, *op. cit.*, pp. 169 y 171.

Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos.⁶⁸

En este *cúmulo de tratados internacionales*, si bien “no derogan artículo alguno de esta Constitución” como reza la normativa, de hecho, dejan sin efecto justamente varios de los principios que hicieron nacer a la Constitución en sí.

Introduce la figura del imputado sin causa ni antecedentes previos, consolidando la idea del resarcimiento material junto a la de justicia social que trae aparejada la tarea comunitaria.

Las oposiciones en diversos casos jurisprudenciales versaron:

- 1) Fundada en la situación de detención ocasionada por un proceso paralelo.⁶⁹
- 2) En las características personales del imputado.⁷⁰

68. Constitución de la Nación Argentina, *op. cit.*, pp. 21, 22.

69. Carabajal, Samuel E. s/recurso de casación (Causa 14.375 y reg. 15.898), Sent. Sala 4^a.- Oposición fundada en la situación de detención ocasionada por un proceso paralelo. Necesidad de realizar la audiencia prevista en el art. 293 del CPPN. La Sala 4^a integrada por los Dres. González Palazzo, Hornos y Borinsky, resolvió el 9/11/2011, en dicha causa hacer lugar al recurso interpuesto por la defensa y anular la resolución del tribunal oral que había rechazado la suspensión del juicio a prueba requerida por el imputado.

70. Palacios, Leonardo J. s/recurso de casación (Causa 14.785 y registro 296/2012) hacer lugar al recurso de casación interpuesto por la defensa y revocar la resolución del tribunal oral que no hizo lugar al pedido de suspensión del proceso a prueba en razón de la oposición del representante del Ministerio Público Fiscal. El fiscal fundamentó su oposición en que el imputado “según surge de la propia causa, tiene otras varias causas. Que, además, tuvo declaraciones de rebeldía, ya no vino a una audiencia, hoy llegó tarde; tiene procesos en trámite, aquí y en provincia, con una suspensión ya otorgada. No sabe entonces qué grado de compromiso tiene (sic). Que en este caso resulta difícil un pronunciamiento favorable. No encuentra aquí elementos para expedirse en forma favorable y considera que no corresponde el beneficio”.

- 3) La existencia de procesos en trámite y referencia genérica a las “características del hecho”.⁷¹
- 4) Defectos procesales.⁷²
- 5) Oposición fundada en la posibilidad de que se afecte la prosecución de la acción penal respecto de un coimputado.⁷³
- 6) Fundada en la gravedad de los hechos imputados.⁷⁴

Así, el acusado de un ilícito bajo los términos de esta figura procesal, mientras cumpla con estos requisitos puede formar parte del universo de los ciudadanos.

Esta circunstancia quedó confirmada en el fallo del Tribunal: Tribunal Oral en lo Criminal Nro. 10 de la Capital Federal (TOralCrim) (Nro10), Fecha: 12/11/2012, artes: González, Mauro Alberto, en el que el imputado por el delito de homicidio culposo agravado por la conducción de un vehículo automotor solicitó la suspensión del proceso a prueba. Ofreció realizar tareas comunitarias y abonar un resarcimiento por el perjuicio ocasionado. Dicha propuesta fue aceptada por el fiscal y la viuda de la víctima. El Tribunal Oral concedió el beneficio fundado en que:

No obsta a la concesión de ese instituto, porque el mismo debe ser interpretado y comparecerse con el principio de igualdad ante la ley, del debido proceso legal, la defensa en juicio y la congruencia (arts. 16 y 18 C. Nacional) y con el principio “in dubio pro reo” consagrado en el art. 30 del CPCC, que hace “arbitrario” todo fallo donde se desconozcan los mismos (CSJN. 20/12/94, LA LEY, 1995-D -960, N° 1881; ídem 14/5/91, LA LEY, 1992-B-673, N° 635; ídem: 13/10/94, LA LEY, 1995-C-797; causa del 12/11/2009, Sala I de la Casación Penal, donde se concediera el beneficio de la *probation*, con cita del caso “Acosta” y “Norverto”; entre otros).

71. Rodríguez García, Milton s/recurso de casación (Causa 14.342 y reg. 15.890).

72. Zovak, Andrea A. s/recurso de casación (Causa 14.418 y reg. 76/2012).

73. Gaona, Germán P. y Sala, Maximiliano S. s/recurso de casación (Causa 13.143 y reg. 905/2011).

74. Gallardo Dell’Oro, Juan Martín s/recurso de casación (Causa 14.389 y reg. 19.728); Sala 2ª, integrada por los Dres. David, Slokar y por la Dra. Figueroa, 12/3/2012.

Y que “La Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha dicho que para determinar la validez de una interpretación debe tenerse en cuenta que la primera fuente de exégesis de la ley es su letra (Fallos: 304: 1820; 314: 1849), a la que no se le debe dar un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, sino que las concilie y conduzca a una integral armonización de sus preceptos (Fallos: 313:1149; 327:769), que no puede ser obviado por los jueces con motivo de las posibles imperfecciones técnicas en la redacción del texto legal, que deben ser superadas en procura de una aplicación racional (Fallos: 306:940; 312:802), cuidando que la inteligencia que se le asigne no pueda llevar a la pérdida de un derecho (Fallos: 310:937; 313:1484)”.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha dicho que la observancia de estas reglas generales, no agota la tarea de interpretación de las normas penales, porque el principio de legalidad (Art. 18 CN), exige priorizar el límite semántico del texto legal, en consonancia con el principio político criminal que caracteriza al derecho penal, como la última ratio del ordenamiento jurídico y con el principio “pro homine”, que impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano.

