

PROBLEMAS DE INTERPRETACIÓN
EN EL CONTROL CONSTITUCIONAL
Y DE CONVENCIONALIDAD

DERECHOS Y GARANTÍAS

ASOCIACIÓN ARGENTINA
DE DERECHO PROCESAL
CONSTITUCIONAL

PROBLEMAS DE
INTERPRETACIÓN
EN EL CONTROL
CONSTITUCIONAL Y
DE CONVENCIONALIDAD

DERECHOS Y GARANTÍAS



EDIAR

Asociación Argentina de Derecho Procesal Constitucional
Problemas de interpretación en el control constitucional y
de convencionalidad. Derechos y garantías / Coordinador:
Osvaldo A. Gozaíni. - 1a ed. para el alumno - Ciudad Autónoma
de Buenos Aires: Ediar, 2017.
pp.; 22x15 cm

ISBN 978-950-xxxxxxx

1. Derecho Procesal Constitucional. I. Gozaíni, Osvaldo A.,
coord.
CDD 347.05

IMPRESO EN LA ARGENTINA

Queda hecho el depósito que exige la Ley 11.723

Copyright by Editora Ar S. A.

Tucumán 927, 6° piso

Ciudad Autónoma de Buenos Aires

www.ediar.com.ar

2017

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO I

LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL EN SU LABERINTO

Por Domingo García Belaunde

1. Liminar
2. Supuestos que deben considerarse
3. Una mirada hacia atrás
4. Un caso concreto de interpretaciones diversas
5. La teoría de la argumentación estándar
6. “Criterios” específicos de la interpretación constitucional:
el planteo de Konrad Hesse
7. Rasgos diferenciadores de la interpretación constitucional
8. Lo que realmente hacen los jueces: el planteo de Posner
9. Lo que queda después de haber eliminado todo –o casi todo–
10. A modo de conclusión

CAPÍTULO II

PERSPECTIVAS Y PROSPECTIVAS DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD

Por Jorge Alejandro Amaya

1. Introducción
2. Las perspectivas del control de constitucionalidad

- a) La tensión política: el desarrollo y estado actual
de doctrina de las cuestiones políticas no justiciables
- b) La tensión judicial: el desarrollo y estado actual
de la objeción contra-mayoritaria
- c) La tensión procesal: el desarrollo y estado actual
de la inconstitucionalidad de oficio
- d) La tensión institucional: el desarrollo y estado actual del
rol de las Cortes Supremas y Tribunales Constitucionales
- e) La tensión soberana: el desarrollo y estado actual del
control constitucional de las constituciones y sus reformas
- 3. Las perspectivas del control de constitucionalidad
 - a) El desafío social: la evolución de las categorías
sospechosas de inconstitucionalidad
 - b) El desafío político: la armonización de la regla
de la mayoría y el pluralismo político
 - c) El desafío regional: la evolución del control
de convencionalidad
 - d) Otros desafíos: Los desafíos estructurales
- 4. Conclusión

CAPÍTULO III

UNA APROXIMACIÓN A LAS TÉCNICAS DE COHABITACIÓN EN UNA COMUNIDAD DE INTÉRPRETES FINALES

Por Calógero Pizzolo

- 1. Las relaciones interordinamentales y el conflicto
por la última palabra: la formación de normas
interconectadas y el desarrollo de una comunidad
de intérpretes finales
- 2. Las técnicas de cohabitación y el reconocimiento
de una “protección equivalente” entre los integrantes
de la comunidad (el método Solange)

3. Un área de reserva cerrada a la interpretación supranacional: el principio de “identidad constitucional” o de los *controlimiti*
4. Afirmación de un “margen nacional de apreciación” por parte de los intérpretes supranacionales que integran la comunidad de intérpretes finales
5. La “interpretación conforme”
6. La relación horizontal entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea
7. La relación vertical entre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y los Tribunales Constitucionales y Supremos. El dilema Melloni: admitir o no un nivel menor de protección en la interpretación de derechos

CAPÍTULO IV

ACERCA DE LAS “NORMATIVAS INTERCONECTADAS” Y LA ACTUACIÓN DEL DENOMINADO “MARGEN DE APLICACIÓN NACIONAL”

Por Eduardo P. Jiménez

1. Nuestro punto de partida (acerca de los laberintos y los techos)
2. Sobre el origen de nuestras dubitaciones (los laberintos son encrucijadas, extravíos, desolación)
3. Otros factores que plantean la crisis del sistema constitucional que nutre hoy a los Estados Nacionales (todos ocultamos y *desocultamos*, según cuadre la circunstancia)
4. La actuación de las Cortes Nacionales con relación a las “normas interconectadas” (no hay ciencia que invente alas para desoxidar el hastío y la soledad)
5. El camino reciente emprendido por nuestra Corte Suprema de Justicia (¿superación o retroceso?)

6. Nuestras breves conclusiones (los techos son amuletos
contra la intemperie)

CAPÍTULO V
LA REVISIÓN DE LA COSA JUZGADA
LOCAL EN LAS SENTENCIAS DE LA CORTE
INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS . .
Por Osvaldo A. Gozáini

1. Objetivos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos
2. La fórmula de la 4ª instancia
 2.1. Cosa juzgada y revisión de políticas
 2.2. Control constitucional y de convencionalidad
 2.3. Cosa juzgada y revisión de convencionalidad
3. Obligación de cumplir las Propuestas y Recomendaciones
de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos . . .
4. Revisión indirecta de la Corte Interamericana de Derechos
Humanos
5. Funciones de la cosa juzgada en el derecho interno
6. Debido proceso y cosa juzgada
7. Conclusiones

DERECHOS

CAPÍTULO VI
ASPECTOS PROCESALES CONSTITUCIONALES
DE LA LIBERTAD DE PRENSA
Por Héctor Eduardo Leguisamón

1. La libertad de prensa en la Constitución
2. La libertad de prensa y el derecho a la intimidad
3. Antecedentes de la doctrina de la “real malicia”

4. La doctrina de la “real malicia”: una regla sobre la carga de la prueba
5. El derecho a la imagen
6. Difamación a través de los medios de comunicación y los daños punitivos
7. Responsabilidad penal

CAPÍTULO VII

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. UN NUEVO DESAFÍO PARA LOS JUECES NACIONALES

Por Adelina Loianno

1. Introducción
2. El control de constitucionalidad y control de convencionalidad
3. La razonabilidad de las leyes y la razonabilidad de la interpretación
4. El principio de legalidad
5. El análisis de la legalidad como objeto del control de convencionalidad
6. El principio de legalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
7. El principio de legalidad en el control de convencionalidad por el juez nacional

GARANTÍAS

CAPÍTULO VIII

EL DERECHO A OBTENER UNA RESPUESTA JURISDICCIONAL MOTIVADA: ¿CÓMO LOS JUECES DEBEN JUSTIFICAR LA RECONSTRUCCIÓN QUE HACEN DE LOS HECHOS?

Por Alejandro C. Verdaguer y Carlos R. Ferraro

- 1. Sana crítica y método histórico
- 2. ¿Qué es el método histórico?
- 3. El paradigma indiciario de Carlo Ginzburg
- 4. Jueces e historiadores
- 5. Primeras conclusiones

CAPÍTULO IX

EL AMPARO Y LA PROTECCIÓN
DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES

Por Pablo Luis Manili

- 1. El derecho al amparo
- 2. La multiplicidad de amparos
 - 2.a.) El amparo individual, clásico o genérico
 - 2.b) El amparo por mora de la administración
 - 2.c) El amparo aduanero
 - 2.d) El amparo tributario
 - 2.e) El amparo electoral
 - 2.f) El amparo sindical
 - 2.g) Amparo ambiental
 - 2.h) El amparo colectivo
 - 2.i) Otros subtipos de amparo
- 3. Análisis de la normativa vigente
- 4. Propuesta de reforma

INTRODUCCIÓN

La Asociación Argentina de Derecho Procesal Constitucional (AADPC) se creó el jueves 7 de junio de 2012, en el Salón Vélez Sarsfield de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, cuando se reunieron después de cuatro años de intensa actividad, quienes forjaron en Argentina la identidad institucional de la disciplina. En esa oportunidad se aprobó el Estatuto social que permite asociarse con libertad a todos aquellos profesores, abogados e instituciones que se vinculan con la ciencia del derecho procesal constitucional.

La AADPC pretende insertarse en la comunidad académica y profesional aportando la experiencia de sus miembros, la profundización de estudios en la especialidad y la ineludible integración con otros institutos que ya cuentan con secretarías en desarrollo, o con asociaciones como las de derecho procesal y de derecho constitucional que han potenciado en estos años la relación entre la Constitución y el Proceso.

La AADPC es una entidad aprobada para funcionar con carácter de persona jurídica conforme Resolución I.G.J n° 000 8467 de fecha 24 de junio de 2015.

Uno de sus objetivos principales es fomentar en todos los órdenes el progreso científico del Derecho Procesal Constitucional, procurando tener una activa participación en el diseño de políticas públicas vinculadas a la especialidad colaborando y asesorando a los poderes y entidades públicos y a instituciones privadas para la solución de problemas de Derecho Procesal Constitucional. Con este objetivo se presentan los estudios elaborados por nuestros miembros nacionales e internacionales que contienen una fuerte premisa de defender el Estado constitucional y democrático de derecho y la vigencia de los principios y garantías constitucionales.

Precisamente en las investigaciones que hoy presentamos se analiza la construcción del pensamiento judicial con la perspectiva que trae ejercer en la decisión el control de convencionalidad. Es en el comienzo del libro, cuando el extraordinario profesor peruano Domingo García Belaunde analiza los tropiezos actuales del control constitucional señalándolo como en tránsito dentro de un verdadero laberinto. La visión que aporta enfatiza la caída del sistema Kelseniano de la pirámide constitucional para observar los cauces a tomar dentro de un posible rumbo certero.

A continuación, las investigaciones de Calogero Pizzolo, Eduardo P. Jiménez –y la que me corresponde–, estudian el impacto de la sentencia resuelta por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe en la sentencia dictada para el caso Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina”, que pueden comenzar un nuevo tiempo en la incorporación de la doctrina jurisprudencial que llega de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En estos tres capítulos el lector encontrará posiciones diversas, para nada afines, pero coincidentes en la importancia que tiene el señalado fallo.

Estos capítulos reseñan en grandes líneas los problemas de interpretación constitucional y del control de convencionalidad.

La segunda parte está destinada a verificar la incidencia que tienen las decisiones supra nacionales en el derecho interno. El profesor Héctor Eduardo Leguisamón presenta un extenso y fundado trabajo sobre la libertad de prensa; y la profesora Adelina Loianno lo hace respecto al principio de legalidad, con su reconocida capacidad y distinción.

Finalmente, se estudian las nuevas garantías, o mejor sea dicho, aquellas que, estando previstas desde la constitucionalización, comenzaron a encontrar desarrollos mucho más exigentes para custodiar con eficacia la tutela judicial prometida. Una de ellas: el deber de motivar las sentencias, se presenta con la perspectiva del que tiene que elaborar la decisión con los hechos aportados por las partes. Los jueces y profesores Alejandro C. Verdaguer y Carlos R. Ferraro nos traen un interesante trabajo sobre reconstrucción teórica y práctica comparando los resultados con los trabajos del historiador.

Queda para el cierre el amparo como principal proceso constitucional dispuesto en Argentina para dar eficiencia al control constitucional y de convencionalidad. Aquí el profesor Pablo Luis Manili desarrolla el tema y los caminos que se encuentran en los modelos o tipos de amparo que tiene nuestro país.

Con este libro, la AADPC continúa el sendero iniciado en el año 2012. A los libros sobre “Constitución y Proceso” (2013); “El Control de Constitucionalidad en la democracia” (2015), se suma la presente obra que, como las anteriores, pretende instalarse como disparador de temas y problemas a desarrollar en los congresos nacionales de nuestra disciplina.

Oswaldo A. Gozáini
Presidente AADPC

CONSEJO DIRECTIVO

Presidente: Osvaldo A. Gozáini

Vice Presidente: Jorge Alejandro Amaya

Secretario General: Pablo Luis Manili

Tesorera: Graciela Mabel Oriz

Protesorero: Tristán Gomez Zavaglia

Revisor de Cuentas: Marcelo López Alfonsín

Revisor de cuentas (s): Beatriz Alice

Vocales titulares:

Alejandro C. Verdaguer

Omar Benabentos

Eduardo Jimenez

Marcela I. Bastera

Roxana Foglia

Vocales suplentes

Jose Maria Salgado

Adelina Loianno

José María Torres Traba

Jimena Jatip

Estela Sacristán

CAPÍTULO I

LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL EN SU LABERINTO

Por Domingo García Belaunde

Sumario: 1. Liminar. 2. Supuestos a considerar. 3. Una mirada hacia atrás. 4. Un caso concreto de interpretaciones diversas. 5. La teoría de la argumentación estándar. 6. “Criterios” específicos de la interpretación constitucional: el planteo de Konrad Hesse. 7. Rasgos diferenciadores de la interpretación constitucional. 8. Lo que realmente hacen los jueces: el planteo de Posner. 9. Lo que queda después de haber eliminado todo, o casi. 10. A modo de conclusión.

1. Liminar

El problema de la interpretación es muy antiguo. De hecho, se remonta a siglos atrás, si bien entendida como una actitud o una actividad referida a muchos ángulos, o si se quiere a muchos temas. Así ha habido –y hay todavía– interpretación de textos litúrgicos, religiosos, poéticos, filosóficos, literarios, pictóricos, musicales, etcétera. Igualmente, ciertos científicos interpretan determinados hechos antes de elaborar una teoría –como podrían ser los físicos– o detectar una enfermedad –en el caso de los médicos–. Es decir, como tal existe desde siempre, aun cuando no se haya sido consciente de ello¹.

¹ Sobre la interpretación en general, cfr. Manuel Hallavis Pelayo, “*Teoría general de la interpretación*”, Porrúa, México, 2007 y la muy completa antología coordinada por Eduardo Ferrer Mac-Gregor, “*Interpretación Constitucional*”, 2 tomos, Porrúa, México, 2005. Un panorama general en Isabel Lifante Vidal, “*La interpretación jurídica en la teoría del Derecho contemporánea*”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999 y más en concreto: Manuel Atienza, “*Las razones del*

En cuanto al Derecho se refiere, se observa el mismo fenómeno. Para solo referirnos a lo nuestro y no rastrear demasiados antecedentes, tengamos presente el Derecho Romano, que si bien no tiene en sí mismo una teoría de la interpretación, encierra multitud de aforismos y criterios que permiten perfectamente elaborar una concepción romanista de la interpretación jurídica. Esto se ahondó con el tiempo, sobre todo con la expansión que tuvo el Derecho Romano en Europa, primero, y en el mundo iberoamericano después. Así como en otras latitudes. Es decir, la interpretación jurídica nos acompaña desde hace siglos.

Otro aspecto es el relativo al nombre que le demos. Desde un inicio se han utilizado indistintamente el concepto “interpretación”, que deriva del latín, con “hermenéutica”, que viene del griego, pero ambos con idéntico o similar significado. Y si bien no han faltado intentos de diferenciarlos, es obvio que a la larga significan lo mismo y todo dependerá del alcance que demos a cada uno de ellos. Por último, hay otros términos que han pretendido remplazarlo, como es el caso de la “argumentación”, que tanta literatura ha producido en las últimas décadas con diversas variantes y con velocidad de vértigo. Sin embargo, creemos que este concepto no está reñido con los anteriores, como los veremos a continuación.

De ambos términos, prefiero en lo personal el de “interpretación”, no solo porque viene directamente del léxico romanista, sino porque ha sido el más usado en sentido estricto. Así, por ejemplo, la “hermenéutica” ha sido empleada sobre todo en aspectos religiosos y recientemente filosóficos, hablándose incluso de una filosofía hermenéutica cuyo máximo representante en nuestros días es Gadamer. Me inclino pues, a fin de evitar errores eventuales, por el uso de “interpretación”.

En lo referente a la “argumentación” –sobre la cual hay varias versiones, si bien algunas sobresalen más que otras– es básicamente un enfoque que se usa precisamente para dar razones a favor o en contra de una hipótesis, en intercambios sucesivos que se contraponen y contrastan y

por medio de ajustes y afinamientos se arriba finalmente a una postura que se entiende como “razonable”. En otras palabras, la argumentación y su teoría es una manera moderna de abordar el clásico problema de la interpretación, si bien con estrategias y planteos distintos².

Un punto finalmente importante para deslindar posiciones. Toda interpretación, cualquiera que sea el método, enfoque o criterio con que se le aborde, parte necesariamente de un texto escrito, o sea de una norma –o como prefieren algunos de una “regla”– a partir de la cual se avanza en una determinada dirección. Aun cuando falte una norma, es decir, un texto escrito, al final tendremos que apoyarnos en alguno y necesariamente arribaremos a uno, por deducción, inducción, analogía o creación. Y es que en sentido amplio y como decía Wittgenstein, los límites del lenguaje son siempre los límites de mi mundo.

2. Supuestos que deben considerarse

Lo que también ha quedado en claro –si bien con algunas diferencias– es que la interpretación en cuanto tal, es un punto o tema de la Filosofía en general y de la Filosofía del Derecho en particular. Y esto por cuanto la Filosofía –sea cual sea– es siempre un panorama que quiere dar cuenta del mundo que nos rodea y, por ende, se ha diversificado enormemente, sobre todo después de Hegel, que es prácticamente el primer filósofo que en 1821 publica, y por tanto identifica, al “derecho” como una zona de su filosofía que tiene fin y objetivos propios. El caso de Hegel

² CHRISTIAN PLANTIN, *“La argumentación”*, Ariel, Barcelona, 1998 y LUIS VEGA RENÓN, *“Introducción a la teoría de la argumentación”*, Palestra, Lima 2015. Una buena introducción al pensamiento de Perelman y Olbrechts - Tyteca, cfr. ALFONSO MONSALVE, *“Teoría de la Argumentación”*, Universidad de Antioquia, Medellín (Colombia), 1992. Véase también JAIME CÁRDENAS GRACIA, *“La argumentación como derecho”*, UNAM, México, 2010 y en relación con el Derecho Constitucional, LUIS ROBERTO BARROSO *“Curso de Direito Constitucional”*, Saraiva, São Paulo, 2009 (trae una excelente exposición del problema de la interpretación y de la argumentación en su relación con la Constitución). Hay que tener presente también los últimos ensayos de José Alfonso Da Silva, que apuntan en esa dirección.

es excepcional, pues es el último de los grandes filósofos que abarca en su sistema todas las áreas del saber. Después de él existirá propiamente lo que Bobbio llamará “filosofía del derecho de los juristas” diferenciándolo de la “filosofía del derecho de los filósofos”, con la precisión de que los primeros han sido más creadores que los segundos. Si bien no han faltado filósofos propiamente dichos que han incursionado con variada suerte en el Derecho, como el caso relativamente reciente de Habermas, curiosamente su influencia es generalmente indirecta, o sea a través de discípulos o entusiastas que los siguen. Si bien, en mi modesta opinión, la época de los filósofos reflexionando sobre el “derecho” no deja de ser respetable como toda tarea académica, pero sus frutos son generalmente magros.

Aclarado lo anterior, repasemos el itinerario descendente, por así decirlo. Primero una Filosofía general, luego una Filosofía del Derecho. Y a esta sigue la Teoría o Ciencia del Derecho que es en realidad el Derecho como tal que incluye una parte general y partes especiales dedicadas a las diferentes aéreas existentes, tanto de Derecho Privado como de Derecho Público, clasificación que mantenemos por un criterio convencional y de utilidad. Existe así, una gama muy amplia de interpretaciones de acuerdo al sector que se analiza. Así tendremos interpretación civil, interpretación penal, interpretación laboral... y, por cierto, interpretación constitucional.

Como quiera que todo ello representa una unidad, es obvio que a la larga toda interpretación de un derecho positivo, es tributaria de una teoría o concepción del Derecho y esta, a su vez, se alimenta, consciente o inconscientemente, de una Filosofía del Derecho y finalmente de una Filosofía general. Es decir, aun cuando no se explicita de qué filosofía se parte –como es el caso de los positivistas clásicos– al final dependen de una filosofía subyacente. Son, como decía López de Oñate, servidores sin librea.

A vista de lo anterior, es obvio que una interpretación constitucional es tributaria de una concepción o filosofía jurídica, y también de una teoría filosófica. Es decir, es la misma interpretación jurídica en cuanto y en tanto se aplica al mundo constitucional.

Llegamos aquí al punto medular, que adelantamos y que se refiere, pero sin la prolijidad necesaria, a la interpretación constitucional, a su ubicación y a su estructura, que es la siguiente: ¿es la interpretación constitucional distinta a las demás interpretaciones jurídicas? ¿Existe alguna diferencia entre la interpretación constitucional y la interpretación administrativa? ¿Están cercanas la interpretación constitucional y la interpretación penal o no? La pregunta de fondo apunta a lo siguiente: si es que la interpretación constitucional es distinta a las demás interpretaciones jurídicas. Y aquí las respuestas varían. Algunos dicen que no, que formalmente son lo mismo...es decir, se trata de las mismas operaciones mentales que son válidas en todo el campo del Derecho.

Hay autores que van más allá, e incluso sostienen que la interpretación es una sola y que lo que sucede es que cada rama del Derecho puede tener matices que no tienen otras. Por ejemplo, es claro que por analogía no pueden crearse ni delitos ni tributos. Pero, otros autores sostienen que sí, que el mundo constitucional tiene una fisonomía especial y que necesita principios o cánones propios de interpretación que la diferencian de las del resto del ordenamiento. Son, pues, dos posiciones extremas que veremos después. Pero, adelantemos que en mi postura algo intermedia, está más cerca de la segunda que de la primera, pero acotada y con limitaciones o, si se quiere, con determinadas precisiones que son de orden menor, pero axiológicamente significativas.

3. Una mirada hacia atrás

Como decíamos antes, el problema de la interpretación ha sido siempre una preocupación latente y desde siempre. Al margen de lo que se lee en el *corpus iuris civilis* y la labor de posteriores Glosadores y Posglosadores, hay que tener presente la labor realizada en Francia por la Escuela de la Exégesis durante el siglo XIX, que tiene el enorme mérito de haber sistematizado un método por un lado, y por otro haber dado nacimiento a la codificación tal como hoy lo entendemos y a la independización de

las distintas ramas del Derecho, desgajadas del tronco común en el cual estaban.

En efecto, cuando Napoleón impulsa la codificación y nace el Código Civil francés en 1804, se empezó a ver en él algo así como la “razón escrita” y el influjo que tuvo sobre la Europa de la época fue devastador. Y como quiera que lo que se quería era sobre todo seguridad y paz en la sociedad civil, había que respetar la letra fielmente, o sea, lo que había dicho el legislador. Y si esto no era claro, pues había que buscarlo. Y si no existía, había que hacer toda una labor minuciosa para ver o descubrir lo que hubiera dicho el legislador en nuestra situación. Tal método, interesante por cierto pero unilateral y sobre todo insuficiente, tuvo vigencia durante casi todo el siglo XIX hasta que a fines de dicho siglo, fue derrotado finalmente – luego de numerosas crisis – por la “libre investigación científica” de Gény. Y todo esto vinculado, como no podía ser otra manera, al Derecho Privado. La interpretación en el Derecho Público era algo larvado y tardaría aún.

Pero, en el mismo siglo XIX, tenemos la celeberrima aportación de Savigny formulada en 1840 que se refiere en términos muy precisos a la interpretación y menciona como elementos de ella a los siguientes: gramatical, lógico, histórico y sistemático³. Cabe recordar que la propuesta de Savigny sigue teniendo validez hasta la fecha, a tal extremo que existen autores que la aceptan como válida para el Derecho Público (Forsthoff). Y en nuestros días, Häberle dice que a esos cuatro elementos habría que añadir un quinto, que sería el “derecho comparado” o “comparación jurídica” como otros prefieren, pues sin lugar a dudas, conociendo lo de fuera se entiende mejor lo de adentro⁴.

³ En el primer tomo de su obra “*Sistema de derecho romano actual*” (1840) del que hay traducciones. Un panorama sobre Savigny, cf. ANTONIO HERNÁNDEZ GIL, “*Metodología de la Ciencia del Derecho*,” en “*Obras Completas*,” Espasa-Calpe, tomo V, Madrid, 1988 y MARTÍN LACLAU, “*Soberanía y Estado de Derecho*,” Astrea, Buenos Aires, 2014, pp. 181-122.

⁴ PETER HÄBERLE, “*Métodos y principios de interpretación constitucional. Un catalogo de problemas*,” en “*Revista de Derecho Constitucional Europeo*,” N° 13,

La suerte de Savigny ha sido muy curiosa y es que su clasificación subsiste hasta ahora en gran número de manuales de introducción al Derecho, pero con una notoria deformación. Llamam “métodos” a lo que Savigny denominó “elementos” o “criterios” para interpretar. Hoy se habla y se utilizan conceptos tales como “método literal” o “gramatical”, “método histórico”, como posibilidades que se bridan al estudioso y que este escoge libremente. Se olvida que Savigny se refirió a estos cuatro elementos como útiles en forma conjunta y escalonada, para alcanzar el sentido o pensamiento ínsito de la ley. Así, bien entendido, el “método gramatical” o “literal” es solo un primer ingreso al problema, un primer paso que decididamente no lo agota: hay que recurrir a los otros.

Con posterioridad han venido otros autores desde diversas perspectivas que han añadido algún “elemento” más, pero entiendo que en rigor recién en la década de los cincuenta del siglo pasado han aparecido propuestas interesantes como son la retórica y la argumentación. Pero desde el lado de los juristas técnicamente hablando, hay que hacer una breve referencia a Kelsen, al cual decididamente no se le ha tomado muy en cuenta y del que aquí hacemos una referencia breve.

En 1934 Kelsen publicó un artículo en una revista especializada dedicado a la interpretación. Ese texto fue incorporado a la primera edición de su famosa “Teoría Pura del Derecho” publicada ese mismo año. Con posterioridad, el mismo planteo, pero en forma más elaborada fue expuesto como último capítulo de la segunda edición, muy ampliada, de su “Teoría Pura del Derecho” que se publica en 1960, de la que hay numerosas traducciones (si bien, hasta donde alcanza mi información, solo dos supervisadas o vistas de cerca por el propio autor: la editada en inglés en 1967 por la Universidad de California y la versión italiana de Mario G. Losano de 1966, con numerosas notas y valioso estudio preliminar⁵.

enero-junio de 2010.

⁵ La literatura sobre Kelsen es inmensa, cf. GONZALO A. RAMÍREZ CLEVES, editor, *“Ecos de Kelsen. Vida, obra y controversias”*, Universidad Externado de Colombia,

No obstante la brevedad del texto, la aportación de Kelsen es considerable. Y si bien trata de muchos temas en tan apretado número de páginas, vale la pena rescatar quizá lo más importante: la interpretación según Kelsen consiste en tratar de subsumir un caso en una regla general y de ahí extraer una conclusión que es el paso previo a la aplicación. Casi, si queremos verlo, como un silogismo que viene desde Beccaria y que aún subsiste en los debates doctrinarios.

Pero Kelsen va más allá y sostiene que entre la norma y los hechos, existe un campo algo amplio que puede dar, sea por indeterminación de la norma, sea por su vaguedad, sea en fin por cualquier otro motivo, que no sea fácil interpretar y que al final más que una solución tengamos varias. Es decir, para Kelsen no existiría el Juez Hércules ni nada por el estilo.

La norma, según afirma, es un marco abierto a varias posibilidades y eso lleva a la conclusión de que al final tenemos varias interpretaciones, enmarcadas, por cierto, dentro de ese esquema. Diríamos, por tanto, dentro de la razonabilidad de la norma. Existiría, pues, un campo relativamente amplio de donde extraer lo que debe ser el resultado del proceso interpretativo. Pero, Kelsen no va más allá. Señala que eso debe ser cubierto por el juez —o quien haga sus veces— de acuerdo a lo que él decida. Ahora bien, ¿en virtud de qué los jueces deciden? Es un tema que Kelsen deja abierto.

Pero, lo que queda claro para él es que la interpretación o mejor dicho el proceso que lleva a ella, es un acto de voluntad, no es un acto de conocimiento. Por tanto, la manera como el juez decide y las razones que pueda tener, es algo que no incumbe a una Teoría Pura del Derecho que es tal y que no le interesan las razones morales, de justicia, de política o

Bogotá, 2012; MARIO G. LOSANO, “Teoría Pura del Derecho. Evolución y puntos críticos”, Temis, Bogotá, 1992 y LAURA CLÉRICO y JAN SIECKMANN (eds.) “La teoría del Derecho de Hans Kelsen”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011, que contiene un ensayo sobre el tema concreto de la interpretación de Óscar Sarlo que rescata el enfoque primigenio y precursor de Kelsen.

de progreso que puedan justificarlo. Kelsen por cierto, como ha quedado demostrado, opinó e interpretó sobre asuntos puntuales que le fueron sometidos a consulta. Pero, es indudable que eso lo hacía a título personal y profesional, pero no como científico. Y, en eso siempre fue muy claro, como puede verse, por ejemplo, en el tema de la Justicia que trató siempre con deferencia, pese a considerarlo como un tema meta jurídico.

4. Un caso concreto de interpretaciones diversas

En la extensa literatura que ha producido Atienza, hay un caso que me parece que nos puede ser útil para ilustrar lo que veríamos a la luz del planteo de Kelsen⁶. (6) Es un caso real motivado por el “Grapo” (Grupo Antifascista Primero de Octubre) un grupo terrorista que hizo una huelga de hambre en una cárcel en España para obtener determinados beneficios penitenciarios, entre ellos la reubicación de todos ellos en un lugar común. El problema es que se trató de un caso muy sonado en donde la huelga de hambre, llevada de a verdad, podía llevar a la muerte de los prisioneros.

Llevado el caso a los tribunales, la decisión de la Sala Segunda de la Audiencia Provincial de Madrid (en consonancia con otros pronunciamientos judiciales) dictaminó que si bien no podía permitirse un chantaje al Estado y menos aun a cuestionar medidas de política penitenciaria –que no estaban reñidas, por cierto, con los derechos fundamentales de los presos– las autoridades estaban autorizadas a alimentar a los presos por la fuerza. Pero, en otros pronunciamientos judiciales de distintas sedes se sostuvo que esto no era posible y en consecuencia debería alimentarse a los huelguistas solo cuando ellos hubiesen perdido la consciencia, medida esta que fue cuestionada por la opinión pública. Mediante sendos recursos de Amparo conoció el hecho el Tribunal

⁶ MANUEL ATIENZA, “Las razones del derecho. Sobre la justificación de las decisiones jurídicas,” en “Isonomía”, N° 1, 1984. Véase también, MANUEL ATIENZA - RODOLFO L. VIGO, “Argumentación Constitucional. Teoría y Práctica”, Porrúa, México D.F. 2014.

Constitucional, que en varias sentencias concordó con el primer punto señalado, con diversos argumentos.

El problema es delicado y los argumentos de ambos lados son interesantes. Pero podemos presentar uno más: ¿por qué interferir la huelga de hambre? Al fin y al cabo, cada uno es dueño de sus actos y de sus destinos y la adopción de la huelga es una decisión personalísima y libérrima. Quien lo hace conscientemente, debe atenerse a sus consecuencias. Esta es finalmente la postura a la que apunta Arienza, con lo cual queda en evidencia la complejidad del tema y la dificultad de llegar a una respuesta única y correcta.

Como se ve, son tres soluciones distintas. Pero ¿Cuál es la verdadera? Pues todas y ninguna. Estamos aquí en un caso delicado que los expertos denominan “casos difíciles”, en donde generalmente no solo es complicado llegar a una decisión final, sino que aun así, lo que se decida será en principio debatible, sin por ello restarle mérito a lo resuelto.

Y esto porque además, la estructura del ordenamiento jurídico lo permite. Pues está compuesto de normas –otros dicen, por trasposición del inglés “reglas” que en principio prefiero evitar– pero estas siempre tienen en sí mismas, es decir, portan o incluye valores o principios, según quiera indicarse, que precisamente permiten este “juego” interpretativo que consiste en sacar o aplicar enfoques no siempre únicos y muchas veces variables. A lo que se añade un factor importante: el grueso del lenguaje jurídico y en consecuencia de las normas, está redactado en un lenguaje común, ordinario, coloquial, que tiende a la indeterminación. Por cierto, esto no niega la existencia de términos técnicos (hipoteca, imputable, contribuyente, etcétera) pero en general el Derecho y su lenguaje resisten a ser formalizados y menos aún con algoritmos lógicos que nada aportan y nada dicen, como en su día lo subrayó von Wright al aceptar que la lógica moderna sirve muy poco al Derecho o quizá nada (lo que no obsta para que Ferrajoli dedique el tercero de los tomos publicados de su “Principia Iuris” a un innecesario y larguísimo “divertimento”).

5. La teoría de la argumentación estándar

Lo que se conoce como *argumentación estándar* es, sobre todo, aquella que ha tenido y tiene un mayor predicamento, a tenor no solo del carácter teórico de tal postura, sino a la aceptación y la influencia que ha ejercido sobre todo en Iberoamérica, alimentado desde España con traducciones y libros de referencia. Me remito a Robert Alexy, conocido sobre todo por su obra sobre los derechos fundamentales y en especial la dedicada a la argumentación jurídica. Si bien, ambas –debidamente traducidas al castellano y a otros idiomas, con numerosos textos aclaratorios y ampliatorios del autor– guardan cierta relación entre sí, es posible aislarlas para el presente repaso. En efecto, es el libro titulado “Teoría de la argumentación jurídica” (Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1977) el que más ha circulado y quizá el más sugestivo, a tal extremo que se han realizado eventos, certámenes y foros sobre lo que dicho libro dice o no dice⁷.

Si nos acercamos a él vemos de inmediato que está compuesto de dos partes: una teórica y de antecedentes y otra de desarrollo del tema propiamente dicho. Alexy declara su deuda, entre otros, del pensamiento de Habermas, que entendemos es su basamento teórico, por lo menos en lo esencial, pero para nuestros fines no lo desarrollamos aquí. La tesis básica de Alexy es que un enunciado normativo es correcto si es resultado de un procedimiento, y esto es precisamente lo que hará en la segunda parte de su libro y lo llevará a cabo en un desarrollo fatigoso, reiterativo, muchas veces elemental y superfluo, para llegar a una conclusión generalmente sabida. Y todo esto acompañado por fórmulas lógicas que muchos, sobre todo los jueces, no entienden y que además las considero innecesarias (el clásico libro de Alchourrón y Buligyn titulado “Sistemas normativos”,

⁷ Vid. un resumen de sus tesis en ROBERT ALEXY, “Teoría del discurso y derechos humanos”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá 1995 (son sus conferencias en dicha Universidad) así como de DAVID SOBREVILLA, “La filosofía del derecho alemana actual”, Fontamara, México, 2008, pp. 25-123 y más ampliamente ALEJANDRO NAVA TOVAR, “La institucionalización de la razón. La filosofía del derecho de Robert Alexy”, Antropos -Universidad Autónoma Metropolitana, Barcelona, 2015.

prácticamente prescinde del aparato algorítmico y lo reserva al final en calidad de breve apéndice).

Para ello se sirve Alexy de una serie de reglas y formas del discurso práctico de lo más detallados. Lo inicia con lo que llama las “reglas fundamentales” que son, básicamente, la no contradicción, la sinceridad, la universalidad y el uso común del lenguaje. Continúa con las “reglas de razón” que al final junta en seis grupos de reglas y formas de justificación interna, inmensamente largas y explicativas y que aquí no tocamos. A eso siguen las reglas sobre la carga de la argumentación que son técnicas; las formas de la argumentación, las reglas de fundamentación y las reglas de transición. Se extiende también en una fatigosa descripción de formas de interpretación que reúne en seis grupos y formas de argumentos jurídicos especiales (a contrario, analogía y ad absurdum).

Aspectos que vale la pena señalar en todo este desarrollo, son las ideas siguientes:

- 1) El razonamiento jurídico es de carácter práctico y se desarrolla argumentativamente.
- 2) No existe una solución única y correcta para los problemas en cuestión, sino varias pero deben ser bien construidas y más bien razonables.
- 3) Señala la distinción entre “reglas” (mejor hubiera sido decir simplemente “normas”) y “principios”. Las primeras son el derecho positivo, los segundos son en buen sentido los valores, metas o ideales que encierran las reglas, si bien en esto no hay mucha aceptación, pues se han planteado diferencias en las que aquí no entramos.
- 4) Los “principios” no tienen jerarquía. La única respuesta correcta es que son una idea regulativa, aun cuando no se cumpla.
- 5) La subsunción como método tradicional, sigue siendo útil para la interpretación y aplicación del Derecho, pero es insuficiente.

6) La ponderación tiene un rol importante que jugar, sobre todo cuando existen de por medio valores o principios referidos a derechos fundamentales.

7) La ponderación es inevitable, se podría decir, en los “casos difíciles” y sobre todo cuando hay un aparente encuentro o desencuentro entre “principios”. Pero aclaremos que como decía Couture, en el trajín diario tribunalicio, los “casos difíciles” no pasan del 10% o menos de la carga procesal.

8) Importancia en la “ponderación” tiene la fórmula del “peso”, símil tomado de la experiencia diaria –pesar un objeto material como un lapicero o un libro– que nos ayuda a ver mejor cuál de los términos de referencia debe adoptarse y que al final es lo que nos orienta, pero, cuya utilidad es más que discutible.

Lo expuesto es algo muy somero, del cual hay que extraer ideas básicas: la argumentación es parte del discurso práctico, la observación de un procedimiento orientado por reglas que hay que seguir y el uso de la ponderación en casos difíciles, recurriendo a la fórmula del peso, de ser el caso⁸.

Ahora bien, la construcción teórica de Alexy es algo muy elaborado, es una maraña muy propia de lo que Giovanni Papini llamaba la “bruma germánica” que consiste en exagerar el análisis minucioso de lo que debería hacerse, pero que de repente nadie hace o muy pocos⁹. De hecho, es

⁸ La fórmula del peso la ha abordado Alexy en forma independiente en diversos ensayos. Véase el incluido en el libro *“El principio de proporcionalidad en el derecho comparado”*, MIGUEL CARBONELL y PEDRO P. GRÁNDEZ CASTRO, coordinadores, Palestra, Lima, 2010, conjuntamente con otras valiosas colaboraciones.

⁹ Véase este párrafo escrito hace más de ciento cincuenta años: “...el filósofo digno de tal nombre, debe buscar y procurar en todos sus escritos estas dos cualidades mencionadas: claridad y precisión. Y esforzarse siempre en parecerse no a un impetuoso torrente, sino más bien a un lago de Suiza, que por su sosiego aparece más claro cuánto más profundo, dejando ver su fondo desde el primer momento. La clarté est la bonne foi des philosophes dijo Vauvenargues. El seudo-filósofo en cambio, siguiendo la máxima de Tayllerand, tratará por todos los medios de ocultar,

más que improbable que un Juez utilice las pautas de Alexy para hacer una buena interpretación y menos aún que lea su obra. Se trata pues de algo ingenioso para lucirlo en una feria o en un circo, pero que no tiene ninguna utilidad práctica, salvo que lo redactemos de nuevo en forma más simple, menos enrevesada y más práctica y además lo aligeremos de tantos elementos obvios que nadie discute. Si bien esto ha despertado como de costumbre el elogio exagerado y áulico de muchos, hay otros que han denunciado este preciosismo vano que además se ha olvidado de la realidad. No obstante esto, el planteo de Alexy puede ser útil como un análisis de lo que debería hacerse en el plano teórico, aun cuando quizá nadie lo hace. Útil para el académico, puede ser inútil y un estorbo para el operador práctico del Derecho.

6. “Criterios” específicos de la interpretación constitucional: el planteo de Konrad Hesse

Desde hace algunos años se ha difundido ampliamente en la comunidad constitucional iberoamericana los principios interpretativos que se desprenden de la obra de Konrad Hesse y que según él, justificarían plenamente que la interpretación constitucional sea específica. O sea, no solo tenga su razón de ser sino que la diferencia de todas las demás. Ellos son, como se sabe, los que mencionamos resumidamente:

- i) Unidad de la Constitución.
- ii) Concordancia práctica.
- iii) Conformidad funcional.
- iv) Efecto integrador.

bajo sus palabras, sus pensamientos o mejor, su falta de pensamiento, atribuyendo a falta de perspicacia del lector la oscuridad de sus filosofemas. Así se explica que en algunos escritos, los de Fichte por ejemplo, el tono didáctico degenera con frecuencia en injurioso y hasta curándose en salud, se llegue a echar en cara, por anticipado, al lector por su incapacidad” (cf. Arthur Schopenhauer “De la cuádruple raíz del principio de razón suficiente”, Losada, Buenos Aires 2008, cap. 1.

v) Fuerza normativa de la Constitución.

En primer lugar, y como lo he señalado en alguna otra oportunidad, me parece que hablar de principios en materia constitucional no es lo más adecuado. El uso del vocablo “principio” se estila sobre todo en disciplinas axiomáticas o, en todo caso, físico-naturales, en relación con ciertos puntos que justifican el desarrollo entero de todo un cuerpo de conocimiento que se desprende de aquellos. No es este el caso de la materia constitucional, en donde no tendría sentido tener tantos “principios” sin ninguna relación entre sí y que más bien estorban. Más aun, teniendo en cuenta que todos ellos deben actuar en forma conjunta. Y si es así, no son en realidad principios sino “elementos”, como quería Savigny o “criterios” que pueden enumerarse en gran número.

Otro punto a tener en cuenta es que en realidad, la existencia de “principios” o “criterios” en materia constitucional no implica que deban dejarse de lado los que son clásicos y que fueron formulados para el Derecho Privado, en especial desde Savigny. Y es normal que así sea, pues mientras que el Derecho Privado tiene un desarrollo sostenido desde inicios del siglo XIX y en forma casi indetenible hasta nuestros días, el Derecho Público, si bien nace por la misma época, solo tiene su consolidación mucho más tarde. En realidad, desde fines del siglo XIX, por especial mérito de la dogmática alemana de la cual es suprema representante la teoría del Estado de G. Jellinek, que se publica, como se sabe, en 1900. Y que según el certero apunte de Löewenstein, no ha tenido desde entonces – ni dentro ni fuera de Alemania – un digno heredero. Más aun, su desarrollo ha sido por lo demás oscilante y con altibajos y ha tenido, como dirían De Vergottini y Fix-Zamudio, diversas navegaciones o ciclos que se suceden y superan hegelianamente desde entonces, viviendo en la actualidad el que se inició en la segunda posguerra, es decir, a partir de 1945, en que sin negar lo antiguo, aparecieron nuevas inquietudes y afanes y así hasta nuestros días (época que con muy mal gusto, ha sido calificada de “neoconstitucionalista” en forma por demás cursi e innecesaria).

Pues bien, veamos los “principios” o “criterios” que señala Hesse y que han tenido tan extendida aceptación, a tal extremo que muchos creen que es la doctrina dominante en Alemania, lo cual no es del todo exacto. Sobre esto punto ha llamado la atención Virgílio Afonso Da Silva que no solo señala que la postura de Hesse es una más entre tantas otras, sino que ella en rigor no tiene ninguna característica que sea propia de lo constitucional¹⁰. Veamos algunos de estos:

a) Unidad de la Constitución: Algo obvio. El ordenamiento jurídico y sus parcelas deben ser una unidad global y también en sus respectivos ámbitos cada una de las disciplinas jurídicas. Es evidente que el Derecho Civil es una unidad, como lo es el Penal y si no lo son por algún problema de la dogmática, deberá buscarse que así lo sea.

b) Efecto integrador: Tampoco es exclusivo de la Constitución. Alcanza y afecta a todo el universo jurídico.

c) Fuerza normativa de la Constitución: Algo evidente, sin olvidar que cualquier norma de cualquier código sustantivo tiene esa misma fuerza o debería tenerla, pues de lo contrario dejaría de ser Derecho.

Y así con todas las demás. Son “principios” que alcanzan a todo el ordenamiento jurídico en general y no son privativos del texto constitucional. Con lo cual podríamos llegar a la conclusión –así Guastini– de que la interpretación constitucional no tiene en realidad ninguna peculiaridad que la haga distinta a las demás y se diferencia solo por la materia o texto al cual se aplica.

7. Rasgos diferenciadores de la interpretación constitucional

Sin embargo, podemos intentar ir más allá y analizar otras cuestiones, o sea, otros criterios o conceptos que hay que tener en cuenta y que

¹⁰ Cfr. VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, organizador, *Interpretação constitucional*, Malheiros editores, São Paulo 2005 que incluye su valioso texto sobre “Interpretação constitucional e sincretismo metodológico”.

si bien no hacen que la interpretación constitucional sea distinta a las demás interpretaciones, la hacen algo “peculiar” o en todo caso “significativa”. Aclaro: no es independiente ni autónoma, pero sí “peculiar” y con algunos “rasgos” que la identifican¹¹. Veámoslo con calma.

a) Lo primero es que la Constitución es el texto que en forma más elevada se encuentra en el ordenamiento jurídico. Es decir, está en lo más alto de la pirámide, si queremos usar esta fórmula de Kelsen que éste tomó de su discípulo Merkl. La Constitución, en esta época y desde que inició su última navegación en la segunda posguerra mundial, está por encima del resto del ordenamiento, lo condiciona y lo que pase con ella o por ella, irradia al resto del ordenamiento al cual condiciona. Es el fenómeno que a fines de los ochenta del siglo pasado intuyó Favoreau y desarrolló en ensayos posteriores y que denominó como “constitucionalización del derecho”. Esto como consecuencia de que hoy en día –en Europa, pues en América lo era desde el siglo XIX, si bien no muy observado en la práctica– la Constitución no es más un instrumento político, sino sobre todo un texto normativo, tanto como lo es el Código Penal o el Código Civil. Así, una interpretación constitucional debe tener presente esto, pues lo que a ella atañe se expande a otras áreas y las afecta, lo que no sucede en otras ramas del Derecho (una interpretación penal no tiene porque afectar, en principio, a la normativa laboral o mercantil).

b) Pero, existen también otros elementos: la deferencia al legislador democrático. O dicho de otra manera: cuando se interpreta la Constitución o desde ella, hay que tener en cuenta que al margen de la Justicia, la seguridad es uno de los fines del Derecho. Y por otro lado, dentro de un Estado que se rige por leyes, estas son dadas por el legislador que

¹¹ Algo de esto he adelantado en mi ensayo “La interpretación constitucional como problema” de 1993, que puede verse en la “*Revista de Estudios Políticos*,” N° 86 octubre-diciembre de 1994 y ahora en mi libro “*La Constitución y su dinámica*”, Palestra, Lima 2006. El presente texto en cierto sentido resume, precisa y actualiza lo expuesto anteriormente y que he desarrollado en clases dictadas en la Maestría de Derecho Procesal Constitucional de la Universidad Lomas de Zamora (2013-2017) y en otros centros académicos.

representa la voluntad popular –en amplio sentido rousseano– y debe dársele su sitio. Eso hace que en la interpretación constitucional de las leyes tenga presencia un criterio denominado “presunción de constitucionalidad”, que lo es “*iuris tantum*” y que ha desarrollado la jurisprudencia norteamericana desde hace más de cien años (en lo que ha ido muy por delante del constitucionalismo europeo, que recién lo descubre pero que lo reinterpreta en clave germánica, es decir, en forma no cartesiana).

Ligado a lo anterior, se encuentra la llamada “previsión de consecuencias” tan ligada al manejo de un Estado y que ha dado lugar a toda una tipología de sentencias que ha creado la doctrina y la jurisprudencia italianas, sobre la base de algunos atisbos alemanes. Y es que una cosa es anular un contrato y muy otra anular un impuesto por inconstitucional y lo que ello conlleva. Por cierto, que no creo que sea esto especialmente constitucional, pero en esta materia me parece que es relevante.

c) Los derechos humanos han existido desde siempre, como es sabido y así lo ha testimoniado la historia. Y sus violaciones han sido endémicas y además de un radio de protección bastante restringido. Piénsese solo en la libertad individual y recuérdese que la esclavitud existió en los países más civilizados hasta bien avanzado el siglo XIX. Y en otro tipo de derechos ha habido algo parecido: el voto ha sido negado a las mujeres, en términos generales, hasta 1940 –años más, años menos– y otras formas de discriminación todavía existen. Pero es indudable que la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 marca un hito importante en el aspecto normativo e internacional, si bien solo en 1966 se aprobarán los Pactos complementarios de derechos civiles y políticos y los económicos, sociales y culturales.

Pero, lo importante es que la defensa y proclamación de los derechos humanos a nivel constitucional –con el nombre más usado de derechos fundamentales– solo ocurre desde esa fecha y no antes. Con lo cual toda interpretación constitucional debe tener entre sus metas la defensa y protección de los derechos humanos.

d) Se debe al politólogo italiano Gaetano Mosca el concepto de “fórmula política” que en nuestro ámbito ha difundido y usado Pablo Lucas Verdú y luego Raúl Canosa Usera, y que aquí utilizo con cierta libertad. Y ella se refiere a lo siguiente: en todo Estado existe un tipo de gobierno: presidencialismo, neo presidencialismo, parlamentarismo, monarquía, etcétera. Es lo que se conoce como formas o sistemas de gobierno y sobre las cuales hay gran variedad, no solo en su desarrollo sino además en sus características: no existe “el” parlamentarismo sino “los” parlamentarismos. Pues bien, salvo casos especiales como es el de los países emergentes fruto del fenómeno de la descolonización de la década de 1960, se acepta que estos regímenes o modelos de gobierno son productos históricos, que tienen su razón de ser y que hay que respetarlos, pues no se les puede cambiar como quien se cambia de camisa. Pero es obvio que si ese gobierno es democrático en teoría y en la práctica, hay que defenderlo en sus principios y esa debe ser uno de los criterios o elementos que orienta una interpretación constitucional. O dicho en otras palabras, la interpretación constitucionalidad debe ayudar a la “gobernabilidad”, no en los aspectos menudos del trajín diario, sino en los grandes temas y dentro de un marco de razonabilidad.

8. Lo que realmente hacen los jueces: el planteo de Posner

Si a un juez le llevamos a la mano la “Teoría de la Argumentación Jurídica” de Alexy y se la explicamos, es probable que no entienda nada y que quizá no le interese. Aún más: probablemente le parezca inservible. Verá, como lo hemos dicho, un enhebrado de apotegmas, algoritmos, fórmulas y otras tautologías que lo dejarán atónito. Lo más probable es que el juez –más aun en materia constitucional– tenga otros criterios, quizá no tan alambicados, pero no por ello menos certeros y sobre todo más realistas. Es decir, los jueces y más aun los de la más alta jerarquía, tienen determinadas ideas, criterios o conceptos que los aplicarán en la vida diaria de los tribunales, que quizá coincidan con las elaboradas teorías de la argumentación, pero será por casualidad como en la fábula, donde el burro tocó la flauta sin darse cuenta.

Esto viene a cuento por un importante libro de Richard A. Posner¹² que ha sido traducido libremente –pero, sin desdibujar su contenido– con el título de “Cómo deciden los jueces”. Pues bien, su autor, académico y magistrado, quiere poner en claro lo que piensan y sienten los jueces –todos ellos pero dando preferencia al Tribunal Supremo federal de los Estados Unidos– y en consecuencia, como fallan finalmente. El empeño es importante, pues demuestra cómo en el fondo los jueces se orientan para fallar, como lo pone en evidencia ayudado por material empírico, que si bien no es definitivo, es sin lugar a dudas demostrativo. Es que, en efecto, grandes jueces norteamericanos –John Marshall, Oliver Wendell Holmes y Earl Warren– eran gente talentosa, que con perspicacia marcaron rumbos sin tener ninguna o muy poca formación académica –con la excepción de Holmes–. Lo que nos interesa está resumido en el primer capítulo de la obra, que reseñamos aquí para los fines que nos interesa.

En el preámbulo o introducción, recuerda el autor una frase de Ivan Karamazov que dice así: si Dios no existiese, todo estaría permitido. Esto dio motivo a que Sartre, en una de sus famosas conferencias parisinas de la segunda posguerra llegase a decir que, precisamente, como Dios no existía, todo estaba permitido y tocaba al hombre construir su moral, su destino y sus fines. Trastocando la frase, dice Posner que si no existiera el ordenamiento jurídico, los jueces podrían hacer cualquier cosa. Pero el legalismo, agrega el autor, existe y por tanto a los jueces no les está permitido hacer cualquier cosa, sino ceñirse a la ley y a la Constitución. Pero algo pueden hacer y ello en virtud del uso de esa libertad que el propio ordenamiento le permite. Y por eso es que el autor trata de explicar cómo hacen lo que hacen.

Posner agrupa en nueve las teorías que formula para explicar el comportamiento de los jueces:

i) Actitudinal: consiste en identificar las opciones o preferencias políticas que los magistrados proyectan sobre las sentencias, que se refleja en

¹² RICHARD A. POSNER, “*How Judges Think*”, Harvard University Press, Cambridge 2008; hay traducción castellana en Marcial Pons, Madrid.

la política de nombramientos o su relación con los grupos políticos o sus propias opciones políticas.

ii) Estratégica. Que consiste en pensar en función de los efectos que sobre la comunidad y las instituciones puede tener el fallo que dicten.

iii) Sociológica. Está relacionada con la composición social de los colegiados, la presencia o no de mujeres en ella. Es decir, la composición de un tribunal o sala, tiene cierta decisión o peso en lo que se adopte.

iv) Sicológica. Vinculado generalmente a la estructura sicológica de la persona, lo que son sus carencias, emociones, traumas o complejos muchas veces venidos de la infancia, etcétera.

v) Económica. Los fallos deben ser útiles, tener un fin de utilidad en términos societarios, pues precisamente los jueces están para eso. Un caso especial lo constituye la premisa de que una buena judicatura garantiza la inversión foránea.

vi) Organizacional. Toma en cuenta lo que es el cuerpo colegiado en su funcionamiento, como se ve a sí mismo, los precedentes que ha sentado y que debe seguir o apartarse de ello. El juez siente que se debe a esa organización.

vii) Pragmática. Los jueces deben resolver problemas, no evitarlos. Y hacerlo de la mejor manera que sea útil a la sociedad.

viii) Fenomenológica. Es un análisis en primera persona que se hace el juez y tal como él se percibe.

ix) Legalista. Se ve al juez como cumplidor de la ley a la cual debe servir y eso debe ser mostrable. Es decir, así debe ser visto por la comunidad.

El planteo de Posner es importante, pues va más allá o más acá de las teorías rebuscadas que buscan reducir a rituales algebraicos cómo decide un juez o cómo debe hacerlo. Los materiales mostrados por Posner son claros en el sentido que otros son los elementos que orientan a un juez, generalmente de un amplio espectro. Lo que queda claro y el mismo Posner lo dice, es que son elementos referenciales, no son absolutos y además

ninguno de ellos es válido aisladamente. Posner incide en el juez como ser humano, sujeto a presiones, con opciones o preferencias políticas como cualquiera, con complejos que muchas veces no ha superado, con la opinión que emiten los medios que muchas veces quieren imponerse a los jueces, entre otros factores.

Como toda tesis bien armada, esta es sugestiva y tiene un amplio campo explicativo, pero en lo que no es feliz es en la nomenclatura que utiliza, como el nombre “actitudinal” –o el “fenomenológico”– que más valiera haberlos cambiado por otros más cómodos. Pero lo importante es haber señalado esto puntos, muy dentro del sentido pragmático que tienen las instituciones y los enfoques norteamericanos. Esto no impide, por cierto, que con tales puntos de partida las sentencias sean elaboradas con una lógica interna y con *sindéresis*.

A un lado dejamos, por cierto, los comportamientos anormales o atípicos, como hemos visto en los últimos tiempos en la América Latina, cuando la corrupción invade el ámbito del Ministerio Público y la Judicatura. Pero ese es un problema distinto y grave, ajeno a estas líneas.

9. Lo que queda después de haber eliminado todo, o casi

Lo que queda después de este inmenso esfuerzo de los últimos sesenta años es, más que un método, un manojito de ideas en torno a la interpretación, a su necesidad, a la importancia que tiene y sobre todo del especial significado que implica la interpretación constitucional, precisamente porque ella puede alterar, modificar o reinterpretar el resto del ordenamiento jurídico, cosa que no lo hace ninguna otra rama del Derecho. Igualmente haber precisado que la “subsunción” es insuficiente y que la “argumentación” es, en principio, de utilidad¹³.

¹³ Una postura crítica contra la teoría de la Argumentación no ha tardado en aparecer; cf. Rolando Tamayo y Salmorán *Juris Prudentia: More Geometrico. Dogmática, teoría y meta teoría jurídicas*, Fontamara, México, 2013; Manuel Atienza y Juan A. García Amado, *Un debate sobre la ponderación*, Palestra, Lima 2012 y sobre todo.

Lo primero que hay que hacer, en nuestro criterio, sería partir de lo que gráficamente señaló en los años treinta del siglo pasado, el jurista norteamericano Jerome Frank: esto es, que los jueces como todos los demás no son ángeles sino hombres comunes y corrientes, a los cuales el Estado les ha confiado una tarea excepcional. Ese es, pues, el punto de partida. El hombre de carne y hueso con sus problemas y los estímulos a los cuales responde, que están bastante bien pintados en los esquemas de Posner. Y ver qué debe hacer el juez para superar esas taras, complejos o limitantes que tiene o podría eventualmente tener, en vista del deber que implica su cargo.

En segundo lugar, hay que tener presente que el Juez vive en un entorno cultural y social, que otorga o da importancia a ciertos valores, que son, por así decirlo, los que tiene una determinada comunidad que a su vez se refleja en las normas. Y que no puede ignorar.

En tercer lugar, tener cuidado con los casos difíciles o de carácter político, o cercanos a él, como son los que llegan a los más altos tribunales (cortes supremas, tribunales o cortes constitucionales) en donde hay que tener presente otras coordenadas.

En cuarto lugar, el sentido común y las reglas básicas de la lógica clásica son más que suficientes para resolver gran parte de los problemas (los principios clásicos de identidad, no contradicción, tercio excluido; las falacias no formales; las argumentaciones tradicionales tales como el *contrario sensu*, *a simile*, *a fortiori*, *ad absurdum*, etcétera.).

Finalmente, recurrir a la ponderación y con muchas reservas a la fórmula del peso, indudable mérito de Alexy. Pero, que puede ser peligrosa si no se maneja con prudencia. Y además, pensar que en muchos casos puede ser eliminada o dejada de lado.

“Un debate sobre las teorías de la argumentación jurídica” a cargo de Enrique P. Haba y con intervenciones del mismo Haba que inicia el debate y Manuel Atienza, Óscar Sarlo, Juan A. García Amado y Roque Carrión W. (Palestra, Lima, 2015).

Y tampoco está de más un poco de intuición para ver las cosas, como han señalado algunos autores desde el primer Savigny.

Aun así, al final y sobre todo en los casos difíciles, habrá cierto margen de discrecionalidad que desemboca en un acto de voluntad. Es decir, luego de diversas consideraciones el juez tomará una decisión que deberá ser razonable en concordancia con el ordenamiento, pero que no será posiblemente la única.

Al fin de cuentas, sin querer y después de tantos rodeos hemos vuelto a Kelsen: la interpretación es un acto de voluntad, no frío ni aséptico sino como consecuencia de una serie de factores de diverso orden.

Es difícil desdeñar los inmensos esfuerzos realizados por los juristas en las últimas décadas, sobre todo en el campo de la “argumentación”, inmensa literatura en donde se ha dicho de todo, pero centrada en aspectos accesorios que sirven de poco o quizá nada. Por lo menos si lo comparamos con lo que existía antes. Son como anteojos con mejores lunas que nos ayudan quizá a ver mejor lo que ya existía o precisar algo que permanece oculto. Pero el problema que surge en un proceso interpretativo o argumentativo, es prácticamente el mismo que hubiéramos obtenido antes y sin la seguridad de que el resultado sea el mejor o el más elaborado.

10. A modo de conclusión

La interpretación y sobre todo la interpretación constitucional han motivado una intensa polémica o debate en las últimas décadas, inspiradas a su vez por las nuevas teorías que surgen en la década de los cincuenta del siglo pasado. Como de costumbre, se ve sobre todo lo que se hace en Alemania. Se olvida muchas veces que hay importantes contribuciones en Francia y en Italia. Y se soslayaba –hasta hace poco– las contribuciones de los Estados Unidos, que han visto y resuelto estos problemas desde el siglo XIX. Y como de costumbre, cuando se abordan estos problemas surge la manía clasificatoria y enredada de cierta

tradición germánica, aquejada aún más por el uso indiscriminado de la lógica formal, de presentar todo en una sicosis de números y ecuaciones que generalmente no se entienden y sirven de poco. En fin de cuentas, como dice el viejo aforismo, se construyen cañones para matar moscas, creando artefactos en forma desmedida e innecesaria.

Toda esta literatura de vértigo, fruto del encandilamiento que provoca lo oscuro y poco comprensible, no ha ayudado gran cosa. Al final, la interpretación y sobre todo la interpretación constitucional en la medida que lo hacen los que toman decisiones, es algo complicado en ciertos casos, pero que se resuelve de una manera diferente, en donde no existe la solución única, pero si la razonabilidad de lo resuelto, que decididamente no puede ser ni arbitrario ni incoherente.

Bastaría para ello la enumeración de unos pocos, no muchos, criterios, elementos o ideas-fuerza para arribar a buenos resultados. La historia jurisprudencial de los Estados Unidos así lo demuestra con creces y su conocimiento nos puede ser de utilidad¹⁴.

¹⁴ Una mirada panorámica puede verse MARK TUSHNET, *"The Constitution of the United States of America. A contextual analysis"*, Oxford and Portland, Oregon 2015 y T. ALEXANDER ALEINIKOFF, *"El derecho constitucional en la era de la ponderación"*, Palestra, Lima, 2015. Una importante antología en *"Contemporary Perspectives on Constitutional Interpretation"*, Susan J. Brison y Walter Sinnott-Armstrong, editores, Westview Press, Boulder (Colorado) 1993.

CAPÍTULO II

PERSPECTIVAS Y PROSPECTIVAS DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD

Por Jorge Alejandro Amaya

Perspectiva: Del latín tardío *perspectivus*, “mirar a través de”; “observar atentamente”; “óptica”. Panorama que desde un punto determinado se presenta a la vista del espectador. Punto de vista desde el cual se considera o se analiza un asunto.

Prospectiva: Del latín *prospicere* “mirar adelante”; “prever”. Conjunto de análisis y estudios realizados con el fin de explorar o de predecir el futuro en una determinada materia.

Sumario: 1. Introducción; 2. Las perspectivas del control de constitucionalidad: a) La tensión política: el desarrollo y estado actual de doctrina de las cuestiones políticas no justiciables; b) La tensión judicial: el desarrollo y estado actual de la objeción contra-mayoritaria; c) La tensión procesal: el desarrollo y estado actual de la inconstitucionalidad de oficio; d) La tensión institucional: el desarrollo y estado actual del rol de las Cortes Supremas y Tribunales Constitucionales; e) La tensión soberana: el desarrollo y estado actual del control constitucional de las constituciones y sus reformas; 3. Las prospectivas del control de constitucionalidad: a) El desafío social: la evolución de las categorías sospechosas de inconstitucionalidad; b) El desafío político: la armonización de la regla de la mayoría y el pluralismo político; c) El desafío regional: la evolución del control de convencionalidad; d) Otros desafíos: Los desafíos estructurales; 4. Conclusión.

1. Introducción

La teoría del control constitucional, en el marco de sus orígenes, fundamentos, variantes y aplicación, ocupó y ocupa un lugar central en el interés teórico y práctico de abogados; miembros de los poderes públicos; profesores de distintas disciplinas del derecho; e incluso, de muchos interesados en el ejercicio o el estudio de la ciencia política¹.

El célebre fallo de la Corte Suprema de los Estados Unidos “*Marbury v. Madison*”², sin lugar a dudas el caso más famoso del constitucionalismo moderno, que se presenta públicamente como el origen del control judicial difuso; así como el diseño positivista que Hans Kelsen planteara en su propuesta de “Tribunal Constitucional” (hoy vigente en los países europeos y en algunas naciones latinoamericanas) conforman los dos modelos de control de constitucionalidad que han atrapado con mayor fuerza el interés del mundo occidental³.

Ambos modelos centrales trascienden las razones ideológicas, políticas e históricas de su creación, para instalar la discusión jurídica y política –entre otras cuestiones– sobre la posición que una constitución posee frente a los principios del sistema democrático.

¹ Un abordaje profundo de las teorías del control de constitucionalidad y de su desarrollo en el derecho comparado puede verse en nuestro libro *Control de Constitucionalidad*, Astrea, Buenos Aires 2013; y 2da Edición actualizada y ampliada, Astrea, 2015.

² Hemos profundizado el fallo y sus precedentes en nuestro libro *Marbury v. Madison. Sobre el origen del control judicial de constitucionalidad*, La Ley Paraguay, Asunción, marzo de 2012; Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, Colombia, 2012; y Colección textos jurídicos, Fundación para el Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, Rosario, Santa Fe, 2013.

³ El modelo político o francés –representado por la constitución francesa de 1958– puede ser diferenciado del Kelseniano y constituye, a nuestro criterio, un modelo propio con características históricas, sociales e ideológicas particulares, pero a partir de la reforma de la constitución francesa del año 2008 se ha asemejado al resto de los sistemas vigentes en Europa.

Por lo expuesto, este trabajo aspira a reflejar y compartir con el lector los distintos desafíos –que en perspectiva y prospectiva– afrontó y afronta el ejercicio del control de constitucionalidad, el cual instala en su epicentro el permanente debate entre mayoría (poder público) y minoría (derechos individuales); y el no menos importante en torno al reconocimiento de la constitución como ley suprema.

Bajo esta óptica de pensamiento el artículo aborda⁴ en su primera parte, las perspectivas de las distintas tensiones –en su evolución y desarrollo– que el ejercicio del control de constitucionalidad ha transitado: la *tensión política* que refleja la *doctrina de las cuestiones políticas*; el desarrollo del debate alrededor de la llamada *doctrina contra mayoritaria* que identificamos como *tensión judicial*; la discusión en torno a la declaración de inconstitucionalidad de oficio por parte del órgano a cargo del control (hoy aparentemente zanjado) que hemos llamado *tensión procesal*; el difícil rol institucional de las Cortes Supremas o Tribunales Constitucionales, al que referimos como *tensión institucional*; y el punto más ríspido del ejercicio del control, consistente en el análisis constitucional de una norma emanada del Poder Constituyente reformador, al que calificamos como *tensión soberana*; encierran los desafíos que ha abordado la doctrina, la jurisprudencia y el debate político alrededor del ejercicio del control de constitucionalidad desde el siglo XVII hasta fines del siglo XX, más allá que recurrentemente estos debates cobran mayor o menor actualidad en distintas etapas políticas de los países.

La segunda parte del trabajo se refiere a las prospectivas, es decir a los temas que a nuestro criterio conforman la agenda futura del control y sus dificultades.

El artículo mantiene e incrementa el objetivo inicial que nos hemos planteado en todos nuestros trabajos sobre el control de constitucionalidad: intentar encontrar respuestas, al menos parciales, a muchos de los interrogantes que la cotidianeidad deja al descubierto al poner en

⁴ En este aspecto seguimos la estructura de nuestro libro *Control de Constitucionalidad*.

evidencia la distancia entre los conceptos de la teoría constitucional y la realidad política.

En este marco, las distintas *tensiones y desafíos* que abordamos en las perspectivas y prospectivas procuran transmitir al lector –interesado en casos difíciles– un panorama actual de cómo ha sido tratada la cuestión en la jurisprudencia y la doctrina de nuestro país y de gran parte del continente americano; y algunas reflexiones sobre su pasado, presente y futuro.

El control de constitucionalidad correctamente ejercido es una herramienta de enorme valía social e institucional cuyo conocimiento y tratamiento en Argentina y en gran parte de Latinoamérica deja en evidencia muchas disfunciones.

2. Las perspectivas del control de constitucionalidad

a) La tensión política: el desarrollo y estado actual de doctrina de las cuestiones políticas no justiciables.

La doctrina de las cuestiones políticas o *tensión política* refleja el eterno nerviosismo que palpita entre el orden jurídico y el orden político en toda construcción científico-constitucional. Y ello es así, pues por definición el derecho constitucional procura encuadrar jurídicamente el fenómeno político que habitualmente se resiste a ser encasillado.

La Corte Suprema Argentina, siguiendo de cerca la actuación de la Corte Suprema de los Estados Unidos⁵ ha excluido históricamente del ámbito de su control una serie de actos que han sido denominados

⁵ *Marbury vs. Madison* (5 U.S. (1 Cranch) 137) constituye el primer atisbo (aunque en obiter dicta) de lo que serían las cuestiones políticas no justiciables. Posteriormente, se repitieron algunos casos como *Luther vs. Borden* (48 U.S. (7 Howard) 1 (1849).

cuestiones políticas no justiciales (political questions)⁶. Existen, por consiguiente, con mayor o menor intensidad según las distintas épocas del Alto Tribunal, cierta categoría de decisiones que excederían el ámbito del caso judicial.

Las causas o razones que inducen a los jueces a abstenerse de intervenir en estos casos son de variada índole y constituyen uno de los ámbitos más confusos del derecho constitucional y particularmente del control de constitucionalidad. El tema es altamente complejo y por sobre todas las cosas casuístico, de tal manera que ha conducido a un verdadero círculo vicioso que evidencia que las únicas cuestiones políticas que existen son aquellas que los jueces así lo deciden en determinado momento histórico y apelando a distintas denominaciones.

Ahora bien, sin duda esta no es una problemática exclusiva del derecho argentino, sino un permanente debate político y académico en el mundo constitucional. El límite al control de constitucionalidad de las leyes ha sido enunciado por la Suprema Corte de los Estados Unidos de América como la deferencia que el tribunal debe al Poder Legislativo y acerca del sentido de esa deferencia fue interrogada Sonia Sotomayor por la Comisión del Senado cuando examinó su postulación a la Corte Suprema efectuada por el presidente Barak Obama, lo que demuestra la actualidad que mantiene el tema⁷.

En la República Argentina el precedente inicial más estudiado fue *Cullen c/Llerena*, donde la mayoría del tribunal sostuvo que no debía

⁶ En distintas etapas históricas incluyó o abandonó temáticas variadas, como facultades privativas; Forma republicana de Gobierno; Autonomía provincial; Intervención federal; Enjuiciamiento de magistrados; Composición de las cámaras del Congreso; Procedimiento legislativo; Estado de sitio; Reforma constitucional. Se han utilizado otros calificativos para referirse a similares cuestiones como *zona de reserva política, ejercicio de facultades privativas, facultades reservadas y actos institucionales*.

⁷ Gelli, María A., *Los liderazgos de la Corte Suprema en la jurisprudencia del tribunal (2004-2009)* ponencia en el XIX Encuentro de Profesores de Derecho Constitucional, San Miguel de Tucumán, agosto, 2009.

examinar el procedimiento de sanción de las leyes porque se trataba de una cuestión privativa de las Cámaras del Congreso⁸.

Quizá por las críticas que recibió la doctrina, es que en la década de los 90 la Corte Argentina dejó de apelar a la misma en los casos en los que se abstuvo de ingresar en el control de constitucionalidad. Pero contrariamente a lo que pueda pensarse, tal abandono no significó un ensanchamiento de la revisión judicial, ya que lo que el tribunal hizo fue acudir a la inexistencia de agravio y, por ende, de legitimación. Así, por la vía de la falta de legitimación activa o por falta de agravio, la Corte Suprema ha ceñido aún más el control de constitucionalidad.

La exigencia de agravio concreto para reconocer la legitimación que abre paso al control se mantiene actualmente en la doctrina de la Corte Suprema y exige de los accionantes una cuidadosa presentación del caso o causa justiciable.

El control estricto de la legitimación al cual aludimos, como variante de la doctrina de las cuestiones políticas utilizada por la Corte Argentina en la década del 90, tuvo su acogida plena en la actual composición (hoy diezmada por el fallecimiento y retiro de algunos miembros y a punto de ser integrada próximamente con dos nuevos candidatos⁹) en el fallo *Iunnuzzi*¹⁰ donde el alto Tribunal –con cita del reciente fallecido Juez de la Corte Norteamericana Antonin Scalia– condicionó la legitimación de las partes a que demostraran que los agravios alegados la afectaban de forma suficientemente directa o sustancial, es decir, con concreción e inmediatez. En suma, para la Corte, no se había fundado un agravio

⁸ *Fallos*, 53:420, 1893. El actor había cuestionado el proceso de sanción de una ley de intervención federal. La mayoría de la Corte Suprema estimó que no correspondía al tribunal examinar la interpretación y aplicación que las Cámaras del Congreso habían dado al artículo. 71 (actual artículo. 81) de la Const. nacional. Por el contrario, la disidencia del doctor VARELA limitó las cuestiones políticas, en principio, solo a las cuestiones de soberanía.

⁹ Nos referimos a la reciente postulación de los Dres. Horacio Rosatti y Carlos Rosenkrantz.

¹⁰ CSJN *Fallos*, 331: 2287.

diferenciado de todos los demás habitantes del país. Como se ve la regla otorga al Tribunal una llave de apertura del control que se abre o cierra discrecionalmente.

El criterio se amplió en *Thomas* al desconocerse la legitimación que había invocado un legislador por la violación del procedimiento de sanción de las leyes¹¹. La Corte argumentó que en el caso al impugnarse la totalidad de una ley por violación del debido proceso adjetivo “se comprometía el sistema de control de constitucionalidad” vigente en el país.

También el abanico temático del ejercicio de los derechos políticos y del derecho electoral que acusan un perfil marcadamente político y constituyen el planteo liso y llano del examen judicial de la política ha sido históricamente un campo fértil para la doctrina.

Fue así que durante mucho tiempo estos temas (cuestiones internas de los partidos políticos; oficialización de listas de candidatos, planteos en torno a resultados de elecciones, etcétera.) estuvieron excluidos del control judicial. Pero, al igual que en los Estados Unidos de América a partir del caso *Baker v. Carr* la Corte Suprema Argentina fue progresivamente ingresando en el análisis de ellas hasta llegar al total abandono de la doctrina negatoria, pudiéndose afirmar que en la actualidad las cuestiones electorales; de partidos y derechos políticos no integran el catálogo de asuntos ajenos a la revisión judicial.

A nuestro criterio, la extensión, modalidad y límites del ejercicio del control de constitucionalidad se encuentra íntimamente relacionado con la posición institucional que asuma el máximo tribunal encargado de las cuestiones constitucionales y con el funcionamiento del sistema político.

Si se considera filosóficamente un *Tribunal contra mayoritario* y concibe al concepto de mayoría como *regla*, el criterio de apreciación lucirá

¹¹ THOMAS, ENRIQUE c/ENA s/amparo, ver comentario de Gelli María A., *El control estricto de la legitimación y el debido proceso democrático en el caso Thomas*, JA, suplemento jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 27/10/2010.

estricto en toda cuestión que tensione los derechos fundamentales y los procedimientos democráticos frente a las políticas mayoritarias, minimizando la doctrina de las cuestiones políticas.

Si en cambio se identifica como un garante del sistema democrático, concibiendo al concepto de mayoría como principio, la doctrina de las cuestiones políticas se ensancha en su dimensión y aplicación frente a los actos de los poderes políticos en razón de la legitimidad democrática que invisten y de la especial deferencia hacia el Legislativo en su competencia reglamentaria de los derechos.

b) La tensión judicial: el desarrollo y estado actual de la doctrina contra mayoritaria

El interrogante alrededor de cuál es el poder u órgano más idóneo y legítimo en el Estado de derecho para preservar la supremacía constitucional desencadenó arduos debates desde el siglo XVII¹² y se mantiene vigente¹³.

¹² Amaya, "Crisis de la función constitucional de la Corte Suprema argentina", *"Revista de la Maestría en Derecho Procesal"*, 1, <http://pergamino.pucp.edu.pe/derechoprosesal/node/65>; *El juez constitucional argentino y su crisis*, "Revista de Derecho de la Asociación Peruana de Ciencias Jurídicas y Conciliación", año III, n° 5, p. 6 a 29, y *¿Está en crisis nuestro control federal de constitucionalidad?* LL, 2005-F-1257.

¹³ Ver, entre otros, TRIBE, American constitutional law Bickel, The least dangerous branch; DAHL, Pluralist democracy in the United States: conflict and consent; ELSTER, Régimen de mayorías y derechos individuales, en Shute-Hurley (eds.) *"De los derechos humanos"*, p. 165; ELY, Democracia y desconfianza; WALDRON, A right-based critique of constitutional rights, *"Oxford Journal of Legal Studies"*, 13-1993-28; ALEX, Teoría de los derechos fundamentales; GARZÓN VALDÉS, El consenso democrático: fundamento y límites del papel de las minorías, *"Isonomía"*, N° 12, p. 7 a 34; Nino, La filosofía del control judicial de constitucionalidad, *"Revista del Centro de Estudios Constitucionales"*, N° 4, p. 86; TUSHNET, Taking the Constitution away from the Courts, p. 11; KRAMER, We the Court, *"Harvard Law Review"*, 115-2001-165; The people themselves, p. 7 y 8; The interest of the man: James Madison, popular constitutionalism, and the theory of deliberative democracy, *"Valparaiso University Law Review"*, 41-2006-697.

Es una característica de las constituciones modernas el alto grado de indeterminación en muchos aspectos del texto constitucional. Muchas palabras o textos son ambiguos o vagos, contienen conceptos controvertidos y principios de amplia, difícil y discrecional interpretación. Las peculiaridades de la interpretación constitucional se comprenden si se tiene presente la tensión entre política y derecho que se agudiza notablemente en el derecho constitucional. Es obvio, a un modo de ver, que conceptos como “Estado de derecho”, “Estado social”, “libertad”, “igualdad”, etcétera, no pueden ser interpretados sin tener muy presentes las ideas o convicciones sociales y políticas de una comunidad en un momento histórico concreto.

Por ello, para el modelo de control europeo, la opción por un órgano ad hoc al que se encarga el control de la constitucionalidad de las leyes convirtiéndoselo en supremo intérprete de la constitución se justificó desde antaño por la especificidad de la hermenéutica constitucional, una actividad más próxima a la del legislador y a la del hombre de gobierno, que a la de los jueces comunes.

La dificultad “contramayoritaria”¹⁴ se funda en el hecho de una grave carencia de fundamento democrático del Poder Judicial como controlador de la constitucionalidad de los actos de los otros poderes.

Por el contrario, quienes adhieren a la posición judicialista entienden que dicha situación lejos de ser una causal de ausencia de legitimación para el Poder Judicial es una de las razones de su creación a efectos de preservar a las minorías de los excesos de las mayorías¹⁵.

WALDRON, un demócrata radical¹⁶ defiende a la mayoría como el procedimiento de decisión colectiva más respetuoso para definir cuestiones

¹⁴ Ver, en general, BICKEL, *The least dangerous branch*.

¹⁵ Este es el “principio” que está presente en el pensamiento de los padres fundadores del constitucionalismo estadounidense.

¹⁶ WALDRON, *A right-based critique of constitutional rights*, “Oxford Journal of Legal Studies”, 13-1993-18.

básicas del sistema democrático como qué derechos reconocer; a quiénes y con qué alcance. Sostiene que debe ser el pueblo por medio de mecanismos legislativos quien decida cuestiones fundamentales como el aborto.

Distingue el control judicial en sus versiones fuerte y débil. En la fuerte, como la estadounidense o la argentina, los jueces tienen la facultad de inhabilitar total o parcialmente la aplicación de la ley. Lo mismo ocurre en aquellos sistemas en los que los jueces pueden ordenar la derogación de leyes. En la débil los jueces pueden controlar las leyes para ver si violan o no algún derecho individual, pero no pueden dejar de aplicarlas¹⁷.

El debate ha cobrado actualmente nuevo impulso y nuevos argumentos en autores como ELSTER o ACKERMAN, quienes parten de una concepción “dualista” de la democracia. El dualismo constitucional distingue dos clases de decisiones políticas a las que les adjudica distinta legitimidad. Las *decisiones del pueblo*, o “momentos constitucionales”, no son moneda corriente y ocurren en momentos caracterizados por el convencimiento del pueblo sobre la seriedad de lo que se discute y la gran movilización que esto acarrea. Las *decisiones del gobierno* o “momentos corrientes”, son las que ocurren diariamente.

Esta distinción es de suma importancia para establecer los deberes del órgano que ejerce el control de constitucionalidad. La Corte Suprema debe preservar las decisiones políticas tomadas en los “momentos constitucionales”, para que no sean erosionadas por las decisiones políticas de los “momentos corrientes”^{18 19}.

De las críticas que sobre el control de constitucionalidad en cabeza del Poder Judicial hemos repasado, han emergido propuestas dirigidas a salvar su dificultad contra mayoritaria. Algunas sugieren reducir la tarea

¹⁷ Como en Inglaterra; Nueva Zelanda o Canadá, donde los jueces pueden impartir declaraciones de incompatibilidad con distintos efectos.

¹⁸ ELSTER, Ulises y las sirenas, p. 66 a 84.

¹⁹ ACKERMAN, “¿Un neofederalismo?”, en ELSTER-SLAASTAD (eds) *Constitucionalismo y democracia*, p. 210.

judicial al control del procedimiento como Ely²⁰ quien sostiene que el papel reservado a los jueces no es el de imponer valores fundamentales por medio de la interpretación sino asegurar la transparencia y participación en el proceso democrático cuidando que este no sea bloqueado por decisiones mayoritarias orientadas a restringir la participación o a discriminar a grupos minoritarios; otras comulgan con promover el sistema de reenvío a los órganos políticos para que expresen su última palabra²¹.

Una posición intermedia es el llamado constitucionalismo débil²² que propone: a) Defender la existencia de un “coto vedado” mínimo que ponga a resguardo de las mayorías las reglas del procedimiento y aquellos derechos que se consideran presupuestos de la democracia; y b) Admitir una justicia constitucional con función de propiciar un diálogo entre poderes, siempre y cuando se otorgue la última palabra en cuestiones constitucionales a los mecanismos ordinarios de la democracia representativa mediante técnicas de reenvío.

Como prueba que el debate está muy lejos de zanjarse se presenta hoy en escena el “constitucionalismo popular”, que a través de distintas variantes propone desde eliminar directamente el control judicial de constitucionalidad (TUSHNET) dando como ejemplo de opción aquellos países que carecen de este instituto y, respetan los derechos individuales como Holanda o Inglaterra²³; hasta cuestionar solo cuestiona la facultad de la Corte Suprema de ser el último intérprete de la Constitución (KRAMER)²⁴.

²⁰ Ver, en general, ELY, *Democracia y desconfianza*.

²¹ Tal, el sistema imperante en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

²² BAYÓN, Diritti, “Democrazia, costituzione”, *Ragionne Pratica*, n° 10, p. 63.

²³ Ver, en general, TUSHNET, *Taking the Constitution away from the Courts*.

²⁴ KRAMER, *The people themselves*, p. 249 a 253.

Por supuesto, el “constitucionalismo popular” enfrenta importantes críticas²⁵. Para TRIBE (The people themselves judicial populism, “*The New York Times*”, 24/10/04) es peligroso porque vacía de contenido la constitución al permitir que el pueblo incluya en ella todo aquello que desea que esta contenga y al mismo tiempo ingenuo por pretender que frases como “tiranía de la mayoría” son apenas meros eslóganes; CHEME-RINSKY sostiene que no tiene una definición precisa y sus posturas son ambiguas en torno al rol del Poder Judicial²⁶.

El debate alrededor de la revisión judicial y de la capacidad de los jueces como últimos intérpretes de la constitución, frente a los actos del legislador excede el ámbito académico y se proyecta día a día en los actos de gobierno y en las posiciones políticas de los funcionarios. Las distintas posiciones analizadas nos permiten vislumbrar un claro sesgo ideológico en la mayoría de las posturas, principalmente las más extremas.

Sin embargo, el debate permanente nos ayuda a poner la temática que analizamos en términos de perspectiva.

c) La tensión procesal: el desarrollo y estado actual de la inconstitucionalidad de oficio.

Bajo la idea de abonar el debate en torno al rol que deben cumplir los jueces dentro del Estado de derecho, el control de constitucionalidad de oficio enfrenta apoyos y detracciones en la doctrina y la jurisprudencia.

²⁵ Ver, por ejemplo, GERBER, *The Court, the Constitution, and the history of ideas*, “Vanderbilt Law Review”, t. 61, n° 4, 2008, p. 1067, ALEXANDER- SOLUM, “Popular? Constitutionalism?” *Harvard Law Review*, 118-2005-1594, citados por GARCÍA MANSILLA, *Estado actual del debate sobre el control judicial de constitucionalidad en los Estados Unidos*, exposición en el Instituto de Política Constitucional de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, 20/8/08.

²⁶ CHEME-RINSKY, “In defense of judicial review: the perills of popular constitutionalism”, *University of Illinois Law Review*, 2004-3-676.

Buenos argumentos sostienen los autores de la posición negatoria al afirmar que las cuestiones a ser resueltas por el Poder Judicial deben provenir de una precisa elaboración producto del choque entre los argumentos de las partes opuestas. No menos atractivos pueden resultar los fundamentos de quienes rescatan esta facultad para la judicatura, cuando sostienen que el derecho dispone un orden jerárquico de las normas jurídicas de manera que las inferiores resulten inválidas de ser incompatibles con las superiores y en razón del principio *iuria novit curia* el Juez debe ajustar sus decisiones a la norma superior.

En su primera época la Corte Argentina confirmó en el caso *Vicente Casares* (1872) una sentencia que declaró de oficio la inconstitucionalidad de una norma²⁷.

Con posterioridad a dicho fallo y hasta 1940 el alto tribunal no se expidió al respecto. A partir de 1941 y hasta 1984 se consagra como regla general en la doctrina del Alto Tribunal que el control de constitucionalidad no puede ser decretado de oficio, bajo el argumento sentado en el fallo *Ganadera Los Lagos* de preservación del principio de división de poderes²⁸.

Con posterioridad a 1984 y hasta el año 2001 la Corte Suprema comenzó de manera incipiente a reanalizar el instituto del control de oficio por medio de la posición que fijan algunas disidencias²⁹.

En el año 2001 la tesis permisiva al control oficioso logró la mayoría en la composición del máximo tribunal con tres disidencias en el caso

²⁷ Fallos, 11:257.

²⁸ Fallos, 190:142.

²⁹ En el caso Instrucción Militar n° 50 de Rosario, los doctores FAYT y BELLUSCIO argumentaron que la facultad del Poder Judicial de aplicar el derecho que las partes no invocan (*iuria novit curia*) incluye el deber de mantener la supremacía constitucional prevista por el artículo. 31. También el ex ministro BOGGIANO hizo lo propio en autos Ricchi c/Autolatina, entre otros fallos, con similares argumentos a los vertidos por FAYT y BELLUSCIO en el precedente mencionado.

*Rita Mill*³⁰. Poco tiempo después, en *Banco Comercial de Finanzas* y con remisión a muchos de los antecedentes plasmados en *Mill* se confirmó la facultad del Poder Judicial de declarar oficiosamente la inconstitucionalidad de las normas³¹.

La cuestión parece haberse zanjado definitivamente en el derecho Argentino por influencia del sistema interamericano a partir del fallo *Rodríguez Pereyra* (2012). Aquí se sostiene que tras la reforma constitucional de 1994 deben tenerse en cuenta las directivas que surgen del derecho internacional de los derechos humanos y que la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. El Poder Judicial debe ejercer control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que se aplican en los casos concretos y la Convención³². La Corte Interamericana ha insistido respecto del control de convencionalidad ex officio en el caso *Fonteviechia y D'Amico vs. Argentina* del 29/11/2011. A partir de estos fundamentos, la Corte Argentina entiende que “La jurisprudencia reseñada no deja lugar a dudas de que los órganos judiciales de los países que han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos están obligados a ejercer de oficio el control de

³⁰ CSJN, 27/9/01, “*Mill de Pereyra, Rita A. Otero, Raúl R. y Pisarello, Ángel C. c/Estado de la provincia de Corrientes s/demanda contenciosa administrativa*”, JA, 2002-I-737.

³¹ CSJN, 19/8/04, “*Banco Comercial de Finanzas SA (en liquidación por Banco Central de la República Argentina) s/quiebra*”, JA, 2005-III-441.

³² CorteIDH caso “*Almonacid*”, del 26 de septiembre de 2006, párrafo 124, considerando 21; ratificado en los casos “*Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros vs. Perú)*” del 24 de noviembre de 2006. Tal criterio fue reiterado algunos años más tarde en los casos “*Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*” (del 1º de septiembre de 2010, párrafo 202); “*Gomes Lund y otros (‘Guerrilha do Raguaiá’) vs. Brasil*” (del 24 de noviembre de 2010, párrafo 176) y “*Cabrera a y Montiel Flores vs. México*” (del 26 de noviembre de 2010, párrafo 225).

convencionalidad descalificando las normas internas que se opongan a dicho tratado y esto contiene el control de constitucionalidad.

d) La tensión institucional: el desarrollo y estado actual del rol de las Cortes Supremas y los Tribunales Constitucionales

Como poder del Estado, las Cortes Supremas o los Tribunales Constitucionales por medio de sus fallos no solo deciden en el sentido judicial del término sino que además gobiernan, entendiéndose por ello la fijación de políticas que emanan de la interpretación, aplicación o invalidación de los múltiples actos de gobierno mediante el ejercicio del control de constitucionalidad.