En ese orden, la interpretación debe orientarse en pos de la finalidad de la resocialización que fluye del citado instituto.

En esa inteligencia la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha dicho que la aplicación inadecuada de una norma de derecho común, que la desvirtúa y la vuelve inoperante, equivale a decidir en contra o con prescindencia de sus términos y constituye una causa definitiva de “arbitrariedad” (Fallos: 295:606; 301:108; 306:1242; 310:927; 311:2548; 323:192; 324:547, entre otros). Interpretación que se compadece con el principio de igualdad ante la ley (art. 16 C.N.) y la naturaleza del citado instituto, que pretende evitar la estigmatización de quién tiene su primer contacto con el sistema penal, al ser incompatible con el interés social que hace al espíritu del mismo.

En mérito a lo cual entiendo que se debe conceder la suspensión del juicio a prueba a Mauro Alberto González, por el término de tres años, a quien se le deben aplicar por igual plazo, las siguientes reglas de conducta: fijar residencia, someterse al control del Patronato y realizar tareas comunitarias, a razón de ocho horas mensuales, en el lugar pro-

puesto por su defensa técnica, o en caso de no resultar posible, en el lugar donde el Sr. Juez de Ejecución estime corresponder (art. 27 bis, incs. 1º y 8º del Código Penal). En relación a la suma ofrecida de mil pesos (\$1000), de diez cuotas iguales y consecutivas de cien pesos cada una, considero que, ante la aceptación por la parte agraviada, debe ser receptada por el Tribunal y abonarse la primera, al día siguiente de quedar firme esta resolución y las subsiguientes cada treinta días” (Del fallo del Dr. Bustelo).⁷⁵

En el Sumario de dicha causa quedan establecidos los principios extensos en los que puede ser fundado el instituto, a saber:

1. La suspensión del juicio a prueba solicitada por el imputado por el delito de homicidio culposo agravado por la conducción de un automotor debe concederse, pues el Fiscal ha mostrado su asentimiento al respecto, y la posible sentencia condenatoria podría ser de ejecución condicional (del voto del Dr. Báez).
2. La aplicación de una pena de inhabilitación conjunta o alternativa a la principal no puede obstar a la concesión del beneficio de la *probation* en los términos del art. 76 bis, inc. 7º, del Cód. Penal, pues la prohibición se refiere solo a los casos en que dicha penalidad sea impuesta en su modalidad absoluta o exclusiva (del voto del Dr. Báez).
3. Interpretar que, en los términos del art. 76 bis del Cód. Penal, la *probation* no alcanza a los delitos de pena privativa de la libertad conjunta con la de inhabilitación es irrazonable, pues ello implicaría que la sanción menor determine la exclusión del instituto, cuando aquellas mayores lo permiten en ilícitos más graves (del voto del Dr. Báez).
4. La improcedencia de la suspensión del juicio a prueba en los delitos con pena de inhabilitación –Art. 76 bis, Cód. Penal– no es óbice para concederla al imputado por el delito de homicidio culposo agravado por la conducción de un automotor, pues debe prevalecer el principio de igualdad y la naturaleza del citado instituto, que pretende evitar la estigmatización de quien tiene su primer contacto con el sistema penal (del voto del Dr. Bustelo).

75. Tribunal Oral en lo Criminal Nro. 10 de la Capital Federal, *ibídem* cita 62.

5. La exclusión de la suspensión del juicio a prueba en los casos en que la inhabilitación esta prevista como pena conjunta surge como voluntad del legislador, pues son casos en los que existe un especial interés del Estado en esclarecer la responsabilidad del imputado (del voto en disidencia del Dr. Becerra).

Es decir, queda plenamente consagrado un instituto jurídico nuevo, por interpretación jurisprudencial y en consonancia con los principios generales del denominado neoconstitucionalismo.

Hubo un cambio desde la sanción de la norma en 1994, hasta el día de hoy que impuso una tesis amplia de aplicación del instituto y por consiguiente del cambio del paradigma de igualdad que se observaba en la Constitución Nacional.

Hay una progresiva vuelta al sistema jurídico previo a la sistematización del racionalismo, que se caracterizaba por un sistema de casos o casuismo, que tiene clara predominancia por sobre la norma general y toma en cuenta las particularidades no solo de cada caso, sino que prima la voluntad del juez por sobre la ley y los ordenamientos generales.⁷⁶

Consideramos que esta tendencia es general y se observa con mayor fuerza en los países de tradición continental europea; consagrando las corrientes filosóficas del derecho anglosajón de mediados del siglo pasado.

Un estudio más detallado de institutos o circunstancias similares a los estudiados podrá establecer nuevas reglas para la resolución de casos; ya que la multitud de sentencias e interpretaciones ha tornado poco claro y confuso el panorama judicial, tanto de nuestro país como de aquéllos en los que estos nuevos principios de interpretación de la realidad jurídica tienen vigencia.