Desde esta perspectiva, dos de las opciones de justificación de la justicia constitucional que otorgan mayor o menor amplitud al control de constitucionalidad y definen el tipo de liderazgo que debe asumir son la de tribunal contra mayoritario, cuya principal función es el control constitucional del poder político frente a los derechos individuales y la preservación de los derechos de las minorías; y la visión del tribunal como garante del proceso democrático, cuya principal función transita por preservar las reglas del proceso democrático. El modelo es estadounidense o judicial responde en su origen a la primera identidad y los Tribunales Constitucionales a la segunda.

La experiencia indica que hoy ambos modelos han acercado³³, incluso, para algunos, invertido³⁴.

¿Cómo ha entendido y ejercido la Corte Suprema Argentina –en términos generales– su función institucional? ¿Se ha inclinado hacia su originaria identidad contra mayoritaria; o se distanció de dicha identidad

³³ Ver, en general, LINARES, *Modelos de justicia constitucional y deferencia al Poder Legislativo*, quien con apoyo en autores como RUIZ, PRIETO SANCHÍS, GASCÓN ABELLÁN, GARCÍA DE ENTERRÍA y RUBIO LLORENTE formula una excelente recopilación.

³⁴ Ver, en general, FERRERES COMELLA, *Justicia constitucional y democracia*.

para asumir un rol más condescendiente con el Legislativo? Según nuestro parecer la Corte Suprema ha mantenido a lo largo de los últimos años una posición de apoyo a los órganos electivos surgidos del proceso democrático y no una posición de control estricta de los actos emanados de ellos. Seguramente hay variadas razones, pero el avasallamiento por parte del poder político al judicial ha sido una de las razones fundamentales por las cuales sus composiciones se han manejado dentro del concepto actitudinal o de actores estratégicos del sistema institucional. Ningún presidente argentino, con honrosas excepciones, se ha sustraído a la necesidad de colocar en la Corte Suprema a jueces identificados con su pensamiento político o con sus ideas.

Así, si cotejamos el posicionamiento de la Corte Suprema en casos paradigmáticos de la jurisprudencia argentina, que enfrentaron derechos individuales frente a políticas de gobierno veremos que en la inmensa mayoría de los casos el alto tribunal se inclinó por apoyar las políticas del gobierno mayoritario. Esta cuestión es verificable, particularmente en el cotejo de aquellos fallos dictados con motivo del ejercicio por parte del poder político de facultades en el marco de la doctrina de la emergencia.

En los últimos años democráticos del país las áreas esenciales para el gobierno también han sido apoyadas incondicionalmente por la Corte Suprema, tales como la emergencia económica vinculada con la crisis económico social del 2001/2; y la política de derechos humanos en torno a la revisión de la lucha antisubversiva. En ambos casos la Corte Suprema falló a favor de la posición sostenida por el Gobierno, tensionando al límite, en la primera cuestión, el derecho de propiedad consagrado en el artículo. 17 de la Const. Nacional; y afectando seriamente en la segunda los principios constitucionales de legalidad, defensa en juicio y debido proceso, consagrados en el artículo. 18³⁵; también de abstuvo

³⁵ CSJN, 24/8/04, "Arancibia Clavel, Enrique L.", JA, 2004-IV-426; id., 23/12/04, "Simón, Julio H., y otros s/privación ilegítima de la libertad", EDCO, 2005-257; id., 10/5/05, "Lariz Iriondo, Jesús M.", JA, 2005-III-520; id., 11/7/07, "Derecho, René J.", JA, 2008-I-662, e id., 13/7/07, "Mazzeo, Julio L., y otros", JA, 2007-III-573. Hemos analizado estas cuestiones en AMAYA, "Ideologías políticas e ideologías

de intervenir en casos de trascendencia institucional que despertaron importantes críticas de amplios sectores de la sociedad, y en los cuales el tribunal mantuvo silencio avalando implícitamente la actuación de los poderes políticos (casos como la impugnación que sufriera una de las leyes reglamentarias del Consejo Nacional de la Magistratura y la causa “Novello”³⁶, referida a las tristemente célebres “candidaturas políticas testimoniales”).

También podríamos identificar un conjunto de fallos de la Corte como asignados a un rol contra mayoritario, tales como *Bussi y Patti* donde el alto tribunal enfrentó al Poder Legislativo sentando doctrina en torno la interpretación de las cámaras del Congreso para evaluar los títulos de sus miembros³⁷; *Binotti*, donde controló la interpretación del reglamento interno de la Cámara de Senadores³⁸; *Sosa* donde ordenó a las autoridades provinciales la reposición de un funcionario judicial desplazado arbitrariamente de su cargo por las autoridades políticas³⁹; o *Editorial Río Negro* donde sentó pautas de razonabilidad en el reparto de publicidad oficial limitando el ejercicio de facultades del Poder Ejecutivo⁴⁰.

Pero además, novedosamente, la Corte Argentina se asignó el *rol de custodio de la responsabilidad internacional del Estado Argentino en el caso*

judiciales: reflexiones sobre la doctrina de la Corte Suprema argentina en torno a los delitos de lesa humanidad”, *Revista Jurídica de la Universidad de Jaén*, segunda época, n° 8, p. 1 a 23.

³⁶ CNElectoral, 1/6/09, “Novello, Rafael V. -apoderado de la Unión Cívica Radical- y otros s/impugnan candidatura a diputado nacional”, *LL*, 2009- C-601.

³⁷ CSJN, 11/10/01, “Bussi, Antonio D. c/Estado nacional”, *JA*, 2001-IV- 688; id, 13/7/07, “Bussi, Antonio D. c/Estado nacional”, *JA*, 2007-IV-641; id, 8/4/08, “Patti, Luis A. s/promueve acción de amparo c/Cámara de Diputados de la Nación”, *EDCO*, 2008-22.

³⁸ *Fallos*, 330:2222.

³⁹ CSJN, 14/9/10, “Sosa, Eduardo E. c/provincia de Santa Cruz”, *LL*, 2010-F-185.

⁴⁰ CSJN, 27/4/10, “Río Negro SA c/Neuquén, provincia del s/ordinario”, *ED*, 238-109.

Mazzeo⁴¹; y adoptó en varios fallos un *rol de equilibrio de los poderes a través del ejercicio de las llamadas sentencias exhortativas*, como en el fallo *Verbitsky*⁴² en el cual hizo lugar a un hábeas corpus colectivo e intimó a los poderes políticos a subsanar deficiencias de detención de los presos sin condena en las comisarías de la provincia de Buenos Aires; el conocido caso *Mendoza* (cuenca Matanza-Riachuelo)⁴³ donde el alto tribunal se constituyó en un órgano de administración de las obligaciones de los Estados nacional, provincial y de la Ciudad de Buenos Aires en torno al saneamiento de una cuenca hídrica; los casos *Sánchez y Badaro*, donde la Corte Suprema indicó al Poder Legislativo la conducta que debía seguir para resguardar debidamente los derechos de la clase pasiva⁴⁴, o *Halabi*⁴⁵ donde el alto tribunal encomendó al Poder Legislativo el dictado de una ley reglamentaria de las acciones de clase.

Por último, el Tribunal varió su jurisprudencia intensamente y, en muchos casos, sin justificación suficiente, desoyendo los parámetros que ella misma pretende imponer a los tribunales inferiores en torno a la obligatoriedad del precedente. Interpretamos que la Corte Suprema argentina, procuró situarse en los últimos años en un “rol fundacional” de una nueva jurisprudencia y de una nueva imagen institucional, frente a la sociedad y frente a los poderes políticos del Estado.

Con independencia de la opinión favorable o desfavorable que tengamos en cada caso respecto de la jurisprudencia anterior o de la nueva, es deseable que un Alto Tribunal se sienta obligado a fallar según sus precedentes y a abandonarlos solo cuando hubieran cambiado sustancialmente

⁴¹ CSJN, 13/7/07, “Mazzeo, Julio L., y otros”, JA, 2007-III-573.

⁴² Fallos, 328:1146.

⁴³ CSJN, 20/6/06, “Mendoza, Beatriz S., y otros c/Estado nacional y otros”, DJ, 2006-2-706, y RCS, 2006-VIII-101.

⁴⁴ Fallos, 328:1602, y CSJN, 8/8/06, “Badaro, Alfonso V. c/Anses”, DJ, 2006-2-1191.

⁴⁵ CSJN, 24/2/09, “Halabi, Ernesto c/PEN –ley 25.873– decr. 1563/04 s/amparo ley 16.986”, RCS, 2009-III-71.

las circunstancias jurídicas o sociales que rodearon la adopción de un determinado criterio.

e) La tensión soberana: el desarrollo y estado actual del control constitucional de las constituciones y sus reformas

¿Puede alguna parte de la Constitución ser inconstitucional? En caso de que optáramos por la afirmativa, ¿a qué órgano del Estado correspondería dicha declaración? ¿Al Poder Legislativo como sede de la soberanía popular? ¿pueden los jueces decirnos a los ciudadanos lo que es constitucional y lo que no? ¿Pueden imponernos su concepto y su visión de la Constitución?. El tema ocupa genera enormes debates que se han ido acrecentando en razón del notorio avance del Poder Judicial y de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Activismo que bien podemos ejemplificar en el progresivo abandono de la doctrina de las cuestiones políticas⁴⁶; la asunción sin discusión del control constitucional y convencional de oficio; y el control de las constituciones en su contenido y procedimiento de reforma.

En la doctrina estadounidense la cuestión está dividida; TRIBE se inclina por rechazar la revisión judicial⁴⁷, otros autores, como DELLINGER, sostienen que los tribunales deben asegurar que el proceso de reforma se lleve a cabo en la forma que establece la Constitución⁴⁸. Lo mismo sucede en la doctrina argentina; SPOTA y OYHANARTE se alzan

⁴⁶ La influencia de la CorteIDH en el apartamiento de las cuestiones políticas se ve expuesto en casos como "Tribunal Constitucional del Perú" o "Gelman"; en la tesis afirmativa de la inconstitucionalidad de oficio, en casos como "Almonacid" (2006); "Trabajadores Cesados del Congreso (2006); "Ibsen Cárdenas"; o "Fonteviechia" (2011); en el control de las Constituciones, casos como "Radicha Pacheco" o "Olmedo Bustos".

⁴⁷ TRIBE, Constitutional choices, p. 22.

⁴⁸ DELLINGER, The legitimacy of constitutional change: rethinking the amendment process, "Harvard Law Review", 97-1983-1984-386.

contra la posibilidad de control judicial de la reforma⁴⁹ la tesis contraria ha sido adoptada y defendida por BIDART CAMPOS y EKMEKDJIAN, entre otros⁵⁰. En el ámbito federal nacional el tema ha tenido un recorrido breve pero controvertido. En el derecho público se han declarado inconstitucional varios artículos de Constituciones provinciales⁵¹ e ingresado en el análisis de varios procesos de reforma⁵².

Hasta el caso *Soria de Guerrero*⁵³ (1963) la Corte Suprema Argentina nunca se había pronunciado sobre si era competente para intervenir en el control de constitucionalidad de una reforma constitucional, y en este primer caso entendió que las facultades jurisdiccionales del tribunal no alcanzaban, como principio, al examen del procedimiento adoptado en la formación y sanción de las leyes a fin de resguardar el principio de la separación de poderes, excepto que se demostrase la falta de concurrencia de los requisitos mínimos e indispensables que condicionan la creación de la ley⁵⁴.

La reforma constitucional de 1994 fue la que mayores impugnaciones constitucionales despertó. El caso *Polino* se alzó contra el proceso pre constituyente al sostener que el Congreso había violado el trámite

⁴⁹ Cfr. en general, SPOTA, Origen y naturaleza del poder constituyente, y Lo político, lo jurídico, el derecho y el poder constituyente; OYHANARTE, Poder político y cambio estructural en la Argentina.

⁵⁰ En general, BIDART CAMPOS, Tratado elemental de derecho constitucional; EKMEKDJIAN, Tratado de derecho constitucional, en especial, t. III.

⁵¹ Por ejemplo, en CSJN, 17/6/86, "Ormache, José E LL, 1986-D-400, donde el alto tribunal consideró que el artículo 157 de la Constitución de Entre Ríos, prohibitiva de la afiliación partidaria y de la actividad política de los empleados administrativos del Poder Judicial local, era contraria a los artículos 14, 16 y 33 de la Const. federal.

⁵² CS Tucumán, 6/4/90, Gutiérrez, José, y otros c/H CCT, ED, 138-621.

⁵³ Fallos, 256:556.

⁵⁴ Recordemos que el procedimiento de reforma de la Constitución Argentina previsto en el artículo 30 confiere al Congreso la facultad de declarar la necesidad de reforma y fijar los puntos a reformarse (esto consuetudinariamente se ha hecho por ley). La reforma propiamente dicha la efectúa una Convención ad hoc.

constitucional de sanción de la ley de declaración. La Corte, optó por rechazar el planteo aduciendo falta de legitimación del actor, Diputado Nacional. El caso *Romero Feris*, también legislador, trató de la impugnación del sistema de votación impuesto a los convencionales por la ley declarativa, por violentar derechos políticos representativos de las minorías políticas. En este caso el Alto Tribunal consideró que a dicha fecha la Asamblea Constituyente ya se encontraba reunida y resultaba abstracto el juzgamiento relativo al sistema de votación de los convencionales ya que no se sabía si lo tomarían o lo rechazarían. Cabe destacar en este caso la disidencia del uno de los Ministros (Fayt) que declaró la inconstitucionalidad del artículo impugnado, lo que consideramos la doctrina correcta.

Unos años después (1999) de producida la reforma de 1994 y por efecto de esta se produce un cambio de doctrina en la Corte, en el llamado caso *Fayt*. El caso debe su nombre al ex juez de la Corte Suprema que planteó una acción contra una disposición incorporada por la reforma constitucional de 1994 que entendía lo afectaba y que establecía que para los magistrados de la justicia federal era necesario un nuevo nombramiento para mantener el cargo al llegar a la edad de 75 años⁵⁵, siendo dicha nueva designación por cinco años y pudiendo repetirse indefinidamente. La Corte Suprema⁵⁶ hizo lugar a la demanda y declaró la nulidad de la reforma introducida por la Convención reformadora de 1994 en la norma impugnada. La doctrina fijada en *Fayt* significó que por primera vez en la historia de la jurisprudencia de la Corte Suprema se realizara un juicio de constitucionalidad en plenitud sobre disposiciones normativas creadas por una Convención Nacional Constituyente que reformó la carta magna. Como es imaginable el caso dio origen a un debate profundo en la doctrina nacional⁵⁷.

⁵⁵ Artículo. 99, inc. 4°, párr. 3° CN.

⁵⁶ Fallos, 322:1616.

⁵⁷ A favor de la decisión de la Corte Suprema pueden verse, entre otros, FAYT, *El "self moving"*; SÁNCHEZ MARÍNCOLO, *La inconstitucionalidad y nulidad en la sanción de la modificación de una norma constitucional*, LL, Actualidad, 2/11/99, p. 1; MIDÓN,

En el año 2006 sucede, en el marco de una reforma constitucional provincial,, la cual se encuadra en la segunda ola reformista del derecho público provincial el caso Colegio de Abogados de Tucumán⁵⁸, en el cual El Superior Tribunal de Justicia declaró la nulidad completa de dos instituciones incorporadas por la Convención: La enmienda constitucional y el Consejo Asesor de la Magistratura.

Cabe interrogarse sobre si la sentencia –en muchos de sus pasajes– no refleja la visión particular de los jueces de la arquitectura social.

3. Las perspectivas del control de constitucionalidad

a) El desafío social: la evolución de las categorías sospechosas de inconstitucionalidad

La igualdad como derecho ocupa un papel transversal en relación con otros derechos, de modo que los casos no presentan la igualdad en estado “puro”, sino vinculada con otros derechos, como el del consumo o los derechos políticos. La Constitución Nacional Argentina ha consagrado este derecho bajo diferentes manifestaciones (igualdad ante la ley

Los límites del poder constituyente. A propósito del caso “Fayt” “Boletín de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional”, n° 169, p. 6; GIL DOMÍNGUEZ, *El caso “Fayt”: una polémica bisagra en los alcances del control de constitucionalidad de una reforma constitucional*, “Boletín de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional”, n° 170, p. 4; En contra de la decisión de la Corte Suprema, HERNÁNDEZ, *El caso “Fayt” y sus implicancias constitucionales*: SABSAY, *El control de constitucionalidad de la reforma constitucional en un fallo de la Corte Suprema de Justicia argentina*, Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, n° 3, 1999, p. 119 a 137; COLAUTTI, *Las reformas a la Constitución y los límites de la revisión judicial*, JA, 1999-IV-647; GELLI, *Constitución de la Nación Argentina*, p. 364. Se debe sumar a este sector de la doctrina a FRÍAS, SAGÜÉS, JIMÉNEZ y ARMAGNAGUE, quienes así se manifestaron en sus intervenciones en el debate celebrado en la ciudad de Paraná, Entre Ríos, con motivo de la reunión convocada por la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, mar. 2000.

⁵⁸ CContAdm Tucumán, Sala II, 5/2/08, LLNOA, 2008-85, confirmada parcialmente por CS Tucumán, Sala Lab y ContAdm, 8/9/08, LLNOA, 2008-844.

(artículo. 16 CN); prohibición de fueros personales (artículo. 16 CN); igualdad entre nacionales y extranjeros (artículo. 20 CN, etcétera), y se ha visto enriquecido con la incorporación de los instrumentos internacionales de derechos humanos (artículo. 75 inc. 22 CN).

Por consiguiente, la reforma constitucional de 1994 deja a la luz que el constituyente ha evolucionado desde una concepción formal, hacia una igualdad fáctica o real, que obliga a los poderes públicos a la formulación de acciones positivas para asegurar la igualdad real obligando al Estado a legislar en materia de medidas de acción positiva sobre los grupos desaventajados, como los ancianos o las personas con discapacidad. Asimismo, el artículo 43 prevé el amparo colectivo como vía para remediar situaciones de discriminación.

La Corte Suprema Argentina, siguiendo pautas marcadas con anterioridad por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Korematsu v. United States* de 1944, y la Jurisprudencia Europea, ha ido elaborando distintos criterios de análisis del control de la reglamentación de los derechos en su cruce con la igualdad. Así ha distinguido el “*test de mera razonabilidad*”, que se caracteriza por la mayor deferencia de los tribunales hacia la validez de la norma cuya constitucionalidad se cuestiona, exigiendo que quien cuestione la validez constitucional acredite su irracionalidad; y un *estándar de revisión exigente* cuando el derecho en juego es atravesado por el principio de igualdad y las personas son tratadas de manera desigual a partir de determinadas características, dando lugar a las llamadas “*categorías sospechosas de inconstitucionalidad*” que invierten la carga de la argumentación.

La Convención Americana de Derechos Humanos que mantiene primacía en casi todos los que la han aceptado contiene un catálogo de criterios específicos en virtud de los cuales está prohibido discriminar. Su artículo 1.1 menciona los siguientes criterios prohibidos de discriminación: *raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social*.

Así, toda norma o trato desigual basado en alguna de esas categorías prohibidas debe ser sometido a un escrutinio especialmente riguroso para evaluar su convencionalidad o constitucionalidad, y requiere de un plus de fundamentación de su objetividad y razonabilidad por parte del autor de la norma o el acto.

Los primeros antecedentes de este criterio de revisión estricto de la Corte Argentina se vincularon con la distinción entre nacionales y extranjeros⁵⁹. Pero, la Corte Suprema fue ahondando en esta intensidad del control en otros casos, como “Alvarez, Maximiliano”⁶⁰ donde la discriminación parecía provenir de cuestiones ideológicas o políticas; y “Reyes Aguilera”⁶¹ donde la actora, además de extranjera era discapacitada y estaba en una situación de extrema pobreza.

La Comisión Interamericana comenzó a utilizar este criterio estricto de revisión en casos de discriminación de sexo y de raza como⁶², al igual que la Corte Constitucional Colombiana⁶³.

Ahora bien, las calificaciones prohibidas son notoriamente amplias, ya que se refieren a la nacionalidad, al sexo, a la religión, a la raza, a la

⁵⁹ CSJN Fallos 311:2272, *in re* “Repetto, Inés María c/ Buenos Aires, provincia de s/ inconstitucionalidad de normas legales”, del 8/11/1988. En el caso se debatía la validez constitucional (en particular, frente al artículo. 20 CN) de una norma provincial que ponía como requisito la nacionalidad argentina para acceder a un cargo docente en la enseñanza preescolar en un instituto particular. CSJN Fallos 321:194, *in re* “Calvo y Pesini, Rocío c/ Córdoba, Provincia de s/ amparo” del 24/02/1998. CSJN Fallos 327:5118. *in re* “Hooft, Pedro Cornelio Federico c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad” del 16/11/2004. CSJN Fallos 329:2986. *in re* “Gottschau, Evelyn Patrizia c/ Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/ amparo” del 8/08/2006. Puede verse un análisis completo en Amaya Jorge Alejandro, *Control de Constitucionalidad*, Astrea (2ª edición), Buenos Aires, junio de 2015.

⁶⁰ CSJN sentencia del 7/12/2010.

⁶¹ CSJN Fallos 330:3853, *in re* “R.A., D. c/ Estado Nacional” del 4/09/2007.

⁶² CIDH, *María Eugenia Morales de Sierra v. Guatemala*, Caso 11.625, Informe N° 28/98, párr. 36.

⁶³ Sentencia C-101/05.

opinión política, los impedimentos físicos, la orientación sexual, y *al origen social y la posición económica*.

Existiendo en muchos países grandes sectores marginales de la sociedad sumidos en una pobreza estructural que los inhibe o limita del acceso a los bienes y servicios más elementales, las categorías sospechosas parecería que pueden constituir una herramienta de protección judicial de quienes se encuentran en situación de alta vulnerabilidad dentro de la comunidad política. ¿Será esta su evolución?

b) El desafío político: la armonización de la regla de la mayoría y el pluralismo político

El Derecho Constitucional clásico del siglo XVIII en su vertiente liberal; y el moderno social reformulado en Europa luego de finalizada la segunda gran guerra, han edificado y reafirmado su postulado de la limitación del poder, tanto desde la perspectiva de la organización del mismo como de la individual de los derechos humanos.

La transformación de las sociedades y de las relaciones surgidas en su seno, hizo necesario admitir sujetos colectivos, como los partidos políticos y los sindicatos, los cuales ya han alcanzado relevancia constitucional hasta garantizarles una esfera de derechos que operan también como límite a la acción del poder.

Sin embargo, existen dogmas como el de la existencia de una voluntad general única, soberana, que se deposita sobre esquemas formales que mantienen inalterado el principio del control del poder ejecutivo por parte del legislativo, situación que en la realidad sociopolítica se ha transformado profundamente.

Este aspecto plantea problemas cuando la teoría constitucional mantiene principios que claramente contradicen la práctica política, es decir cuando el esquema institucional no responde al esquema teórico con el que se intenta explicarlo, y lo que es peor, con el que se intenta legitimar la democracia.

En estos supuestos, el desfase existente entre el sistema de valores y los principios proclamados y las instituciones concretas, conduce a una teoría incapaz de captar la realidad política, entrándose en una peligrosa dinámica de deslegitimación de las instituciones.

Actualmente, parece haberse aceptado que la concepción unitaria de la sociedad, es decir el pueblo como titular homogéneo de la soberanía no se ajusta a la realidad⁶⁴. El pluralismo se ha afirmado como uno de los principios fundamentales del sistema democrático moderno.

Sin embargo, y tal como ocurriera en su momento con los partidos políticos, el derecho todavía no ha receptado todas las consecuencias de esta nueva situación, ya que aceptar el pluralismo supone admitir que siendo el pueblo plural, su voluntad soberana también lo es; y en consecuencia, tanto la voluntad mayoritaria como la minoritaria emanan de la fuente misma del poder soberano⁶⁵.

Así, una cosa es que la técnica de las mayorías constituya un medio necesario para posibilitar la formación de una voluntad única del Estado, como forma de organización social; y otra es que esa técnica se proyecte sobre todo el funcionamiento estatal y en especial sobre el ámbito de la discusión, justificando ciertos desequilibrios a favor de la mayoría hasta dificultar la expresión de opiniones alternativas. Estas son en tanto que opiniones concurrentes a la formación de la voluntad estatal, tan legítimas como la mayoría.

Por lo tanto, no solo debe tolerarse su existencia, sino que debe reconocerse la función o rol institucional que ejercen, garantizándose los instrumentos y derechos necesarios para el desempeño de este rol institucional.

⁶⁴ Como señalara Kelsen, la unidad del pueblo solo puede afirmarse en sentido normativo, ya que según un criterio sociológico es una aglomeración heterogénea. Cfr. KELSEN HANS, *Esencia y valor de la democracia*, Guadarrama, Madrid, 1977, p. 30.

⁶⁵ Cfr. BASSO, LELIO, *Natura e funzioni dell' opposizione dell' ordinamento costituzionale italiano*, en *Discorsi e scritti sulla Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1958, p. 377.

El planteo, por consiguiente, consiste en integrar la voluntad de la minoría política en los órganos estatales para que el ejercicio del poder no quede exclusivamente en manos de la mayoría. Así corresponden a la minoría política funciones y derechos como la capacidad de conocer como la mayoría ejerce el poder con el fin de denunciar sus errores o buscar aportar alternativas; el derecho a presentar ante la sociedad sus posturas y discrepancias frente a cada decisión que deba tomarse; la capacidad para activar la discusión en aquellas materias que a su juicio deban plantearse, etcétera

Sin duda alguna, existe una notable falta de desarrollo en muchos ordenamientos jurídicos en torno a esta situación, si la contrastamos con la homogeneidad alcanzada en el ámbito de los derechos humanos individuales, aunque algunos de ellos tengan una dimensión colectiva.

La distancia entre realidad y norma, entre funcionamiento del sistema político y encuadramiento constitucional, se acrecienta en muchos de los llamados nuevos constitucionalismos latinoamericanos, particularmente en aquellos países que se han visto encandilados por políticas populistas que han generado grandes movimientos sociales y políticos de apoyo. En estos contextos la minoría política sufre serios embates que limitan los derechos de sus integrantes hasta límites previamente inadmisibles.

c) El desafío regional: la evolución del control de convencionalidad

El dialogo jurisdiccional entre la Corte IDH y la CSJN comenzó progresivamente desde los años noventa⁶⁶ y, si bien hoy sus fallos y

⁶⁶ En el ámbito de la jurisdicción contenciosa ejercida por la Corte desde su instalación en 1979 hasta 2011 ha dictado un total de 238 sentencias de fondo, excepciones preliminares, reparaciones, costas e interpretación. El 73,5% (175) de esas sentencias han sido dictadas entre el año 2000y el 2011. Salvo pocas excepciones, en prácticamente todas las sentencias de fondo la CIDH ha encontrado la violación de, al menos, uno de los derechos reconocidos en la Convención Americana. La jurisprudencia de la Corte sobre la interpretación de la Convención se complementa con las resoluciones sobre Medidas Provisionales dictadas hasta el 2011 en más de

jurisprudencia tienen efecto vinculante para los tribunales Argentinos teniendo estos la obligación de ejercer un control de convencionalidad⁶⁷ entre el derecho interno y los derechos consagrados en la Convención Americana a la luz de la interpretación que de estos ha hecho la Corte, incluso de oficio, el proceso de reconocimiento y aceptación no fue fácil ya que, por un lado la justicia doméstica muchas veces se ha resistido a la internacional debido a una diversidad de factores, y por otro, el activismo de la Corte IDH la ha puesto al borde, en varios casos, de una casi natural resistencia por parte de los Estados⁶⁸.

Esta es, quizás, una de las razones que sobrevuela la reciente nueva doctrina que la Corte Suprema Argentina ha sentado en el caso “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”⁶⁹.

Un primer desafío regional al control de convencionalidad y a la posición del Tribunal Internacional regional dentro del sistema jurídico interno de los países, lo constituye las diferencias jerárquicas que establece el principio de supremacía, en los Estados: por ejemplo en Argentina el Pacto de San José y sus órganos tienen jerarquía constitucional (artículo 75 inciso 22 Const. Argentina), y en Paraguay la constitución nacional tiene prelación sobre los tratados internacionales (artículo. 137 Const. Paraguay).

110 asuntos (cada asunto cuenta normalmente con varias resoluciones) y con 296 resoluciones sobre cumplimiento de las sentencias dictadas entre 2001 y 2011, así como las 20 Opiniones Consultivas dictadas desde 1982.

⁶⁷ El término “control de convencionalidad” fue por primera vez acuñado expresamente por la Corte IDH en su sentencia en el caso “Almonacid Arellano v. Chile”. sentencia del 26 de septiembre de 2006.

⁶⁸ Cfr. SAGÜÉS, NÉSTOR P., “*Derecho Procesal Constitucional. Logros y Obstáculos*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2006, pp. 247 y ss.

⁶⁹ CSJN 14/02/17. Sentencia de la CIDH del 29/11/2011.

Otro, circunda el sistema de control de constitucionalidad de cada uno de los países: ¿puede el juez inferior paraguayo ejercer control de convencionalidad si carece de la facultad constitucional para ejercer control de constitucionalidad ya que el sistema está exclusivamente concentrado en la Sala Constitucional de la Corte Suprema?

Además, un tercer interrogante que se centra en los efectos internos de la doctrina de la Corte Interamericana y de las recomendaciones de la Comisión: ¿constituyen pauta legal obligatoria para los otros países no involucrados?

La Corte IDH refiriéndose al derecho interno peruano en los casos: “Barrios Altos”, “Tribunal Constitucional de Perú” y “La Cantuta” puso énfasis en señalar los efectos *erga omnes* de sus fallos para todo el derecho interno de un país, en este caso Perú⁷⁰, comportándose como un Tribunal Constitucional anulando las leyes de amnistía con efecto *erga omnes* y sosteniendo que la vinculatoriedad de sus pronunciamientos no se agota en su parte resolutive (que vale para el caso particular) sino que se multiplica expansivamente a los fundamentos del fallo, obligando a los tres poderes del Estado para la generalidad de los casos similares.

La Corte Argentina pasó de considerar la jurisprudencia una “guía para la interpretación de los preceptos convencionales” en el caso “Girolodi”⁷¹; sostener en el caso “Acosta”⁷² que la *jurisprudencia internacional no podía afectar la cosa juzgada a nivel interno*; posicionarse en el llamado caso “Bulacio”⁷³ en el año 2003 en que la jurisprudencia de la Corte IDH *constituye una imprescindible pauta de interpretación de los deberes y obligaciones derivados de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*.

⁷⁰ Corte IDH, Casos: Barrios Altos vs. Perú (Sentencia de 14 de marzo de 2001, Serie C Nº 75); La Cantuta vs. Perú (cit.) y Tribunal Constitucional vs. Perú (Sentencia de 31 de enero de 2001, Serie C No. 71).

⁷¹ CSJN sentencia del 7 de abril de 1995.

⁷² CSJN sentencia del 28 de diciembre de 1998.

⁷³ Corte Suprema de la Nación Argentina, Expte. 1307/2003 Decisorio del 21 de agosto de 2003.

Este temperamento ha sido receptado por la Corte Argentina en los temas vinculados con delitos de lesa humanidad, donde se han aplicado a rajatabla dichas pautas jurisdiccionales⁷⁴.

Esta posición se consolidó en el caso Videla⁷⁵ donde convalidó el deber de efectuar –para evitar la responsabilidad internacional del Estado– el control de convencionalidad por parte de los jueces locales, atribuyéndose por consiguiente la facultad institucional de custodio de esta responsabilidad internacional.

Otro desafío en el ejercicio del control de convencionalidad por parte de los tribunales internos se ciñe a la llamada doctrina del “margen de apreciación”⁷⁶ que distingue entre un núcleo duro o esencial común para todos y otro más flexible y maleable, que admitiría ciertas modalidades secundarias de extensión y de aplicación, atendiendo las limitaciones, posibilidades y peculiaridades de cada país; su idiosincrasia y experiencias. Es decir, ¿la doctrina de la Corte IDH debe ser efectivizada por los jueces de todos los Estados que han aceptado la competencia de la Corte de una forma inalterable o pueden estos adecuarla a su ordenamiento jurídico interno en virtud de la noción del margen de apreciación?

Justamente, en “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto”, la CSJN Argentina – voto del Juez Rosatti – merita *“El constituyente ha consagrado en el citado artículo 27 (de la Constitución Nacional) una esfera de reserva soberana (margen de apreciación nacional) delimitada por “los principios de derecho público establecidos en la Constitución Nacional” a los cuales los tratados internacionales – y con mayor aún la interpretación que de tales tratados se realicen. Deben ajustarse y con los cuales deben guardar conformidad”*⁷⁷.

⁷⁴ Casos “Arancibia Clavel”; “Simón”; “René Derecho” y Mazzeo”.

⁷⁵ CSJN en Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo s/recurso de casación, C.S. V.281. XLV en sentencia del 31 de agosto de 2010.

⁷⁶ Sagüés, Néstor Pedro, La interpretación judicial de la Constitución, 2ª ed. (Buenos Aires, 2006), Lexis Nexis, p. 222 y ss.

⁷⁷ Considerando 5º del voto del juez Rosatti.

La actuación de la Corte IDH y su relación con el control de convencionalidad por parte de la jurisdicción constitucional interna de los países deja flotando muchos otros interrogantes, y por consiguiente desafíos a futuro:

¿Qué evolución tendrá el criterio de la Corte sentado en el caso “*Gelman v. Uruguay*”⁷⁸ del cual se derivó que una ley incompatible con los derechos humanos, según su perspectiva, no puede justificarse en virtud del principio democrático de las mayorías validando esta ley mediante una decisión soberana? ¿Debe la Comisión IDH dictar medidas cautelares (no autorizadas expresamente en la Convención) en temas políticos, como lo sucedido en el caso *Petro c/Colombia*⁷⁹?

La doctrina sentada por la Corte IDH en “*Lopez Mendoza c/ Venezuela*” al entender que el término “condena por juez competente en proceso penal” que autoriza con exclusividad la suspensión de derechos políticos conforme el artículo 23 numeral 2. de la Convención es cerrado y definido y, por tanto, tendría que ser simplemente adoptado por los derechos internos para tener efectividad. ¿Obligaría a los países que poseen instituciones parlamentarias o electorales con facultades de suspensión de los derechos políticos a reformar las mismas? ¿Entraría esto dentro del margen de apreciación de los Estados?

Evidentemente en el mundo globalizado del siglo XXI que transitamos los tribunales internacionales y los tribunales nacionales forman parte de una “red” jurídica de interpretación de los derechos reconocidos por los instrumentos internacionales y el derecho interno. De allí la responsabilidad de todos de contribuir a ese sistema mediante el diálogo entre ellos y el razonamiento responsable de sus decisiones en torno a sus efectos.

⁷⁸ Corte IDH caso “*Gelman v. Uruguay*”, sentencia del 24 de febrero de 2011.

⁷⁹ Puede verse nuestra opinión en “Derechos Políticos y medidas cautelares de la CIDH” (en coautoría con Adelina Loianno), Diario *La Ley*, Buenos Aires, 25/07/14.

d) Otros desafíos: los desafíos estructurales

El órgano encargado del control de constitucionalidad en una democracia constitucional, afronta papeles o roles potencialmente conflictivo. Debe ser el garante de la Constitución como norma suprema del ordenamiento defendiéndola de las violaciones que puedan cometer los poderes político; y también asegurar que estos puedan desempeñar las facultades de gobierno que la propia Constitución les confiere. Desempeñar estos papeles en forma simultánea es difícil en cualquier circunstancia y la misma se agudiza cuando las causas en las que se debe intervenir tratan asuntos de vital importancia para la sociedad y el Estado. Esta es quizás la razón por la cual el control constitucional y el órgano a su cargo están en permanente pugna, tensión y crítica frente a la *política* y a la doctrina especializada; y especialmente en países, como Argentina, que se ha caracterizado por la vocación política invasora y dominante sobre la composición de la Corte Suprema y los tribunales inferiores, sin otros límites o pruritos que los que marcó la oportunidad política.

Por ello, un desafío estructural para mi país y otros países de Latinoamérica, consiste en advertir la conexión existente entre el control de constitucionalidad y la calidad y estabilidad de la democracia, que deja al descubierto –desde mi perspectiva– cómo la falta de un rol activo u oportuno de las Cortes Constitucionales limitando al poder puede verse reflejando en la calidad y estabilidad de la democracia, ya que en el ámbito de una democracia constitucional la mayoría no puede tomar cualquier decisión sobre cualquier cuestión.

Constituyen también, desafíos estructurales la participación del control constitucional en el cumplimiento de las normas presupuestarias; así como la permanente tensión en la armonización de los derechos individuales y los sociales, en el marco de una sociedad compleja, activa y plural.

4. Conclusión

En el desarrollo de todos estos factores que hemos revisado en perspectiva y en prospectiva, el órgano encargado del control de constitucionalidad en un país y dicha función, constituyen –probablemente– unos de los epicentros más importantes institucionales y pedagógicos en el crecimiento de las sociedades y en la madurez de su cultura.

CAPÍTULO III

UNA APROXIMACIÓN A LAS TÉCNICAS DE COHABITACIÓN EN UNA COMUNIDAD DE INTÉRPRETES FINALES

Por Calogero Pizzolo

Sumario: 1. Las relaciones interordinamentales y el conflicto por la última palabra: la formación de normas interconectadas y el desarrollo de una comunidad de intérpretes finales. 2. Las técnicas de cohabitación y el reconocimiento de una “protección equivalente” entre los integrantes de la comunidad (el método Solange). 3. Un área de reserva cerrada a la interpretación supranacional: el principio de “identidad constitucional” o de los *controlimiti*. 4. Afirmación de un “margen nacional de apreciación” por parte de los intérpretes supranacionales que integran la comunidad de intérpretes finales. 5. La “interpretación conforme”. 6. La relación horizontal entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. 7. La relación vertical entre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y los Tribunales Constitucionales y Supremos. El dilema Melloni: admitir o no un nivel menor de protección en la interpretación de derechos.

1. Las relaciones interordinamentales y el conflicto por la última palabra: la formación de normas interconectadas y el desarrollo de una comunidad de intérpretes finales

El escenario jurídico del presente se encuentra fragmentado, según podemos observar, entre una diversidad de sistemas jurídicos autónomos los cuales, lejos de encontrarse separados e incommunicados, se encuentran conectados entre sí influyéndose recíprocamente. En el contexto de normas interconectadas, el proceso de fragmentación permite la formación de una comunidad de intérpretes finales. Siguiendo las palabras de los

jueces constitucionales italianos en referencia a la UE, con la ratificación de los Tratados fundacionales, se “ha entrado a formar parte de un ordenamiento jurídico autónomo, integrado y coordinado con el ordenamiento interno”.

En igual sentido, se expresan sus homólogos alemanes. Al referirse a la integración europea, estos sostienen que el ordenamiento jurídico de los Estados miembros y el ordenamiento jurídico comunitario “ni son inconciliables ni están comunicados entre sí, sino que se interrelacionan de múltiples maneras, se entrecruzan mutuamente y están abiertos a influencias recíprocas”.

Dicha Comunidad se encuentra integrada, ante todo, por el intérprete de la primera palabra, esto es los jueces nacionales que ejercen de manera exclusiva la competencia de interpretar la voz –y los silencios– del constituyente. Estos jueces nacionales, en la etapa de unidad interpretativa previa a la fragmentación, ostentaban también el monopolio de la interpretación de la última palabra. Pero ocurre que al integrarse en una comunidad de intérpretes, si bien no pierden esta segunda competencia pasan a ejercerla en superposición con los demás intérpretes que forman parte de la comunidad.

La posibilidad de escuchar un coro de voces sobre el contenido y alcance de los derechos humanos potencia el conflicto entre los intérpretes. La superación de un posible bloqueo a la eficacia de los derechos, lo cual acontecería frente a interpretaciones divergentes u opuestas de los mismos, es profundizar en las relaciones de cooperación. Cada uno de los intérpretes finales que hacen parte de la comunidad, cooperan entre sí, si logran desarrollar un diálogo interjurisdiccional. Precisamente, es este diálogo el instrumento idóneo para alcanzar los consensos mínimos que permita una cohabitación pacífica. Estos consensos, se expresan en técnicas de cohabitación practicadas por las partes y que, en esencia, implican un ejercicio de auto-contención o deferencia jurisdiccional.

La salida que encontró la práctica jurisprudencial al problema de las normas interconectadas, es convertir el espacio común pluridimensional

en un espacio de diálogo interjurisdiccional. En una unión de jurisdicciones. El diálogo, por tanto, no siempre es bilateral, también lo es multilateral y tiene como objeto la construcción de las relaciones interordinamentales.

El diálogo asume, dentro de la comunidad de intérpretes finales, la forma de un proceso deliberativo colectivo. Esto es, un proceso de adopción de decisiones mediante la confrontación pública de las posiciones respectivas que finaliza con la adopción de una solución compartida. Al final de cuentas, escribe Jacqué, todos los enfrentamientos –entre los diversos intérpretes– terminaron siendo teóricos y, a través de un diálogo sostenido sobre conceptos aparentemente contradictorios, descubrieron que podía llegarse a soluciones concretas: la supervivencia del sistema “debe mucho a la tolerancia y a la apertura recíproca de las jurisdicciones”.

El diálogo judicial al que nos referimos, como se ocupa de aclarar Bustos Gisbert, es la comunicación entre tribunales derivada de una obligación de tener en cuenta la jurisprudencia de otro tribunal (extranjero o ajeno al propio ordenamiento jurídico) para aplicar el propio Derecho. Esto es, “el diálogo es un tipo de comunicación obligatoria entre tribunales porque actúan en un contexto de pluralismo constitucional”.

Para desarrollar dicho diálogo, en consecuencia, los miembros de la comunidad de intérpretes finales –tanto en sede nacional como supranacional– deben fijar como punto de partida interpretaciones inclusivas y no interpretaciones excluyentes. Es decir, distanciarse de posturas de carácter absoluto –sin punto de equilibrio– para promover posturas integradas. Con este fin, los intérpretes han desplegado en la práctica jurisprudencial sobre las relaciones interordinamentales, distintas técnicas de cohabitación. Dichas técnicas han permitido administrar el conflicto propio de las normas interconectadas. En el plano discursivo –donde las técnicas de cohabitación dominan– estas reconocen una reserva de jurisdicción que facilita la formación de consensos mínimos y básicos por la comunidad de intérpretes en su conjunto.

Sin embargo, no debe olvidarse que, el gran desafío que sucede al consenso alcanzado a través de una técnica de cohabitación, constituye a la vez un límite a la cohabitación misma: no debe verse afectada la mayor protección reconocida a los derechos humanos por uno de los niveles (principio pro homine).

2. Las técnicas de cohabitación y el reconocimiento de una “protección equivalente” entre los integrantes de la comunidad (el método Solange)

En un escenario de fragmentación compuesto por una diversidad de sistemas jurídicos autónomos pero interconectados entre sí y que se influyen recíprocamente, las relaciones interordinamentales refieren a las relaciones entre sus respectivos intérpretes finales que se integran en una comunidad. El “diálogo” entre las Cortes, escribe Ruggeri, “es, por lo tanto, in nuce una comparación entre interpretaciones”.

Para que el diálogo finalmente pueda expresarse, es necesario entre los miembros intérpretes alcanzar consensos en torno a técnicas de cohabitación. El uso de una técnica de este tipo permite, en el contexto de un proceso deliberativo, que una parte consienta a la otra avanzar con su argumentación jurídica sin contradecirla, desconocerla o interfiriendo en sus argumentos. Estas técnicas nos acercan a un ejercicio de tolerancia, de deferencia, puesto de manifiesto en la aceptación –tácita o expresa– de interpretaciones sobre el contenido material de los derechos reconocidos formalmente y de modo concurrente por los distintos componentes normativos que forman la norma interconectada. Las técnicas de cohabitación, en síntesis, son las vías por donde discurre el diálogo. En este sentido, hacen a la vez de instrumentos formadores de consensos mínimos.

Cuando hablamos de consensos mínimos señalamos “soluciones de síntesis”. Alcanzar consensos mínimos, implica articular entre la comunidad de intérpretes una forma específica de lenguaje que comunique a sus integrantes y, a la vez, los represente. Dicho lenguaje se muestra

necesariamente como un lenguaje ambiguo. A la cohabitación se arriba al costo de sacrificar certeza jurídica. La jurisprudencia –forma de expresión central dentro de la referida comunidad– inicia, de este modo, la construcción de categorías jurídicamente indeterminadas tales como “identidad constitucional”, “tradiciones constitucionales comunes”, “protección equivalente”, “margen nacional de apreciación” o bien “interpretación conforme”. Estas categorías procurarían ser instrumentos para la adaptación de los contenidos de los derechos formalmente reconocidos, a un mosaico de realidades en algunos casos antagónicas entre sí.

Un “potencial choque de jurisdicciones”, producto de la superposición de competencias en materia de derechos –característica distintiva de las normas interconectadas–, entre los Tribunales constitucionales, el TEDH, el Tribunal de Justicia, y demás tribunales y organizaciones internacionales se ha resuelto, en opinión de Sabel y Gerstenberg, con la creación de un “nuevo orden de constitucionalismo coordinado [novel order of coordinate constitutionalism]” donde cada uno de sus promotores “acuerdan respetar los unos las decisiones de los otros, siempre que dichas decisiones respeten mutuamente acuerdos esenciales”. Este nuevo orden asume como propios los principios de la doctrina Solange desarrollada por el Tribunal Constitucional Federal alemán (TCFA) para articular –en el ámbito de la hoy UE–, su relación con el Tribunal de Justicia.

Dichos principios hacen referencia a que, cada “orden legal”, acepta las decisiones de los “otros órdenes”, incluso si otra decisión podría haber sido más coherente con la tradición constitucional nacional, “«siempre que [*as long as*]» dichas decisiones no signifiquen una sistemática violación de contenidos constitucionales entendidos como esenciales”. La doctrina Solange, sentencian Sabel y Gerstenberg, convierte a cada orden jurídico en “monitor” de la jurisprudencia de los otros ordenamientos involucrados, y subordina la aceptación de posibles “desviaciones” de las preferencias nacionales a un continuo encuentro de “equivalencias” en las cuestiones fundamentales. Estaríamos, por tanto, de frente a un overlapping consensus (consenso entrecruzado). Esto es, un acuerdo sobre

compromisos y principios fundamentales donde, esencialmente, cada orden jurídico requiere a los otros que respeten sus decisiones a condición de respetar sus diferencias. Cada parte en este tipo de consenso sabe que ha llegado a un acuerdo en lo esencial –como la defensa de la democracia en tanto sistema de gobierno o el respeto por el individuo como una condición de la libertad y la justicia–, a través de distintas, o bien de “solo parcialmente concordantes” interpretaciones de tales ideas. Es precisamente porque las partes de dicho consenso reconocen estas diferencias, y su influencia continua sobre la interpretación de principios compartidos, que se “reservan el derecho de interpretar los principios esenciales”, dentro de límites amplios y compartidos, como mejor les parezca, y el acuerdo de este derecho a las otras partes. Todo ello permitiría crear “un mecanismo institucional para articular e ir ajustando el significado práctico de estos ideales compartidos”.

La apuntada convergencia –advierten Pollicino y Martinico– no significa, evidentemente, una coincidencia perfecta (*perfect coincidence*), pero describe un proceso de acercamiento mutuo entre “entes jurídicos” que se caracterizan por objetivos diferentes en sus orígenes. A pesar de los conflictos que a veces existen entre los actores judiciales, nuestra impresión –afirman los citados autores– es que estamos tratando con una especie de “clima de cooperación” entre los jueces quienes prefieren garantizar la coherencia entre los sistemas legales (en nombre de la protección de los derechos fundamentales que representan un campo axiológico común en un contexto de múltiples niveles). Especialmente a través del desarrollo de modos informales de diálogo [*informal ways of dialogue*], las cuales recuerdan la experiencia de cortesía judicial propia del derecho internacional público y la deferencia judicial. Refiriéndose en particular a la integración europea, Pollicino y Martinico recuerdan que el denominado método Solange implica el reconocimiento de una “reserva de jurisdicción” para los tribunales nacionales y el reconocimiento al derecho de la UE de una especie de “primacía limitada”: esto es, tal primacía estaría garantizada “siempre y cuando (*as long as*)” no afecte los principios fundamentales de las constitucionales nacionales (*the counter-limits*). En lo que hace a la relación entre los tribunales constitucionales y supremos con el

Tribunal de Justicia, se hace notar que el método Solange es una manera de encontrar una solución a la situación inducida por la fragmentación del derecho. Consecuentemente, Pollicino y Martinico definen el método Solange como una “herramienta” para determinar el alcance de la reserva de jurisdicción de un tribunal en relación con la competencia existente de otro tribunal. Su aplicación tiene como consecuencia la abstención (*refrain*) por parte de un Tribunal del ejercicio de su jurisdicción en favor de la jurisdicción de otro Tribunal.

La citada cortesía, establece Shany, puede crear un “marco para la interacción jurisdiccional que permita a los juzgados y tribunales aplicar reglas originadas en otras instituciones judiciales”. Ello, a su vez, “estimulará la fertilización cruzada [cross-fertilization]” y puede resultar en un aumento de la legitimidad de las sentencias internacionales a causa de la utilización de la autoridad de otros tribunales y cortes internacionales. Shany define la judicial comity como sigue: “De acuerdo con este principio, que se encuentra en muchos países (mayoritariamente en los sistemas de derecho común) los tribunales de una jurisdicción deberían respetar y demostrar un grado de deferencia (*degree of deference*) en relación a la legislación de otras jurisdicciones, incluyendo la decisiones de los órganos judiciales que allí operan”.

La *judicial comity* se considera, mantiene Lavranos, más bien como una especie de “acuerdo entre caballeros (*gentlemen’s agreement*)” entre las cortes y tribunales. En otras palabras, cada corte o tribunal es totalmente libre de decidir si desea o no aplicar la cortesía, y sus consecuencias, a un determinado caso. Por otra parte, se acepta, que todas las cortes y tribunales internacionales tienen la obligación de garantizar la eficiencia y la coherencia del ordenamiento jurídico internacional al ejecutar sus funciones. Por tanto, la aplicación de la judicial comity (es decir, el método Solange) debe ser considerado como una “obligación jurídica inherente y fundamental a cada juez o árbitro”.

El método Solange, escribe Lavranos, ha sido utilizado por el TCFA de “manera flexible” con el fin de acomodar [*accommodate*] su relación jurisdiccional con el Tribunal de Justicia y su jurisprudencia, así como,

en general, al desarrollo del escenario político europeo. Por consiguiente, dicho método permitió al TCFA limitar su jurisdicción a favor de la jurisdicción del Tribunal de Justicia en función del nivel actual de protección de los derechos fundamentales en la UE.

3. Un área de reserva cerrada a la interpretación supranacional: el principio de “identidad constitucional” o de los *controlimiti*

El desarrollo del método Solange nace con la defensa que hace el intérprete final de la primera palabra –esto es de las normas constitucionales nacionales– de un área cerrada a la interpretación en sede supranacional. Es decir con la reserva expresa de jurisdicción en relación a la interpretación de los que se señalan como principios fundamentales del orden constitucional a partir de los cuales se materializa la identidad constitucional de un Estado. Identidad que viene dada por ese demiurgo que es el poder constituyente originario representante de la soberanía popular. El recorrido, en este sentido, que siguen diversos tribunales constitucionales –además de Alemania e Italia, en España, Francia, República Checa y Polonia, entre otros– lleva a señalar la existencia de límites constitucionales a la apertura propuesta por el derecho interno hacia el derecho internacional. Dichos límites estarían en condiciones de activarse frente a situaciones calificadas como “extremas” o “extraordinarias”. La utilidad de esta técnica en las relaciones interordinamentales entre los jueces de Luxemburgo y los jueces nacionales ha quedado expuesta en la “europeización” de la misma operada vía el artículo 4.2 (TUE).

Por otra parte, la doctrina de los *controlimiti* –cuya paternidad pertenece a los jueces constitucionales italianos– es una derivación de la identidad constitucional y de la defensa propuesta de ésta. En su formulación dogmática, expuesta como técnica de cohabitación, parte de la premisa que reconoce en el “otro” ordenamiento una entidad o cualidad suficiente que permite considerarlo, por el intérprete final del ordenamiento nacional, como compatible –equivalente– con este. Pero

tal reconocimiento, se acompaña con una declaración a priori sobre la existencia de límites constitucionales cuya violación por los jueces supranacionales, el juez nacional no está dispuesto a tolerar.

Ahora bien, como los límites invocados por los *controlimiti* –según Randazzo una categoría “más predicada que declarada” –o en palabras de Bignami un “quimérico instituto” – difícilmente puedan defenderse en abstracto –o sea más allá de un plano eminentemente dogmático– cumpliendo ciertos mínimos de certeza jurídica, su configuración queda para el caso concreto. Esto es, los *controlimiti* se materializarían como tales en situaciones más precisas que hipotéticas. Mientras tanto, el intérprete nacional, obtendrá a su favor un valioso margen de discrecionalidad que le permitirá consentir diversas interpretaciones hechas en sede supranacional a la vez que administrar el grado de conflictividad interordinamental que estas puedan crear. En efecto, tanto la noción de *controlimiti* como su derivado, la noción de identidad constitucional, son representativas de nociones jurídicamente indeterminadas. Está claro –afirma Bon– que esta incertidumbre “debilita en gran medida el carácter operativo de la noción de identidad constitucional”. Pero dicha ambigüedad, pareciera representar su mayor ventaja para el intérprete final nacional.

4. Afirmación de un “margen nacional de apreciación” por parte de los intérpretes supranacionales que integran la comunidad de intérpretes finales

El reconocimiento de un margen nacional de apreciación “juega un rol similar” al reconocimiento de una “protección equivalente”. Esta técnica de cohabitación tiene que ver, en lo argumental, con el reconocimiento de un margen nacional de apreciación por parte de un intérprete que actúa en sede supranacional hacia el intérprete nacional con quien comparte la comunidad de intérpretes finales. También aquí se trata de delimitar un área de reserva cerrada a la interpretación supranacional –pero no a su control–, de modo de consentir al intérprete nacional imponer su

opinión en hechos donde, en virtud de su cercanía fáctica y axiológica, se encuentra en una mejor posición para interpretar.

No se debe olvidar que dicho margen debe circunscribirse, o sea mantenerse, dentro de un área mayor delimitada por el juez supranacional al ejercer el control de convencionalidad al caso concreto. Dicho de otro modo, no se trata de reconocer una especie de inmunidad jurisdiccional estatal absoluta para casos específicos, por otra parte, incompatible con una protección internacional de los derechos humanos. De lo que se trata es de alcanzar un punto de articulación entre los intérpretes finales integrados en la comunidad.

Estamos en presencia, pues, según Anrò, de un “espacio de elección y evaluación” reconocido por los jueces supranacionales a los Estados. En palabras de García Roca, consiste “no en el reconocimiento de la existencia de una protección equivalente, sino más bien de una protección suficiente”. En estos casos, lo que el intérprete supranacional realiza es una labor de supervisión –mediante el control de convencionalidad– de la protección nacional otorgada al Derecho, marcando solo algunos mínimos y dejando un amplio campo de libertad para la actuación del otro ordenamiento.

La legitimación de tal “teoría”, en opinión de Sagüés, parte de la afirmación de que no constituye un privilegio para los Estados, sino una consecuencia de la democracia y del pluralismo, ya que es bueno comprender las realidades jurídicas, económicas y sociales de cada país, y la apreciación que de ellas hagan los tribunales nacionales, que son los más próximos y autorizados (en principio) para evaluar, en cada terreno concreto, los problemas de aplicación de los derechos humanos provenientes de una fuente jurídica internacional.

Desarrollada en sus aspectos centrales por el TEDH, esta herramienta “multiuso” –según referencia del propio García Roca– en manos de los jueces de Estrasburgo ha dado soporte a una “diplomática deferencia internacional que no existe en los tribunales constitucionales ni

se practica por ellos del mismo modo respecto de los órganos judiciales domésticos”.

El margen nacional de apreciación adquiere su funcionalidad articuladora en las relaciones interordinamentales, a partir de una clara indeterminación jurídica en lo conceptual. Esto es, un instrumento impreciso que Kastanas define como un concepto de “geometría variable en el cual los contornos son definidos por la jurisprudencia que permite a los órganos de Estrasburgo acordar una posibilidad convencional de apreciación de la legalidad interna por parte de las autoridades estatales y a las medidas tomadas por parte del Estado para concretizar, derogar o restringir las libertades garantizadas por el CEDH”.

5. La “interpretación conforme”

Esta técnica de cohabitación tiene que ver con una clásica técnica de adjudicación o solución interpretativa a los potenciales conflictos en una comunidad de intérpretes finales vinculados por normas interconectadas. Se trata, en este caso, de una técnica que facilita la comprensión de las normas en conflicto de modo compatible entre sí. Su formulación habitual es conocida bajo la forma de una interpretación conforme, pero con una importante particularidad como es que se trata de una interpretación mutua o doblemente conforme, pues como bien explica Bustos Gisbert, “implica no adaptar la interpretación a una norma situada en un nivel más elevado (escenario de la interpretación conforme), sino simultáneamente a dos normas superiores”.

No nos encontramos aquí de frente a una declarada área de reserva, sino a un intento del intérprete por conciliar lo que, a primera vista, aparecen como interpretaciones divergentes entre sistemas que regulan una competencia común. La técnica de la interpretación conforme es el actor central en un escenario de fragmentación jurídica. Ello porque permite moldear puntos de convergencia argumental desde donde fundar los consensos mínimos necesarios.

El “control difuso de convencionalidad”, escribe Ferrer Mac-Gregor, no consiste simplemente en dejar de aplicar la norma nacional por ser contraria al “parámetro de convencionalidad”, sino que implica, en primer término, tratar de “armonizar la norma nacional con la convencional”. Esto significa realizar una “interpretación conforme” de la norma nacional con la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), sus protocolos y la jurisprudencia convencional (como estándar mínimo), para desechar aquellas “interpretaciones contrarias o incompatibles al parámetro convencional”. Por lo que, en realidad, se realiza un “control” de la interpretación que no cubra dicho parámetro. El mismo autor, define a la interpretación conforme como “la técnica hermenéutica por medio de la cual los derechos y libertades constitucionales son armonizados con los valores, principios y normas contenidos en los tratados internacionales sobre derechos humanos signados por los Estados, así como por la jurisprudencia de los tribunales internacionales (y en ocasiones otras resoluciones y fuentes internacionales), para lograr su mayor eficacia y protección”.

6. La relación horizontal entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea

A nivel supranacional –en el ámbito de las relaciones jurisdiccionales horizontales–, la protección equivalente, como técnica de cohabitación, es defendida por el TEDH frente a las interpretaciones que, sobre los derechos también reconocidos por el CEDH, desarrollan los jueces de Luxemburgo dentro del sistema de la UE (en especial cuando aplican la Carta de Derechos Fundamentales de la UE). Como va a demostrar el desarrollo de esta técnica por los jueces de Estrasburgo, el planteo en el caso en concreto de la cuestión prejudicial (cfr. artículo. 267, TFUE) que permite conocer la opinión a los jueces de Luxemburgo, será determinante para mantener la existencia de la “equivalencia” en la protección. En este sentido, la relación entre el Tribunal de Justicia y el TEDH va a presentar problemas análogos a la relación del primero con el TCFA y,

por tanto, la solución a dichos problemas resultará también análoga a la alcanzada por los jueces de Karlsruhe.

Fue en el caso *Bosphorus* (2005) la primera vez que el TEDH aplicó esta doctrina directamente. Aunque podría pensarse que se encontraba implícita de una u otra forma en el principio de subsidiariedad del sistema europeo de protección. El TEDH estableció que: “A juicio del Tribunal, una medida del Estado adoptada en ejecución de tales obligaciones jurídicas debe ser considerada justificada en tanto en cuanto se considere que la organización en cuestión asegure a los derechos fundamentales (entendiendo que esta categoría incluye a la vez tanto las garantías sustanciales ofrecidas como los mecanismos para controlar su cumplimiento) una protección al menos equivalente a la que garantiza el Convenio (...). Por «equivalente», el Tribunal entiende «comparable»: toda exigencia de protección «idéntica» por parte de la organización implicada podría ir en contra del interés de la cooperación internacional perseguida”.

Los jueces de Estrasburgo dejarían en claro que esa consideración de protección equivalente no tendría por qué ser definitiva y podría ser susceptible de revisión a la luz de cualquier cambio fundamental en el sistema de protección de los derechos fundamentales.

El TEDH estimó que si se consideraba que, efectivamente, la organización de la que se trate (la hoy UE en este caso) otorgaba la mencionada protección equivalente, se presumiría que un Estado no faltaría a sus obligaciones para con el CEDH si no hacía más que ejecutar las obligaciones derivadas de su pertenencia a la mencionada organización. Sin embargo, argumentaría el TEDH, tal presunción puede ser destruida si “atendiendo a las circunstancias de un caso particular, se considera que la protección de los derechos garantizados por el Convenio fue manifiestamente deficiente”. En tal caso, el interés de la cooperación internacional cedería ante el papel del CEDH en tanto que “instrumento constitucional del orden público europeo” en el ámbito de los derechos humanos.

Esta equivalencia de legitimidad en materia de protección de derechos fundamentales otorgado por el TEDH al derecho de la UE, como se observa, lejos está de ser absoluta. La regla de aplicación sería: cuanto más discrecionalidad dejen los jueces de Luxemburgo en manos de los órganos jurisdiccionales nacionales, menos espacio habrá para aplicar la presunción. Siempre ha constituido una presunción *iuris tantum* que puede invertirse si en un determinado asunto se demuestra una deficiencia manifiesta de esta protección, como ha ocurrido en el caso *Michaud* (2012).

7. La relación vertical entre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y los Tribunales Constitucionales y Supremos. El dilema Melloni: admitir o no un nivel menor de protección en la interpretación de derechos

Cuando el Tribunal Constitucional español (TCES) presentó su primera cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia –máxima instancia jurisdiccional de la UE– mediante ATC 86/2011, de 9 de junio, el contenido de un largo debate doctrinario asumió, per se, el cuerpo de un complejo dilema presentando con toda crudeza al juez constitucional: en un escenario de protección multinivel de los derechos –caracterizado por la fragmentación jurídica y la consiguiente pluralidad interpretativa–, se debe admitir o no una protección de los derechos menor de la reconocida constitucionalmente.

A partir de la finalización de la Segunda Guerra mundial, con la evolución de los sistemas internacionales de protección, y la consolidación de los tribunales internacionales allí previstos, se planteó un escenario de pluralismo normativo que no tardó en manifestarse en un pluralismo argumental para explicar el alcance de derechos que obtienen un común o simultáneo reconocimiento formal. En este contexto, cobran relevancia las denominadas “cláusulas de mínimos” que, por un lado, garantizan un piso en la protección en el nivel internacional pero, a la vez, no excluyen una protección mayor en otro nivel internacional o nacional. En otras

palabras, de frente a la fragmentación no se propone un techo en la protección sino un acuerdo para otorgar la protección mayor en beneficio de la persona (pro homine).

Sin embargo, el dilema en cuestión no se presenta –al menos en la compleja forma que estudiamos– con relación al derecho internacional de los derechos humanos. El TCES en el asunto Melloni (2013) debía resolver sobre interpretaciones divergentes no en relación –por ejemplo– con el CEDH interpretado por el TEDH, sino sobre el derecho de la UE interpretado por el Tribunal de Justicia. Este último es un derecho autónomo que presenta una naturaleza supranacional que le es propia. Naturaleza representada por los principios de primacía y efecto directo. Ambos principios desarrollados por una añeja jurisprudencia del Tribunal de Justicia en base a la interpretación de la atribución de competencias, otrora estatales, con la que se benefician las Instituciones de la UE. Dicha jurisprudencia, dota a la citada primacía de un carácter absoluto con el objeto de garantizar la aplicación uniforme del derecho de la UE en todos los Estados que la integran.

El dilema aparece entonces cuando, los jueces de Luxemburgo, quienes reclaman –y se les reconoce– la competencia exclusiva en la interpretación del derecho de la UE, interpretan un derecho interconectado a un derecho constitucional –en el caso las garantías del debido proceso– de manera más restrictiva que los jueces constitucionales quienes, al mismo tiempo, tienen la última palabra en la interpretación de la constitución.

El Tribunal de Justicia va a responder a la cuestión prejudicial planteada, blindando sus argumentos a la influencia argumental del TCES –desatendiendo así la propuesta de diálogo– y, por tanto, cerrando el debate en torno a quién es la autoridad interpretativa en la materia en cuestión. Al quedar la última palabra en los jueces de Luxemburgo –palabra que asume así la expresión de un áspero monólogo–, se reafirma con toda crudeza el carácter absoluto de la primacía del derecho de la UE. Al actuar así, dichos jueces parecen alejarse completamente de cualquier solución maximalista, esto es rechazando adaptarse al mayor nivel de protección que ofrezca un Estado parte de la UE. Por el contrario,

se reclama para la UE un sistema de derechos fundamentales propio y autónomo reafirmando para sí una entidad constitucional.

El asunto Melloni (2013) y sus derivaciones dejan en evidencia los problemas que debe enfrentar, en una materia común como los derechos fundamentales, una comunidad de intérpretes finales integrada por jueces constitucionales y los jueces de Luxemburgo actuando todos ellos bajo la sombra de los jueces de Estrasburgo en el tan mentado triángulo jurisdiccional europeo.

CAPÍTULO IV

ACERCA DE LAS “NORMATIVAS INTERCONECTADAS” Y LA ACTUACIÓN DEL DENOMINADO “MARGEN DE APLICACIÓN NACIONAL”

Por Eduardo P. Jiménez

*“For the times, they are a changing”
Bob Dylan*

Sumario: 1. Nuestro punto de partida (Acerca de los laberintos y los techos); 2. Sobre el origen de nuestras dubitaciones (los laberintos son encrucijadas, extravíos, desolación); 3. Otros factores que plantean la crisis del sistema constitucional que nutre hoy a los Estados Nacionales (Todos ocultamos y desocultamos, según cuadre la circunstancia); 4. La actuación de las Cortes Nacionales con relación a las “normas interconectadas” (No hay ciencia que invente alas para desoxidar el hastío y la soledad); 5. El camino reciente emprendido por nuestra Corte Suprema de Justicia (¿Superación o retroceso?); 6. Nuestras breves conclusiones (Los techos son amuletos contra la intemperie).

1. Nuestro punto de partida (Acerca de los laberintos y los techos)

En un trabajo reciente¹, Calógero Pizzolo señaló que tanto el intérprete nacional como el interamericano, están [...]

¹ PIZZOLO, CALOGERO, “Las normas interconectadas (entre la primera y la última palabra en derechos humanos)”, “La Ley” del miércoles 08/07/2015, p. 1 y ss.

“condenados a entenderse mediante la práctica de un fluido diálogo judicial o interjurisdiccional, para evitar que se quiebre el equilibrio o la cohesión interna dentro de la comunidad, y se termine privando de eficacia a la norma interconectada”. Ello pues según él lo sostiene, la unidad interpretativa constitucional que otrora estaba representada por el concepto de supremacía del orden fundamental del Estado Nacional, se ha perdido, imponiéndose hoy en su lugar un espacio jurídico fragmentado, dividido en una pluralidad de órdenes jurídicos”.

Entiende además éste prestigioso jurista, que la globalización, como fenómeno transversal propio de nuestro tiempo, lleva la mayor responsabilidad de este cambio de época², pues en su criterio, el derecho constitucional clásico tiene hoy “pretensión de globalidad”, pese a que tal expansión no viene acompañada con la participación de un poder constituyente originario que le brinde legitimidad, aunque asomen en su sentir y como “parámetros” de una nueva legalidad supranacional, ciertas pautas que “migran” hacia infinidad de sistemas jurídicos que las adoptan como propias.

De allí que Pizzolo desarrolle el concepto de la formación de normas interconectadas, que proponen la idea de superación que ofrecen las ordenaciones jerárquicas tradicionales, propias de los Estados Nacionales, posicionando así a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como intérprete final de la CADH, especialmente al operar el denominado “control de convencionalidad”, para poder así garantizar ella el “efecto útil” que se supone debe derivarse de la plena vigencia de la CADH y su armoniosa aplicación.

Todo ello lleva –en el decir de nuestro colega–, a la necesidad de construir consensos en torno a una regla de cohabitación normativa,

² Así expresa PIZZOLO en “La Constitución frente a la integración supranacional y al Derecho Internacional de los Derechos Humanos” (en AAVV “*Internacionalización del Derecho Constitucional, constitucionalización del Derecho Internacional*” EUDEBA, 2012, p. 365-82), que “[...] la transnacionalización del derecho constitucional en tanto proceso preexistente, con la globalización, experimenta un cambio de fase trascendental”.

saludando entonces Pizzolo con beneplácito, el obrar reciente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, en tanto ha consolidado desde sus fallos, el reconocimiento de la autoridad interpretativa de la Corte Interamericana, al confirmar con sus ellos el carácter vinculante de las interpretaciones que la Corte Interamericana de Derechos Humanos determina, respecto de la CADH.

Finalmente, sugiere que la formación de normas interconectadas, resulta ser una consecuencia de la fragmentación antes aludida del espacio jurídico, augurando que el fracaso de este nuevo e incipiente diálogo, significaría lisa y llanamente el fracaso de la vigencia de los derechos humanos que se reconocen en estas normas interconectadas.

2. Sobre el origen de nuestras dubitaciones (los laberintos son encrucijadas, extravíos, desolación)

Ciertas dudas –algunas similares, y otras divergentes– animaban el cenit de la creación intelectual de Alberto Antonio Spota, cuando dio a conocer su demoledor artículo “Globalización, Integración y Derecho Constitucional”³. Allí, anunciaba que [...]

“el derecho constitucional de los Estados Nacionales y de las comunidades, son variables análogas, comprensibles, vinculadas y con futuro previsible” ya que para éste gran jurista Argentino; [...] el derecho constitucional, en un proceso de globalización como en el que hemos ingresado, no tiene por ahora, respuesta previsible”⁴.

Es que tanto él, como tantos otros constitucionalistas liberales de su tiempo –que fue el Siglo XX–, pensaron al derecho constitucional como aquel que nace tanto histórica como jurídica y políticamente, enraizado en el devenir de los Estados Naciones, que a su vez fueron producto de

³ Publicado en La Ley, del 26/02/1999, p. 1 y ss.

⁴ SPOTA, ALBERTO A., “Globalización y gobernabilidad en el Estado de Derecho: ¿Hay posibilidades de controlar los efectos de la globalización”, *Revista Científica de UCES*, 5 (1), pp. 171-193.

las grandes revoluciones de fines del Siglo XVIII y comienzos del Siglo XIX, concibiéndolo como un “derecho de la libertad” y esencialmente, de corte humanista⁵.

Entonces, y de cara a los “tiempos de transformación” que se avizoran en estos turbulentos inicios de nuestro tercer milenio, cabe destacar que pese a haber imaginado Pizzolo la pérdida de la unidad interpretativa representada por la Constitución, creemos más bien, que la característica central del constitucionalismo surgente de la segunda mitad del Siglo XX, radicó no en su pérdida paulatina de unidad interpretativa, sino en que éste debió comenzar a abrir sus puertas al derecho supranacional, dándole cada vez más intensamente, prelación sobre la normativa autóctona⁶, generando así justamente un intento de mantener y consolidar la antes mencionada unidad interpretativa.

Y entonces, la pregunta que nos anima varía, pudiendo ser formulada de la siguiente manera: ¿cómo debiera ser diseñada la fisonomía del derecho constitucional frente al poder “globalizado”? Al intentar ofrecer una respuesta, debemos ahora situar y contextualizar a la idea de globalización en el marco teórico de nuestro estudio:

Hemos señalado antes de ahora⁷ que el término globalización, de origen anglicano⁸, refiere a una modalidad de “achicamiento” del planeta, no visto desde su dimensión física, sino respecto de la posibilidad de

⁵ Bien señalaba aquí SPOTA (*op. cit.*, p. 4), que “(...) estos Estados Naciones condicionan al derecho constitucional, lo conforman, lo transforman y lo hacen devenir”, Ello es así, porque es claro que el derecho constitucional se enraiza en su origen y desarrollo, a la idea de Estado Nación

⁶ Señalaba por tal razón SPOTA (*ob. cit.* en nota anterior), que “[...] dicho en palabra simple: el derecho constitucional de los Estados Naciones se adecua con mayor facilidad y flexibilidad al derecho constitucional comunitario”.

⁷ De nuestra autoría *Migrantes y Refugiados: acerca de la globalización, los límites, las fronteras y los derechos fundamentales*, en “ED” del 28/06/2011, p.4.

⁸ Expresa sobre esta cuestión JOAQUÍN LEGUINA (“Desplazamientos” en AAVV *Diez palabras clave sobre globalización*, Navarra, Edit. Verbo Divino, 2002, p. 165), que en español, este término debiera leerse “mundialización”.

acceso de los seres humanos, de un lado a otro del orbe, a bienes y servicios. Puede sindicarse, entonces, al fenómeno en modo general, como la revolución de la comunicación entre seres humanos, que los ha hecho más interdependientes entre ellos. Ahora bien, la expresión contemporánea de éste fenómeno ha sido tan utilizada, y con referencia a objetos tan diferentes entre sí, que evidentemente, al mismo tiempo de haberse popularizado, perdió también mucho de su rigor científico.

Se ha indicado respecto de éste término, que el mismo se ha convertido en nuestros días [...]

“en una palabra clave para designar un proceso que concierne primordialmente a una expansión internacional de la economía o, más precisamente, a un entrecruzamiento sistémico del capitalismo financiero y tecnología de la comunicación *que parece exceder todo control por parte del Estado nacional y, en esa medida, por la política social*”⁹.

Una acepción algo más técnica de esta volátil y proteica expresión, la entiende como [...]

la interdependencia económica creciente del conjunto de los países del mundo, provocada por el aumento de volumen y la variedad de las transacciones transfronterizas de bienes y servicios, así como de los flujos internacionales de capitales, al tiempo que la difusión acelerada y generalizada de la tecnología”¹⁰.

Claro es que esta definición, ciertamente intrincada y de neto corte economicista, puede ser también “mejorada”, en tanto integremos éste peculiar “proceso” en un ámbito de naturaleza política, económica y cultural, donde las acciones desplegadas en los espacios nacionales tienen cada vez menos importancia relativa, restando entonces las internacionales,

⁹ Cfr. APEL, KARL OTTO, *La Globalización y una ética de la responsabilidad*, Prometeo, Buenos Aires, 2007, p. 163. El destacado nos pertenece.

¹⁰ Esta definición, producida por el Fondo Monetario Internacional (FMI), es invocada por JOAQUÍN ESTEFANÍA al escribir “El Fenómeno de la Globalización”; en AAVV, *Diez palabras clave sobre globalización*, cit., p. 19.

que de uso, se adoptan en centros que se sitúan cada vez más alejados de la vida cotidiana de los ciudadanos.

Creemos nosotros que esta manera más amplia e inclusiva de definir al proceso de globalización, ofrecida por Joaquín Estefanía¹¹, propone poner sobre el tapete, tanto lo positivo, cuanto lo negativo que incorpora la globalización.

Por ende, debe ser resaltado que el primer efecto que genera la globalización, resulta ser más político que económico, ya que se vincula a cuestiones consustanciales con el régimen democrático, produciendo –más allá de a quienes favorecen y a quienes perjudican sus resultados– un alejamiento de la ciudadanía respecto de las principales decisiones que se toman en su nombre¹², con lo que se traslada la toma de decisión a los “mercados”, compuestos –teóricamente– por millones de personas anónimas, que desde una simple agregación, parecieran poder asegurar que aquello que va a ocurrir, es lo mejor que puede acaecer.

Bien podríamos sostener, como corolario de lo referido, que la recién señalada constituiría una versión ampliada, mejorada y dotada de alta sofisticación, respecto de aquello que Adam Smith, considerado por muchos el “Padre de la Economía”, llamó en el Siglo XVIII, la actuación de la “mano invisible”, articuladora del desarrollo y crecimiento armónico de los mercados.

¹¹ *Ibidem*, p. 20.

¹² En el sentir de Estefanía (“El fenómeno...” citado, p. 20-21), el desarrollo de este proceso tan intenso como perturbador, implica “[...] debilidad de la democracia, falta de calidad de la misma. Los ciudadanos no se sienten representados por quienes toman las decisiones últimas, por quienes se reúnen y marcan las tendencias, los caminos por los que va a ir la humanidad”. Es que, la centralidad pasa para este autor, por asumir que la globalización es un proceso no decidido por los ciudadanos comunes, de a pie, lo que lo lleva a enfatizar que “[...] es un proceso que no hemos decidido los ciudadanos, que no hemos votado y que, no haciéndolo, nos perjudica como tales (aunque pueda beneficiarnos como consumidores)” concluyendo, que en lo esencial, la globalización “[...] nos distancia de la participación ciudadana, nos anestesia de lo público, de lo colectivo”.

Cabe entonces reconocer en éste punto, que en el último siglo y medio, se han producido en el planeta dos importantes oleadas de “globalización” enmarcadas por dos terribles guerras mundiales: la primera de ellas tuvo lugar durante la década del 70 del Siglo XIX (los denominados “años de la Comuna de París”), y duró hasta los inicios de la Primera Guerra Mundial (año 1914), y en tal ámbito de actuación se genera la industrialización del así denominado “norte geopolítico”, patentizándose por el contrario, la desindustrialización del “sur”, con la consecuente materialización de un patente incremento de la “desigualdad”, como un efecto propio y característico de la globalización, que significó un aumento del bienestar –mayor eficacia– pero regresivamente distribuido, lo que denota claramente a su vez, un más alto grado de desigualdad. Respecto de la segunda “oleada”, ella comienza en los años “setenta” del Siglo XX, y no ha culminado aún¹³.

Podemos entonces, resumir las causales de la actual globalización, en los siguientes tres ámbitos contextuales: 1) La aceleración de los ritmos de apertura económica y de los intercambios de bienes y servicios, mercancías e inversiones; 2) la liberalización absoluta de los mercados de capitales, y 3) la revolución de la informática y de las telecomunicaciones.

Esta modalidad globalizadora, constituida ya en un serio y evidente marco de referencia de nuestra época, ha hecho circular la riqueza por lugares en los que nunca lo había hecho con anterioridad y además, propició el consumo de todo tipo de productos, en secuencias que eran inigualables e impensadas en el pasado. Pero como lo hemos señalado con anterioridad, este tipo de procesos ha tenido su origen único y exclusivo

¹³ Según también lo expresa Estefanía (“El fenómeno...” citado, p. 28), “[...] en estas últimas cuatro décadas, no se ha desarrollado una globalización *lineal*, unidireccional, sino como un sismógrafo, con abundantes sístoles y diástoles; se reducía el ímpetu planetario en las dificultades (por ejemplo, las dos crisis del petróleo) y se aceleraba en la parte del ciclo económico”, para agregar luego que: “[...] de nuevo se produce un crecimiento exponencial de las desigualdades entre distintas zonas del mundo y, lo más novedoso, también en el seno de cada sociedad (el Sur en el Norte, y el Norte en el Sur)”.

en los tiempos actuales, habiéndose dado solamente con distintos matices e intensidades en la antigüedad histórica¹⁴.

Dicho lo anterior, aparece como urgente y necesario destacar entonces que la globalización así expresada nos plantea un desafío nuevo, consistente en determinar modos consensuales que nos lleven a la creación de contextos éticos universalmente válidos, que atiendan a satisfacer espacios de justicia, en una escala “global”¹⁵.

Por todo lo antes dicho, y aun compartiendo muchas de las acertadas conclusiones de Pizzolo, cuando señala que la unidad interpretativa representada por la Constitución se encuentra en franco retroceso¹⁶, no creemos oportuno enfatizar que la globalización, como un fenómeno transversal de nuestro tiempo, lleva la mayor responsabilidad de éste cambio de época, ya que vista ella como un proceso de integración económica y de supranacionalidad político-funcional que refleja la fase actual de desarrollo alcanzada por el capitalismo, este proceso carga con sus propios problemas y contradicciones¹⁷, lo que genera un importante

¹⁴ Es que, cada uno de los grandes descubrimientos recientes, ha implicado una reducción de las distancias, en tanto son medidas en el tiempo, justamente el tiempo necesario para acceder a otros lugares o a otras personas. Así, ha vaticinado ALBERTO SPOTA en forma casi “profética” (Cfr. De su “Globalización...” citada, p. 4), que “[...] el sistema de lealtades en los procesos de globalización, sean ellos asentados en instrumentos tecnológicos de primerísima generación, como son los sistemas de comunicación contemporáneos, o las formas de dominación económica, financiera o tecnológica, que representan cupos o cuotas de importantes intereses a nivel mundial, se caracteriza porque el poder que se ejerce por quienes mandan sobre quienes obedecen, está mucho más allá y mucho más acá de todo territorio y de toda bandera nacional o análoga” (el resaltado nos pertenece).

¹⁵ Máxime cuando autores de la talla de APEL (“La Globalización...” citada. P.164), sostienen que “[...] el proceso de globalización caracterizado de esta manera es irreversible: es típicamente una de esas evoluciones de la historia humana que han tenido lugar adelantándose a nuestra reflexión y a nuestro control moralmente responsables”.

¹⁶ Se ha perdido, expresa Pizzolo en su “Las normas...”, antes referido, p. 1).

¹⁷ Que hemos ya identificado como la puesta en escena de importantes bolsones de exclusión social y notorios grados de descuidadización. Esta realidad nos enfrenta

desafío para la reflexión política y esencialmente filosófica y, por ende, para una movilización de la responsabilidad a fin de consensuar y establecer un nuevo orden de interacción humana, al que Apel denomina "[...]globalización de segundo orden"¹⁸.

De allí que en este marco de análisis, entendamos nosotros que es el contexto del Estado Nacional, el que a través de sus instituciones y funcionando como andamiaje estructural, deba enfrentarse a las serias dificultades que le impone la paulatina pero inexorable cesión de sus competencias y jurisdicciones. Ello en pos de la vitalización de los procesos políticos de integración regional y supranacional, que requieren y se sostienen a partir de la instauración de su propio proceso de institucionalización.

Por tales razones, entendemos que no puede dejarse de lado aquí, la idea de que la propia democracia es la que sufre el desmedro de sus posibilidades de expansión y extensión en su legitimación social, ante la centralización política, la concentración económica y la homogeneización cultural que propone el modelo globalizador¹⁹.

Nosotros no dudamos en éste sentido, de que es aquí necesaria la recurrente cita a la crisis del Estado Nacional –a sabiendas de la realidad de esta circunstancia –pero la vinculamos a la adjudicación de estrechas relaciones con el actual estadio de desarrollo del capitalismo, que no resulta hoy compatible con las necesidades de mayor participación

con graves problemas de gobernabilidad del sistema. Ello denota en suma el déficit democrático que conlleva el avance del proceso de globalización.

¹⁸ APEL, KARL OTTO, "La Globalización...", ob. cit., p.164.

¹⁹ Expresa en su propio modo estás mismas ideas JORGE BERCHOLC ("La dinámica política y económica de la globalización. Los procesos de integración económica y supranacionalización política". En AAVV "El Estado y la Globalización", EDIAR 2008, p. 22), cuando sostiene que "[...] la lejanía y ajenidad de los ciudadanos respecto de sus representantes, se acentúan en el marco de la globalización, profundizando los llamados *déficits democráticos*"

requeridas por la democracia en los confines de los Estados Nacionales en que hoy se despliega²⁰.

Claramente entonces, entendemos nosotros que la propia democracia sufre, en desmedro de sus posibilidades de expansión y la extensión de su legitimación social, a partir del modelo de centralización política, concentración económica y homogeneización cultural que implica el inexorable avance del proceso de globalización, identificado párrafos más arriba²¹.

Es por tal razón, que en un escenario de conflictos tan complejos y novedosos, generadores de fuertes contradicciones y efectos sobre la estabilidad de los sistemas jurídicos y económicos en que se insertan, requiere la urgente construcción de hipótesis y propuestas que permitan entenderlos y vincularlos al crecimiento del sistema democrático, y no a su absorción por parte de un modelo globalizador, que posee mayor sintonía con el capitalismo concentrado, que con la democracia participativa que la sociedad latinoamericana del tercer milenio espera construir.

²⁰ Muy bien señala aquí BERCHOLC ("La dinámica política y económica de la globalización...", citado, p. 22), que "[...] no debe soslayarse que los efectos centrípetos en lo político, económico, social y cultural, observables como consecuencia del proceso de concentración económica, centralización política y homogeneización cultural que implica la globalización, coexisten con efectos centrífugos de signo opuesto: racismos, xenofobias, separatismos nacionalistas, tradicionalización societal y resistencia globalifóbica". Para profundizar el análisis de estas complejas relaciones entre democracia y capitalismo, recomendamos la lectura de una obra de nuestra autoría denominada "Los Derechos Humanos de la Tercera Generación" (EDIAR, 1997) En particular, nuestras conclusiones allí vertidas.

²¹ Al punto de haber enfatizado aquí APEL ("La globalización..." citada, p. 164), que "[...] el proceso de globalización caracterizado de esta manera, es irreversible".
Agrega en esta cuestión CARLOS BERCHOLC (ob. cit., en nota anterior, p. 22), que "[...] la lejanía y ajenidad de los ciudadanos respecto de sus representantes, se acentúan en el marco de la globalización, profundizando los así llamados *déficits democráticos*".

3. Otros factores que plantean la crisis del sistema constitucional que nutre hoy a los Estados Nacionales (todos ocultamos y *desocultamos*, según cuadre la circunstancia)

Destaca asimismo Pizzolo, a modo de continuidad de su desarrollo argumental, que [...]

“La reproducción de normas constitucionales creadoras de un orden jurídico autónomo a nivel supranacional, sin la participación de un poder constituyente originario que las legitime –problema central que el mismo ordenamiento debe superar–, se exhibe una de las características centrales del derecho en el Siglo XXI”²², a lo que aduna el hecho constatable de la transnacionalización del derecho constitucional.

Y vuelve nuevamente sobre su concepto de “normas básicas de referencia”, que permiten la articulación de los ordenamientos jurídicos, aunque sin la participación de un poder constituyente originario que legitime el proceso.

Es este para nosotros un detalle que nos convence acerca de la inidoneidad de éste camino, si con él se pretenden ratificar nuevas articulaciones de espacios democráticos. Una cosa es que las Cortes Superiores de cada Estado-Nación hagan “propias” estas normas básicas de referencia, ratificando la nueva articulación de espacios institucionales, pero desde una perspectiva democrática, y otra muy diferente es la imposición “globalizadora” del nuevo orden “desde fuera” o “desde arriba”, para privilegiar una legalidad supranacional, que nos ofrezca una estabilidad funcional al proceso de globalización, pero desarticulada de los espacios democráticos en que se inserta.

Por lo expuesto, es que al inexorable proceso de universalización de la globalización, debe serle contrapuesta, cuanto menos, la noción de institucionalización del principio de universalización de la justicia, el que debiera ser implementado desde la utilización de valores considerados

²² PIZZOLO, CALOÓGERO, “Las normas interconectadas...”, ob. cit., p. 1.

“comunes”, en una construcción democrática de corte minimalista. Señala aquí acertadamente Apel, que los “valores comunes” que se asuman de los diversos espacios culturales, “[...] solo serán transformados en normas vinculantes de una *ética universal* si, siendo expuestos a un discurso práctico, pueden resistir la prueba del *principio del consenso de la ética del discurso*, según el cual las probables consecuencias de su obediencia deben ser aceptables para todos los que pueden ser afectados por ellas”²³.

4. La actuación de las Cortes Nacionales con relación a las “normas interconectadas” (no hay ciencia que invente alas para desoxidar el hastío y la soledad)

Destaca Pizzolo también, el hecho de la “migración de ideas constitucionales”, lo que denota el [...]

“flujo dinámico de estímulos constituidos por la difusión y el conocimiento, unas veces superficial, y otras veces profundo, de ideas en las que se basan los ordenamientos constitucionales”²⁴, destacando luego los variados modos de apertura del Estado Nacional a la Comunidad Internacional, aceptando el propio Estado Soberano, los marcos reguladores provenientes de la Comunidad Internacional. Señala, en suma, Pizzolo que la fase actual de transnacionalización del derecho constitucional, se ha iniciado y aún se está desarrollando [...] en un espacio distinto al que ocupa el Estado Nación que conoció la fase ascendente precedente”.

Sabemos nosotros que un principio liminar y específico del Derecho Constitucional tradicional es el de “fundamentalidad”, por el cual esta rama del derecho se encuentra habilitada para “capturar” áreas de otras disciplinas jurídicas, si las reputa esenciales para la estructuración

²³ APEL, KARL-OTTO, “La Globalización...”, ob. cit., p. 172, con resaltado en origen.

²⁴ PIZZOLO, CALOGERO “Las Normas Interconectadas...”, ob. cit., p. 2, con cita a Giuseppe de Vergottini.

y operatividad del Estado²⁵. Ello se complementa hoy con un claro mandato de apertura, evidenciado entre nosotros principalmente en el Artículo. 75, incisos 22 y 24 del Texto Fundamental.