Bibliografía

- Ahumada Ruíz, María, *La jurisdicción constitucional en Europa*, Madrid, Thompson- Civitas, 2005, S. 80.
- Alberdi, Juan Bautista, *Bases y puntos de partida para la organización nacional*. Buenos Aires, Tor; 1948.

76. Víctor Tau Anzoátegui, *Casuismo y sistema*; Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, 1992.

- Alchourrón, Carlos y Eugenio Bulygin, *Sistemas Normativos*; Buenos Aires, Astrea, 2012.
- Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEC, 1993, p. 351.
- Alonso, Juan Pablo, *Interpretación de las normas y derecho penal*; Buenos Aires, Del Puerto, 2006.
- Alterini, Jorge y otros, *Propiedad Indígena*; Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, 2005.
- Álvarez, Eduardo, “Validez constitucional del artículo 39 de la LRT, en la ley de Riesgo del Trabajo”, *Revista de Derecho Laboral*, Rubinzal-Culzoni, 2001.
- Amoedo, Fernando J., “La pena privativa de libertad como límite de procedencia de la suspensión del juicio a prueba”, *D.J.*, Año 1998, Volumen 3, p. 1013.
- Bernal Pulido, Carlos, “El principio de proporcionalidad como criterio para la aplicación del derecho fundamental a la igualdad” en Gustavo Beade, y Laura Clérico, *Desafíos a la ponderación*, Bogotá, Univ. Externado de Colombia, 2011.
- Bidart Campos, Germán, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1994.
- Carbonell, Miguel; “Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales en tiempos de emergencia”, disponible en: http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/Neoconstitucionalismo_y_derechos_1.pdf.
- Edwards, Carlos; “*La suspensión del juicio a prueba*”, L.L, Año 1995.
- Ekmedjian, Miguel, *Manual de la Constitución Argentina*, Buenos Aires, Depalma, 1991.
- Ferreiros, Estela M., “Constitucionalidad de la Ley de Riesgo del Trabajo”, *Doctrina laboral*, marzo 1997, P. 39, entre otros.
- Frontera, Juan Carlos, “La descodificación como síntoma de la historicidad del Derecho”, en *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja*, Año I, Número 1. Invierno 2007. Disponible en: http://www.derecho.uba.ar/revistagioja/articulos/R0001A001_0011_miscelanea.pdf
- Levaggi, Abelardo, *Manual de Historia del Derecho Argentino*; Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1994.
- Locke; John; *Segundo ensayo sobre el gobierno civil*, México, FCE, 1941.
- López Camelo, Raúl Guillermo, “*Probation. Algo más acerca de su alcance normativo*”, *D.J.*, Año 1997, Volumen 2, *La Ley*.

- Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 1987.
- Maier, Julio B.J., *Derecho Procesal Penal. Tomo I: Fundamentos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1999.
- Machicado, Jorge, “La Revolución Francesa y el Derecho Penal Liberal”, disponible en: <http://jorgemachicado.blogspot.com/2010/11>.
- Orgeira, José María, “La suspensión del juicio a prueba y los delitos con una pena mayor de tres años”, *L.L.*, año 1996, Volumen E.
- Palacio, Lino E.; *Derecho Procesal Civil*, Tomo III; Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1976.
- Pisano, Natalio, *El pacto de San José de Flores o de unión nacional*, autores varios; Buenos Aires, Junta de Estudios Históricos de San José de Flores, 2009.
- Pompillo Baillo, Juan Pablo, *Historia General del Derecho*; México, Oxford University Press, 2008.
- Prieto Sanchís, Luis, *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003.
- Saba, Roberto, “Des-igualdad estructural”; en Marcelo Alegre y Roberto Gargarella, (cords); *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007.
- Sáez Zamora-Fantini, “Reflexiones sobre la implementación de la ley 24.316 en nuestro sistema penal”, *L.L.*, año 1995-D.
- Tau Anzoátegui, Víctor, *Casuismo y sistema*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1992.
- Wolin, Sheldon, *Política y perspectiva*, Buenos Aires, Amorrortu, 1960.
- Zagrebelky; Gustavo, *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*; Madrid, Trotta, 1995.
-
- Acosta, Alejandro Esteban, 23/04/2008, *La Ley* 20/05/2008, CSJN.
- Aquino, Isacio C/ Cargo Servicios Industriales S.A., 21/09/2004.- CSJN.
- Arteaga, Fallos 321:2767 (1998); LL, 1998-F-236
- Bahamondez, Fallos, 316:479 (1993).
- Barrios, Ludmila s/infr. art. 104 CC- Causa N° 57899-00-CC/09 “Apelación Sala I de la Cámara Penal, Contravencional y de Faltas CABA.
- Bazterrica, Fallos, 308:1392 (1986), JA, 1986-IV-962.
- Calvo y Pesini, Fallos, 321:194 (1998).
- Carabajal, Samuel E. s/recurso de casación” (causa 14.375 y reg. 15.898).
- Ekmekdjian, Fallos, 315:1492 (1992).