Con todo ello, podemos sostener que el Estado Soberano no solo se nutre de aquellas áreas esenciales para estructurarse, desde lo interno, sino ahora de aquello que –nacido en los ordenamientos supranacionales– también lo nutre. Ello no obtura a la generación de un derecho constitucional supranacional, que de seguro se encuentra hoy en desarrollo, sino que muestra un lento camino de adecuación, que no debe necesariamente plegarse al proceso de globalización, también en avance, ya que bien puede realizarse, pero en este caso, democrática y participativamente²⁶.

Es en éste camino, que los tribunales superiores de los diversos estados que integran el sistema de la CIDH, han allanado el recorrido de la adecuación, liderando este camino nuestra Corte Suprema de Justicia, que como bien lo recuerda Juan Carlos Hitters²⁷ [...]

“ha ido evolucionando progresivamente –con marchas y contramarchas– para hacer frente con los pronunciamientos del Tribunal Interamericano”.

Es claro que –para bien o para mal– se ha arrogado la Corte Interamericana de Derechos Humanos a partir del caso “*Myrna Mack*

²⁵ Así lo expone NÉSTOR SAGÜES, en su “Elementos de Derecho Constitucional” Edit. ASTREA, Tº 1, p. 30.

²⁶ Destacamos estos conceptos, sin olvidar las precisas advertencias de ALBERTO SPOTA (Cfr. De este autor “Globalización, Integración y Derecho Constitucional”, en AAVV *La Constitución real: enfoques multidisciplinarios*, La Ley, p. 111), cuando expresaba que “[...] el derecho constitucional en un proceso de globalización como el que hemos ingresado, no tiene por ahora a mis ojos, y sin sentirme dueño de la verdad ni nada que se le parezca, respuesta posible”.

²⁷ HITTERS, JUAN CARLOS, “Un avance en el control de convencionalidad”, LL del 27/05/2013, p. 1. Ver, para cotejo, los precedentes “Cantos”.

Chang”²⁸, el así denominado “control de convencionalidad”, resaltando en cumplimiento de tal rol, al fallar en los obrados “Trabajadores Cesados del Perú”²⁹, que [...]

“Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no solo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana”.

Así, al haber sido condenada nuestra Nación por la Corte Interamericana de Derechos humanos en el caso “*Cantos*”³⁰, y sin que en esa ocasión se hubiese acatado “in totum” lo dispuesto por aquel Alto Tribunal de Justicia³¹, ello comenzó a rectificarse, ante una nueva condena en autos “*Bulacio*”³², denotándose allí un avance en la definición de nuestra jurisprudencia interna, al sostener la Corte Suprema de Justicia, que [...]

“la decisión de la Corte IDH resulta de cumplimiento obligatorio para el Estado Argentino (Artículo. 68.1, CADH), por lo cual también esta Corte, en principio, debe subordinar el contenido de sus decisiones a

²⁸ Cfr. Corte IDH, Autos “Mac Chang, Myrna vs. Guatemala” Sentencia del 25/11/2003, Serie C, N° 101, en voto concurrente razonado del magistrado Sergio García Ramírez.”

²⁹ Cfr. Corte IDH, Autos “Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú” Sentencia del 24/11/2008, Serie C, N° 158. párr. 128; id. Autos “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, Sentencia del 26/09/2006, Serie C, N° 154, párr. 124.

³⁰ Cfr. Corte IDH, Autos “Cantos” del 28/11/2002 (“LL” 2003-C, 1).

³¹ Cfr. CSJN, Exp. 1307/2003, del 21/08/2003.

³² Cfr. Corte IDH, Autos “Bulacio vs. Argentina”, “LL” 2004-A, 684., párr. 6^a del decisorio.

las de dicho Tribunal Internacional”, lo que el Alto Tribunal de Justicia confirma al fallar los obrados “Simón”³³.

Lo expuesto, y lo también resuelto en obrados “*Arancibia Clavel*”³⁴, “*Girolodi*”³⁵ y “*Casal*”³⁶, son a juicio de Emilio Ibarlucía [...] “un claro ejemplo de que puede hablarse de que tenemos una “Constitución Convencionalizada”³⁷.

Hemos compartido esta postura, al haber expresado oportunamente, y con referencia al dictado del precedente “*Casal*”, que si bien en ése caso no se declaró “de oficio” inconstitucionalidad ninguna, la Corte Suprema enfatizó allí “la necesidad de efectuar control de convencionalidad” verificando que la normativa interna se ajuste a lo dispuesto en Instrumentos Internacionales de Derechos humanos a los que nuestro Texto Fundamental ha otorgado jerarquía constitucional, en términos del artículo. 75 inc. 22 CN”³⁸

³³ Cfr. CSJN Autos “Simón, Julio H., y otros”, sent. del 14/06/2005 (“LL” 2005-C, 845). Esta doctrina fue reiterada por la Corte Argentina al fallar los obrados “Mazzeo” (CSJN Fallos 330:3248), en este último, con cita al caso “Almonacid Arellano”, antes mencionado.

³⁴ Cfr. CSJN Fallos 328:2056.

³⁵ Cfr. CSJN Causa n ° 32/93, “Recurso de Hecho deducido por el Defensor Oficial”, “ED” del 07/05/1995.

³⁶ Publicado en “LL” 2005-F, 110.

³⁷ Cfr. IBARLUÍA, EMILIO “¿Existe una Constitución “convencionalizada”? (“LL” del 22/08/2012), p. 3.

³⁸ Ver, de nuestra autoría “El control de constitucionalidad *de oficio* en la República Argentina”, en AAVV “Tratado de Derecho Procesal Constitucional”, “La ley, T ° I, p. 425. Debemos resaltar también que al fallar la Corte Suprema los obrados “Rodríguez Pereyra”, en 27/11/2012 (Cfr. “LL” 2012-F, 559), admitió que también el control de convencionalidad debía hacerse, en caso de ello proceder, “de oficio” por los Tribunales de los Estados Miembros del Sistema Interamericano, con cita al fallo de la Corte IDH “Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú”.

También ha señalado en este punto Emilio Ibarlucía³⁹ que este camino había sido iniciado por la Corte Interamericana al dictar el caso “Almonacid Arellano vs. Chile” en 2006, donde señaló que los Magistrados nacionales debían tener en cuenta al fallar sus causas no solamente lo dispuesto en la CADH., sino además la interpretación que de la misma había hecho ése Tribunal, repitiendo ésa directiva en el fallo “Trabajadores cesados del Congreso de Perú” del año 2007, adunando allí que ése control de “convencionalidad” debía efectuarse “ex officio” doctrina que se reitera luego en los obrados “Raxcacó vs. Guatemala”, de 2005 y “Boyce vs. Barbados”, de 2007.

En general, y con relación a los países integrantes del Sistema Interamericano de protección de Derechos humanos, ellos han respetado –también con sus vaivenes– los decisorios de la Corte Interamericana. Respecto del Perú, la Corte Interamericana ha indicado particularmente en dos fallos paradigmáticos⁴⁰, los efectos “erga omnes” de sus decisorios, no solamente para el caso concreto, sino además con efecto expansivo para todo el derecho interno del país en cuestión. Ello fue acatado, en principio por el órgano jurisdiccional competente en Perú, quien en el caso anuló las leyes de amnistía cuestionadas con efectos “erga omnes”.

Debemos hacer notar también, que la Sala Colegiada Penal de Texcoco, en México, calificó de “obligatorio” al control difuso de convencionalidad, manifestando que para resolver la cuestión tenida en mira tuvo en consideración [...] “los criterios orientadores y obligatorios de la Corte Interamericana que sirven como base a éste Tribunal Colegiado, no solo por su obligatoriedad, sino porque ése Tribunal Internacional

³⁹ Del autor citado “¿Existe una Constitución *convencionalizada*, en “LL” del 22/08/13, p. 3.

⁴⁰ Cfr. Corte IDH Autos “Barrios Altos vs. Perú”, del 14/03/2001, Serie C, N° 75 (“LL” 2001-D, 558); íd. Autos “La Cantuta vs. Perú”, y “Tribunal Constitucional vs. Perú”, del 31/01/2001, Serie C, N° 71.

se puede considerar intérprete [...] del contenido de la Convención Americana”⁴¹.

Sin perjuicio de lo expuesto, no es menos real que ninguna disposición de la CADH⁴², le ofrece o impone carácter “casatorio” a la doctrina emergente de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, más allá de su validez para el caso concreto que se resuelve. Aun así, el propio Tribunal Interamericano avanza en éste punto, al fallar los obrados “*Gelman*”⁴³, concluyendo en su fallo que Uruguay había violado preceptos de la CADH al aplicar la cuestionada “Ley de caducidad” sancionada por su Congreso democrático, indicando que ella carecía de efectos jurídicos respecto de las graves violaciones a Derechos Humanos llevadas a cabo en ése país. Aun luego de ello, la Corte Suprema uruguaya, en un caso ulterior⁴⁴, interpretó que los decisorios de la Corte Interamericana se aplican solo al “caso concreto”, desconociendo en los hechos tal vocación “casatoria” del Tribunal Interamericano, lo que fue duramente contestado por éste último, redoblando y enfatizando su postura, en el sentido de que sus decisorios habidos en una contienda particular, son vinculantes para otros casos debatidos en el ámbito del Estado Condenado.

Señaló allí, la Corte Regional con rotundo énfasis, que [...]

⁴¹ Citado por HITTERS, JUAN CARLOS, en “Control de Convencionalidad (adelantos y retrocesos)”, en “LL” del 11/03/2015, p. 02/03, con referencia al precedente Corte IDH, en Autos “García Cruz y Sánchez Silvestre vs. México”, del 26/11/2013. Serie “C, N° 273, párr. 61.

⁴² Cfr. ADLA, XLIV-B-1250; luego con jerarquía constitucional por imperio del aArtículo. 75 inc. 22 C.N.

⁴³ Cfr. Corte IDH, Caso “Gelman vs. Uruguay” Fondo y Reparaciones, Sent. Del 24/02/2011, Serie C, N° 221.

⁴⁴ Cfr. Corte Suprema de Justicia del Uruguay, caso “M. L., J. F. F., O – Denuncia Excepción de Inconstitucionalidad, aArtículos 1, 2 y 8 de la Ley N° 18.831. IUE 2-109971/2011” (denominado coloquialmente *Caso de los Coroneles*), Sent. N° 20 del 22/02/2013.

“en situaciones y casos en que el Estado concernido no ha sido parte en el proceso internacional en que fue establecida determinada jurisprudencia, por el solo hecho de ser parte en la Convención Americana, todas sus autoridades públicas y todos sus órganos, incluidas las instancias democráticas, jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, están obligados por el tratado, por lo cual deben ejercer, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, un control de convencionalidad tanto en la emisión y aplicación de normas, en cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención, como en la determinación, juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos, teniendo en cuenta el propio tratado y, según corresponda, los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana!”⁴⁵.

Pero además, la Corte Interamericana enfatizó en tal precedente, que aun no habiendo intervenido en el proceso internacional de que se trate, los demás Estados Parte de la CADH, por la sola circunstancia de serlo, deben acatar y considerar el efecto de los casos por ella resueltos.

Aclarado lo que antecede, y volviendo ahora a las argumentaciones iniciales de Pizzolo, no se trata aquí de imponer “a modo casatorio” la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a los Estados parte en la Convención, sino de resaltar que los Tribunales Superiores de cada uno de ellos deben asumir en forma soberana, paulatina pero también contundente, que el sistema interamericano de derechos humanos, para validarse en los ámbitos internos luego de su ratificación por parte de las naciones que lo integran, los nutren de su fuerza normativa, con jerarquía cuanto menos superior a sus leyes internas.

Claro que en Argentina, donde este sistema jurídico posee jerarquía constitucional por imperio de lo dispuesto en el artículo. 75 inc. 22 C.N., no cabe otra solución que darle fuerza vinculante obligatoria a lo resuelto por el intérprete natural del Pacto de San José de Costa Rica, quien es

⁴⁵ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, en Resolución de Supervisión del caso “Gelman”, del 20/03/2013.

la Corte Interamericana de Derechos humanos⁴⁶. Ello así, pues hoy, y particularmente luego de operada la reforma constitucional de 1994, el Estado Argentino ha asumido una serie de obligaciones frente a la comunidad internacional, relacionadas con la vigencia real y no meramente formal de los Derechos Fundamentales.

Desde éste nuevo y gratificante sentido, hoy la así denominada “obligación de respeto” se erige en un límite supranacional a la actuación de los poderes políticos del Estado, que abarca a todos los órganos que, de conformidad ahora con la Constitución y los mentados instrumentos internacionales de derechos humanos que han sido jerarquizados por el constituyente reformador, actúan en clara salvaguarda de los derechos y garantías de los habitantes del Estado Argentino.

Por ello es que entendemos que el camino interpretativo de nuestra Corte Suprema de Justicia, antes detallado, y hasta fallarse el caso “*Fonteviechia*” sobre el que luego hablaremos, es el correcto, validando un sistema normativo que una vez operada la reforma constitucional Argentina, impone el seguimiento de éste rumbo “garantista” y “pro homine”. Claro que este camino es realmente más auspicioso que seguir la imposición de reglas casatorias, determinadas “*manu militari*” por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para no perder el tan citado “tren de la globalización”.

⁴⁶ Hemos sostenido antes de hoy, en nuestro “Sistema Jurídico y Derechos Humanos” (Revista *Lex et jure* del CED de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata, Año 1, N° 1, p. 37), que “[...] nuestro actual posicionamiento constitucional derivado de lo normado en el artículo 75 inciso 22 del Texto Supremo, ratifica normativamente la circunstancia de haber alcanzado la persona humana, la calidad y rango de sujeto de derecho internacional, ya que el Estado que se hace parte en un sistema internacional de derechos humanos (y más aún, el que jerarquiza este sistema hasta alcanzar el nivel de su texto constitucional), conserva su jurisdicción doméstica, en la que aloja el sistema de derechos, pero no de modo exclusivo o reservado, sino en modo concurrente con la internacional, que también asume respetar y hacer respetar”.

Importantes juristas latinoamericanos⁴⁷ han comenzado, en éste sentido, a pensar en bases constitucionales para América Latina, lo que significa considerar a nuestro continente como un espacio con identidad propia, madurada en una cultura profunda, en necesidades que encuentran su cauce en las instituciones, en hombres y mujeres que orgullosamente se definen como americanos.

Por ello, las naciones americanas que tornan a su constitución en “convencionalizada” y cuyos tribunales superiores de justicia instan a seguir, a modo de pautas de interpretación obligatoria, las pautas que se derivan de los fallos de la Corte Interamericana de derechos humanos, ingresan en forma democrática y soberana, al ámbito de la internacionalización del sistema de derechos fundamentales, construyendo – entonces sí – la deseada interconexión normativa desde espacios democráticos que legitimen la eficacia en la actuación del sistema.

No se trata, como lo señala Néstor Pedro Sagüés⁴⁸ de superar el diseño de un sistema constitucional, que por vetusto, deviene “autista” o patológicamente “nacionalista”, ni de reciclar toda la Constitución según el Pacto de San José de Costa Rica, como el prestigioso jurista lo sugiere. Es del caso articular sistémicamente los viejos y los nuevos componentes de un sistema constitucional que se advierte en crecimiento y cambio, integrando éste nuevo diseño, de modo que permita operar las

⁴⁷ Existe un “Equipo Federal del Trabajo”, integrado por Rodolfo Capón Filas, Helios Sarthou, Oscar Cuartango, Camel Rubén Layún y Reginald Felker, que han presentado las “Bases Constitucionales para América latina y el caribe”, p. 1 (Edit. UNLZ, julio del 2003), expresado –entre otras interesantes cuestiones– lo siguiente: “[...] concebir las bases constitucionales de América latina y el Caribe es un acto de fe en que nuestro continente se unirá pronto. Diseñarlas desde los derechos humanos y no desde los dictámenes impuestos por la hegemonía del mercado representa un acto de coraje, porque se aparta de la ideología dominante pensando en los habitantes de nuestra tierra, en un acto de justicia que reivindica la idea de que los intelectuales y los profesionales, son fruto y deben estar al servicio de la sociedad que los ha formado”.

⁴⁸ Del autor citado “El control de convencionalidad”, en particular sobre las constituciones nacionales” “LL” 2009-B, 761).

transformaciones del sistema en equilibrio, ofrecido en éste caso por el sistema democrático y la aplicación de la regla “pro homine”⁴⁹.

Ello, pues, es sabido que si en el contexto de un sistema, los cambios se generan sin coordinación, puede llegar a devenir su destrucción, ya que las transformaciones deben operarse allí equilibradamente. Lo antes indicado sin negar, por cierto, que los sistemas jurídico-políticos se encuentran en un entorno generalmente desorganizado, como pareciera presentarlo éste escenario que vincula a los “viejos” Estados Nación, con las “nuevas” organizaciones supranacionales de derechos fundamentales, con necesidad de articular y superar viejas formas de ordenación jerárquica. Con ello, los sistemas jurídicos pueden concebirse, como así lo enseña Humberto Quiroga Lavié, en “(...) una isla de organización”⁵⁰.

Claro es que la jurisprudencia argentina ha impuesto hasta el dictado de el precedente “Fontevicchia”, entre nosotros –en buenahora– un modelo sistémico de constitución convencionalizada, que coordina y articula adecuadamente con la vocación “casatoria” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y nos acerca a la admonición de Pizzolo, en el sentido de generar normas interconectadas, cuyo norte es la superación paulatina pero efectiva y tangible de la clásica ordenación jerárquica definida por el otrora Estado-Nación Soberano.

⁴⁹ Por caso, el proyecto de Constitución para América latina, desarrollado por el grupo de trabajo sindicado en nota anterior establece en su Artículo 2, que “[...] cada Estado conserva su soberanía, pero otorgándole a esta Constitución el carácter de Ley Suprema, sin que las propias puedan oponerse a la presente”, agregando su aArtículo. 5, que “[...] los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, suscriptos por cada Estado Latinoamericano, se incorporan en las condiciones de su vigencia, al presente texto con jerarquía constitucional, respetando los principios de derecho público interno, y complementando los derechos y garantías reconocidos por el ordenamiento jurídico de aquellos” (Cfr. “Bases...”, citado en nota anterior, p.14). Creemos nosotros que en este punto, he aquí el “norte” deseable: consensuar una solución normativa que indique claramente, y sin mayor merma de la soberanía detentada por los Estados Partes en el sistema interamericano de derechos, el rumbo a seguir en materia de democracia y derechos fundamentales.

⁵⁰ Cfr. QUIROGA LAVIÉ, HUMBERTO, “Cibernética y Política” Ed. Ciudad Argentina, 1986.

Cierto es que, además, existe y acaece una recurrente tensión entre lo dispuesto por los jueces nacionales de los Estados Parte en el sistema Interamericano de Derechos Humanos⁵¹ y los órganos supranacionales derivados del mismo, generando bloqueos o desplazamientos en las normas nacionales que se opongan a las derivadas del Pacto de San José de Costa Rica (incluidas sus normas fundamentales).

Es justamente este dilema es el que enfrentó nuestra Alta Corte de Justicia al fallar los obrados “Fontevecchia”, cuyo zigzagante recorrido será analizado a continuación.

5. El camino reciente emprendido por nuestra Corte Suprema de Justicia (¿superación o retroceso?)

Con fecha 14/02/2017, nuestra Corte Suprema de Justicia falló los obrados “Fontevecchia”⁵². En el caso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dejó sin efecto una indemnización dispuesta en una sentencia de nuestro más alto tribunal de justicia, a raíz de publicaciones periódicas, pasada en autoridad de “cosa juzgada”. Frente a ello, la Dirección General de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la Nación remite a la Corte Suprema un oficio, en el que se le hace saber el pedido formulado por la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación para que se cumpla con la sentencia dictada por el Organismo Internacional.

El máximo Tribunal de la nación, finalmente –y por mayoría– determinó que no correspondía hacer lugar a lo solicitado.

⁵¹ Que PIZZOLO (“las normas interconectadas...” antes referida, p., p.3), denomina “componentes normativos de orden interno”, que asume se encuentran hoy reducidos a “nuevos parámetros de legalidad primaria”.

⁵² “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 (LL 20/02/2017, p.9; Cita Online: AR/JUR/66/2017).

La composición del controversial fallo fue la siguiente⁵³: un voto mayoritario, emitido por los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco y Rosenkrantz, que desestima la presentación. El Magistrado Rosatti, comparte la solución mayoritaria, aunque por su voto. El pronunciamiento cuenta además con la disidencia del Magistrado Maqueda.

Respecto de la decisión mayoritaria, sobre la cual prevalece en nuestro entender la pluma del Magistrado Rosenkrantz⁵⁴, y luego de enunciar enfáticamente la que hasta esa fecha se constituía en doctrina consolidada del Tribunal, en el sentido de que [...]

“las sentencias de la Corte Interamericana, dictadas en procesos contenciosos contra el Estado Argentino, son – en principio – de cumplimiento obligatorio” ⁵⁵, destaca seguido que [...] dicha obligatoriedad, sin embargo, alcanza únicamente a las sentencias dictadas por el tribunal internacional dentro del marco de sus competencias remediales” enfatizando finalmente que en efecto, [...] es con ése alcance que el Estado Argentino se ha obligado internacionalmente a acatar las decisiones de la Corte Interamericana”⁵⁶.

Resaltando el marco de naturaleza coadyuvante o complementaria de la ofrecida por el derecho interno de los Estados Americanos, que determina la CADH, destaca que la Corte Interamericana no actúa como

⁵³ Precedido por el dictamen de la Procuradora General de la nación, Alejandra Gils Garbó, con quien coincide solo el voto disidente del Magistrado Maqueda.

⁵⁴ Es conocida la posición de Rosenkrantz, que no compartimos, en el sentido de considerar al derecho internacional como derecho “extranjero”, caracterizando de “préstamos” al cumulo normativo que surge de los instrumentos internacionales a los que la Constitución Nacional Argentina le ha dado por imperio de lo dispuesto en su Artículo. 75 Inc. 22, jerarquía constitucional, al derivarse de ellos en su entender, la “cristalización de una decisión colectiva tomada por otro” (Cfr. ROSENKRANTZ, CARLOS “Against borrowings and other Nonauthoritative Uses of Foreign Law”, 1 International Journal of Constitutional Law, 2003, pp. 269-95).

⁵⁵ Considerando 6^a del voto mayoritario.

⁵⁶ Considerando 6^a del voto mayoritario.

una instancia más, sin constituir una “cuarta instancia”, con potestad de revisar o anular decisiones jurisdiccionales estatales.

Por ello, este voto interpreta que la Corte Interamericana de Derechos Humanos no puede “dejar sin efecto” una sentencia dictada por ése tribunal, asimilando la idea de “dejar sin efecto” a la de “revocar”, señalando que en el punto, se ha recurrido a un mecanismo “restitutivo” impropio, y no previsto por el texto convencional, que no puede –en el caso– integrar las modalidades de “reparación” previstas y articuladas por el sistema interamericano de protección de Derechos Humanos⁵⁷

Ello por interpretar que [...]

“Revocar la sentencia firme dictada por éste Tribunal, implica privarlo de su carácter de órgano supremo del Poder Judicial Argentino y sustituirlo por un tribunal internacional, en clara transgresión a los Artículos 27 y 108 de la Constitución Nacional”⁵⁸. Aun así, enfatiza ese voto del Tribunal sobre el final, que lo resuelto en el caso “(...) no implica negar carácter vinculante a las decisiones de la Corte Interamericana, sino tan solo entender que la obligatoriedad que surge del Artículo. 68.1 debe circunscribirse a aquella materia sobre la cual tiene competencia el tribunal internacional (aArtículo. 63 CADH; artículos 27, 75 inc. 22 y 108, Constitución Nacional)”⁵⁹.

El interesante voto del Ministro Rosatti, y siempre vinculado con lo dispuesto por la Corte Interamericana en el Considerando 2^a, Inciso b) del fallo traído a consulta por la Dirección General de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones y Culto de la Nación, inquiriendo el modo en que se efectuaría su cumplimiento, en tanto en la sede internacional se disponía “dejar sin efecto” la condena civil impuesta a los Sres. Jorge Fontevecchia y Héctor D’Amico, así como todas sus consecuencias, concuerda con los Jueces de la mayoría en tanto interpretaron que ésa

⁵⁷ Voto mayoritario, considerando 15.

⁵⁸ Voto mayoritario, considerando 18.

⁵⁹ Voto mayoritario, considerando 20.

orden del Tribunal Internacional no solo pareciera ir más allá de sus atribuciones específicas y propias, sino que pareciera pretender imponer al Tribunal, la revocación de una de sus sentencias, ya pasadas en autoridad de “Cosa Juzgada”.

Expone Rosatti que no es posible a partir de esa cláusula [...] “hacer prevalecer automáticamente, sin escrutinio alguno, el derecho internacional –sea de fuente normativa o jurisprudencial– sobre el ordenamiento constitucional”⁶⁰, resaltando en tal contexto, el carácter “supremo” de las decisiones del Alto Tribunal.

Destaca con ello que de no rechazar el planteo en cuestión, se erigiría a la Corte Interamericana de derechos humanos en una instancia “revisora” o “casatoria” de decisiones judiciales estatales, ya que ello excedería en el sentir del magistrado, [...] “el carácter coadyuvante y complementario de la jurisdicción internacional”⁶¹.

Sin perjuicio del sentido final de su voto, es de resaltar que el mismo se dicta –a diferencia del mayoritario del Tribunal– en un marco interpretativo de “diálogo jurisprudencial” que en su sentir, se produce entre dos órganos con competencia para dirimir conflictos en los ámbitos nacional e internacional, en el que [...]

“reconoce a la Corte Interamericana de Derechos Humanos como último intérprete de la CADH (Artículo. 62, puntos 1 y 3 CADH), y a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como último intérprete de la Constitución Nacional Argentina (artículos 116 y 117 de la CN)”⁶²

Por ello, entiende finalmente Rosatti que no es posible concretar la revocación formal pretendida respecto del decisorio nacional en cuestión,

⁶⁰ Voto del Dr. Rosatti, Considerando 5^a. Funda esta posición el Ministro del Alto Tribunal, en la práctica tradicional fundacional argentina, con cita a la obra de Joaquín V. González.

⁶¹ Voto del Dr. Rosatti, Considerando 7^a.

⁶² Voto del Dr. Rosatti, Considerando 8^a.

sin violentar con ello lo dispuesto por los arta. 27 y 75 inc. 22 del texto fundamental argentino.

Para terminar, el fallo exhibe la fundada disidencia del ministro Maqueda, quien siguiendo lo dictaminado por la Procuradora general de la Nación, resuelve rechazar la demanda deducida por el Sr. Carlos Saúl Menem en contra de Jorge Fontevecchia, Héctor D'amico y Editorial Perfil SA., basado en la convicción de que las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pronunciadas en causas en 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”⁶³, con lo que entiende que la Corte debe cumplir y ejecutar el pronunciamiento, teniendo en consideración el principio básico del derecho sobre la responsabilidad internacional del Estado.

Nuestra postura respecto de lo decidido por la Corte Suprema de Justicia de la nación en éste precedente, sigue en línea con nuestro pensamiento, expresado en las líneas que anteceden.

En éste sentido, corresponde destacar en primer lugar que tanto el voto mayoritario, como el particular del Ministro Rosatti y el disidente del ministro Maqueda, asumen sin ambages que [...]

“las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pronunciadas en las causas en las que el Estado Argentino sea parte, deben ser cumplidas por los poderes constituidos en el ámbito de su

⁶³ Voto disidente del Ministro Maqueda, Considerando 3^a. En función de tal argumentación, propone luego expresamente y “[...] dado que dicho pronunciamiento debe ser cumplido por los poderes constituidos del Estado argentino en el ámbito de su competencia, corresponde a esta Corte Suprema, según lo establecido en el párrafo 105 del citado fallo, dejar sin efecto la sentencia dictada por este Tribunal – con otra composición – en los Autos “Menem, Carlos Saúl c/ Perfil SA.” (*Fallos* 324:2895) y, en consecuencia, también la de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil que es su antecedente, así como todas sus consecuencias, inclusive los alcances que hubieran tenido respecto de terceros” (textual del Considerando 5^a).

competencia”⁶⁴, que es obligación del Estado [...] cumplir lo dispuesto en las decisiones del Tribunal”, lo que [...] corresponde a un principio básico del derecho sobre la responsabilidad internacional del Estado”⁶⁵, o que [...] las sentencias de la Corte Interamericana, dictadas en procesos contenciosos contra el Estado Argentino son, en principio, de cumplimiento obligatorio para éste”, “[...] dentro de sus potestades remediales”⁶⁶, y finalmente, que en función de lo dispuesto por el Artículo. 68.1 de la CADH, y el Artículo. 75 Inc. 22 de la Constitución Nacional Argentina, “[...]el Estado Nacional se compromete a cumplir con las decisiones de la Corte IDH en los procesos en que ha sido parte”⁶⁷.

Sentado lo anterior, hemos de coincidir aquí también –aunque solo en principio– con la propuesta del Ministro Rosatti, en tanto una orden de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *no posee aptitud* para revocar lo expuesto en una sentencia firme de la Corte Suprema Argentina, dictada en los márgenes de su competencia, en función de lo dispuesto en los Artículo. 27, 75 Inc. 22 CN, 108 y 116 CN)⁶⁸.

Pero, es claro que el Tribunal Internacional no indicó en el caso la revocación de la sentencia en cuestión, sino que se dejara “sin efecto”. No olvido aquí que el voto mayoritario de la Corte, asimila con utilización del Diccionario de la real Academia Española⁶⁹, ambos términos, pero no puede dejarse de lado que una sana y garantista motivación en materia

⁶⁴ Disidencia de Maqueda, Considerando 3^a.

⁶⁵ Textual del dictamen de la Sra. Procuradora General de la Nación.

⁶⁶ Textual del voto mayoritario, considerando 6^a.

⁶⁷ Textual del voto particular del Ministro Maqueda, considerando 4^a.

⁶⁸ Así lo hemos expuesto y fundado en nuestro “Derecho Constitucional Argentino” (EDIAR, 2000, T° 1, Cap. V., Punto 5.3, p. 186 y ss.). Remitimos a tal argumentación, en honor a la brevedad y por exceder ella el confin de este análisis.

⁶⁹ Según nuestro cotejo, Edit. Espasa-Calpe, XX Edición, p. 1187, que enuncia la voz en su primera acepción como “(...) dejar sin efecto una concesión, un mandato o una resolución”.

de interpretación constitucional, obliga a recurrir a lo informado por cualquier diccionario de corte jurídico, específico para el tema.

Así, el Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales de Manuel Ossorio, nos informa que la revocación, resulta ser (1ª acepción), un “recurso admitido por algunas legislaciones y llamado también de *reposición*, en solicitud de que el juez que ha dictado una resolución interlocutoria la modifique por acto de contrario imperio a causa del error en que incurrió al dictarla”, expresando luego, y solo en su segunda formulación, para acepciones generales *con reflejo jurídico*, “a dejación sin efecto de un acto”⁷⁰.

Si a ello sumamos que hoy, y particularmente luego de operada la reforma constitucional Argentina de 1994, el Estado Argentino y –como antes señalamos– la propia Corte Suprema de Justicia de la nación han asumido una serie de obligaciones frente a la comunidad internacional en relación a la vigencia real y no meramente formal de los derechos humanos, debemos interpretar con ello que hoy, esa obligación de respeto se erige en un límite supranacional a la actuación de los poderes públicos del Estado, lo que abarca a todos sus órganos de gobierno –también al Poder judicial– que, de conformidad ahora con la Constitución Nacional y los mentados instrumentos internacionales sobre derechos humanos que han sido jerarquizados por ella a su propio nivel, actúan en salvaguarda de los derechos y garantías de los habitantes del Estado Argentino.

En consecuencia, creemos adecuado acompañar la primera y validante argumentación del Ministro Rosatti, quien propugna con acierto la generación de un “diálogo jurisprudencial” entre dos ámbitos de distinta fuente (nacional e internacional) pero con igual jerarquía contextual,

⁷⁰ Autor y obra citada, Heliasta, p. 678. Asimismo el Diccionario Jurídico de Mónica Sánchez y Virginia Pérez Pino (Tecnos, Madrid, p. 264), refiriéndose a la revocación de actos, la presenta como “(...) retirada de los actos administrativos no declarativos de derechos y de los actos de gravamen o desfavorables para los interesados, que la Administración puede hacer en cualquier momento, siempre que no constituyan dispensa o exención no permitida por ley, sean contrarios al principio de igualdad, al interés público o al ordenamiento jurídico!”.

rescatando la necesidad de enfatizar y hacer respetar ciertos márgenes de “apreciación nacional” que disuadan a los organismos internacionales a los que nos hemos vinculado, de asumir actitudes globalizantes y casatorias, impropias del resguardo de ambas “soberanías”, aunque resaltando que ambas que deben confluir en la necesidad de respeto irrestricto a los derechos fundamentales de las personas.

Es allí donde nos apartamos de la conclusión a que lleva éste controvertido fallo. Ello así toda vez que luego de no hacer coincidir los efectos de “revocar” (impropio de motivar alteraciones en una sentencia firme de un tribunal superior nacional) con “dejar sin efecto”, cabe concluir que con su fallo, al emitir el Considerando 2^a, la Corte Interamericana, no revoca la sentencia de la corte Suprema, a modo de 4^a Instancia procesal que el sistema interamericano no admite.

Empero, torna al mandato judicial, en una modalidad de “cosa juzgada írrita”, que la Corte puede y debe evaluar ante la Comunicación que le efectúa la Dirección General de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la Nación.

Es que desde éste lugar interpretativo, se ha señalado acertadamente que la “cosa juzgada” no puede constituirse en [...]

“excusa o forma de garantizar, inversamente, la impunidad en nombre de la estabilidad, la seguridad jurídica o la certeza” agregándose a ello que “[...] el paradigma de los derechos humanos (en tensión, muchas veces, con las necesidades de previsión del mercado, del comercio, de la economía), con su discurso en prédica en contra de la impunidad”.⁷¹

Dividiendo claramente Gozáini la “cosa juzgada írrita” (que pretendemos involucrar en éste acto), de aquella “fraudulenta” expresa que la primera se consolida cuando se ha generado un error judicial que provocó notoria injusticia.

⁷¹ Cfr. GOZÁINI, OSVALDO A., *Revisión de la cosa juzgada (írrita y fraudulenta)*. Ediar, Buenos Aires, 2016. También en “DP y C, junio del 2016, 03/06/16, 249 – DJ30/11/2016,85). Cita Online AR/DOC/1470/2016.

En el caso, se acreditó claramente en el orden interamericano el error judicial que motivó una sentencia claramente contraria a la libertad de expresión, base necesaria de la generación de una república democrática. No es que pretendamos aquí propiciar un “molde” de Corte Suprema particularmente parcial y desinhibida. Seguramente que debe propiciarse –según lo entendemos nosotros– la inexistencia en el caso de una cuarta instancia judicial frente al dictado de una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, propiciando de éste modo la salvaguarda de un claro marco de margen en la apreciación nacional.

Pero, ello debe hacerse de modo reflexivo y validante de la necesidad de establecer un expresivo marco de diálogo jurisprudencial entre los actores principales del sistema interamericano, pero sin olvidar que ambos han asumido la circunstancia de haber alcanzado la persona humana, la calidad y rango de sujeto de derecho internacional, ya que el Estado que se hace parte en un sistema de derechos humanos – y más aún, el que jerarquiza éste sistema hasta alcanzar el nivel de su texto fundamental – conserva su jurisdicción doméstica, en la que aloja el sistema de derechos, pero no de modo exclusivo o reservado, sino en modo concurrente con la internacional, que también asume respetar y hacer respetar.

Por lo indicado es que propiciamos avalar la calidad de incolumnidad que debe darse a las sentencias finales de nuestro más alto tribunal de justicia, resguardándose la calidad de “cosa juzgada que ellas detentan a partir de su firmeza, a modo de “margen de apreciación nacional” en el sistema interamericano.

Empero, ello no debe implicar resignar el compromiso del Estado Argentino de cumplir con las decisiones de la Corte IDH en aquellos procesos en, que ha sido parte, o considerar como lo ha hecho inveteradamente el propio Tribunal de Justicia, que los pronunciamientos de aquel Tribunal se constituyen para él, en pautas de interpretación obligatoria (Cfr. artículo. 75 Inc. 22 CN).

En función de lo expuesto, es que discrepamos con la solución mayoritaria del Tribunal de Justicia, ya que siguiendo la interpretación general

del Ministro Rosatti, quien enfoca la cuestión en un análisis dialógico propicio y adecuado, creemos que debió haberse interpretado que lo sentenciado por la Corte IDH tornó la sentencia cuestionada (y que fuera ordenada “dejar sin efecto” por el Tribunal Internacional), en una “cosa juzgada írrita”.

Por tal razón, y ante el planteo de la Cancillería Argentina, debió haberse abordado y resuelto la cuestión con un sentido “garantista y pro homine”⁷² sin resignar nuestra Corte Suprema de Justicia, la calidad de “interprete final de la constitución” que claramente ella posee⁷³.

También cuestionamos, por lo antes expuesto, el voto disidente del Ministro Maqueda, en tanto resuelve acatar sin más, y de modo automático, el decisorio de la Corte Interamericana, sin dejar en claro previamente que existen determinados márgenes de apreciación nacional que debe ser respetado en el contexto de diálogo interjurisdiccional que el Ministro Rosatti claramente resalta al votar la solución de la contienda.

6. Nuestras breves conclusiones (los techos son amuletos contra la intemperie)

No dudamos aquí, que el Sistema Interamericano de Derechos humanos, dotado hoy de un importante grado de legitimidad, la obtuvo con base en su labor al horadar las terribles dictaduras imperantes en el pasado reciente de América latina y posteriormente, acompañando los

⁷² Cfr. a Artículo. 32, 33, 75 Inc. 22 CN., y 13 y Ctes. CIDH.

⁷³ Bien ha señalado Peyrano en este sentido (Del autor citado “ratificación de los lineamientos poretorianos y doctrinales de la revisión de la cosa juzgada, en la impugnación de la sentencia firme; T 1, ante la posibilidad de intentar una acción autónoma de nulidad por esta cuestión, que “·[...] si se parte de una premisa de que ni tan siquiera un fallo final de la Corte Suprema de Justicia de la Nación se encuentra exento de ser impugnado mediante una acción autónoma de nulidad de cosa juzgada, se sigue que a fortiori, tampoco lo estará una sentencia ejecutoriada en relación de la cual se ha intentado, sin éxito, abrir la instancia extraordinaria federal”.

lentos pero inexorables procesos de transición y lenta consolidación en las democracias latinoamericanas.

No hay duda de que en el actual escenario de la región, el valor estratégico de este sistema regional de tutela a los derechos fundamentales es justamente el de apuntalar los lentos pero inexorables caminos que llevan a la consolidación de los espacios democráticos, en especial a la justicia y a los ingentes esfuerzos de los Estados Parte del sistema para superar los actuales niveles de exclusión y desigualdad, circunstancias estas que permiten avizorar aún, graves déficits democráticos persistentes.

Es a fin de lograr esos objetivos, que debe mantenerse el rol subsidiario a los sistemas nacionales de tutela a los derechos fundamentales, sin abjurar de su misión consolidante de los espacios democráticos del sistema, procurando que los principios y estándares allí generados, se incorporen tanto en la doctrina de los tribunales nacionales, como en la orientación general que nutre a sus diversos sistemas constitucionales.

Resulta por demás claro –en tal contexto–, que el diálogo interjurisdiccional supuesto por Pizzolo en su erudito trabajo, y redimensionado en sus confines por nosotros en estas breves líneas, no ha sido aun totalmente definido por la jurisprudencia de nuestro más alto Tribunal.

Es más, muchos sugieren un retroceso a partir del precedente “*Fontev ecchia*” que antes hemos comentado.

Nosotros coincidimos con Pizzolo en tanto reconocemos que una salida a esta clara “tensión” pasa por desplazar el principio de jerarquía que anima a ambas fuentes, para equilibrar de éste modo la interacción jurisprudencial que ahora claramente se evidencia, generando –de ser ello posible– un efectivo y armónico crecimiento en el sistema. Pero no es que hablemos de una forma constitucional nueva que se suma a otra ya existente, sino de una variación en el propio sentido de la idea de “forma constitucional”.

Creemos que para que exista un solo orden jurisdiccional con aptitud real para imponer tal articulación, ello deberá ser normativamente

dispuesto, o consensuado con las fuentes nacionales, seguramente a partir de la generación de reformas constitucionales consensuadas, como ha sucedido en la Europa hoy integrada.

Y no autoritariamente impuesto "desde arriba" por la Corte Interamericana de derechos Humanos, por loable que sea el intento de coordinación, ya que no se trata aquí de no perder el supuesto "tren de la globalización imperante", sino enfrentarla con un modelo democrático constitucional que se nutra de modos participativos que abonen en forma superadora y garantista al nuevo sistema.

Estamos hablando de un camino lento, pero efectivo, en una modalidad de construcción a la que de seguro deberá acompañar la Corte Interamericana con sus precedentes. Pero, el sistema constitucional convencionalizado se logrará –a ello aspiramos– con articulaciones democráticas y participativas.

O no podrá hablarse seriamente de un sistema de derechos fundamentales.

CAPÍTULO V

LA REVISIÓN DE LA COSA JUZGADA LOCAL EN LAS SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Por Osvaldo A. Gozaíni

Sumario; 1. Objetivos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos; 2. La fórmula de la 4ª instancia; 2.1 Cosa juzgada y revisión de políticas; 2.2 Control constitucional y de convencionalidad; 2.3 Cosa juzgada y revisión de convencionalidad; 3. Obligación de cumplir las Propuestas y Recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; 4. Revisión indirecta de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; 5. Funciones de la cosa juzgada en el derecho interno; 6. Debido proceso y cosa juzgada; 7. Conclusiones.

1. Objetivos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Toda denuncia que llega a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Comisión IDH) persigue poner en evidencia el incumplimiento de un Estado parte en la promoción y protección de los derechos humanos.

Esta iniciativa puede llegar de víctimas presuntas que piden reparaciones especiales; o de representaciones formales que actúan en defensa de los derechos del hombre, o de Organizaciones no gubernamentales que fungen como artífices del Sistema y promueven una suerte de acompañamiento especializado conseguido merced a la experticia que acreditan.

El procedimiento que comienza ante la Comisión IDH tiene una naturaleza jurídica controvertida, pero lo que no es dudoso es que centra la investigación para desentrañar si existió una probable violación de los derechos humanos. El enjuiciamiento desarrollado en las instancias locales no se vincula con el nuevo proceso, aun cuando sostiene y estimula la decisión particular de promover una acción ante el órgano interestatal.

Podría decirse que este último es requisito de procedencia, en atención a la necesidad de agotar los recursos de jurisdicción interna, pero no tiene otro parentesco y recibe, en consecuencia, un tratamiento diferente. Por ejemplo, el proceso local culmina con la “cosa juzgada”; mientras que el transnacional no revisa dichas actuaciones, sino que genera un procedimiento propio de investigación preliminar.

Por tanto, también puede hablarse del nacimiento de una instancia, si bien independiente y aislada del proceso interno. Este concepto admite el origen de un novedoso grado jurisdiccional que obrará en una dimensión de tiempo distinta a las etapas ya transpuestas.

Lo interesante de la confrontación entre proceso ordinario y proceso transnacional está en la íntima relación que tienen respecto a los sistemas procesales que los definen, en los cuales, algunas veces podrán tomarse los principios generales consabidos (v.gr.: contradicción, inmediatez, economía procesal, oralidad, publicidad e informalismo), mientras que otras, deberán adecuarse a los modelos de debate¹.

¹ La Comisión Interamericana destaca el alcance de la denominada fórmula de la cuarta instancia –que a veces es segunda, mas es otro tema–. En efecto, en un caso afirmó que “[...] a premisa básica de esa fórmula es que la Comisión 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” (Comisión IDH, Informe n° 39/96, caso N° 11.673, 15 de octubre de 1996).

2. La fórmula de la cuarta instancia

Los procedimientos que comienzan ante la Comisión IDH tienen carácter subsidiario a las vías internas de protección a los derechos humanos. Se trata de un refuerzo de garantías, que no debe ser visto como una instancia final de los recursos que tiene la jurisdicción nacional. El preámbulo de la Convención se emplaza como mecanismo complementario.

Si se le asignara calidad de instancia (etapa) procesal, constituiría una vía de impugnación contra las decisiones que se toman por los jueces locales, que no es propiamente la actividad que genera el sistema.

Por eso, cuanto se conoce como la fórmula de la cuarta instancia, tiene un defecto dogmático, porque la premisa básica consiste en permitir que la Comisión intervenga para verificar si en el derecho interno se han violado derechos humanos, sin que pueda revisar las sentencias dictadas por las autoridades jurisdiccionales de los Estados Parte².

² Informe n° 39/96, Caso 11.673: *Marzióni vs. Argentina*, 15 de octubre de 1996. La regla del agotamiento previo de los recursos internos se basa en el principio de que un Estado demandado debe estar en condiciones de brindar una reparación por sí mismo y dentro del marco de su sistema jurídico interno. El efecto de esa norma es asignar a la competencia de la Comisión un carácter esencialmente subsidiario.

El carácter de esa función constituye también la base de la denominada “fórmula de la cuarta instancia” aplicada por la Comisión, que es congruente con la práctica del sistema europeo de derechos humanos. La premisa básica de esa fórmula es que la Comisión 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.

La Comisión es competente para declarar admisible una petición y fallar sobre su fundamento cuando esta se refiere a una sentencia judicial nacional que ha sido dictada al margen del debido proceso, o que aparentemente viola cualquier otro derecho garantizado por la Convención. Si, en cambio, se limita a afirmar que el fallo fue equivocado o injusto en sí mismo, la petición debe ser rechazada conforme a la fórmula arriba expuesta. La función de la Comisión consiste en garantizar la observancia de las obligaciones asumidas por los Estados partes de la Convención, pero no puede hacer las veces de un tribunal de alzada para examinar supuestos

El problema está en que la intervención sobre el caso no es directa, pero lo es la confrontación del resultado con las pruebas y la decisión que se adopta por la Comisión. En consecuencia, aunque se diga que la cosa juzgada no se revisa, en los hechos se recomienda explorar la causa por considerar que en ella hubo violaciones al debido proceso.

Así sucedió en la causa *López Aurelli vs. Argentina*³ que trata sobre la detención por la dictadura militar de un trabajador que permaneció preso desde el año 1975, en la que la Comisión se expresa sin revisar los procedimientos internos, pero dando cuenta que con la instalación del gobierno democrático desde el 10 de diciembre de 1983 existía un deber de los jueces nuevos de repasar lo resuelto.

Este enfoque requiere de aclaraciones porque no es sencillo a simple vista. ¿Cómo se distancia la verificación del respeto a los derechos humanos de una persona que dice haberlos perdido o afectado en una instancia jurisdiccional local, sin que se revise la cosa juzgada?

2.1. Cosa juzgada y revisión de políticas

El problema no es diferente al que plantean otras instancias locales respecto a la posibilidad que las Cortes o Tribunales Constitucionales revisen la constitucionalidad de las sentencias dictadas en su jurisdicción por jueces de competencia distinta.

En otros términos: ¿puede la justicia constitucional, por ejemplo, revocar por violaciones al debido proceso sentencias que provienen de la más alta investidura de la administración judicial ordinaria? La misma pregunta se puede hacer en el sistema: ¿Puede la Comisión recomendar que se revise la decisión pasada en autoridad de cosa juzgada con el argumento encontrado que en la sustanciación del proceso se han encontrado

errores de derecho o de hecho que puedan haber cometido los tribunales nacionales que hayan actuado dentro de los límites de su competencia.

³ Comisión IDH, Informe N° 74/90, *López Aurelli vs. Argentina*. 4 de abril de 1990.

vicios graves que afectan derechos humanos? ¿Puede hacerlo la Corte IDH?

La Comisión subraya que su deber es atender la estricta observancia de las normas y los principios del debido proceso y el juicio justo; y que este compromiso por las garantías es superior en el contexto de casos de aplicación de la pena capital⁴.

La diferencia puede estar en un problema comunicacional del Sistema, que apoyado en el rol de Ministerio Público que investiga si dentro de un Estado se cumple con los derechos humanos, decide encaminar ante la Corte una etapa contenciosa contra dicho Estado confrontando entonces con sus políticas internas.

De ello surge que al verificar el proceso también considera los efectos de la sentencia, generando la confusión de llamar como cuarta instancia esta etapa preliminar al juicio de la Corte IDH⁵.

Precisamente, como no se puede sostener que la Comisión sea un organismo de continuación jurisdiccional, es común que se apele a argumentos altisonantes que poco sirven para evitar el desconcierto⁶.

⁴ Comisión IDH. Informe N° 97/03, Caso *Fondo Gary T. Graham*, actualmente conocido como *Shaka Sanfoka vs. Estados Unidos*, 29 de diciembre de 2003. Véase, por ejemplo, *McKenzie y otros c/ Jamaica*, supra, párrafo 188, en que se cita, *inter alia*, *Woodson c/ Carolina del Norte*, 449 L Ed 944, 961 (U.S.S.C.). La Comisión antes sostuvo que el carácter irrevocable e irreversible de la pena capital hace de ella una forma de castigo que difiere en sustancia, así como en grado, de otros mecanismos de castigo, lo que justifica la aplicación de un criterio especialmente estricto de confiabilidad para establecer si una persona es responsable de un delito que dé lugar a la imposición de la pena de muerte.

⁵ La Comisión ha sostenido firmemente que cuando está de por medio una posible violación de los derechos de una persona en el marco de los instrumentos interamericanos sobre derechos humanos pertinentes, la fórmula de la cuarta instancia no se aplica y la Comisión puede considerar el asunto. Comisión IDH. Informe N° 39/96, Caso 11.673: *Marzioni vs. Argentina*, 15 de octubre de 1996.

⁶ Es así que tienen que fundarse excepciones a la “fórmula de la cuarta instancia” que se explicitan con términos como los siguientes [...] En las sociedades democráticas, en que los tribunales funcionan en el marco de un sistema de organización

En nuestra opinión se tiene que reconstruir la naturaleza funcional de la Comisión IDH sin continuar mencionando como “cuarta instancia” un procedimiento que no es de revisión propiamente dicho.

La cosa juzgada puede tener límites temporales, y es constante aceptar que cuando las circunstancias que dieron lugar a una sentencia han cambiado, es factible reciclar las cosas llevándolas a un nuevo emplazamiento. Esta posibilidad tiene restricciones cuando hay derechos consolidados o han generado efectos jurídicos que se vienen cumpliendo amparados por la impronta de la definitividad de la sentencia.

Ahora bien, si la actuación de los órganos del Sistema es para verificar si en el Estado denunciado se han respetado los derechos y garantías de las personas físicas, no es el derecho interno cuanto se tiene que cotejar, sino el bloque de convencionalidad y en particular los derechos que tiene la Convención Americana.

Dentro de ellas están las garantías, principios y reglas del debido proceso, de forma tal que, por implicancia manifiesta, cuando se señala al Estado que dejó de cumplir con tal o cual precepto, al mismo tiempo le dice que la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada es inconven- cional.

No está diciendo que se revoca la sentencia, porque no es esa la función que denuncia, sino que la política del Estado que permitió esa actuación es contraria a las normas del Pacto de San José de Costa Rica. Sin embargo esta puede ser una conclusión dogmática si leemos lo que dice la propia Comisión.

de los poderes públicos establecido por la Constitución y la legislación interna, corresponde a los tribunales competentes considerar los asuntos que ante ellos se plantean. Cuando es evidente que ha existido una violación de uno de los derechos protegidos por la Convención, la Comisión tiene competencia para entender en el caso. La Comisión está plenamente facultada para fallar con respecto a supuestas irregularidades de los procedimientos judiciales internos que den lugar a manifiestas violaciones del debido proceso o de cualquiera de los derechos protegidos por la Convención. Comisión IDH. Informe n° 7/98. Caso 11.587. *Emiliano Castro Tortino vs. Argentina*. 2 de marzo de 1998.

El caso *Fermín Ramírez vs. Guatemala*⁷ es fiel testimonio de cómo se afecta la cosa juzgada interna recomendando que se reabra el proceso.

Inclusive en el derecho local la Corte Nacional decidió revisar la cosa juzgada alcanzada en un proceso interno donde la Corte Interamericana había señalado graves defectos e incumplimientos del deber de investigar⁸; y lo mismo ya tenía precedente en "*Bulacio vs. Argentina*"⁹ cuando la Corte IDH resolvió [...]

"De acuerdo con las obligaciones convencionales asumidas por los Estados, ninguna disposición o instituto de derecho interno, entre ellos la prescripción, podría oponerse al cumplimiento de las decisiones de la Corte en cuanto a la investigación y sanción de los responsables de las violaciones de los derechos humanos. Si así no fuera, los derechos consagrados en la Convención Americana estarían desprovistos de una protección efectiva. Este entendimiento de la Corte está conforme a la

⁷ En efecto, allí se afirma que "[...] a) El Estado es responsable de la violación del derecho de Fermín Ramírez consagrado en el artículo 8(2), (b) de la Convención Americana por que las autoridades judiciales guatemaltecas se abstuvieron de comunicarle previa y detalladamente los hechos en los que se fundó la sentencia condenatoria a la pena de muerte; b) El Estado es responsable de la violación del derecho de Fermín Ramírez consagrado en el artículo 8 (1) de la Convención Americana por que las autoridades judiciales guatemaltecas le impidieron ejercer el derecho de ser oído sobre los hechos y circunstancias que se le imputaron en la sentencia condenatoria; c) El Estado es responsable de la violación del derecho consagrado en el artículo 4 de la Convención Americana en relación con el artículo 1(1) del mismo instrumento por la eventual ejecución de la pena de muerte impuesta a Fermín Ramírez en un proceso penal en el que se incurrió en violaciones de los derechos al debido proceso legal y a la tutela judicial efectiva. Con base en el análisis y en las conclusiones del Informe, la Comisión recomendó al Estado que: 1) Otorque a Fermín Ramírez una reparación que incluya dejar sin efecto la pena impuesta y la realización de un nuevo juicio con la plena observancia del debido proceso legal. 2) Adoptar las medidas necesarias para evitar la repetición de los hechos que dieron origen a las violaciones establecidas en [dicho] informe. Comisión IDH, Informe N° 35/04, *Fermín Ramírez vs. Guatemala*. 11 de marzo de 2004.

⁸ Cfr. Corte IDH, "*Caso Buenos Alves vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*", Sentencia de 11 de mayo de 2007, serie C N° 164.

⁹ *Caso Bulacio vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C N° 100.

letra y al espíritu de la Convención, así como a los principios generales del derecho; uno de estos principios es el de *pacta sunt servanda*, el cual requiere que a las disposiciones de un tratado le sea asegurado el efecto útil en el plano del derecho interno de los Estados Partes”¹⁰.

Aunque conservó resabios de controversia que llegaban del Caso “*Cantos vs. Argentina*”, donde estaba largamente incumplida la sentencia del tribunal internacional que obligaba a no cobrar al señor José María Cantos el importe de la tasa de justicia y los altísimos honorarios judiciales que se habían impuesto en la causa local.

Aquí la Corte IDH dijo que [...]

“La obligación de cumplir lo dispuesto en las sentencias del Tribunal corresponde a un principio básico del derecho sobre la responsabilidad internacional del Estado, respaldado por la jurisprudencia internacional, según el cual los Estados deben acatar sus obligaciones convencionales internacionales de buena fe (*pacta sunt servanda*) y, como ya ha señalado esta Corte y lo dispone el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, aquellos no pueden, por razones de orden interno, dejar de asumir la responsabilidad internacional ya establecida. Las obligaciones convencionales de los Estados Partes vinculan a todos los poderes y órganos del Estado”¹¹.

2.2. Control constitucional y de convencionalidad

Se abre así un espacio para deliberar si hay confrontación entre el control de constitucionalidad aplicado por el derecho interno y el control de convencionalidad que concreta la justicia transnacional¹².

¹⁰ *Ibidem*, párr. 117.

¹¹ “Caso *Cantos vs. Argentina*. Supervisión de cumplimiento de sentencia”. Resolución de 6 de julio de 2009.

¹² En la sentencia del caso “*Cabrera García y Montiel Flores vs. México*”, la Corte se pronuncia por primera vez sobre la cuarta instancia como excepción preliminar. El conflicto se suscita porque México alega que los recursos internos fueron

La cosa juzgada impide que se reabran procesos que se amparan en la regla *non bis in idem*, pero la cosa juzgada constitucional es diferente y se explana en un territorio distinto donde siempre están referenciados los derechos fundamentales.

Esta es un contraste que no está advertido en la resolución de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que ha generado tantos comentarios y a los que más adelante referiremos¹³.

En el caso *Almonacid Arellano vs. Chile*¹⁴ la Corte IDH dejó sin efecto dicha regla, y en consecuencia, reabrió el proceso en el que se había dispuesto absolver al responsable de una violación a los derechos humanos, por considerar que el procedimiento no se había instruido con independencia e imparcialidad, y con la clara intención de no someter al responsable a la acción de la justicia.

Esta decisión se suma a varias más donde se ha hecho una división entre el impedimento legal de actuar como tribunal de apelaciones o casación de los tribunales en los casos de derecho interno, y aquellos donde se puede intervenir por encontrar que el debido proceso estaba vulnerado.

La tesis sustenta que no es una cuarta instancia porque los órganos intervienen sin abrir un nuevo juicio sino en virtud de cuatro razones primordiales:

1º) La tarea esencial es el control de convencionalidad.

resueltos conforme a las reglas del debido proceso de la Convención Americana y aplicando *ex officio* el control de convencionalidad. Sin embargo la Corte contesta que el planteamiento del Estado mexicano versa sobre cuestiones de fondo, es decir, México alega la inexistencia de violaciones de derechos humanos, cuando esa es precisamente, la cuestión de fondo. Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Sentencia de 26 de noviembre de 2010 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C, N° 220, párr. 21.

¹³ CS, 14 de febrero de 2017, *Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso 'Fontevicchia y D'Amico vs. Argentina'*.

¹⁴ Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. 26 de septiembre de 2006.

2º) La función de los tribunales internos es de control constitucional y convencional, de manera que si hay incompatibilidad entre ellas, es deber del Sistema Interamericano adecuar la decisión.

3º) Las sentencias de los tribunales locales difiere en el contenido material que se analiza, por ello es dudoso que se revise una cosa juzgada interna cuando los parámetros son distintos.

4º) Las partes en ambos procesos son sustancialmente diferentes; en sede internacional la violación proviene del Estado, en tanto que en sede interna puede provenir de una autoridad estadual, municipal o de un particular.

En el caso *Gustavo Carranza Latrubesse vs. Argentina*¹⁵ la Comisión sostuvo que no le compete dictaminar sobre la prudencia o eficacia de una doctrina judicial *per se*, a menos que su aplicación resulte en la violación de alguno de los derechos protegidos por la Convención Americana.

Cuanto se afirma por la Comisión y la Corte, afianza en el deber de custodiar la aplicación por los Estados de los derechos que consagra la Convención Americana, quedando para después el tema de la obligatoriedad de seguimiento de recomendaciones y sentencias. Ahora interesa ver si el impacto sobre la cosa juzgada es tan directo que supone convertir

¹⁵ Comisión IDH, Informe N° 30/97, Caso 10.098: (*Carranza Latrubesse vs. Argentina*). 30 de septiembre de 1997. Sin embargo la Comisión IDH, tiene una facultad fundamental para examinar si los efectos de una medida dada de alguna manera violan los derechos humanos del peticionario reconocidos en la Convención Americana. En este caso, la Corte Suprema de Chubut declaró no justiciable la demanda del peticionario, que pasó en autoridad de cosa juzgada cuando la Corte Suprema de Justicia Argentina denegó la apertura del recurso extraordinario interpuesto por el peticionario, con el objeto de revertir la decisión del tribunal provincial. El efecto causado fue el de precluir toda decisión respecto de los méritos del asunto. La Comisión concluye que al impedir una resolución sobre ellos, el caso interpuesto por el señor Gustavo Carranza, a raíz de su destitución como juez de la Provincia de Chubut, el Estado argentino, violó sus derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, consagrados en los artículos 8 y 25, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana.

la fórmula de la cuarta instancia en un principio positivo de intervención, antes que en un presupuesto negativo de la revisión.

2.3. Cosa juzgada y revisión de convencionalidad

Para nosotros hay que dividir las aguas en este sentido: la cosa juzgada es un instituto procesal. Puede ser una garantía judicial si de ella se espera seguridad jurídica y certidumbre para las relaciones emergentes de ese fallo. Pero el caso juzgado en sede internacional es distinto, admite ver el uso y aplicación de derechos antes que hechos en particular, y el elenco de posibilidades para incidir sobre ellos proviene, en primer lugar, de los derechos fundamentales entendidos desde el prisma del principio *pro homine*.

No es posible convalidar en el derecho interno el sacrificio de derechos humanos que fueran vulnerados por un proceso judicial que alcanza el estado de cosa juzgada. Si la Comisión encuentra que se produce el entredicho con los derechos convencionalizados, la recomendación es bastante para que el Estado pueda voluntariamente aceptar el consejo, o cumplir con la decisión de la Corte IDH si fuera una sentencia de este organismo¹⁶.

¹⁶ El voto razonado de Eduardo Ferrer Mac Gregor en "*Cabrera García y Montiel Flores vs. México*" sostiene que para poder determinar si las actuaciones de los jueces nacionales resultan compatibles con el Pacto de San José, en determinados casos se tendrá que analizar su actuación a la luz de la propia normatividad interna y siempre atendiendo a la Convención Americana, especialmente para valorar lo que podríamos denominar el "debido proceso convencional" (en sentido amplio). Dicho análisis, por consiguiente, no puede constituir una "cuestión preliminar", sino fundamentalmente representa una "decisión de fondo", donde precisamente se analizaría, *inter alia*, si un determinado ejercicio del "control de convencionalidad" por parte de los tribunales nacionales resultó compatible con las obligaciones contraídas por el Estado demandado y a la luz de la propia jurisprudencia interamericana. Las anteriores consideraciones, por supuesto, no otorgan competencia absoluta a la Corte IDH para revisar en cualquier caso y condición la actuación de los jueces nacionales a la luz de la propia legislación interna, toda vez que ello implicaría examinar nuevamente los hechos, valorar las pruebas y emitir una sentencia que eventualmente

La Corte IDH no tiene competencia para convertirse en una “nueva y última instancia” para resolver los planteamientos originales de las partes en un proceso nacional. Esto lo tiene claro el tribunal interamericano como no puede ser de otra manera. Precisamente es el control de convencionalidad el que razona y fundamenta la intervención de los órganos del Sistema. La redacción que sugiere la fórmula de la cuarta instancia como obstáculo, debiera renovarse dando a entender que la Comisión es competente para declarar admisible una petición y resolver sobre ella cuando advierte claro y manifiesto el vicio convencional. Estos derechos afectados por un proceso que no es el debido que garantiza el Pacto, es la piedra de toque para habilitar la instancia supranacional.

Luego, si el proceso local cuestionado tiene defensas sostenidas en aplicaciones propias del derecho interno, o el Estado defiende con el sostén que tiene la cosa juzgada, la actuación no sería propiamente de revisión del proceso, sino de verificación de cumplimiento en el derecho interno de los derechos y garantías consagrados que se fiscalizan con el control de convencionalidad.

Ahora bien, si el peticionante solo afirma equivocaciones de razonamiento o disconformidades con apetencias personales que se basan en apreciaciones propias, es evidente que ninguno de los órganos de la Convención se puede convertir en un tribunal de alzada impropio.

3. Obligaciones de cumplir las Propuestas y Recomendaciones de la Comisión IDH

También cabe considerar que la Comisión IDH solo formula propuestas y recomendaciones que un Estado parte de la Convención

podría tener por efecto confirmar, modificar o revocar el veredicto nacional; cuestión que claramente excedería la competencia propia de esa jurisdicción internacional al sustituirse a la jurisdicción interna y violentar el carácter subsidiario y complementario esencial de aquella. Corte IDH, *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, 26 de noviembre de 2010.

Americana sobre Derechos Humanos tiene la *obligación* de realizar sus *mejores esfuerzos* para cumplirlas en virtud del principio de buena fe.

En el caso *Carranza Latrubesse*, que tiene una importancia relevante para razonar sobre este deber, se sostuvo la obligatoriedad de seguir los temperamentos de esta entidad. Para esto sostuvo que no se podía negar carácter vinculante a las recomendaciones de la Comisión Interamericana, toda vez que se encuentra confirmada claramente por un argumento que surge de la sistemática de la Convención y del sistema interamericano en general.

La Corte argentina arguyó que las recomendaciones de la Comisión fueran de cumplimiento obligatorio para los Estados parte, entonces ningún sentido tendría el artículo. 51.1 de la Convención Americana en cuanto permite a la Comisión someter un caso ante la Corte Interamericana. En otras palabras: ¿qué interés tendría la Comisión Interamericana en someter un caso a conocimiento de la Corte Interamericana –y cuál sería la finalidad del sistema en que lo haga– si sus recomendaciones ya tuvieran los mismos efectos vinculantes que las sentencias contenciosas de este tribunal? ¿Qué sentido tendría que se autorice a la Comisión a someter un asunto a la Corte si ella misma ya pudiera, a través de recomendaciones, imponer reparaciones con carácter obligatorio para el Estado? La interpretación que pretende asignar efectos vinculantes a las recomendaciones de la Comisión emitidas en un informe final termina por vaciar de sentido a la disposición que faculta a la Comisión someter un caso a conocimiento de la Corte, convirtiendo, en los hechos, a la instancia frente a la Corte Interamericana en una suerte de etapa recursiva para el Estado en caso de una decisión adversa de la Comisión.

En consecuencia, si bien el Estado argentino ha de esforzarse por cumplir las decisiones de la Comisión, estas no son de cumplimiento obligatorio y, por esta razón, su cumplimiento no puede exigirse judicialmente. Un tribunal judicial no puede condenar al Estado argentino a pagar una indemnización contenida en una recomendación de la

Comisión Interamericana, pues esta recomendación no es obligatoria para aquel¹⁷.

Pero, esta opinión –no vinculante– de algún modo fue contraria al reconocimiento expreso que hizo nuestro país a la jurisdicción de las decisiones adoptadas por la llamada “justicia transnacional” que, desde el año 1994, se había incorporado al texto constitucional en el artículo 75.22. Inclusive, con anterioridad, ya la Corte Suprema de Justicia de la Nación había sostenido la jerarquía de los Tratados y Convenciones sobre derechos humanos dándoles jerarquía fundamental. Nos referimos a la causa *Ekmekdjian Miguel c/ Sofovich Gerardo y otros*¹⁸.

Sin embargo, una cosa es admitir la obligación de aplicar un sistema jurídico que, como tal, se agrega al texto constitucional o sustancial

¹⁷ Procurador General de la Nación (Esteban Righi), en S.C.C. 594; L. XLIV, –*Carranza Latrubesse, Gustavo c/ Estado Nacional –Ministerio de Relaciones Exteriores*– Provincia del Chubut, del 1 de septiembre de 2009.

¹⁸ Donde se anticipó que “[...] La Convención de Viena sobre el derecho de los tratados –aprobada por ley 19.865, ratificada por el Poder Ejecutivo nacional el 5 de diciembre de 1972 y en vigor desde el 27 de enero de 1980– confiere primacía al derecho internacional convencional sobre el derecho interno”. Ahora esta prioridad de rango integra el ordenamiento jurídico argentino. La convención es un tratado internacional, constitucionalmente válido, que asigna prioridad a los tratados internacionales frente a la ley interna en el ámbito del derecho interno, esto es, un reconocimiento de la primacía del derecho internacional por el propio derecho interno. Esta convención ha alterado la situación del ordenamiento jurídico argentino contemplada en los precedentes de *Fallos*: 257:99 y 271:7, pues ya no es exacta la proposición jurídica según la cual “no existe fundamento normativo para acordar prioridad” al tratado frente a la ley. Tal fundamento normativo radica en el artículo. 27 de la Convención de Viena, según el cual “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”. Que la necesaria aplicación del artículo. 27 de la Convención de Viena impone a los órganos del Estado argentino asignar primacía al tratado ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria o con la omisión de dictar disposiciones que, en sus efectos, equivalgan al incumplimiento del tratado internacional en los términos del citado artículo. 27. CS, 7 de Julio de 1992, *Fallos*, 315:1492.

conforme la jerarquía de sus disposiciones; y otra es orientarse con las decisiones que en dicho sistema adoptan los órganos que lo componen.

En la causa citada de 1992, la Corte acepta que puede seguir el temperamento de la jurisprudencia internacional proveniente de la Corte Interamericana; pero nada dice respecto de las recomendaciones y propuestas que formula la Comisión.

En la causa “*Girolodi*”¹⁹ enunció que: “A esta Corte le corresponde [...] en la medida de su jurisdicción, aplicar los tratados internacionales [...] ya que lo contrario podría implicar responsabilidad de la Nación frente a la comunidad internacional”. Pero fue en la causa “*Bramajo*”²⁰ donde concedió efectos jurídicos concretos a las recomendaciones contenidas en los informes de la Comisión.

¹⁹ CS, 07/04/1995, *Girolodi Horacio E. y otro*, considerando 12.

²⁰ Fallos, 319:1840. CS, 12/09/1996, *Bramajo Hernán J.*, considerando 15. Que la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone en el artículo. 7°, inc. 5°, que “toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso”. Por su parte, la ley 24.390, que se autodefine como reglamentaria del artículo. 7°, inc. 5°, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo. 9°) determina un plazo fijo de dos años, con una prórroga de un año y otra de seis meses para los procesados que habiendo cumplido aquel lapso de detención en prisión preventiva no hubiesen sido juzgados en forma definitiva (artículos 1° y 2°). Además dispone que transcurrido el plazo mencionado, se computará por un día de prisión preventiva dos de prisión o uno de reclusión (artículo. 7°).

Que la “jerarquía constitucional” de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente, “en las condiciones de su vigencia” (artículo. 75, inc. 22, 2° párrafo) 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 opinión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado argentino reconoció la competencia de aquella para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana.

En la lectura del caso se podían deducir dos tendencias. La jurisprudencia de la Corte IDH sería vinculante cuando el caso a ser resuelto por la jurisdicción interna fuera exacto al que tiene el precedente. Podía ser una fuente cuando no lo fuera, y en los casos de opiniones de la Comisión IDH solamente serviría de *guía de orientación*.

En pocas palabras, nunca se habla de obligatoriedad de seguir las propuestas y recomendaciones de la Comisión.

En la causa “Acosta”²¹ las dudas quedaron de manifiesto, porque ante un pedido de aplicación de las recomendaciones contenidas en el informe 55/97 de la Comisión IDH, la Corte Suprema de Justicia de la Nación estimó que, si bien el Estado argentino debe realizar los mejores esfuerzos para dar respuesta favorable a las recomendaciones de la Comisión, en modo alguno implica “consagrar como deber de los jueces el de dar cumplimiento a su contenido”. En consecuencia, si el Estado no tiene el *deber* de cumplir una recomendación, sus efectos jurídicos quedarían a criterio del propio Estado.

Un ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, admite que el sistema interamericano ha ejercido una fuerte influencia en el superior tribunal en dos sentidos: uno relacionado con la *interpretación*

²¹ Si bien, por principio de buena fe 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 de aquellas decisiones vinculadas para el Poder Judicial.

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.

No hay relación directa entre las recomendaciones formuladas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y la privación de libertad que se hallan cumpliendo los condenados por sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada. Fallos, 321:3555. CS, 22/12/1998, *Acosta Claudia*.

de los derechos humanos (citando el caso “Barrios Altos” donde quedaron establecidas considerables restricciones a las posibilidades de invocar la defensa de la cosa juzgada para obstaculizar la persecución penal – causa *Videla, Jorge Rafael*–); y otra vinculada con la *jurisdiccionalización de valores y principios* que llegan del Sistema Interamericano y que ejercen señalamientos directos en el control de constitucionalidad²².

La evolución jurisprudencial es importante, con luces y sombras permanentes, hasta llegar una vez más al caso *Carranza Latrubesse*²³,

²² PETRACCHI, ENRIQUE S., *Jurisdicción Constitucional y Derechos Humanos*, La Ley, 2005–E, 907.

²³ La Corte resuelve: “[...] Que es preciso profundizar la cuestión litigiosa, vale decir, si las “recomendaciones” que formula al Estado interesado la Comisión en ejercicio de la atribución que le confiere el artículo 51.2 de la Convención Americana, tienen para aquel naturaleza obligatoria o no [...]. Que si bien la interpretación que se impone del término recomendaciones del artículo 51.2 de la Convención Americana es derivación necesaria de las pautas y normas de exégesis señaladas y aplicadas en repetidas oportunidades en el curso de esta sentencia, igualmente cabe agregar otras consideraciones a fin de aventar algunas objeciones que pudieran todavía persistir. Es de significar entonces, primeramente, que los tratados de derechos humanos, con arreglo al considerando precedente, constituyen una serie de limitaciones a la soberanía de los Estados, por lo que se requiere adoptar una actitud amplia en materia de hermenéutica de las obligaciones estatales [...]. Desde análoga perspectiva y entendiéndolas, ex hypotesi, como destinadas al artículo 51.2: ¿qué sentido debe darse a la doctrina de la Corte IDH, según la cual, en virtud del principio de buena fe, consagrado en el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, si un Estado suscribe y ratifica un tratado internacional, especialmente si trata de derechos humanos como es el caso de la Convención Americana, tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de un órgano de protección como la Comisión Interamericana que es además, uno de los órganos principales de la Organización de los Estados Americanos.

Que prosiguiendo con el orden expositivo anunciado en el primer párrafo del precedente considerando, cuadra observar, en tercer término, que habida cuenta del arraigo y madurez que ha logrado el sistema convencional interamericano con el correr de sus años, bien puede entenderse que la postura sostenida resulta, en todo caso, la más acorde con la interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos.

Que, por último, es de importancia dejar asentados otros dos motivos. Por un lado, que si alguna duda se mantuviera a esta altura del discurso, la máxima *ut res magis valeat quam pereat*, también conocida como del “efecto útil”, es regla general de

que después de regresar a la Comisión por denuncias de inejecución de decisiones, volvió a considerar el peso influenciable de la Comisión IDH en el derecho argentino.

En nuestra opinión la corriente jurisprudencial que alcanza la Corte Nacional en el caso *Carranza Latrubesse* exige diferenciar la naturaleza de las decisiones que comunica la Comisión IDH. La producción de *recomendaciones*, solo sugiere sin más aditamentos. Indica donde están las violaciones pero deja las soluciones a los Estados, si bien se debe reconocer, son puntillosas y descriptivas sobre los campos que se deben completar.

De allí que sería deseable fomentar una división precisa entre decisiones vinculantes y no vinculantes. Las primeras serían jurisdiccionales propiamente dichas y provendrían de la Corte IDH, con la posibilidad de revestir sus decisiones de peculiaridades propias como tienen las sentencias constitucionales (v.gr.: una característica única de la sentencia transnacional es la división entre lo declarativo/condenatorio y las disposiciones de reparaciones y costas). Las otras, necesitan resolver el alcance que tienen expresiones como las usadas tradicionalmente.

interpretación ya consolidada incluso con anterioridad a su recepción en el artículo 31 de la Convención de Viena, e impone, como lo explica la Comisión de Derecho Internacional, que cuando un tratado es susceptible, v.gr., de dos interpretaciones, una de las cuales le permite producir los efectos queridos y la otra no, la buena fe y la necesidad de realizar el objeto y fin del instrumento exigen la adopción de la primera de las dos interpretaciones.

Luego, es preciso anotar que la aplicación del ya recordado principio de buena fe al cumplimiento de los tratados indica, precisamente, que una de las formas de satisfacerlo por dichos Estados es “honrando el mencionado tipo de expectativas”.

Que, con todo, es menester aclarar que la obligatoriedad de las recomendaciones del informe en definitiva atañe, como el propio artículo 51.2 lo enuncia, a las recomendaciones “pertinentes”, esto es, solo a las dirigidas a “remediar la situación examinada”. Corte Suprema, causa 568. XLIV. C. 594. XLIV. RECURSOS DE HECHO *Carranza Latrubesse*, *Gustavo el Estado Nacional – Ministerio de Relaciones Exteriores – Provincia del Chubut*. Buenos Aires, 6 de agosto de 2013.

El término *recomendaciones* usado por la Convención Americana debe ser interpretado conforme a su sentido corriente de acuerdo con la regla general de interpretación contenida en el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. En consecuencia, al no tener el carácter de una decisión jurisdiccional, carecen de obligatoriedad y su inejecución no genera responsabilidad del Estado, lo que fue ratificado en el caso *Caballero Delgado y Santana vs. Colombia*²⁴.

Esta diferencia entre lo que es obligatorio porque proviene de un órgano con jurisdicción; y quien no lo tiene carece de efectos vinculantes tiene la misma repercusión que produce discutir sobre el deber de seguir una orientación jurisprudencial cuando el ordenamiento donde se emite no tiene la doctrina del precedente.

4. Revisión indirecta de la Corte IDH

Un problema similar al que se analiza respecto a la Comisión lo traen las sentencias de la Corte IDH. En efecto, no siempre un organismo jurisdiccional metaestatal aborda la revisión de un proceso (y de suyo, la cosa juzgada en él dictada), sino que investiga la posible pugna del Estado con el derecho humano al que protege. Por ejemplo, si fuera replanteada una litis cualquiera, el control sería sobre la garantía que el proceso supone, y en la captación adecuada del derecho al debido proceso.

Por supuesto, el análisis importará ingresar de todos modos en la cuestión resuelta por el tribunal ordinario, de manera tal que, por lógico que parezca el criterio anterior, en realidad se estaría revisando la cosa juzgada local.

De ser así se puntualiza que solo con una reforma en la Constitución Nacional podría ser posible mudar el carácter final e irrevocable de las sentencias que emanan con esa condición de inmutabilidad. Pero,

²⁴ Corte IDH, Caso *Caballero Delgado y Santana vs. Colombia*, Sentencia de 8 de diciembre de 1995. Serie C, N° 22, párr. 67.

esta conclusión enfrenta disposiciones de las convenciones transnacionales con la supremacía de las constituciones locales, pues si la voluntad del Estado al adherir voluntariamente a un pacto o tratado fue comprometerse respecto a los derechos consagrados en su texto, cualquier apartamiento o desconocimiento a esa voluntad prometida daría lugar al interesado para denunciar el incumplimiento a los órganos de protección por aquellas previsto.

No debe olvidarse que la sentencia transnacional promete resolver un conflicto de situación directamente vinculado con la libertad del hombre. Esa libertad, base de los derechos humanos es a un mismo tiempo absoluta y circunstancial. Si no la interpretamos como absoluta podría ser posible difuminarla por un sinnúmero de causas. Pero, si no la experimentamos al conjuro de sus posibilidades fácticas, le daremos el vacío destino de la abstracción.

Lo cierto es que, por vía de principio, la cosa juzgada interna no se altera por la resolución efectuada por la Corte IDH, a veces, la influencia sobre ella se marca en las indemnizaciones resarcitorias que establece y pueden ejecutarse mediante los mecanismos internos previstos para la ejecución forzosa. Sin embargo, no deja de ser una laguna, porque a pesar de ser estos tribunales un contralor subsidiario de las responsabilidades que los Estados asumen frente a los seres humanos que los pueblan y organizan, existe un derecho más serio a controlar que vive y asienta sobre los derechos humanos, aquellos que perteneciendo a toda la humanidad, deben garantizarse por encima de todo esquema rígido que los enmarque y aprisione sin darles la libertad que le es propia e intrínseca.

5. Funciones de la cosa juzgada en el derecho interno

La sistemática que repite el funcionamiento de los procedimientos de protección de los derechos humanos insiste en que no vulnera la cosa juzgada y sus funciones en el derecho interno.

La *res judicata* es previsibilidad y la predicción que provocan las sentencias se une a la seguridad jurídica que portan las decisiones firmes e irrevisables por alcanzar la cosa juzgada. Sin embargo esto solo es útil en sistemas donde el precedente tiene influencia en la toma de decisiones. Cuando la decisión judicial está liberada de ataduras (precedentes) cualquiera sea la jurisdicción que intervenga, puede realizar una lectura singular del derecho que al caso corresponde aplicar, de forma que la cosa juzgada puede encontrar variaciones producto de interpretaciones disímiles.

De suyo, el sistema no impide que exista un fallo final de los superiores tribunales que fije un criterio definitivo que puede o no ser obligatorio. En cambio, en algunos regímenes esa confianza no existe con tanta libertad, y se condiciona al magistrado a través de las propias leyes y reglamentos procesales.

La función previsora de la *res judicata* se modifica así en lugares donde el peso de la jurisprudencia no es igual. Los países que tienen libertad para que los jueces actúen según su leal saber y entender, dejan abierto el camino para que el órgano de cierre sea el fiel y último intérprete.

En materia de control de constitucionalidad, la fiscalización del principio de legalidad y de supremacía de los derechos humanos, no admiten hoy distinciones ni sutilezas porque el esquema de fuentes ya no es sumiso a la voluntad del legislador ni al imperio de las normas; todo lo contrario, ellas serán legitimadas con el control de aplicación libre y sin condicionamientos que el juez pueda realizar en cada caso concreto.

Esto no se obstaculiza por la existencia de una interpretación vinculante. Vale decir, no se altera ni afecta la independencia judicial cuando ha sido un superior jerárquico el que ha desenvuelto una sentencia orientativa u obligatoria.

En ambas situaciones, es decir, tanto en la jurisdicción ordinaria como para la constitucional, y aun entre ellas, es un precedente que deberá aplicarse, teniendo en cuenta que la producción de fuentes puede llegar, inclusive, del derecho transnacional.

El cuadro de la organización jurisdiccional de Argentina muestra que la función predictiva de la cosa juzgada no es tan real en esquemas tan abiertos como el nuestro, porque esa peculiaridad deductiva que permite a la Constitución argentina tener una lectura particular según quien sea el intérprete o ideólogo que la explique, provoca incertidumbre cuando la palabra de cierre no llega por el carácter extraordinario y excluyente que la propia Corte Suprema genera al no tomar todas las causas, sino aquellas que le resulten trascendentes.

En consecuencia, debemos considerar que la cosa juzgada cuenta con una eficacia especial, de tipo indefinido, que parcializa sus alcances en las *personas*, porque solo abarca a quienes hubieran sido parte en el juicio; en el *objeto procesal*, es decir que evita la repetición de decisiones ya adoptadas; y en el *tiempo*, entendido como la prolongación temporal de la eficacia de la sentencia.

De ello surge cierta relatividad de la previsibilidad que se cree presente en la cosa juzgada, en la medida en que solo se resuelven casos concretos, conflictos entre sujetos conocidos y acordes al principio dispositivo donde la cosa juzgada solo alcanza a quienes han sido partes. El antecedente no suele influir en procesos iguales salvo en lo que podríamos denominar como “doctrina legal”, que es la interpretación consistente y reiterada sobre la orientación que deben seguir algunas disposiciones de fondo o de orden procesal.

En procesos comunes las sentencias definitivas no suelen recibir revisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación; básicamente porque el esquema funcional de los recursos es excepcional y condicionada; y en materias de derecho común y/o procesal solo tienen cabida cuando el vicio de la sentencia es de arbitrariedad manifiesta, que se considera una cuestión constitucional.

En consecuencia, el aspecto procesal de la cosa juzgada tiene fuertes resistencias apenas se ve en ella un impedimento que, amparado en la seguridad jurídica, o en el derecho de propiedad (como la Corte Suprema

de Justicia argentina lo reconoce), implementa una suerte de paz social provocada.

Este criterio aparece desmedido frente a la realidad emergente del hecho que la cosa juzgada no constituye algo connatural a la sentencia sino en todo caso una creación del ordenamiento jurídico, que puede asignar o no ese efecto o limitarlo sin vulnerar en principio derecho alguno. Sin embargo, tanto la legislación como la jurisprudencia nacional han morigerado los efectos de un enfoque tan radical como el antes citado.

Como referencia adicional, cabe señalar que de acuerdo con los criterios sentados por la Comisión IDH, parece difícil que para los organismos internacionales la cuestión de la cosa juzgada pueda incluirse en tal derecho (de propiedad). En materia penal ha sido tradicional la admisión de correctivos a la *res judicata* en beneficio de la persona condenada. Tanto a través de las facultades de dictar amnistías, conmutaciones e indultos, como a través de una regulación crecientemente amplia del recurso de revisión contra las condenas y mediante otras manifestaciones como la unificación de condenas dictadas en causas distintas, no mediante su acumulación aritmética sino mediante el denominado sistema de composición, o la flexibilización de las penas en la etapa ejecutiva inherente al moderno derecho penitenciario. En materia civil, la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido excepciones a la “intangibilidad” de lo sentenciado, en los que relativizó el efecto de la cosa juzgada²⁵.

²⁵ GARRIDO, MANUEL, “La aplicación en el ámbito interno de la República Argentina de las decisiones de los órganos interamericanos de aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La cuestión de la cosa juzgada”, *Revista Argentina de Derechos Humanos*, año 1 n° 0, Ad Hoc – Cels – Universidad Nacional de Lanús, Buenos Aires, 2001, ps. 88 y ss.

6. Debido proceso y cosa juzgada

La revisión de la cosa juzgada no es una institución propia del derecho argentino, aunque existen precedentes que la cambiaron por razones de notoria injusticia o manifiestas violaciones el debido proceso.

El tema que queremos plantear consiste en el acierto o error que puede tener la sentencia dictada recientemente por la Corte Suprema en el caso *Fontevecchia* ya anticipado.

En éste el Alto Tribunal indica que: “[...] Corresponde analizar si la orden contenida en la parte resolutive de la sentencia de la Corte IDH en tanto dispone “dejar sin efecto la condena civil” ha sido dictada dentro del marco de atribuciones previsto por la Convención Americana [...]”.

Recordemos que cuando se anula un proceso donde existe sentencia firme de condena, los motivos que lo permiten han de ser claros y precisos. Una deformación del fundamento pone en clave la discrecionalidad judicial. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, introdujo en el caso *Castillo Petruzzi* una sugerente propuesta²⁶.

²⁶ [...] “Todo proceso está integrado por actos jurídicos que guardan entre sí relación cronológica, lógica y teleológica. Unos son soporte o supuesto de los otros y todos se ordenan a un fin supremo y común: la solución de la controversia por medio de una sentencia. Los actos procesales corresponden al género de los actos jurídicos, y por ello se encuentran sujetos a las reglas que determinan la aparición y los efectos de aquéllos. Por ende, cada acto debe ajustarse a las normas que presiden su creación y le confieren valor jurídico, presupuesto para que produzca efectos de este carácter. Si ello no ocurre, el acto carecerá de esa validez y no producirá tales efectos. La validez de cada uno de los actos jurídicos influye sobre la validez del conjunto, puesto que en este cada uno se halla sustentado en otro precedente y es, a su turno, sustento de otros más. La culminación de esa secuencia de actos es la sentencia, que dirime la controversia y establece la verdad legal, con autoridad de cosa juzgada. “Si los actos en que se sostiene la sentencia están afectados por vicios graves, que los privan de la eficacia que debieran tener en condiciones normales, la sentencia no subsistirá. Carecerá de su soporte necesario: un proceso realizado conforme a Derecho. Es bien conocida la figura de la reposición del procedimiento, que acarrea la invalidación de diversos actos y la repetición de las actuaciones a partir de aquélla en que se cometió la violación que determina dicha invalidación. Esto implica, en su caso, que se dicte

La violación al debido proceso se debe encontrar en las garantías que el propio enjuiciamiento exige para darle soporte legal y consistencia jurídica. No es el error el que se juzga, porque aun estando presente, ya sea por aplicar erróneamente la ley, o juzgar las pruebas con graves deficiencias, o dejar sin fundamentos al pronunciamiento, cuando alguno o todos ellos están presentes, si la parte tuvo oportunidad de replicar su aplicación, y no lo hizo, la sentencia aun viciada, es válida.

La conformidad con lo resuelto tampoco es un problema de partes, en el sentido de dejar validado el proceso con las acciones de quienes litigan y resuelven. Si así fuera, todo el problema quedaría alojado en la dimensión del proceso civil, o en la disponibilidad del Ministerio Público Fiscal.

Podríamos plantear, con cierta utopía, una ampliación de los valores implícitos de la cosa juzgada, donde la seguridad jurídica y la predictibilidad estén acompañadas de la confianza de los ciudadanos en la administración de justicia.

Evidentemente, custodiar que el proceso sea justo comienza la responsabilidad con el que lo promueve, lo asume el que lo juzga y lo controlan instancias superiores de revisión. Pero, a ellas, que son etapas procesales y roles jurisdiccionales, debe sumarse algo innato a la cultura del hombre civilizado: confiar en los jueces significa alentar la justicia de sus actos.

Este sentido moral que impregna validar un proceso cuya sentencia será definitiva e inexpugnable, no va contra el sentido de justicia material que la Corte ha reconocido²⁷ en la autoridad de la cosa juzgada.

La inmutabilidad de la sentencia se corresponde con los presupuestos de regularidad constitucional que le preceden, donde la injusticia notoria se expone en cada etapa superada del procedimiento. De allí que, cuando

nueva sentencia. La validez del proceso es condición de la validez de la sentencia. Corte IDH. Caso *Castillo Petrucci y otros vs. Perú*. Sentencia de 30 de mayo de 1999 (Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C, N° 52.