- Gallardo Dell'Oro, Juan Martín s/recurso de casación" (causa 14.389 y reg. 19.728).
- Gaona, Germán P. y Sala, Maximiliano S. s/recurso de casación" (causa 13.143 y reg. 905/2011).
- Giroldi, Fallos, 318:514 (1995).
- González, Mauro Alberto, Tribunal: Tribunal Oral en lo Criminal Nro. 10 de la Capital Federal, Fecha: 12/11/2012.
- Kosuta, Teresa R.; Acuerdo N° 1/99, del 17/8/1999, Cámara Nacional de Casación.
- Menghini, Ariel A., Tribunal Oral en lo Criminal N.º 23 de la Capital, Fecha: 24/02/2000:
- Mignone, Fallos, 325:524, (2002).
- Morales Solá, Fallos 319:2741.
- Palacios, Leonardo J. s/recurso de casación (causa 14.785 y registro 296/2012).
- Portillo, Fallos, 312:496 (1989).
- Rodríguez García, Milton s/recurso de casación (causa 14.342 y reg. 15.890).
- Sejean, Fallos, 308:2310 (1986).
- Zalazar, Eduardo Ramón s/estafa, plenario N.º 15 *Cámara de Apelación de las cinco circunscripciones judiciales de la Prov. de Santa Fe, del 22/12/98.*
- Zovak, Andrea A. s/recurso de casación (causa 14.418 y reg. 76/2012).

Disertación del Dr. Pedro M. Rougés en la Facultad de Derecho de la UBA, en el salón Vélez Sarsfield, el día 6 de junio de 2017

Introducción a la crítica de la dogmática del derecho tributario moderno

Afirmamos sin temor a equivocarnos que los estudios fiscales padecen una crisis conceptual, en el análisis y en la crítica, originada fundamentalmente por los cambios en la concepción del Estado en su forma fiscal contemporánea y las modificaciones producidas en la concepción del derecho positivo, visualizado constitucionalmente y con la modalidad que informan las modernas teorías de los derechos humanos.

Un análisis crítico del derecho tributario moderno se detiene perplejo ante el hecho de que la adecuación a una dogmática tributaria de hoy, moderna, se ve imposibilitada en virtud que la dogmática tributaria de fines del siglo XIX y del siglo XX realmente no responde a los principios del Estado de derecho y la conformación del estado constitucional que requieren un derecho tributario distinto al derecho administrativo y adecuado al ejercicio de derechos individuales y al espacio de libertad de la sociedad civil –que es lo requerido hoy a la dogmática tributaria–.

La dogmática tributaria en nuestro país, y en la generalidad de los Estados latinoamericanos y continentales europeos, no ha podido dar una respuesta efectiva a las mandas constitucionales y han legitimado normativas incongruentes e inconsistentes, que ni siquiera han podido limitar los poderes del Estado y garantizar de una manera efectiva los derechos constitucionales de los contribuyentes y responsables de los tributos. La crisis del derecho tributario moderno no puede ser tratada ni pensada con los actuales conceptos del Estado, la sociedad y los individuos, porque la dogmática tributaria del siglo XX se vio penetrada por la tradición del viejo derecho

administrativo autocrático de la colonia española, la centralidad del esquema burocrático francés construido en la Revolución y consolidado en el Imperio, y remozado con doctrinas constitucionales, administrativas y tributarias originadas en Italia y Alemania en que se estructuró una metáfora totalitaria sobre la sociedad, la Nación y el concepto de Estado.

Esta introducción a la crítica de la dogmática del derecho tributario se centrará en cuatro aspectos del tema:

- I. El Estado fiscal.
- II. La constitución financiera.
- III. La doctrina y la jurisprudencia tributaria.
- IV. La punición tributaria.

I. El Estado fiscal

El sistema tributario se estructura hoy acentuando sus aspectos cuantitativos, incrementando la presión fiscal, y cualitativos, acentuando las sanciones retributivas llevadas a penas privativas de libertad, que se superponen a las sanciones de carácter reparatorio o resarcitorio, que caracterizaron la punición tributaria legislada bajo la forma de intereses punitivos y multas en el sistema tributario punitivo tradicional.

La moderna estructuración del derecho penal tributario puede responder al progresivo y paradójico empobrecimiento del Estado, porque al mismo tiempo que vivimos el momento de la empresa privada globalizada, coexiste con un brutal crecimiento del Estado fiscal manifestado en su notoria participación en el Producto Bruto de los Estados. Pero los requerimientos de la sociedad están creciendo más allá de la empresa privada y el Estado fiscal, como lo vio Schumpeter ya en el año 1918.

El Estado de derecho ya no puede ser concebido exclusivamente como un sistema jurídico coherente y con vigencia efectiva: No puede soslayarse las transformaciones producidas dentro de la estructura material y social del Estado de derecho, que se manifiestan, en el ámbito de las finanzas públicas, el derecho financiero y el derecho tributario, como una síntesis relacional entre lo político y la sociedad civil.