²⁷ Fallos, 321:1757.

la declaración judicial consigue permanecer inmutable pese a la injusticia creada por acción u omisión, deja de lado el objetivo del principio y pierde toda justificación²⁸.

El sentido que queremos sea aplicado en la interpretación difiere del pensamiento de la Corte Nacional cuando señala que la cosa juzgada es de raigambre procesal²⁹. Cuando lo que se pone en juego es el debido proceso, la cuestión constitucional es evidente, y el enfoque tiene que variar por necesidad.

En el recordado caso “*Chocobar*”³⁰ sobre reajuste de la movilidad jubilatoria, se dio esta lectura de adaptación que impidió el uso de la cosa juzgada como impedimento legal. Estaba claro que se afectaban derechos adquiridos si no fuese actualizado el haber de retiro que se había reconocido, y que estaba alterado por una evidente inflación monetaria.

Una vez más el debido proceso no se concreta por el cumplimiento de los requisitos formales y sustanciales si la aplicación genera una situación extremadamente injusta.

²⁸ La Corte IDH sostuvo en el mencionado caso *Castillo Petruzzi* que “[...] Evidentemente, no nos encontramos ante un procesamiento que satisfaga las exigencias mínimas del *debido proceso legal*, que es la esencia de las garantías judiciales establecidas en la Convención. Tal circunstancia motiva la invalidez del proceso y también priva de validez a la sentencia, que no reúne las condiciones para que subsista y produzca los efectos que regularmente trae consigo un acto de esta naturaleza. Corresponde al Estado, en su caso, llevar a cabo –en un plazo razonable– un nuevo enjuiciamiento que satisfaga *ab initio* las exigencias del debido proceso legal, realizado ante el juez natural (jurisdicción ordinaria) y con plenas garantías de audiencia y defensa para los inculcados” Corte IDH. Caso *Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. Sentencia de 30 de mayo de 1999 (Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C, N° 52.

²⁹ “Si bien la existencia o inexistencia de la cosa juzgada es un problema de hecho y de derecho procesal, ajeno a la instancia extraordinaria, ello no es óbice para conocer en un planteo de dicha naturaleza cuando la decisión impugnada extiende su valor formal más allá de límites razonables y omite una adecuada ponderación de aspectos relevantes de la causa, lo cual redundaría en un evidente menoscabo de la garantía del artículo 18 de la Constitución Nacional” (CS, 19/02/2008, *Carutti, Myriam Guadalupe vs. Administración Nacional de la Seguridad Social*).

³⁰ Fallos, 319:3241.

Observar la cosa juzgada desde lo constitucional no es novedad. La revisión de la cosa juzgada, en tales supuestos, puede ser regulada por leyes procesales, pero aun a falta de ley existe asidero constitucional bastante para admitir tal revisión (porque los supuestos de procedencia siempre remiten a casos en que la cosa juzgada que se vuelve a considerar responde a situaciones graves que han comprometido el debido proceso y la administración de justicia).

Pero, no sumemos confusiones, la revisión de la cosa juzgada por el derecho interno y ante los jueces locales es una cosa, y otra muy distinta que sea la Corte IDH quien la revoque cambiando el sentido que resulta firme.

7. La Corte IDH no puede afectar la cosa juzgada

El Considerando 11 del voto de mayoría en la causa *Fontev ecchia* entiende que “dejar sin efecto la sentencia” equivale o es sinónimo de “revocarla”; y de así haber actuado la Corte IDH, interpreta que obraría como una “cuarta instancia” *en clara violación de los principios estructurantes del sistema interamericano y en exceso de las obligaciones convencionalmente asumidas por el Estado argentino al ingresar a dicho sistema*.

Creemos que esta es una lectura equivocada en términos estrictamente jurídicos. El error proviene de asimilar la naturaleza jurídica de ambas decisiones como si fuesen de idéntica contextura. Y yerra aun más cuando en el siguiente considerando argumenta que “al ordenar dejar sin efecto la sentencia de esta Corte pasada en autoridad de cosa juzgada, ha recurrido a un mecanismo reconstitutivo que no se encuentra previsto por el texto constitucional [...]”.

Las sentencias comunes o constitucionales son procesales, en sentido estricto. Deben cumplir con formas y condiciones de tratamiento donde la razonabilidad proscriba lo discrecional y evite la pura arbitrariedad

de las sentencias sin debida fundamentación³¹. En cambio, las sentencias que provienen de la Corte IDH son diferentes. Asimetría que no solamente es formal porque cambia la estructura de formación, sino porque la temática de estas sentencias tiene algo especial, pues no se dirige a satisfacer un interés privado o de beneficio a un grupo, sino que persigue afianzar valores que afectan directamente al derecho convencionalizado. Son derechos humanos los que se consideran, y solo como última ratio, las víctimas son atendidas como protagonistas y testigos del incumplimiento, dando lugar a un modelo de sentencia de reparaciones que es distinta a la declarativa de derechos³².

Desde otra perspectiva, pero siempre en el campo de los objetivos, una sentencia transnacional que pretenda trasponer el límite de la cosa juzgada entre partes, tiene que decidir el modo como la garantía será restablecida, donde lo hecho en el derecho interno es indiferente, pues no revisa la sentencia local sino el comportamiento del Estado en el cumplimiento de los derechos humanos.

En este libro el capítulo del profesor Eduardo Jiménez propone adoptar el camino de la “cosa juzgada írrita” que personalmente propuse en alguna obra editada hace poco tiempo³³, pero, ello sería posible si el propio interesado (Fontevicchia) persiguiera esa pretensión. Hacerlo de oficio conspira con principios y presupuestos procesales, como la imposibilidad de actuar de oficio (*ne procedat iudex ex officio*); el principio dispositivo (no hay causa sin actor interesado y con legitimación propia); entre otros.

³¹ GOZAÍNI, OSVALDO A., *Teoría de la sentencia constitucional*, Porrúa, México, 2015 ps. 122 y ss.

³² GOZAÍNI, OSVALDO A., *Sistema Procesal Interamericano. Procedimientos ante la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Ediar, Buenos Aires, 2016, ps. 976 y ss. Ver también: Loianno, Adelina, *Control de Convencionalidad*, Cevallos editores, Quito (Ecuador), 2016, ps. 115 y ss.

³³ GOZAÍNI, OSVALDO A. *Revisión de la cosa juzgada*, Ediar, Buenos Aires, 2016.

De allí que creamos que el procedimiento encausado por el Ministerio de Relaciones y Culto fue correcto, aun con ciertas deficiencias de redacción en el oficio cursado que pudo ser la causa de la sentencia que trae ahora este desconcierto.

En los párrafos que preceden hemos pretendido demostrar el acierto de la Corte Suprema al observar que el Sistema Interamericano es subsidiario y no puede –ni debe– afectar la cosa juzgada de los casos resueltos por la jurisdicción interna. Al no ser una cuarta instancia, y reconocer que la sentencia internacional es propiamente el medio donde se expresa la reparación (siendo ella misma, una especie de satisfacción), el sentido de obligatoriedad del fallo no es para los jueces que han dictado el pronunciamiento encontrado violatorio del derecho de que se trate, pues en realidad, no hay revisión del caso aunque sea la prueba manifiesta.

Cuanto se realiza es una supervisión del obrar del Estado a través de sus cuerpos y por eso cuando se pide reparar es una orden al gobierno para que lo ejecute, y no al juez para que revoque una sentencia por él dictada.

Desde otra mirada es lo mismo cuando se dice que todos los funcionarios deben hacer control de convencionalidad, en el sentido de que es el Estado quien a través de todos los sujetos que para él trabajan y ejercen funciones públicas, deben salvaguardar los derechos de las personas. Vale decir, el control de convencionalidad puede sesgar su aplicación a lo puramente jurisdiccional, pero el sentido real es obligar al Estado.

Por tanto el sentido de las reparaciones cobra relieve particular en las sentencias de la Corte IDH. No se trata únicamente de señalar los errores de derecho en la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, o de condenar las conductas lesivas de los Estados; sino, además, de reparar las violaciones flagrantes de aquellos que toleran con la acción o la omisión de sus actos³⁴.

³⁴ Recordaba Cançado Trindade en su voto razonado del caso *Bulacio vs. Argentina* que la *reparatio* no pone fin a lo ocurrido, a la violación de los derechos humanos. El

Fuera del sentido filosófico de la sentencia, es preciso diferenciarla del derecho de compensación que proviene del artículo 10 de la CADH, que asigna a toda persona el derecho a ser indemnizada conforme a la ley, en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial.

Esta reparación es independiente de la que genera el proceso transnacional. La fuente es el error en el derecho interno, y promueve un derecho diferente al que asigna el procedimiento que analizamos³⁵.

Las reparaciones son una parte de la sentencia, o pueden ser también, la decisión independiente que satisface pretensiones distintas a las declarativas de responsabilidad. Las sentencias indemnizatorias observan el futuro; las otras, consideran el pasado. Mientras las primeras son esencialmente garantías patrimoniales, en el sentido de incorporar al individuo beneficiario, un derecho creditorio de dinero o especie,

mal ya se cometió; mediante la *reparatio* se evita que se agraven sus consecuencias (por la indiferencia del medio social, por la impunidad, por el olvido). Bajo este prisma, la *reparatio* se reviste de doble significado: provee satisfacción (como forma de reparación) a las víctimas, o sus familiares, cuyos derechos han sido violados, al mismo tiempo en que restablece el orden jurídico quebrantado por dichas violaciones, – un orden jurídico erigido sobre el pleno respeto de los derechos inherentes a la persona humana. El orden jurídico, así restablecido, requiere la garantía de la no–repetición de los hechos lesivos. Corte IDH. Caso *Bulacio vs. Argentina* Sentencia de 18 de septiembre de 2003 (Fondo, Reparaciones y Costas).

³⁵ Es decir, la disposición que comentamos contempla el derecho a una indemnización, de acuerdo con la legislación nacional, en un supuesto muy preciso, que no incluye cualquier violación de la Convención; en ella no se ha previsto ni el restablecimiento del derecho conculcado ni algún tipo de reparación distinto de la indemnización; además, la intervención de los órganos del sistema interamericano solo será posible si ese derecho al pago de una indemnización en caso de un error judicial que termine en una condena penal no sea debidamente observado por los órganos del Estado. De acuerdo con los términos de la Convención, una vez establecida la responsabilidad del Estado, este tiene la obligación primordial de ‘reparar’ las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de los derechos o libertades conculcados y, en segundo lugar, pagar una justa indemnización a la parte lesionada. FAÚNDEZ LEDESMA, HÉCTOR, *El Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 2004 (3ª edición), p. 373.

moral o material; las que prescriben la culpa del Estado o eximen de ella, expresan la conducta que se castiga y persiguen evitar la continuidad o su reiteración.

La división entre declaraciones y reparaciones fue producto de un tiempo que la Corte abandonó. En la actualidad el artículo 66 reglamenta que [...]

1. Cuando en la sentencia de fondo no se hubiere decidido específicamente sobre reparaciones y costas, la Corte fijará la oportunidad para su posterior decisión y determinará el procedimiento.
2. Si la Corte fuere informada de que las víctimas o sus representantes y el Estado demandado y, en su caso, el Estado demandante, han llegado a un acuerdo respecto al cumplimiento de la sentencia sobre el fondo, verificará que el acuerdo sea conforme con la Convención y dispondrá lo conducente.

El presupuesto está previsto en el artículo 63.1 de la CADH que establece la obligación de la Corte para: *a)* garantizar a la víctima el goce de sus derechos; *b)* reparar las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos; *c)* el pago de una justa indemnización.

Ninguna parte de este artículo hace mención ni condiciona las disposiciones de la Corte a la eficacia de los instrumentos de reparación existentes en el derecho interno del Estado Parte responsable de la infracción, de manera que aquella no se establece en función de los defectos, imperfecciones o insuficiencias del derecho nacional, sino con independencia del mismo. Esto implica que la Corte, para fijar la indemnización correspondiente, debe fundarse en la Convención Americana y en los principios de Derecho internacional aplicables a la materia³⁶.

³⁶ En efecto, en su jurisprudencia la Corte ha establecido que el artículo 63.1 de la Convención, que dispone sobre la materia de reparaciones, refleja una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional contemporáneo sobre la responsabilidad de los Estados. Tal como ha establecido el tribunal, la obligación de reparar se regula en todos los aspectos

La reparación debe hacerla efectiva el Estado, quien no se puede escudar en la responsabilidad federativa que torna sujeto denunciado al Estado, provincia o departamento donde la autoridad cometió el ilícito. El responsable es el Estado tal como lo formula el artículo. 28 (cláusula federal) de la CADH.

En general, por reparaciones se entiende las diferentes formas como un Estado puede hacer frente a la responsabilidad internacional en que ha incurrido. Las medidas de reparación tienen como objeto fundamental el proporcionar a la víctima y sus familiares la *restitutio in integrum* de los daños causados. Las reparaciones se clasifican en medidas de *satisfacción e indemnización*.

Con esta pauta la Corte IDH ha tenido en cuenta tres (3) factores para determinar las medidas de bienestar: la *justicia*, la *no repetición* de los hechos y el *reconocimiento público de responsabilidad*. Estos tres factores, individualmente y combinados entre sí, contribuyen a la reparación integral por parte del Estado de la violación de sus obligaciones internacionales³⁷.

Del punto anterior vemos que los supuestos b) y c) han permitido elaborar un progresivo incremento de formas de reparación moral y material. Se agregaron obligaciones de hacer y de omisión, que en líneas convergentes, diseñan una posible modalización de las reparaciones,

(alcance, naturaleza, modalidades y determinación de los beneficiarios) por el Derecho Internacional, y no puede ser modificada o incumplida por el Estado obligado invocando para ello disposiciones o dificultades de su derecho interno. Por ello, al disponer las distintas medidas de reparación la Corte no se encuentra limitada por el derecho interno del Estado responsable. El precepto convencional faculta al tribunal a determinar las medidas que permitan reparar las consecuencias de la violación y regular todos sus aspectos. Corte IDH. Caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador. Sentencia de 9 de septiembre de 2005 (Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas).

³⁷ VENTURA ROBLES, MANUEL, *La Ejecución de las Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por Parte de los tribunales Nacionales*, en "Estudios sobre el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos", IIDH, San José de Costa Rica, 2007, pp. 34 y ss.

propias de un tipo de sentencias que, por su estructura y decisión, eluden quedar capturadas por la teoría del proceso, y en particular, de las formas y condiciones de las sentencias propiamente dichas³⁸.

Sin existir una clasificación de las reparaciones, más que la generalidad de aspectos que pide considerar la Convención, la creatividad de la Corte, unida al dinamismo de la Comisión, han recreado al menos las siguientes formas indemnizatorias:

a) El restablecimiento como garantía de impedir el progreso, la continuidad o la repetición de violaciones generales o singulares que produce un Estado;

b) la compensación económica por la afectación de los derechos;

c) la restitución de los derechos en el plano del proyecto de vida,

d) las satisfacciones morales; y

e) la garantía de no-repetición.

Es importante reiterar que los moldes de la reparación no son los del derecho interno sino los que tienen el derecho internacional. Las decisiones se expresan en equidad, prudencia y razón justa, aunque ponen duda sobre la procedencia de indemnizaciones a título de daño punitivo.

³⁸ La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional puede realizarse, siempre que sea posible, a través de la plena restitución (*restitutio in integrum*), que consiste en el restablecimiento de la situación anterior a la violación cometida. Si esto no es posible, como en efecto no lo es en la mayoría de los casos, cabe al tribunal internacional determinar las medidas conducentes a garantizar los derechos conculcados y reparar las consecuencias que las infracciones produjeron, disponer el pago de una indemnización en calidad de compensación por los daños ocasionados, y asegurar que no se repitan hechos lesivos. El derecho internacional regula todos los aspectos (alcance, naturaleza, modalidades y determinación de los beneficiarios) del deber de reparar, que no puede ser modificado o incumplido por el Estado invocando disposiciones de su derecho interno. Corte IDH. Caso *Vargas Areco vs. Paraguay*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006.

7. Conclusiones

La entidad o importancia de la violación a derechos humanos supone un hecho de cierta gravedad que, por su propia naturaleza, implica el incumplimiento de determinados deberes de respeto y garantía de los derechos y libertades a cargo del Estado a favor de las personas.

La libertad para establecer las reparaciones no significa la inexistencia de límites para la ponderación. Algunas veces el Estado demandado reconoce su responsabilidad y deja librado a la Corte el tipo de reparación. Surte efectos, en estos casos, el modelo de sentencias abiertas donde las modalidades son producto de la mejor interpretación posible para ajustar a la Convención, las condenas que se deben ordenar.

Esta flexibilidad de normas y criterios, no permite otorgar reparaciones ejemplificativas, aunque ellas se reclamen como garantía de la no repetición.

La idea de restituir que está implícita en la sentencia de reparaciones, se simplifica en dos aspectos, bien volviendo las cosas al estado previo a la lesión o fijando una indemnización compensatoria.

Asimismo, ha señalado el tribunal interamericano que el artículo 63.1 de la CADH distingue entre la conducta que el Estado responsable de una violación debe observar desde el momento de la sentencia de la Corte y las consecuencias de la actitud del mismo Estado en el pasado, o sea, mientras duró la violación. En cuanto al futuro, el artículo 63.1 dispone que se ha de garantizar al lesionado el goce del derecho o de la libertad conculcada. Respecto del tiempo pasado, esa prescripción faculta a la Corte a imponer una reparación por las consecuencias de la violación y una justa indemnización³⁹.

Cuando la ejecución de una sentencia de la Corte IDH supone cambiar lo resuelto en la jurisdicción interna lo que se debe hacer es encausar

³⁹ Corte IDH. Caso *Aloeboetoe y otros vs. Suriname*. Sentencia de 10 de septiembre de 1993 (Reparaciones y Costas), serie C, n° 15, párr. 46.

la reparación del derecho afectado procurando que todos los jueces no incurran en igual despropósito al que la Corte IDH ha condenado.

Si la decisión pide que se afecte la cosa juzgada, la Corte IDH debiera sincerar sus alegaciones, porque si dice que no es una cuarta instancia no puede obrar como tal; si sostiene que no altera la cosa juzgada, entonces debiera ser dentro del mismo proceso transnacional donde la víctima debiera encontrar satisfacción a sus pretensiones; y como este mecanismo el Sistema lo delega en el derecho local y por las vías procesales internas, incurre en una evidente propuesta de conflicto entre competencias del más alto tribunal de la nación y el simple juez ejecutor de una sentencia transnacional. No creemos que sea esta la intención del Sistema IDH, pero debiera advertirse con mayor contundencia, pues este despropósito es lo que ha llevado a salirse del Sistema a varios países, que si bien algunos volvieron, otros se mantienen extraños y algunos más miran con recelo estas contingencias.

El modelo declarativo que tiene la sentencia internacional no impide que sea el Estado y no los jueces quienes dispongan las medidas de reparación pertinentes tal como se le pidió al Estado argentino en la resonada causa "Fontevecchia".

DERECHOS

CAPÍTULO VI

ASPECTOS PROCESALES CONSTITUCIONALES DE LA LIBERTAD DE PRENSA

Por Héctor Eduardo Leguisamón

Sumario: 1. La libertad de prensa en la Constitución; 2. La libertad de prensa y el derecho a la intimidad; 3. Antecedentes de la doctrina de la “real malicia”; 4. La doctrina de la “real malicia”: una regla sobre la carga de la prueba; 5. El derecho a la imagen; 6. Difamación a través de los medios de comunicación y los daños punitivos; 7. Responsabilidad penal.

1. La libertad de prensa en la Constitución

La libertad de prensa es esencial a la naturaleza de un Estado libre, que consiste en la liberación de todo obstáculo previo a la publicación y no de todo castigo, de toda represión posterior a la publicación, si su fin es criminal¹. El derecho de publicar ideas por la prensa sin censura previa es un pilar fundamental para el ejercicio pleno de la democracia y, asimismo, piedra angular de las instituciones republicanas².

¹ Conf. C.S.J.N., 30/10/1967, “García Mutto, Antonio E. c. Donatti, Carlos A.”, Fallos: 269:189.

² C.N.Civ., sala D, 28/3/2008, “Ramírez, P. A. c. Arte Radiotelevivo Arg. S.A. (Artear S.A.) y otros s/ daños y perjuicios” y sus acumulados “Carrica, K. N. c. Arte Radiotelevivo Arg. S.A. (Artear S.A.) y otros s/ daños y perjuicios”, “Torres, Z. I. c. Arte Radiotelevivo Arg. S.A. (Artear S.A.) y otros s/ daños y perjuicios”, y “Zungri, A. N. c. Arte Radiotelevivo Arg. S.A. (Artear S.A.) y otros s/ daños y perjuicios”, elDial AA47C0.

En nuestra Nación –como prácticamente en todas las del planeta³, salvo en las que imperan regímenes dictatoriales–⁴, es un derecho de indiscutible rango constitucional en tanto el artículo. 14 de la Carta Magna expresamente dispone: “Todos los habitantes de la Nación

³ Constitución de España de 1978, artículo. 20.1: “Se reconocen y protegen los derechos: a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción [...] d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades [...] 4) Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollan y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia [...]”.

Constitución de la República Federal de Alemania, artículo. 5: “1. Cada uno tendrá derecho a expresar y difundir su opinión por la palabra, el escrito y la imagen, y a informarse en las fuentes de acceso general. Se garantiza la libertad de prensa y la libertad de información a través de la radiofonía y el cinematógrafo. No se podrá establecer la censura. 2. Estos derechos no tendrán más límites que los preceptos de las leyes generales, las disposiciones legales para la protección de los menores y el derecho al honor personal. 3. Serán libres el arte, la ciencia, la investigación y la enseñanza. La libertad de enseñanza no exime, sin embargo, de la lealtad a la Constitución”.

Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Roma, 4/11/1950), artículo. 10: “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radio-difusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa. 2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial”.

⁴ C.S.J.N., 8/9/1992, “Servini de Cubría, María R. s/ amparo”, del voto del doctor Fayt, E.D. 149-253: “El derecho de expresión es un derecho fundamental cuya vigencia condiciona el ejercicio de casi todos los demás derechos, razón por la cual las restricciones admisibles tienen carácter excepcional; a escala universal, se tiende a limitar las restricciones en materia de información y de opinión, como una necesidad para el perfeccionamiento de la democracia contemporánea”.

gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio; a saber: “[...] de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa [...]”, complementado con su actual artículo. 32 –antes el 23V que reza: “El Congreso federal no dictará leyes que restrinjan la libertad de imprenta o establezcan sobre ella la jurisdicción federal”^{5 6}.

Eso significa que se pueden expresar libremente ideas, opiniones, juicios de valor y dar informaciones a través de la prensa sin censura previa. Como contracara de la misma moneda, tenemos que la sociedad toda tiene el derecho a ser informada⁷.

En este sentido, incluso, se puede mencionar también el artículo. 41, 2º párr., de la Ley Fundamental, en tanto establece: “las autoridades proveerán a la protección de este derecho (derecho a un ambiente sano),

⁵ C.S.J.N., 8/9/1992, “Servini de Cubría, María R. s/ amparo”, del voto en disidencia parcial del doctor Belluscio, E.D. 149-255: “Es, precisamente, el derecho de expresarse libremente por la prensa al cual el constituyente le ha otorgado prioridad, a punto tal que no se conformó con consagrar en el artículo. 14 el derecho a publicar las ideas por la prensa sin censura previa sino que añadió en el artículo. 32 la explícita prohibición al Congreso de dictar leyes restrictivas de la libertad de prensa. Al respecto esta Corte ha señalado que entre las libertades que la Constitución nacional consagra, la de prensa es una de las que poseen más entidad, al extremo de que sin su resguardo existiría tan solo una democracia desmedrada o puramente nominal”.

⁶ La Primera Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica dice: “El Congreso no legislará respecto al establecimiento de una religión o la prohibición del libre ejercicio de la misma, ni pondrá cortapisas a la libertad de expresión o de prensa; ni coartará el derecho de la gente a reunirse en forma pacífica ni de pedir al Gobierno la reparación de agravios”.

⁷ C.S.J.N., 8/9/1992, “Servini de Cubría, María R. s/ amparo”, E.D. 149-267: “7º) Que constituye un aceptado principio que las garantías constitucionales no son absolutas, sino que se desenvuelven dentro de un marco que está dado por la finalidad con que son instituidas; y que en el caso de la libertad de expresión, consiste en asegurar a los habitantes la posibilidad de estar suficientemente informados para opinar y ejercer sus derechos respecto de todas las cuestiones que suceden en la república en un momento dado, tutelando la libre difusión de las ideas como concepto esencial del bien jurídico protegido. Ese derecho es inherente a toda la población y no exclusivo y excluyente de los titulares o permisionarios de los medios de difusión (395 U.S. 367, “Red Lion Broadcasting Co. vs. FCC”)”.

a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica y a la información y educación ambientales”⁸.

Sin embargo, no solo la prensa escrita es la que goza de esa garantía, sino también todos los medios de difusión periodística o de otra índole, ya que se ha extendido ese derecho a la radio y la televisión, por constituir estas medios aptos para la difusión de ideas⁹, aunque según la Corte Suprema de Justicia de la Nación tienen una protección más atenuada por su intensa penetración en el seno del hogar y la fácil accesibilidad de los menores¹⁰, como también al cine en tanto la libertad de expresión cubre las manifestaciones recogidas y vertidas por la técnica cinemato-

⁸ Según MORALES LAMBERTI, Alicia, con relación al derecho a la información en materia ambiental, corresponde distinguir primariamente entre el derecho a la información y el derecho de acceso a dicha información: mientras que el derecho a la información supone una obligación para el Estado, quien se encuentra obligado a la producción, elaboración y difusión de información, el derecho de acceso a la información pública, se relaciona con el derecho que posee el ciudadano de acceder a la información administrada por el Estado, ya sea producida por sus órganos o producida por otros organismos o particulares sobre los que recaiga la obligación de informar (*Instituciones de derecho ambiental*, p. 159, M.E.L. editor, 2ª ed., 2005).

⁹ C.N.Civ., sala L, 21/10/2008, “C., G. L. c. Cuatro Cabezas S.A.”, Lexis n° 1/70050430-4: “Los medios televisivos deben profesar su legítimo derecho a brindar información mediante un ejercicio razonable y prudente de esta facultad, procurando que ese derecho amparado por nuestra Constitución nacional no sea utilizado en detrimento de otros también amparados”.

¹⁰ C.S.J.N., 8/9/1992, “Servini de Cubría, María R. s/ amparo”, E.D. 149-266: “4°) Que de ello se concluye, sin esfuerzo, que la garantía constitucional que ampara la libertad de expresarse por la prensa sin censura previa cubre a las manifestaciones vertidas a través de la radio y de la televisión, en tanto estas constituyen medios aptos para la difusión de las ideas (conf. doct. Fallos: 282:392, consid. 3). Sin embargo, en razón de que cada medio presenta diferentes modalidades, se ha sostenido que la radiofonía y la televisión son los que gozan de protección más atenuada, fundamentalmente por su intensa penetración en el seno del hogar, donde el amparo del individuo a gozar de su intimidad «desplaza los derechos de quien allí se entromete» y además porque sus transmisiones son «singularmente accesibles a la infancia», lo que explica, en determinadas hipótesis, un tratamiento diferente (438 U.S. 726; 397 U.S. 728; 395 U.S. 367)”.

gráfica¹¹. Es que la garantía constitucional “tutela además la libertad de expresiones de manera amplia, sin distinguir entre lo que constituye opinión, manifestación estética, de arte o de humor, pues la libertad de manifestación del individuo no puede ser entendida circumscripita solo a cierto ámbito o finalidad, pues entonces la garantía quedaría en letra muerta”¹².

En esta dirección se ha dicho que: “el derecho a expresarse no solo se otorga al individuo particular, sino también a los medios de comunicación: prensa, radio, televisión y cinematografía. En este último aspecto, corresponde definirlo más precisamente como el derecho a la información, en su doble rol, activo, al suministrarla y pasivo, en la apasionante y, en ocasiones, riesgosa búsqueda de las noticias”^{13 14}.

Esta histórica garantía constitucional¹⁵ se ha visto reforzada con la reforma de 1994 a la Constitución nacional en cuanto su artículo. 43, 3^{er} párr., ahora prevé, aunque referido a la pretensión de hábeas data, que las fuentes de información son irrevelables al disponer que “no podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística”.

¹¹ C.S.J.N., 10/5/1972, “Mallo, Daniel s/ amparo”, Fallos: 282:392; E.D. 42-554.

¹² C.S.J.N., 8/9/1992, “Servini de Cubría, María R. s/ amparo”, del voto del doctor Levene (h), E.D. 149-276.

¹³ BIDART CAMPOS, GERMÁN, *Tratado elemental de derecho constitucional*, t. I, p. 270.

¹⁴ MARTÍNEZ ÁLVAREZ, EDUARDO M., *La libertad de expresión, los medios de comunicación y el derecho a la intimidad*, en *Revista Conceptos* de la Universidad del Museo Social Argentino, año 65, n° 2, mayo/junio de 1990, p. 27.

¹⁵ “Cuando los creadores de esta Nación establecieron por primera vez la libertad de imprenta mediante el Reglamento dictado por la Junta Superior, llamada Junta Grande, el 20 de abril de 1811, (Registro Nacional, t. 1, ps. 108/109) juzgaron que *La facultad individual de los ciudadanos de publicar sus pensamientos e ideas políticas, no es solo un freno de la arbitrariedad de los que gobiernan, sino también un medio de ilustrar a la nación en general y el único camino para llegar al conocimiento de la verdadera opinión pública [...]*” (del voto del doctor Petracchi in re “Ponzetti de Balbín, Indalia c. Atlántida S.A.”, Fallos: 306:1892).

Por su lado, el artículo. 13 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos –Pacto de San José de Costa Rica– (aprobada mediante ley 23.054 y cuya jerarquía reviste carácter constitucional a tenor de lo normado por el artículo. 75, inc. 22, de la Constitución nacional –reformada en 1994–), establece: “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística o por cualquier otro procedimiento de su elección. 2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. 3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel o periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones [...]”.

Vemos que, a diferencia de nuestro texto constitucional, comprende la expresión oral o artística, como, asimismo, abarca a cualquier otro procedimiento de elección del autor y cualesquiera otros medios usados para difundir la información, lo cual incluye a la radio, a la televisión, al cine, los libros, y también a la moderna Internet.

En este sentido se ha dicho que la principal importancia de la libertad de prensa, desde un punto de vista constitucional, “está en que permite al ciudadano llamar a toda persona que inviste autoridad, a toda corporación o repartición pública, y al gobierno mismo en todos sus departamentos, al tribunal de la opinión pública, y compelerlos a un análisis y crítica de su conducta, procedimientos y propósitos, a la faz del mundo, con el fin

de corregir o evitar errores o desastres; y también para someter a los que pretenden posiciones públicas a la misma crítica con los mismos fines”¹⁶.

La Corte Suprema tiene entendido que “entre las libertades que la Constitución consagra, la de prensa es una las que posee mayor entidad, al extremo que sin su debido resguardo existiría tan solo una democracia desmedrada o puramente nominal. Incluso no sería aventurado afirmar que, aun cuando el artículo. 14 enuncie derechos meramente individuales, está claro que la Constitución al legislar sobre la libertad de prensa protege fundamentalmente su propia esencia democrática contra toda posible desviación tiránica”¹⁷.

Sin embargo, la libertad de prensa se topa y enfrenta frecuentemente con otra garantía constitucional: el derecho a la intimidad, a la privacidad (artículo. 19, Constitucional nacional), dando lugar a conflictos de índole constitucional, que se traducen, las más de las veces, en resarcimientos por daños (artículos 51, 52, 53, 1721, 1722, 1724, 1725, 1740, 1741 y cc. del nuevo Código Civil y Comercial; antes artículos 512, 1071 bis, 1077, 1078, 1089, 1109, 1113, y cc., del abrogado Código Civil), aunque también en sanciones de naturaleza penal (artículos 109, 110 y 113, Código Penal)¹⁸. Se trata, entonces, de una cuestión constitucional –o federal–: un derecho difuso que es la libertad de prensa, pues la sociedad tiene el derecho a ser informada en su conjunto, versus un derecho subjetivo individual a la intimidad.

¹⁶ GONZÁLEZ, JOAQUÍN V., *Manual de la Constitución Argentina*, p. 167, n° 158, Buenos Aires, 1897.

¹⁷ C.S.J.N., “Abal, Edelmiro y otros c. Diario La Prensa”, *Fallos*: 248:291; ídem, 5/9/2007, “Río Negro S.A c. Neuquén, Provincia del”, voto del doctor Fayt, *Fallos*: 330:3908.

¹⁸ C.S.J.N., “Porfilio, Nicolás (h) c. Ghioldi, Américo”, *Fallos*: 155-57: “El principio de libertad de pensamiento y de la prensa, excluye el ejercicio del poder restrictivo de la censura previa, pero en manera alguna exime de responsabilidad al abuso y al delito en que se incurra por ese medio, esto es, mediante publicaciones en las que la palabra impresa no se detiene en el uso legítimo de aquel derecho, incurriendo en excesos que las leyes definen como contrarios al mismo principio de libertad referido, al orden y al interés social”.

Si bien el ejercicio de la libertad de expresión está exento de censura, no cuenta con inmunidad una vez que está exteriorizada, y después aparea todas las responsabilidades civiles y penales¹⁹.

Acertadamente se ha escrito que “nada más evidente que uno de los pilares de todo sistema republicano democrático, lo constituye el derecho a la información pública y la correspondiente e ineludible libertad de prensa; esta tiene el derecho de mostrar aquellos acontecimientos que son de interés general o que se desarrollan en público, pudiendo los diarios y revistas publicar los comentarios, fotografías, cables, comentarios, análisis económicos, comentarios deportivos, etcétera, pero así y todo estas atribuciones de la prensa libre, encuentra su límite en el respetable derecho a la vida de los ciudadanos”²⁰.

¹⁹ C.N.Civ., sala I, 29/4/2008, “Hurtig de Bártoli, Irene c. Murria de Prilick, Susana”, J.A. 2008-II-283: “Así como no es dudoso que debe evitarse la obstrucción o entorpecimiento de la libre expresión de las ideas, tal exigencia no resulta incompatible con el resguardo de la dignidad individual de los ciudadanos que impide la propalación de imputaciones que puedan dañarla injustificadamente; este último proceder solo traduce –como lo sostuvo nuestra C.S.J.N. en *Fallos*: 321:2250– un distorsionado enfoque del ejercicio de esa libertad. Es que el especial reconocimiento que la Constitución otorga a la prensa no elimina la responsabilidad ante la justicia por los delitos y daños cometidos, pues no existe el propósito de asegurar su impunidad (*Fallos* 315:1492; 321:2250 entre muchísimos otros)”.

C.N.Civ., sala A, 8/4/2008, “Ríos, Oscar y otro c. Cherashny, Guillermo y otros s/ daños y perjuicios”, elDial AA4825: “Acerca de la responsabilidad de los medios de prensa, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado, en reiteradas oportunidades, que el derecho a la libre expresión no es absoluto en cuanto a las responsabilidades que el legislador puede determinar a raíz de los abusos producidos mediante su ejercicio, sea por la comisión de delitos penales o actos ilícitos civiles. Si bien en el régimen republicano la libertad de expresión, en sentido amplio, tiene un lugar eminente que obliga a una particular cautela cuando se trata de deducir responsabilidades por su desenvolvimiento, puede afirmarse sin vacilación que ello no se traduce en el propósito de asegurar la impunidad de la prensa (*Fallos*: 119:231; 155:57; 167:121; 269:189; 310:508; 315:632; 321:667)”.

²⁰ SÁEZ CAPEL, JOSÉ, *El derecho a la intimidad y las escuchas telefónicas*, p. 66, DIN Editora, 1999.

2. La libertad de prensa y el derecho a la intimidad

El derecho a la intimidad, esa esfera personalísima del ser humano, sufre constantemente embates por el denominado cuarto poder, el de los medios de difusión periodísticos. La puja derecho a la intimidad (vida privada) versus libertad de prensa se instauró hace mucho tiempo, y, no obstante, los límites impuestos a la libertad de prensa para que no avasalle la vida privada de los individuos, a aquello que los angloparlantes denominan *privacy* o derecho a estar o ser dejado solo (*to be let alone*), y que en Italia es conocido como *reservatezza*, permanece en una zona gris, una zona gris muy amplia y con muchas tonalidades.

La primera formulación moderna del derecho a la privacidad se debe a Warren y Brandeis, que en 1890 publicaron su conocido trabajo sobre el *right to privacy*²¹, con la idea de esbozar un derecho a gozar de la vida, el llamado derecho a estar solo, frente a los frecuentes ataques de la prensa amarilla norteamericana, que suponía un peligro para el pensamiento puritano de la Nueva Inglaterra, entre el que se hallaba la privacidad, tal como era concebida por aquel entonces. Ese trabajo dio origen a la llamada privacidad y su sistema jurídico, habida cuenta que Warren necesitaba encubrir su vida de la indiscreción periodística, a la vez que tutelar el derecho a su imagen²².

Toda persona tiene un rincón de los “secretos” donde no permite el acceso a los demás. Se me ocurre pensar, para graficar el derecho a la intimidad, con realismo y alejado de toda significación económica, el cajón de la mesita de luz de nuestro dormitorio. En él atesoramos las cosas más pequeñas y los recuerdos más caros. Nadie debe ni tiene el derecho de husmear en él. No hace falta que exista dentro de la familia una Constitución ni una ley que la reglamente. Todos en la familia saben

²¹ WARREN, S. D. y BRANDEIS, L. D., *The right to privacy*, en *Harvard Law Review*, Vol. IV, nº 5, p. 193 y ss., 1890.

²² Conf. SAEZ CAPEL, *El derecho a la intimidad y las escuchas telefónicas*, ob. cit., pp. 27-28.

que el cajón de la mesita de luz es inviolable, porque es privado. El derecho a la intimidad, a la privacidad, es un derecho natural, personalísimo, inalienable del ser humano²³.

Tal vez sea porque a una persona le guste ser como es; tal vez porque le guste mantener sus recuerdos y confiarlos –o no– a quien le parece, como sus penurias o alegrías, sus éxitos y fracasos, como la de mantener o intercambiar sus ideas y principios, y fiarlos –o no– a quien crea oportuno; y tiene el derecho inalienable de hacerlo como mejor le plazca. Porque es como es. Porque cada uno de nosotros es como es; tiene el derecho de serlo, y nadie, bajo ninguna justificación o pretexto, tiene un derecho (superior) de juzgar si está bien o no que sea como es. Este es un derecho personalísimo de cada ser humano. Y está bien que así sea; afortunadamente todos somos distintos –de lo contrario la vida sería muy aburrida–, y, paradójicamente, la igualdad radica en que todos podemos ser distintos de los demás manteniéndonos como somos.

El derecho a la intimidad va siendo complementado con el derecho a la dignidad, al honor, a la imagen del individuo respecto de sus semejantes, se lo va viendo desde una dimensión distinta a la tradicional. Resulta alejado de toda razón que se dé protección a las marcas, patentes, invenciones, derechos de autor, en definitiva, a las creaciones del intelecto del hombre y que no se dé protección a él mismo, a la privacidad del propio hombre.

Ekmekdjian señala que el derecho a la dignidad es el derecho que tiene todo hombre a ser respetado como tal, a no ser considerado un medio, sino un fin en sí mismo²⁴; y que el derecho a la intimidad es

²³ LEGUISAMÓN HÉCTOR EDUARDO, *El hábeas data como medida autosatisfactiva en el marco de un proceso monitorio*, ponencia presentada al XX Congreso Nacional de Derecho Procesal (San Martín de los Andes, Neuquén, 1999), Libro de Ponencias, p. 320; y *Procedimiento y aspectos procesales del hábeas data*, en *Revista de Derecho Procesal*, vol. 4, *Amparo. Hábeas data. Hábeas corpus*, t. I, pp. 271-272, Rubinzal-Culzoni, 2000.

²⁴ EKMEDJIAN MIGUEL Á., *Manual de la Constitución Argentina*, p. 81, Depalma, 1991.

un derecho derivado directo del derecho a la dignidad y consiste en el derecho que tiene cada hombre a disponer una esfera o un ámbito infranqueable de libertad personal que no puede ser invadido por terceros, ya sean particulares o el propio Estado²⁵; y que es necesario no confundir el derecho a la dignidad con el derecho al honor, ya que ambos no son sinónimos²⁶. Afirma que “el honor es la reputación de que goza una persona. La dignidad es una categoría absoluta, es patrimonio inalienable de cada persona humana. El honor en cambio, es relativo a la circunstancia (en el sentido orteguiano del término) de cada persona física o jurídica. Es una categoría relativa. A una persona puede serle quitado o restringido su honor (v.gr., el honor militar, comercial, académico, etcétera). A nadie, en cambio, puede quitársele o restringírsele su dignidad. La comunicación de noticias falsas que afecten a una persona puede lesionar su derecho al honor, pero la comunicación de hechos verdaderos puede lesionar su derecho a la intimidad²⁷”. Sobre esa diferenciación elabora la teoría del orden jerárquico, cuyos escalones superiores de la escala jerárquica se pueden delinear: 1º) derecho a la dignidad y sus derivados (conciencia, intimidad, prohibición de vejámenes y humillaciones, torturas, mutilaciones, etcétera); 2º) derecho a la vida y sus derivados (salud, etcétera); 3º) libertad física; y 4º) derecho al honor. Añade, además, el concepto de convicciones fundamentales de la persona, que entiende fue introducido por el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación in re “Edmekdjian, Miguel Á. c. Sofovich, Gerardo y otros”²⁸, en cuyos considerandos del voto mayoritario se hace referencia a las «convicciones más profundas» de una persona, las que se encuentran protegidas igual

²⁵ EKMEKDJIAN, MIGUEL Á., *Derecho a la información*, p. 50 y ss., Depalma, 1992.

²⁶ Con cita de GONZÁLEZ PÉREZ, J., *La dignidad de la persona*, p. 105, Civitas, Madrid, 1986; SORIA, CARLOS, *Derecho a la información y derecho a la honra*, p. 24 y ss., Barcelona, 1981; y de RÍOS, Lautaro, *La dignidad de la persona humana en el ordenamiento jurídico español*, en las XV Jornadas Chilenas de Derecho Público (Valparaíso, 1985).

²⁷ CARMONA SALGADO, CONCEPCIÓN, *Libertad de expresión e información y sus límites*, p. 214 y doctrina allí citada, es de Derecho Reunidas, Madrid, 1991.

²⁸ J.A. del 29/7/1992; E.D. 148-354.

que la honra o la dignidad, del cual rescata la posibilidad de que una persona se defienda contra ataques no solo a su honor personal, sino también al honor que afecta a ciertos grupos a los cuales él pertenece, en virtud de que se comparten ciertos valores con todos esos grupos y la ofensa a ellos pueden afectar y agraviar tanto o más que la injuria directa al honor individual²⁹.

Por mi parte, pienso que el derecho a la intimidad no es un derivado del derecho a la dignidad, puesto que a un hombre, aunque tenga el derecho, poco puede importarle ser respetado como tal, pero, no obstante, sí puede importarle que se entrometan en su intimidad; por tanto, son dos derechos que cabe diferenciar. De lo contrario tendríamos que asumir que el derecho al honor también es un derivado del derecho a la dignidad, cuando “el derecho a la honra [...] se refiere a la participación que tiene el individuo dentro de la comunidad amparando a la persona frente a expresiones o mensajes que lo hagan desmerecedor en la consideración ajena al ir en su descrédito”³⁰.

Tampoco me parece que sea aceptable la teoría del orden jerárquico, pues el derecho a la dignidad, a la intimidad, al honor, a la libertad física, etcétera, si bien distintos, se tratan todos de derechos garantizados por la Ley Fundamental, estén o no enunciados explícitamente en ella, toda vez que su artículo. 33 dice: “Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados, pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”.

Cuando entra en pugna alguno de los derechos y el de libertad de expresión, para determinar cuál debe prevalecer se debe estar a las especiales circunstancias del caso concreto, y considerar, desde un punto de vista subjetivo, la calidad de la persona que resulta afectada (funcionario

²⁹ EKMEKDJIAN MIGUEL Á., *En torno a la libertad de expresión, los programas humorísticos, las censuras previas, las injurias y otras yerbas*, E.D. 145-250.

³⁰ C.S.J.N., 24/6/2008, “Patitó, José Ángel y otro c. Diario La Nación y otros”, del voto de la doctora Highton de Nolasco, elDial AA4930.

público, personaje público o particular), y, desde uno objetivo, si el asunto es de interés general o público, o no, y si las manifestaciones se tratan de la aseveración de hechos o de juicios de valor, opiniones o críticas.