Los derechos de los individuos y de la sociedad civil no están garantizados con la vigencia exclusiva de la ley estatal, por las desviaciones y los ataques que pueden recibir del ordenamiento jurídico. Esto se manifiesta

en la realidad normativa por las desviaciones de las leyes tributarias de los preceptos constitucionales, la normativa administrativa de los órganos recaudadores y la ingeniería cibernética de la administración tributaria que modifica en tiempo real y virtual la norma tributaria y los recursos que pueda usar el contribuyente o responsable del tributo en los procesos de determinación de los tributos y la entidad de las obligaciones de hacer y tolerar por parte de lo que se denomina “administrados”; un ejemplo de ello son los “instructivos” cibernéticos. La ley sola no garantiza, por sí misma, la integridad de los derechos humanos, sociales e individuales de los responsables del tributo, porque está desbordada por una complejidad en su aplicación que es ingenieril y no jurídica. El principio de legalidad constitucional en esa realidad normativa, aunque pretende sustentarse en un Estado de derecho funciona como mito social y político que valida el sistema.

El Estado contemporáneo está urgido para responder a las crecientes demandas sociales como sustento de su propia legitimidad y como única posibilidad de sostener el control por parte de los gobernantes: la gobernabilidad está sustentada en las finanzas y por lo tanto el Estado se convierte en un Estado fiscal, “todo problema social es un problema financiero”, escribía Goldscheid a principios del siglo XX.

En la historia económica del siglo XX el Estado debió definir los márgenes permitidos por el sistema de mercado de una economía capitalista y liberal para aplicar la imposición a la renta y, al mismo tiempo, constituir y desarrollar un Estado empresarial dirigiendo empresas públicas y ampliando la prestación de servicios públicos. La lógica del mercado capitalista hizo naufragar estas orientaciones, porque, a lo primero, la imposición directa puede gravar mayormente al capital monopólico, por su alta renta, que a la empresa competitiva en una economía libre, e incluso al trabajo asalariado; a lo segundo, porque las demandas sociales de mayor gasto público llevaron al colapso al Estado fiscal a pesar del incremento de la presión tributaria en sus diversas formas.

La respuesta a estas situaciones insospechadas se dio a la inversa de lo que la teoría había propuesto: El Estado aumentó la recaudación de los tributos a los consumos e inició un proceso de privatización de la empresa y los servicios públicos. La dependencia fiscal del Estado respecto a la sociedad lo obligó a incrementar la presión fiscal usando, a tal fin, los instrumentos jurídicos que tiene el Estado de derecho. Esta ingeniería legal es favorecida por una concepción del derecho basada en dos posiciones aparentemente

antagónicas: el reductivismo normativo del positivismo jurídico, que funciona como soporte de un formalismo jurídico que legitima aparentemente los procesos de exacción tributaria, ya sean constitucionales o inconstitucionales, apoyados por un reductivismo ontologizante creador del mito del Estado como sujeto “benefactor” y “ético”, idea sustentada por concepciones del derecho natural que “dan letra” o fundamentan posiciones moralizantes relacionadas con la recaudación fiscal como justificación del estado fiscal, fundadas en conceptos de “solidaridad social” y de “redistribución de la riqueza social” por el Estado para paliar las fallas del mercado como razón justificante.

II. La Constitución financiera

Los preceptos constitucionales son decisivos en la formulación de los textos normativos tributarios, su hermenéutica y su representación en el imaginario social. Los conceptos constitucionales, que comprenden principios acuñados en la historia nacional, transacciones sociales y políticas, distribución de la población, y conceptos de igualdad y justicia tributaria que superan el reductivismo normativo del positivismo jurídico y aun el reductivismo ontologizante de concepciones del derecho natural: La Constitución es histórica y responde a la realidad concreta.

En el derecho alemán, esta problemática se materializó en la amplia regulación de la Hacienda Pública en la “Bonner Grundgesetz” o Ley Fundamental de Bonn de 1949, que regula la Hacienda Pública en su capítulo X, permitió la generalización del término “Finanzverfassung”, Constitución financiera, en el lenguaje jurídico germano. Esta Constitución financiera subyace en diversos ordenamientos constitucionales europeos del siglo XX, tal el caso de la italiana de 1947, y la española de 1978. Esta importancia supone la salvaguarda de los derechos fundamentales del individuo frente al legislador tributario, recordando la afirmación de Hensel de que “el derecho impositivo es un derecho de ataque ordenado jurídico-constitucionalmente”.

El peso de la teoría financiera constitucional llevada a cabo en Alemania después de la Constitución de 1949 puso de manifiesto que el ordenamiento impositivo del Estado no puede vivir con independencia y a extramuros de la Constitución; en ese país la imbricación del sistema impositivo con la Constitución se vio favorecida por el establecimiento del Tribunal Constitucional de la República Federal Alemana. Sin embargo, sigue subsistiendo una

dualidad en el planteo de la ubicación jurídica de la normativa impositiva, de una manera explícita, cuando se reconoce que en esencia pertenecen al derecho administrativo (Heinrich Kruse), o en la otra posición fundada que el derecho impositivo se independizó totalmente de este. Esta última, tiene el atractivo de crear una ilusión de autonomía del derecho tributario, más relacionada con una petición de principios de garantías constitucionales que reflejo de la realidad actual, manifestada en un crecimiento salvaje de la normativa tributaria que desmiente, día a día, la posición tranquilizadora de que el derecho tributario está constituido por un conjunto de obligaciones *ex lege*, que colocan a la administración tributaria y al contribuyente y a los demás responsables del cumplimiento de los tributos en un pie de igualdad ante la ley, en un verdadero Estado de derecho.

En la normativa tributaria actual se verifica la desaparición de la distinción entre obligación tributaria, basada en la existencia de un hecho imponible, por la existencia de un complejo de relaciones de carácter formal que fortalecen la relación de poder de la administración frente al contribuyente.

Hay una antinomia entre derecho tributario, como entidad constituida por obligaciones tributarias, distintas a las relaciones de sujeción del derecho administrativo. El concepto que el primero destruía la relación de poder entre la administración y el contribuyente, porque ponía a ambos en una relación de igualdad ante la ley no resolvió la antinomia, y la síntesis operativa en el ámbito jurisdiccional del derecho tributario y el derecho administrativo no condujo a mayores garantías para el contribuyente y niveles de mayor seguridad jurídica. En una extraña simbiosis se complementaron las normas de estos distintos orígenes creando en los hechos una relación jurídica compleja que se manifestó estéril en lo teórico y negativa para los derechos de los contribuyentes y obligados en el ámbito jurisdiccional administrativo y judicial. Las indagaciones de la teoría tributaria sobre el hecho imponible y las cuestiones relativas a la interpretación de las mismas perdieron actualidad e importancia: el procedimiento tributario, las obligaciones por deuda ajena, las obligaciones formales del administrado tributario, las presunciones de la existencia de hechos imposables y las cuestiones técnicas relativas a la liquidación de los tributos pasaron a ser los temas que importan, produciéndose un reduccionismo de la teoría tributaria, que pasó a ser más administrativa y sancionatoria que obligacional.

En ese contexto, el derecho tributario creció a extramuros de la Constitución, que es el verdadero vallado de los derechos patrimoniales y garantía

de las libertades de las personas y de la sociedad civil. Este particular fenómeno de distanciamiento de las leyes tributarias de la Constitución Nacional tiene causas muy complejas en nuestra organización política, pero analizadas estas solamente en su aspecto fenomenológico, en la toma de decisiones de los órganos legislativos nacionales y provinciales en la materia tributaria, se advierte que los proyectos de leyes tributarias tienen su origen en los poderes administradores y sus aspectos técnicos en la formulación de las normas las realiza los organismos de recaudación de los gobiernos. No hay una actividad ni un pensamiento congruente en los legisladores sobre la importancia de la tributación en la estructura de la sociedad y del Estado; tampoco la población que soporta el sistema tributario tiene una conciencia clara de su importancia. Las ilusiones tributarias, favorables al Estado y la recaudación siguen operando en la sociedad: El esquema tributario, caracterizado por Anatole France en su obra *La Isla de los Pingüinos* sigue siendo el modelo ideológico para analizar los tributos.

III. La doctrina y jurisprudencia tributaria

Los órganos con poder jurisdiccional ejercitan con timidez en sus decisivos la obligación de hacer prevalecer la Constitución sobre las leyes dictadas por el Poder Legislativo, y permiten por omisión o comisión más por lo primero, la prevalencia de disposiciones administrativas de carácter general o particular. El orden administrativo es concebido como estatus de privilegio del Estado. Es inconcebible que los estrados judiciales sigan sosteniendo hoy la regla del *solve et repete*, fundado en el concepto de “bien común”, considerando que el interés del Estado es superior en la escala valorativa al interés particular que debe ceder ante este supuesto, se refleja en forma implícita en las sentencias judiciales como una filosofía fundante de las relaciones fisco-contribuyente-responsable. El “estatus de privilegio”, como idea condicionante de la interpretación constitucional, junto a la errónea interpretación del art. 14 de la Constitución Nacional de la limitación de los derechos por las leyes que los reglamentan, cuya primera etapa es la legislativa cuando dicta las leyes y luego la administrativa cuando las reglamenta y las aplica.

En este proceso institucional e interpretativo, el órgano jurisdiccional que debe privilegiar la preeminencia de la constitución en el orden jurídico del país, poco puede hacer para sostener los derechos y las garantías de los ciudadanos incluidos en la carta constitucional.

La exhortación del legista Dupin a los magistrados es aplicable hoy: “Estad seguros, magistrados, que lo que se necesita en estas circunstancias, lo que la sociedad francesa espera, no es otra ley... sino otra sentencia”.

IV. La punición tributaria. El Estado heril

La crisis del Estado fiscal se manifiesta en la dogmática penal tributaria actual que ha tergiversado siglos de conquistas del derecho penal, por lo menos en los países occidentales.

La diferencia esencial entre el derecho penal y el tributario consiste en que la actividad habitual y continua económica de las personas está gravada; está definida con límites más o menos precisos en lo que se denomina hechos imponibles elegidos por el legislador en la ley. Pero el objeto de la disciplina tributaria es la actividad económica normal de las personas y no las acciones tipificadas por la ley de acciones consideradas antijurídicas, como están en la legislación penal.

El cumplimiento de las obligaciones de los sujetos pasivos de los tributos es controlado por la administración tributaria de una manera continua. Este ejercicio de policía impositiva dirigida al sujeto pasivo de la relación tributaria se verifica en todos sus intersticios económicos, indagando al contribuyente y a terceros sobre su actividad económica, alterando el derecho ejercer una actividad lícita (Art. 14 CN).

La violencia estatal extrema se manifiesta en situaciones creadas por la legislación tributaria, al poner en funcionamiento mecanismos que permiten la discrecionalidad de la administración en la gestión recaudadora. Esto se evidencia en la normatividad tributaria, con parámetros técnicos ajustados a baremos generales aplicados en cada caso particular bajo la forma de presunciones para determinar las obligaciones tributarias; o en los procedimientos administrativos reguladores de los derechos de los contribuyentes y responsables.

La administración del Estado en la materia penal se pone en movimiento cuando se verifica la comisión de un delito tipificado en la ley penal, las tareas de prevención del delito son ajenas a la dogmática penal; como consecuencia de ello, la investigación que realiza la administración penal se circunscribe a las personas involucradas en la acción antijurídica definida en la ley: es esporádica y excepcional. En cambio, la administración tributaria es continua y normal en la investigación de las actividades

económicas de las personas y exige la colaboración de los posibles contribuyentes y de terceros. Como consecuencia de lo expuesto, la actividad de la administración en la materia tributaria es distinta a la que realiza en materia penal. El hecho imponible, como descripción de un hecho económico requiere que este sea interpretado continuamente por la administración, por el contribuyente, por un obligado o un tercero sujeto a una relación administrativa. Como consecuencia necesaria de este proceso integrativo de la relación tributaria, teniendo en cuenta que los intérpretes de la norma, por parte de la administración son distintas personas físicas y la existencia de interpretaciones estructuradas bajo la forma de interpretaciones administrativas, reguladas o no, varían en el tiempo, en otras palabras, pierden certeza.

Estamos en presencia de un aspecto pragmático de la relación tributaria, que teóricamente excede al puramente semántico considerado por la teoría de la interpretación jurídica habitual. La acción, soporte fáctico del delito, se convierte en una interpretación legal del hecho imponible en el derecho tributario. Consideren la importancia de esta distinción: en el derecho penal si no hay acción no tiene importancia las formas adverbiales de anti-juridicidad y culpabilidad, integrativas de la acción como simple *factum*; en el derecho tributario, el *factum*, el hecho imponible, es una interpretación legal, sostenida en un sistema jurídico que privilegia la interpretación de la administración tributaria –y aunque así no fuese, el problema de la consideración de la acción, distinto del hecho imponible como interpretación, como supuesto del ilícito subsistiría–.

El derecho penal tributario se convierte, de esta forma, en una creación simbólica del Estado que queda a merced de intereses particulares que acentúan el carácter selectivo de la elección del infractor por el poder administrador que luego confirma el Poder Judicial. El erario público aparece como un símbolo y la recaudación fiscal es el procedimiento que garantiza su existencia y virtualidad; expresan para cada uno aspectos que pueden llegar a ser contradictorios, y de ese modo, su contenido es nebuloso: es obra pública, salud, seguridad y defensa, justicia, distribución del ingreso, represión, pena, legalidad, administración, orden, desigualdad y corrupción. Pero todos reconocen su fuerza y se logra el consenso social como sustento del tributo. Su capacidad semiótica es evidente, y como símbolo funciona conforme al modo simbólico, que no tiene nada que ver con su contenido, como enunciado, sino con su enunciación, con

la razón por la que ha sido enunciado con una nebulosa de contenido para que cada uno reaccione ante la expresión asignándole las propiedades que le parezcan más adecuadas. La razón por la que los símbolos son enunciados es profundamente eficientista, y en la materia tributaria, se expresa esta característica en la finalidad recaudadora del fisco que se hipertrofia penando las peligrosidades presuntas y eventuales, defendiendo intereses genéricos y universales, ámbitos en que expresa su mayor potencialidad la creación simbólica del erario público. El derecho penal deja de proteger intereses individuales con exclusividad; defiende intereses universales: el ladrón roba a alguien determinado y debe ser castigado porque “después” puede robarnos a nosotros; hay una mediación del tiempo y las circunstancias, funciona un principio histórico penal en Occidente que determina la exigencia de certeza en el tipo penal, corolario del principio histórico cultural de la legalidad. En cambio, el que no paga tributos nos roba a todos porque el valor simbólico del erario público así lo razona, con lo cual el delito se hace abstracto y el hecho punible indefinido. Desaparece el interés en el juicio al imputado y las garantías que debe tener; hasta se pierde la inveterada sospecha en la elección del imputado de un delito que hacía el cuerpo policial tradicional, cuyos actos difícilmente gozaban de la presunción de legalidad y la certeza del instrumento público. En estos delitos genéricos y universales, evasión fiscal, salud pública, medio ambiente, narcotráfico, la peligrosidad presunta y eventual son decididas por organismos administrativos de alta capacidad y especialización y sus procedimientos gozan de presunción de veracidad porque el proceso es una batalla contra la evasión, el narcotráfico, la destrucción del medio ambiente, y por lo tanto el Poder Judicial solo hace de legitimante de las operaciones administrativas y policiales. Desaparece funcionalmente el principio de inocencia en la normativa del derecho penal tributario.

La finalidad intimidatoria y compulsiva como coadyuvante de la recaudación fiscal responde a un cambio en el poder político, cuyo dominio se expresa en el manejo del sistema financiero y del presupuesto, donde el estado es el verdadero árbitro, por cuanto el mercado no puede manejar estos sistemas de una manera automática y debe someterse a los dictados del poder político por necesidades del propio sistema económico. Los sectores económicos podrán tener mayor o menor influencia en las decisiones financieras o presupuestarias que tome el sector político, pero estas influencias las tienen los sectores económicos, que actúan en ese ámbito

como verdaderos operadores políticos, no diferenciándose en los modos y procedimientos de ellos.

La dogmática tributaria de la modernidad

Para hacer una crítica de la dogmática del derecho tributario es necesario distinguir las metáforas sobre las que se construyó la doctrina y la normativa tributaria, de las metáforas constitucionales que tienen otra forma de ver el objeto construido, racionalizado como una redescrición de la realidad de carácter voluntarista. Esta metáfora terminológica de nuestra Constitución es significativa y cognoscitiva en un análisis lingüístico y jurídico; es un proceso de pensamiento y no una cuestión de palabras, como es la metáfora de la retórica clásica. La metáfora terminológica, como es la primera parte de nuestra Constitución, aspira a un ideal de racionalidad que supone una sistematización conceptual que, en mi opinión, no se realizó por influencias de doctrinas originadas en Europa de estructuras constitucionales distintas a nuestra Constitución, que nació inspirada en la Constitución de los Estados Unidos. Nuestra Constitución, al igual que la mencionada, y la de los nuevos Estados latinoamericanos, tiene un carácter fundacional, primigenio: funda un Estado y construye las bases de una nacionalidad territorialmente asentada en una fracción territorial del Imperio colonial español. Además, a diferencia de las constituciones europeas consolidadas que tenían como finalidad principal limitar el poder de la monarquía, su objetivo es crear una nación republicana sustentada en la soberanía del pueblo, al igual que la Constitución estadounidense. La diferencia en los efectos normativos es enorme y explica la inadecuación de la doctrina tributaria europea a nuestra realidad constitucional normativa que, desgraciadamente tuvo un gran desarrollo en nuestro país y en toda Latinoamérica; no así en los Estados Unidos, cuya dogmática tributaria no participa doctrinariamente de la distinción terminante del derecho público y el privado, y el derecho administrativo no tiene la enjundia y la importancia que se le atribuye en nuestros países latinos por la tradición colonial y la influencia de juristas continentales europeos.

Esta posición ante el mundo era clara para los constructores de nuestra nacionalidad. Monteagudo la resume de una forma sintética en el “Ensayo sobre la necesidad de una federación general entre los Estados hispanoamericanos”:

La revolución del mundo americano ha sido el desarrollo de las ideas del siglo XVIII y nuestro triunfo no es, sino el eco de los rayos que han caído sobre los tronos que, desde la Europa, dominaban el resto de la tierra. La independencia que hemos adquirido es un acontecimiento que, cambiando nuestro modo de ser y de existir en el universo, cancela todas las obligaciones que nos había dictado el espíritu del siglo XV y nos señala las nuevas relaciones en que vamos a entrar, los pactos de honor que debemos contraer y los principios que es preciso seguir para establecer sobre ellos el derecho público que rija en lo sucesivo los Estados independientes (...)

Por lo expuesto, para realizar una crítica a la dogmática del derecho tributario en el Estado democrático constitucional moderno, es necesario, en el Estado actual de la dogmática tributaria, liberar de confusión a los significados jurídicos utilizados en la doctrina, legislación y fallos de los órganos jurisdiccionales administrativos y judiciales. El método de trabajo utilizado para elaborar una crítica que sea útil me ha obligado a tomar el derecho tributario como un objeto de conocimiento separando de este los supuestos políticos, económicos y técnicos que integran el fenómeno tributario. Es posible hacerlo, teniendo en cuenta que el derecho tributario es el más positivo de las ramas tradicionales que el uso y la doctrina dividen a la ciencia del derecho. También he tomado como supuesto básico del derecho positivo tributario a la Constitución, legislación y doctrina del Estado argentino, que presenta elementos comunes, en los aspectos teóricos y prácticos, de los Estados modernos y sus sistemas tributarios, con las obligadas referencias a otros sistemas tributarios actuales.

El derecho tributario como conocimiento separado de otras realidades fácticas del fenómeno tributario, es tomado como objeto, acentuando su carácter positivo, lo que permite:

- a) Detectar los conceptos justificativos de un orden jurídico concebido con acepciones legales.
- b) Detectar lo que es un orden preceptivo, distinto a un orden lógico y natural que es presentado como moral.
- c) Detectar los significados de la realidad jurídica creada por el lenguaje del derecho positivo que está siempre en conflicto con la política, las finanzas y la moral.

- d) Detectar los sentidos del lenguaje jurídico de la propia norma, con independencia de los sentidos lingüísticos de la política, la finanza y la moral que no integran la interpretación de esta.

Después de ese proceso de detección de factores extralingüísticos del derecho tributario, será posible una crítica científica de la normativa.

Valga esta exposición como una introducción a una crítica necesaria de nuestro sistema tributario y de su adecuación constitucional.