En este cauce, dice Masciotra que “la doctrina predominante sustenta la «armonización», situación que conlleva mantener la vigencia de todos los derechos involucrados, tras una exégesis conciliatoria de los mismos. Éste es el criterio que surge de los pronunciamientos de la Corte Federal”³¹.

El artículo. 1071 bis del abolido Código Civil había dado consagración legislativa exclusivamente al derecho a la intimidad, o a la privacidad o a la vida privada o libertad de la esfera de la intimidad, y no a todos los derechos personalísimos. Aquel no es otra cosa que una especie de derecho personalísimo que compete a toda persona de sensibilidad ordinaria, de no permitir que los aspectos privados de su vida, de su persona, de su conducta y de sus empresas, sean llevados al comentario público o con fines comerciales, cuando no exista un legítimo interés por parte del Estado o de la sociedad³².

Se ha dicho que la privacidad se convierte en un límite a la injerencia estatal, debido a que lo público pasa a definirse a través de lo privado, a punto tal que, en nuestros días, la formulación de este derecho fundamental importa la teorización de un estado mínimo, de la limitación de los poderes políticos frente a la esfera de derechos y libertades de los ciudadanos³³.

³¹ MASCOTRA, MARIO, *La doctrina de la “real malicia” y sus fronteras*, J.A. 2008-IV-282.

³² CIFUENTES, SANTOS, *Tutela integral de los derechos personalísimos (Una nueva propuesta metodológica. El estatuto autónomo de los derechos personalísimos y su sanción uniforme hispano-americana)*, L.L. 1990-B-948; BELLUSCIO, Augusto C. –director–, y ZANNONI, Eduardo A. –coord.–, *Código civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, t. 5, p. 72 y ss., Astrea, 1984.

³³ SÁEZ CAPEL, *El derecho a la intimidad y las escuchas telefónicas*, ob. cit., p. 59.

Se remarcó, asimismo, que “la necesidad de una pacífica convivencia social, impone el respeto al derecho ajeno que no puede ser afectado por el ejercicio de un derecho propio. Es sabido que los ordenamientos jurídicos, protegen el derecho de expresar libremente el pensamiento, pero, en razón de que se encuentran también protegidos los valores diversos de las personas, como la reserva de su vida privada, debe tenerse en cuenta que estos operan normalmente como límite de aquella libertad. El derecho a informar, de expresar las ideas, de publicarlas a través de los medios, y el derecho a la intimidad son dos facetas de una misma situación jurídica. Para evaluar su incidencia dentro de las conductas humanas, hay que comprender el carácter de la intimidad como bien personalísimo, cuya atribución general y necesaria es asunto de interés público, pero no la medida particular de su goce, que se establece condicionada por el interés privado y debe ceder, en consecuencia, cada vez que medie un interés superior, especialmente si es público³⁴. Cabe señalar –por guardar relación analógica con el tema–, como lo hiciera el doctor Goldschmidt para aclarar el concepto, que la libertad de prensa no está garantizada para que cada uno sepa todo de los demás, sino para que cada uno sepa de los demás lo necesario que le permita opinar acerca de los asuntos que lo afecten como ciudadano o como miembro de la colectividad^{35 36}”.

En este sentido el nuevo Código Civil y Comercial ha avanzado estableciendo genéricamente en su artículo. 51 que “La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad”, y, con mayor precisión en el primer párrafo del artículo. 53 –de manera similar a la ley 11.723, adelante– que “Para captar o reproducir la imagen o la voz de una persona, de cualquier modo que se haga, es necesario su consentimiento, excepto en los siguientes casos: a) que la persona participe en actos públicos; b) que exista un interés científico, cultural o educacional prioritario, y se tomen las precauciones

³⁴ ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *Derecho a la intimidad*, Abeledo-Perrot, 1982.

³⁵ GOLDSCHMIDT, WERNER, *La protección jurídica de la vida privada*, en *Revista del Colegio de Abogados*, n° 108, p. 61.

³⁶ MARTÍNEZ ÁLVAREZ, *La libertad de expresión...*, ob. cit., p. 28.

suficientes para evitar un daño innecesario; c) que se trate del ejercicio regular del derecho de informar sobre acontecimientos de interés general”, y más todavía, se ha extendido la defensa de la imagen de una persona incluso después de su muerte, aunque con una limitación temporal, toda vez que el segundo párrafo del mismo artículo. 53 prevé que “En caso de personas fallecidas pueden prestar el consentimiento sus herederos o el designado por el causante en una disposición de última voluntad. Si hay desacuerdo entre herederos de un mismo grado, resuelve el juez. Pasados veinte años desde la muerte, la reproducción no ofensiva es libre”.

Recordemos que los derechos constitucionales se ejercen según las leyes que los reglamentan (artículo. 14, Constitución nacional). Sin embargo, no hay en el ordenamiento jurídico vigente una norma que reglamente el ejercicio de la libertad de prensa; de manera que sus contornos, obviamente no demarcables con certeza en una norma de derecho positivo, se han ido estableciendo por la jurisprudencia en cuanto la prensa no puede ir más allá de lo tolerable, dando lugar a una rica e interesante casuística instituida por tribunales ordinarios, cortes provinciales y, también, la Corte Suprema de Justicia de la Nación por incumbirle interpretar las propias cláusulas constitucionales y las leyes en última instancia (artículo. 31, Constitución nacional, y artículo. 14, inc. 3, de la ley 48), cuya intervención, como último bastión de control –difuso– de constitucionalidad³⁷, ha dado lugar a *leading cases* que, si bien resolvieron casos concretos, han establecido estándares judiciales y marcado rumbos.

Sin duda, una tarea de innegable docencia jurídica la de los tribunales, la cual, además de ser publicada en los repertorios jurídicos especializados, muchas veces también es difundida en los distintos medios periodísticos como noticia de lo que hablan –y deciden– los jueces por sus

³⁷ GOZAÍNI, OSVALDO A., *Introducción al derecho procesal constitucional*, pp. 114-122, Rubinzal-Culzoni, 2006.

sentencias³⁸, circunstancia esta que proporciona, por un lado, una vía para su control popular como funcionarios del Poder Judicial y el debate sobre sus decisiones, y, por el otro, coadyuva a la formación de la opinión y conciencia pública.

Cabe reparar, adempero, que a diferencia de lo que acontecía antiguamente cuando era la prensa escrita la que producía el ataque al derecho a la intimidad, con los avances tecnológicos, en la actualidad esa arremetida se puede engendrar desde diferentes medios de difusión masiva: la radio, la televisión, y hasta la Internet³⁹.

Así, se ha dicho que podemos, sin duda, arribar a la conclusión de que nuestra Constitución protege la libertad de expresión en todas sus formas, las que reciben hospitalidad cierta, siendo ello factible merced a una interpretación dinámica de la Constitución, que asimila los cambios y formas de expresión actuales que no eran conocidos por el constituyente (conf. artículos 1, 14, 32, 33, 72 y 85 de nuestra Carta Fundamental)⁴⁰.

Pero, no solo en cuanto se refiere a programas radiales o televisivos de estricta índole periodística, informativa, sino también a meros programas de entretenimientos o humorísticos, en los cuales muchas veces parecería pensarse que es factible decir cualquier cosa de quien sea⁴¹, aunque

³⁸ Aunque a veces, también por hacerlo indebidamente y en demasía en los medios de comunicación, dan lugar a planteos procesales de recusación (ver PORZIO, Paula Eugenia, *Prensa, enemistad y recusación*, L.L. 2000-D-721).

³⁹ C.N.Crim.Correc.Fed., sala I, 29/8/2007, causa 40.687, "Bignone, Reynaldo s/ rechazo falta de acción", elDial AA4224: "Este Tribunal ya ha tenido oportunidad de expedirse en torno a que las publicaciones efectuadas por ese moderno medio de comunicación se encuentran alcanzadas por la amplia protección del derecho a la libre expresión de ideas y la libertad de prensa (de esta Sala, causa n° 33.628, del 13/3/2002, reg. n° 182). Es por ello que, para el análisis de la cuestión, debe partirse del hecho de que el denunciado habría utilizado el espacio de «Internet» como un medio de prensa para opinar sobre un determinado tema".

⁴⁰ BIDART CAMPOS, Germán, *Tratado elemental de derecho constitucional*, t. I, p. 270, citado por MARTÍNEZ ÁLVAREZ, *La libertad de expresión...*, ob. cit., p. 27.

⁴¹ C.N.Civ., sala H, 5/6/2008, "Grassi, Julio César c. Arte Radio Televisivo Argentino S.A. y otros s/daños y perjuicios", elDial AA4A69: "En lo que aquí interesa,

tampoco se puede concluir que el solo hecho de haber sido expuesto en un programa de tales características pueda dar lugar a resarcimiento⁴².

surge del mencionado fallo que la sátira o el humor también pueden causar lesiones a los derechos personalísimos de terceros, que deben ser resarcidos. También se decidió que no son procedentes argumentos tales como los que tienden a justificar la eximición de responsabilidad en la intención de bromear de los autores del hecho (*animus jocandi*), para un específico programa de entretenimientos. En el ámbito del derecho resarcitorio civil, la culpa se configura tanto por acción como por omisión, al margen de supuestos de responsabilidad objetiva derivados de actos antifuncionales o de abusos del derecho. Así como no es necesario un específico *animus injuriandi*, salvo que se lo interprete como dolo, es también indiferente el propósito que hubiere padecido la víctima. Aun cuando no mediara intención de dañar, la negligencia o imprudencia bastaría para justificar la acción resarcitoria conforme a los principios generales de la responsabilidad subjetiva (C.N.Civ., sala A, 10/11/1997, «Battafarano, Alberto L. c. Telearte S.A.», J.A. 2000-I-Síntesis). Asimismo, que el llamado *animus jocandi*, aun de existir y demostrarse, no basta para la desincriminación, si los términos proferidos conllevan una exteriorización de un pensamiento lesivo para el honor de otro, según se ha definido la naturaleza de la injuria (C.Civ.Com. Rosario, sala 2ª, 4/6/1992, J.A. 1993-II-667). Cuando se lesiona un derecho personalísimo como el del honor —en el caso a través de los medios de comunicación— no posee relevancia decisiva que se haya actuado sin intención de injuriar. En efecto, cuando no exista ese dolo o malicia, la acción resarcitoria está asegurada por el artículo. 1109 del Código Civil. En tanto el artículo. 1089 del Código Civil se refiere a calumnia e injuria de cualquier especie no hay razón para entenderla limitada a las especies penales que tipifica el código represivo. Por ser ello así, basta con la conducta culpable que desacredite o deshonne para que se genere la obligación de indemnizar (C.N.Civ., sala I, 21/12/1999, «Díaz de Vivar, Elisa Matilde c. Neustadt, Bernardo y otros s/daños y perjuicios»).

⁴² C.N.Civ., sala F, 21/11/2007, «Silva Báez, Diego Alberto c. Cuatro Cabezas S.A. y otro s/ daños y perjuicios», elDial AA4464: “Ha destacado el doctor Eduardo Martínez Álvarez en un precedente reciente de la Sala D de este Tribunal (autos: «Bussi, Roberto c. Pergolini, Mario y otros s/ daños y perjuicios», del 7/3/2005) que la burla, el humor, la caricaturización de personajes, forman parte de la vida diaria. Tanto el ciudadano común, cuanto el hombre público (el político, el juez, el deportista, el artista) están acostumbrados a las bromas y hasta la ridiculización de los actos y las costumbres de los personajes públicos. Si el humor trajera aparejada indemnizaciones a favor de quienes se sientan ofendidos por este tipo de sátiras, nuestros tribunales se verían inundados de reclamos por daño moral con consecuencias inusitadas. Es que la expresión satírica utiliza el humor o lo grotesco para manifestar una crítica, para expresar un juicio de valor (ver voto del doctor Antonio Boggiano en el fallo de la C.S.J.N. *in re* «Cancela, Omar c. Artear S.A. y otros s/

El blanco frecuente de esos embates a la intimidad son los personajes públicos. Están los que lo son por desarrollar funciones gubernamentales (funcionarios públicos), y aquellos que alcanzaron cierta fama por sus condiciones personales, como los artistas, actores, cantantes, escritores, deportistas, etcétera, y hasta quienes adquirieron notoriedad –aunque fuese efímera– por alguna participación en episodios de repercusión pública. Estos personajes públicos muchas veces son noticia y la información sobre ellos interesa a la sociedad toda (es obvio el caso de los funcionarios públicos por la específica función que desempeñan), pero muchas otras los medios de difusión las convierten en “noticias” –cuando son veraces, porque cuando no lo son, las “hacen”– para, en una suerte de competencia –como el raiting televisivo– distinguirse por ser los primeros en dar la primicia, y, así, obtener más preferencia del público y, con ello, más beneficio económico, sea en la forma de mayor tirada de la publicación, o en la de mayor audición del programa con el consiguiente aumento de los anuncios publicitarios.

Así, vemos a diario una especie de guerra feroz de los medios de difusión –diarios, revistas, programas televisivos y radiales– en suministrar “noticias” para colmar la avidez, quizá por una perversión social, de quienes gustan enterarse de las vidas privadas de los “famosos” –muchas veces buscadas por estos mismos, cabe reconocer–, y que solo a esas personas interesan –los conocidos “cholulos”, si se me permite el término–, pero que nada tiene que ver con el derecho a ser informado como contracara de la libertad de prensa. La esfera de la vida privada de los personajes

daños y perjuicios», del 29/9/98, L.L. 1998-E-575)”. “En el caso de autos, la brevísima sobreexposición caricaturesca sobre la imagen del actor en el programa «Caiga quien caiga» fue realizada en el contexto de un programa televisivo de humor que es, a la vez, de crítica política y social. Por el alcance y el efecto que se pretendió otorgársele, no se advierte *animus injuriandi* alguno en contra de él con expresiones desdorosas o agraviantes sino destacar, de algún modo, una situación grotesca. En el mismo precedente citado de la Sala D, se pone de relieve que «... el humor, el chiste, constituyen una de las facultades más propiamente humanas y son indicativas de la complejidad del alma y sus posibilidades de afirmar negando, o viceversa...» y constituyen, por eso, «una de las más elevadas formas de expresión espiritual...»”.

públicos es diariamente invadida sin su consentimiento, so pretexto de la libertad de prensa y del derecho a “informar”, cuando los medios de difusión tienen que contribuir a la función informativa, a la formación social o la difusión cultural, o al esclarecimiento de la conciencia social, o de hechos debidamente confirmados, es decir, habiendo adoptado la máxima diligencia tendiente a verificar la veracidad de la fuente como de la información previo a su difusión⁴³.

En esta línea de pensamiento, ha considerado la Corte Interamericana de Derechos Humanos que: “De otro lado, en el marco de la libertad de información, el Tribunal considera que existe un deber del periodista de constatar en forma razonable, aunque no necesariamente exhaustiva, los hechos en que fundamenta sus opiniones. Es decir, resulta válido reclamar equidad y diligencia en la confrontación de las fuentes y la búsqueda de información. Esto implica el derecho de las personas a no recibir una versión manipulada de los hechos. En consecuencia, los periodistas

⁴³ C.N.Com., sala E, 3/3/2008, “Roviralta, Huberto c. Viale Medios S.A. s/ ordinario”, del voto del doctor Arecha, Lexis nº 11/45850: “Esta causalidad adecuada no se ve interrumpida –como pretenden las accionadas en sus expresiones de agravios– por la atribuida culpa del actor quien, con su voluntaria y reiterada exposición mediática, habría justificado el accionar de las demandadas. Ello así pues en el caso de personajes populares su actuación pública o privada puede ser divulgada en lo que se relacione con la actividad que les confiere notoriedad, y siempre que lo justifique el interés general; pero ese avance sobre la intimidad no autoriza a dañar la imagen pública o el honor de estas personas, y menos a sostener que no tienen un sector o ámbito de vida privada protegida de toda intromisión (Salas, Acdel E., Trigo Represas, Félix A., López Mesa, Marcelo J.; *Código Civil Anotado*; LexisNexis–Depalma; 1999; Lexis nº 6804/0837/10; *Fallos* 306:1892). No existieron, en el caso, razones de índole superior o de público interés que justificaran la divulgación de la entrevista que dañó al Sr. Roviralta y que permitieran exigirle que soporte la intromisión en aras del conocimiento general (fallo del Tribunal Constitucional español del 14/2/1992 citado por Roberto A. Vázquez Ferreira en *Responsabilidad civil por lesión a los derechos de la personalidad*; *Derecho de Daños*; Segunda Parte; Larocca; p. 172). La única explicación para el atropello en el que incurrieron las demandadas radica en la desmedida ambición de *rating* del periodismo sensacionalista que –sin ningún tipo de escrúpulos– lucra con la difamación del prójimo”.

tienen el deber de tomar alguna distancia crítica respecto a sus fuentes y contrastarlas con otros datos relevantes”⁴⁴.

3. Antecedentes de la doctrina de la “real malicia”

La doctrina de la “real malicia”, luego receptada por nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, fue establecida, según reseña Bianchi⁴⁵, por la Suprema Corte de los Estados Unidos en el caso “New York Times Co. vs. Sullivan”⁴⁶, originado por la demanda por difamación promovida por el Comisionado de Asuntos Públicos y Supervisor en el Departamento de Montgomery, de Policía e Incendios –seguida por las promovidas por el gobernador de Alabama, por el intendente de Montgomery, y por otras dos personas– a raíz de una solicitada aparecida en ese periódico en marzo de 1960 suscripta por sesenta y cuatro personas –entre ellas Eleanor Roosevelt– en la cual se señalaban diversos atropellos de los que había sido objeto Martin Luther King y se destacaba la lucha de los estudiantes negros por conseguir el reconocimiento de sus derechos, citándose, específicamente, que en Montgomery, Alabama, después que los estudiantes cantaron “My country, this of thee” en la escalinata del capitolio estatal, se expulsó del colegio a sus líderes y la policía rodeó el “campus” del colegio, y que ante la protesta del alumnado las autoridades habían cerrado el comedor de aquel.

En ese precedente consideró la Suprema Corte que la constitucionalidad de la norma del estado de Alabama “no se salva por tolerar la defensa de la verdad”. “Permitir la prueba de la verdad, con la carga de la misma en cabeza del acusado, no significa que solo las manifestaciones falsas vayan a ser disuadidas. Aun los tribunales que aceptan esta defensa como

⁴⁴ C.I.D.H., 2/5/2008, Caso “Kimmel vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas”, Supl. J.A. del 10/9/2008; Abeledo-Perrot on line.

⁴⁵ BIANCHI, ENRIQUE T., *Los criterios de New York Times v. Sullivan y su repercusión en la doctrina de la Corte Suprema*, J.A. 1993-III-906 y ss.

⁴⁶ 376 U.S. 254 (1964).

una adecuada salvaguarda, han reconocido las dificultades de invocar pruebas legales para acreditar que la supuesta difamación era veraz en todas sus particularidades fácticas. Bajo semejante regla, los eventuales críticos de la conducta oficial podrían verse disuadidos de expresar sus críticas, aun creyendo que sean veraces y aun cuando sean ciertas, por la duda de poder probarlo en la corte o por miedo al gastos necesario para hacerlo. Tenderán así a formular exclusivamente declaraciones que «naveguen bien lejos de la zona ilícita» («Speizer vs. Randall», supra, 357 U.S. artículo. 526). La regla apaga de ese modo el vigor y limita la variedad del debate público. Ello es inconsistente con la Primera y Decimocuarta Enmiendas. A continuación se explicitó: “Las garantías constitucionales requieren una regla federal que prohíba a un funcionario público el reclamo de daños por una falsedad difamatoria relativa a su conducta oficial a menos que pruebe que la declaración ha sido realizada con actual malice, esto es, con conocimiento de que era falsa o con temerario desinterés (reckless disregard) acerca de si era falsa o no”. Desde esa óptica se concluyó que los hechos alegados no habían acreditado la malicia del New York Times: “Pensamos que la prueba producida contra el Times justifica –como mucho– una declaración de negligencia [...] pero resulta constitucionalmente insuficiente para probar la temeridad exigida para una declaración de malicia real”. También se concluyó que la prueba era constitucionalmente defectuosa para fundar la decisión de que las declaraciones supuestamente difamatorias habían sido hechas “en relación y concerniendo” al doctor Sullivan.

En el caso “Jeffrey M. Masson vs. New Yorker Magazine Inc., Alfred A. Knopf Inc y Janet Malcom”⁴⁷, el máximo tribunal estadounidense dijo que la “malicia real”, conforme al criterio del caso “New York Times” no debe ser confundida con el concepto de malicia como mala intención, o móvil originado por el rencor, o mala voluntad, sino que se reconoció que “la expresión puede tanto confundir como aclarar” y que, a ese respecto, “la frase puede no ser afortunada”. “En lugar de utilizar la expresión

⁴⁷ 501 U.S., 115 L. Ed. 2d. 447 (1991).

«malicia real», es de mejor técnica que las instrucciones al jurado hagan referencia a la publicación de una declaración con conocimiento de su falsedad o con temerario desinterés de la verdad o falsedad”⁴⁸.

Este denominado “privilegio constitucional”, acuñado para supuestos de críticas contra funcionarios públicos, fue luego extendido en el precedente “Curtis Publishing Co. vs. Butts” y “Associated Press vs. Walter”⁴⁹ con relación a personas que no eran funcionarios públicos, pero que, sin embargo, “se encuentran íntimamente comprometidas con el resultado de las cuestiones públicas importantes, o, en razón de su prestigio, tienen la responsabilidad de moldear los acontecimientos en áreas que interesan a la sociedad”.

En el caso “Gertz vs. Robert Welch Inc.”⁵⁰, originado por la demanda promovida por el abogado Gertz contra el editor de una revista por la publicación de falsedades en un artículo que lo perjudicaban en su reputación de profesional y de ciudadano al describirlo como artífice de un “arreglo” del cual había resultado prueba falsa en un proceso seguido contra un policía acusado de matar a un joven, y que, además, lo sindicaba como ex integrante de asociaciones marxistas orientadas a la toma violenta del poder, el demandado invocó el privilegio del caso “New York Times”, y la corte de distrito entendió que éste debía regir aun cuando el demandante no fuera ni funcionario público, ni personalidad pública, decisión que fue confirmada por la cámara de apelaciones. La Suprema Corte revocó la decisión sosteniendo que pese a que la afirmación errónea o falsa de los hechos no merece protección constitucional, “es de todos modos inevitable en un debate libre”, y recordó a Madison cuando afirmó “algún grado de abuso es inseparable del uso adecuado de todas las cosas; y en ninguna instancia es esto más cierto que en aquella de la prensa”. Se precisó que “un individuo que decide buscar un puesto gubernamental debe aceptar ciertas consecuencias necesarias de esa participación en

⁴⁸ Conf. BIANCHI, *Los criterios de New York Times v. Sullivan...*, ob. cit., p. 912.

⁴⁹ 388 U.S. 130 (1967).

⁵⁰ 418 U.S. 323 (1974).

asuntos públicos. Quienes son calificados como personalidad pública, se encuentran en una posición similar”. Es decir, los funcionarios y las personalidades públicas “se han expuesto voluntariamente a un riesgo agravado de lesión por falsedades difamatorias referidas a ellos”. “No se justifica semejante asunción respecto a un particular. Él no ha aceptado un cargo público ni asumido «un rol influyente en el ordenamiento de la sociedad» [...] No ha renunciado a ninguna parte de su interés en la protección de su buen nombre, y consecuentemente tiene un apremiante interés en ocurrir ante los tribunales para que se reconozcan los perjuicios infringidos por falsedades difamatorias. Así, los particulares no son solo más vulnerables a los perjuicios que los funcionarios públicos y personalidades públicas; merecen también más una indemnización”. Según afirma Bianchi la Suprema Corte buscó un “equilibrio” entre los “valores que están en pugna”, y cuando el reclamo es formulado por un particular se autoriza a los estados a imponer responsabilidades –a los directores y radiodifusores– en base a una prueba “menos rigurosa” que la requerida por el standard del “New York Times”⁵¹.

4. La doctrina de la “real malicia”: una regla sobre la carga de la prueba

La Corte Suprema de Justicia de la Nación receptó el test de la “real malicia” del precedente estadounidense *New York Times* en el caso “Costa”⁵², en el cual, según Bianchi, adhirió a la idea de que existen dos ámbitos de responsabilidad: uno “más riguroso”, que tutela al honor de los simples particulares, bastándole al presunto agraviado probar la culpa o negligencia para que proceda la acción de daños y perjuicios⁵³, y otro, más laxo, que regula esa tutela cuando los afectados son “funcionarios del gobierno”, o lo comprometido son “asuntos de interés general”, en el cual

⁵¹ BIANCHI, *Los criterios de New York Times v. Sullivan...*, ob. cit., pp. 908-911.

⁵² C.S.J.N., 12/3/1987, “Costa, Héctor Rubén c. M.C.B.A. y otros s/ daños y perjuicios”, *Fallos*: 310:508.

⁵³ En el fallo se habla de “negligencia precipitada” o “simple culpa”.

el perjudicado tendrá que remontar la prueba del *New York Times* para obtener resarcimiento (conocimiento de la falsedad o total despreocupación acerca de tal circunstancia)⁵⁴. Ese estándar fue aplicado en casos posteriores (“Vago”⁵⁵, “Abad”⁵⁶, “Ramos”⁵⁷, entre otros).

Sin embargo, pareciera ser que el más alto tribunal de la Nación ha extendido el test de la “real malicia” también a los personajes públicos y a los simples particulares, aunque restringido a asuntos de interés público, puesto que recientemente en el caso “Patitó” explicitó: “Que según los precedentes de esta Corte, tratándose de informaciones referidas a funcionarios públicos, figuras públicas o particulares que hubieran intervenido en cuestiones de esa índole, cuando la noticia tuviera expresiones falsas o inexactas, los que se consideran afectados deben demostrar que quien emitió la expresión o imputación conocía la falsedad de la noticia y obró con conocimiento de que eran falsas o con notoria despreocupación por su veracidad (doctrina de *Fallos*: 320:1272; 327:943). Estos principios son conscientes con el diseño de un estado de derecho constitucionalmente reglado. La investigación periodística sobre los asuntos públicos desempeña un rol importante en la transparencia que exige un sistema republicano. El excesivo rigor y la intolerancia del error llevarían a la autocensura lo que privaría a la ciudadanía de información imprescindible para tomar decisiones sobre sus representantes. [...] Que el principio de real malicia, a diferencia del test de veracidad, no opera en función de la verdad o falsedad objetiva de las expresiones, pues entra en acción cuando ya está aceptado que se trata de manifestaciones cuya verdad no ha podido ser acreditada, son erróneas o incluso falsas. Lo que es materia de discusión y prueba, si de real malicia se trata, es el conocimiento que

⁵⁴ BIANCHI, *Los criterios de New York Times v. Sullivan...*, ob. cit., p. 917.

⁵⁵ C.S.J.N., 19/11/1991, “Vago, Jorge Antonio c. Ediciones La Urraca S.A. y otros”, *Fallos*: 314:1517; J.A. 1992-I-559.

⁵⁶ C.S.J.N., 7/4/1992, “Abad, Manuel Eduardo y otros s/ calumnias e injurias”, *Fallos*: 315:632.

⁵⁷ C.S.J.N., 27/12/1996, “Ramos, Juan José c. LR3 Radio Belgrano y otros”, *Fallos*: 319:3428.

el periodista o medio periodístico tuvo (o debió tener) de esa falsedad o posible falsedad. Esta es la primer e importante diferencia. La segunda y no menos importante particularidad radica en que el específico contenido del factor subjetivo al que alude el concepto de real malicia –conocimiento de la falsedad o indiferencia negligente sobre la posible falsedad– no cabe darlo por cierto mediante una presunción, sino que debe ser materia de prueba por parte de quien entable la demanda contra el periodista o medio periodístico. Si bien esto último puede implicar una alteración del principio general en otros sistemas jurídicos, en el contexto del derecho argentino y, en particular, de la legislación aplicable por los tribunales nacionales (artículo. 377 del C.P.C.C.N.), se trata precisamente de seguir lo que es norma, esto es, que la carga de probar un hecho recae sobre quien lo alega. En el régimen jurídico de la responsabilidad civil, no se discute que cada parte debe probar los presupuestos de su pretensión, y que, por lo tanto, es el actor quien debe demostrar la existencia del factor de atribución. La sola evidencia del daño no hace presumir la existencia del elemento subjetivo en la responsabilidad profesional del periodista o del periódico. Que de estas consideraciones cabe deducir que no es necesario crear otro estándar para juzgar las difamaciones ocasionadas mediante puras opiniones. Una conclusión semejante debe ser prevenida recordando que en el marco del debate público sobre temas de interés general, y en especial sobre el gobierno, toda expresión que admita ser clasificada como una opinión, por sí sola, no da lugar a responsabilidad civil o penal a favor de las personas que ocupan cargos en el Estado; no se daña la reputación de éstas mediante opiniones o evaluaciones, sino exclusivamente a través de la difusión maliciosa de información falsa. Por lo demás, no se trata el presente caso de otras posibles afectaciones de lo que genéricamente se denomina honor, distintas de la difamación, tales como las expresiones ofensivas, provocativas o irritantes, que pueden caber en la categoría de «insulto» (*Fallos*: 321:2558, voto de los jueces Petracchi y Bossert)”⁵⁸.

⁵⁸ C.S.J.N., 24/6/2008, “Paritó, José Ángel y otro c. Diario La Nación y otros”, considerando 8, elDial AA4930. El caso se originó en la demanda que integrantes

La doctrina de la “real malicia” –actual malice–, que es aplicable solo en aquellos casos en los cuales se difunda la afirmación de la ocurrencia de hechos, no cuando se vierten manifestaciones que son fundamentalmente opiniones, críticas o pensamientos referidos a asuntos públicos⁵⁹ –que prácticamente no pueden tener limitación⁶⁰–, aunque muchas veces bajo este ropaje se disfrazan afirmaciones de hechos, en verdad, ha establecido reglas sobre la carga de la prueba, puesto que pone en cabeza del funcionario, personaje público o particular afectado, la prueba de que el informador actuó con conocimiento de la falsedad de la información o

del Cuerpo Médico Forense del Poder Judicial de la Nación promovieron contra el diario La Nación y contra un periodista por los daños que les habrían provocado distintas notas periodísticas y un publicado en ese periódico. El cuestionado –según el voto de la doctora Highton de Nolasco (considerandos 7, 11 y 12)– afirmaba hechos y también expresaba opiniones críticas.

⁵⁹ C.S.J.N., 24/6/2008, “Patitó, José Ángel y otro c/ Diario La Nación y otros”, elDial AA4930: “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos dijo, por cierto, que «se debe distinguir cuidadosamente entre hechos y juicios de valor». Pero, es menester precisar que ello tuvo sentido en tren de explicar por qué un ordenamiento jurídico que recurre a la prueba de la verdad, como criterio para discernir responsabilidad civil o penal por difamación, no protege suficientemente la libertad de expresión. Es lo que el Tribunal mencionado en el caso Lingens, fallado el 8 de julio de 1986, en cuyo apartado 46 se encuentra esa frase, pero no solamente ella. Según se explica en la sentencia, el derecho austríaco establecía que si las expresiones eran objetivamente aptas para difamar, los periodistas solo tenían la posibilidad de evitar la condena cuando podían «probar la veracidad de sus afirmaciones». Inmediatamente después el Tribunal Europeo concluyó que una prueba semejante no podía «cumplirse respecto de juicios de valor y afecta a la libertad de opinión intrínsecamente». Por lo tanto, el señalamiento sobre la importancia de «distinguir entre hechos y juicios de valor» fue utilizado por el Tribunal Europeo para ampliar la protección de la libertad de expresión más allá de las afirmaciones de hecho y alcanzar con ella a las opiniones o evaluaciones. De todos modos, no es la prueba de la verdad el tipo de protección que este Tribunal ha reconocido a la libertad de expresión al adoptar el test conocido como de la «real malicia», tomándolo del precedente «New York Times vs. Sullivan» (considerando 7).

⁶⁰ C.S.J.N., 24/6/2008, “Patitó, José Ángel y otro c/ Diario La Nación y otros”, elDial AA4930: “Que no puede haber responsabilidad alguna por la crítica o la disidencia, aun cuando sean expresadas ardorosamente, ya que toda sociedad plural y diversa necesita del debate democrático, el que se nutre de las opiniones teniendo como meta la paz social” (considerando 11).

con temerario desinterés en su averiguación, so pretexto que de no ser así los eventuales críticos de la conducta oficial se podrían ver disuadidos de expresar sus críticas, aun creyendo que sean veraces y aun cuando sean ciertas, por la duda de poder probarlo en la corte o por miedo al gasto para hacerlo. En este cauce el máximo tribunal nacional dejó sin efecto la sentencia de segunda instancia que había reconocido daños a favor del actor –y que, a su vez, revocaba la sentencia de grado que rechazaba la demanda–, al entender que, cuando se trata de informaciones referentes a figuras públicas, si la noticia tuviera expresiones falsas o inexactas, los que se consideran afectados deben demostrar que quien omitió la expresión o imputación conocía la falsedad de la noticia y obró en ese conocimiento o con notoria despreocupación acerca de tal circunstancia⁶¹.

En mi opinión, por el contrario, el establecimiento de esa regla implica alentar la difusión de noticias falsas –referidas a circunstancias fácticas– por cuanto incumbirá al afectado probar, puesto que con la sola falsedad de la información no basta, que el informante actuó con conocimiento de la falsedad o con temerario desinterés o despreocupación en verificar si la información era verdadera o falsa, cosa que se puede transformar en diabólica, pues ¿cómo hacer para acreditar que el informador no adoptó las diligencias necesarias para verificar la autenticidad de la fuente de donde extrajo la información si la víctima no la conoce, y tampoco puede conocerla (artículo. 43, 3^{er}. párr., Constitución nacional)?, y mucho más difícil –imposible, diríamos–, para probar que conocía la falsedad⁶².

Dable es considerar que, como sostuvo el juez Holmes en el fallo “Scheneck vs. United States”, 249 U.S. 47, la libertad de expresión no autoriza a una persona a que grite sin motivo que ha estallado el fuego, en un teatro colmado de espectadores⁶³.

⁶¹ CSJN, 19-5-2010, “Di Salvo, Miguel A. c/Diario La Mañana”, Newsletter Abeledo Perrot, 26-5-2010.

⁶² De acuerdo EKMEKDJIAN, *En torno a la libertad de expresión...*, ob. cit., p. 256.

⁶³ MARTÍNEZ ÁLVAREZ *La libertad de expresión...*, ob. cit., p. 27.

En realidad, en esos casos, quien está en mejores condiciones de probar la veracidad de la información o la razonable creencia de que así lo era, es quien la difundió, porque conoce la fuente de donde la obtuvo, y, entonces, le será fácil demostrar su confiabilidad –si lo era–, y, en su caso, las diligencias que adoptó para confirmarla. En esta inteligencia es aplicable la teoría de las cargas probatorias dinámicas –favor probatoris–, que se inclina por poner el peso de la prueba sobre la parte que está en mejores condiciones de hacerlo, o posee a su alcance, con mayor facilidad, los medios para el esclarecimiento de los hechos, en virtud de que su situación, en principio, es de superioridad técnica o fáctica con respecto a la contraparte, por lo cual debe realizar los aportes probatorios consiguientes y no ampararse en una mera negativa, o transferir la responsabilidad de la prueba a la otra parte invocando criterios absolutos o rígidos⁶⁴. En estos supuestos, entonces sí el informante no tendrá responsabilidad por la información que difundió, aunque fuere falsa.

De esta forma, luego se juzgaría, con un criterio de razonabilidad, si el informante adoptó las diligencias para verificar la fuente y la información, es decir, si cumplió con el deber de comprobación; si lo fue, supuesto que descarta, como es obvio, que tenía conocimiento de la falsedad, el reclamo debería ser rechazado porque aquel hizo un adecuado ejercicio de la libertad de prensa.

No se debe olvidar que, como contracara de la libertad de expresión, está el derecho de la sociedad a ser informada, pero a ser informada fidedignamente, o con informaciones de un elevado grado de certeza, pues de otra forma se vería defraudado ese derecho; se debe tratar de una

⁶⁴ LEGUISAMÓN HÉCTOR EDUARDO, *La necesaria madurez de las cargas probatorias dinámicas*, en *Revista de Doctrina* 2 del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, Año 1, N° 2, mayo de 2000, ps. 50/58; *Derecho procesal civil*, t. I, pp. 613-617, Rubinzal-Culzoni, 2009, y *La necesaria madurez de las cargas probatorias dinámicas*, en *Cargas probatorias dinámicas*, director Jorge W. Peyrano, coord. Inés Lépori White, ps. 109/124, Rubinzal-Culzoni, 2004; MIDÓN, MARCELO S., *La carga de la prueba*, en *Tratado de la prueba*, director y coord. el autor, p. 167 y ss., Librería de la Paz, Resistencia, Chaco, 2007.

información legal, responsable –deseable, desde el punto de vista de la ciudadanía–, con la creencia y convicción de que es veraz, más allá de que luego resulte –o se pruebe en juicio– que era errónea.

Más aún si se considera que la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Campillay”, aunque por mayoría de tres jueces contra dos, estableció reglas objetivas por las cuales un medio periodístico no responderá civilmente por la difusión de información que pudiera resultar difamatoria para un tercero si cumple, en un enfoque adecuado a la seriedad que debe privar en la misión de difundir noticias que pueden rozar la reputación de las personas –admitida aun la imposibilidad práctica de verificar su exactitud–, con alguna de las siguientes pautas: a) que la información se propale atribuyendo su contenido directamente a la fuente; b) utilizando en la transmisión de la información un tiempo de verbo potencial, o c) dejando en reserva la identidad de los presuntamente implicados⁶⁵. Es decir, que el cumplimiento de una cualquiera de las pautas establecidas, dentro de las cuales se halla la cita de la fuente, basta para eximir de responsabilidad al medio de prensa.

El criterio es razonable pues si se cita la fuente –y se la transcribe, de ser factible– cabe exonerar de responsabilidad al informador porque es dable concluir que verificó su confiabilidad y confirmó la información, salvo que luego el afectado pruebe en el pleito la falsedad de la fuente citada o su falta de confiabilidad⁶⁶. La cita de la fuente vendría a ser una

⁶⁵ C.S.J.N., 15/5/1986, “Campillay, Julio César c. La Razón y otros”, considerando 7, *Fallos*: 308:789; L.L. 1986-C-411.

⁶⁶ C.S.J.N., 19/02/2008, “Martínez Vergara, Jorge s/ querella”, elDial AA45D0: “Sobre la base de los principios expuestos, esta Corte ha establecido que cuando un órgano periodístico difunde una información que podría tener entidad difamatoria para un tercero, no ha de responder por ella en los supuestos en que omita revelar la identidad de los presuntamente implicados, o utilice un tiempo de verbo potencial o, por fin, propale la información atribuyendo directamente su contenido a la fuente pertinente (*Fallos*: 308:789)”. “En cuanto concierne a esta última modalidad de indicar la fuente, este Tribunal ha elaborado mediante distintos precedentes un estándar de protección a los medios de difusión que ha alcanzado, incluso, al supuesto de la fuente anónima”. “En este sentido ha señalado que uno de los objetivos que subyace

suerte de presunción *iuris tantum* que puede ser destruida por prueba

a la exigencia de citar la fuente, contenida en la jurisprudencia de la Corte, consiste en que el informador, al precisar aquella, deja en claro el origen de las noticias y permite a los lectores atribuirles no al medio a través del cual las han recibido, sino a la causa específica que las ha generado (*Fallos*: 316:2416); y ha precisado que la exigencia de que la información debe atribuirse a una fuente identificable no sufre una real excepción por la circunstancia de que se haya admitido –bajo el amparo de esta doctrina– a la reproducción de una manifestación anónima, desde que la aclaración de tal carácter permite a los lectores formarse un juicio certero acerca del grado de credibilidad que merecían las imputaciones publicadas por el medio (*Fallos*: 319:2965)".

C.N.Civ., sala B, 15/10/2008, "R., D. E. c. Río Negro s/ daños y perjuicios", elDial AA4E2B: "En el concreto caso de autos, las constancias de la causa demuestran que los demandados han dado debido cumplimiento a la doctrina «Campillay» con la cita de la fuente específica de dónde provino la información. Y al respecto destaco la importante distinción que debe efectuarse entre la veracidad del contenido de la noticia y la veracidad de la existencia de la fuente: solo esta última debe ser acreditada por la prensa para sustraerse de la responsabilidad por el carácter injurioso o calumnioso de una noticia. En otras palabras, la doctrina «Campillay», en principio, no impone a la prensa ningún deber de diligencia relacionado con la veracidad de la información en tanto la fuente pueda ser identificada claramente (conf. Flores, Oscar, *Bajo la sombra de Campillay*, L.L. del 28/3/2008). Es que de este modo se transparenta el origen de las informaciones y se permite a los receptores relacionarlas no con el medio a través del cual las han recibido, sino con la específica causa que las ha generado (C.S.J.N., *in re* «Granada c. Diarios y Noticias», del 26/10/1993). En la presente causa, insisto, los medios de prensa emplazados han citado las fuentes de donde ha surgido la información. En todos los casos se hace mención al informe efectuado por el Jefe de Departamento de Asuntos Extranjeros y Culto de la Policía Federal –reconocido en prueba testimonial a fs. 968 del presente pleito–. Asimismo, la información hace referencia a fuentes judiciales que, si bien en principio es un término genérico, la realidad fue que había una causa penal en trámite –que corre por cuerda a la presente– en la cual se ha dictado el procesamiento de todos los imputados; tal como lo destacó con precisión el *a quo* en su pronunciamiento de grado, a cuyas citas me remito *brevitatis causae*. Resulta inaudible el argumento del quejoso relativo a que la publicación no utilizó el tiempo de verbo potencial y/o que no resguardó la identidad de las personas involucradas. Sobre el punto, la doctrina y jurisprudencia son contestes al afirmar que el cumplimiento de una de las pautas establecidas en la doctrina Campillay –en el caso, la cita de la fuente concreta– es suficiente a efectos de eximir de responsabilidad al medio de prensa demandado. Este aserto, en síntesis, es lo que no ha podido rebatir el apelante mediante una crítica concreta y razonada del pronunciamiento en crisis. Como corolario de lo

en contrario, y cuyo peso se halla en cabeza del afectado. Si no se cita la fuente pero se omite la identidad del afectado, éste no tendrá derecho a resarcimiento o a una pretensión penal por cuanto, al no estar individualizado, su honra o reputación no se vio conmovida. Finalmente, si se emplea un verbo potencial, aun mencionando la identidad del implicado, como no se está afirmando concretamente la realización o participación en un hecho, sino únicamente su posibilidad, el afectado tampoco tendría derecho a compensación.

Sin embargo, a mi juicio, esta última pauta es cuestionable, por cuanto aunque el asunto fáctico se informe solo como posibilidad –la utilización del tiempo potencial–, de todas maneras se instala una duda en la ciudadanía con relación al sujeto involucrado en la información, que en verdad quedará como un estigma en su persona –por aquello de que “algo habrá hecho” o “por algo será”–, que le será muy difícil de borrar –más entre sus conocidos–, incluso aunque tuviera acceso a los medios para desmentirla, lo cual aparece, en definitiva, una mácula en su honra o reputación. Así, entiendo que esta pauta, más que garantizar la libertad de expresión, condesciende la propalación de informaciones sobre hechos falsos o no verificados con diligencia razonable. De darse un supuesto tal, por más que el agraviado remonte el test de la “real malicia”, de todas maneras el informador no será responsable porque invocará –y se aplicará– la doctrina de “Campillay” al haber difundido la información solo como eventualidad de su acaecimiento, circunstancia que se pudo hacer ex profeso para encubrir el conocimiento que tenía de su falsedad o el no haber cumplido con el deber de comprobación⁶⁷.

expuesto, se ha de mantener el *decisum* de primera instancia en lo que hace a la cuestión principal que resuelve”.

⁶⁷ LEGUISAMÓN, HÉCTOR EDUARDO, *Prensa y constitución*, en *Tratado de derecho procesal constitucional*, director Enrique M. Falcón, t. II, ps. 747/755, Rubinzal-Culzoni, 2010.

5. El derecho a la imagen

Otra manifestación legislativa de protección del derecho constitucional a la intimidad la encontramos en la ley 11.723 –de propiedad intelectual– al disponer su artículo. 31 que: “El retrato fotográfico de una persona no puede ser puesto en el comercio sin el consentimiento expreso de la persona misma y, muerta esta, de su cónyuge e hijos o descendientes directos de estos, o en su defecto del padre o de la madre [...]”, complementado con el artículo. 33: “Cuando las personas cuyo consentimiento sea necesario para la publicación del retrato fotográfico o cartas, sean varias, y haya desacuerdo entre ellas, resolverá la autoridad judicial”, y el artículo. 35: “El consentimiento a que se refiere el artículo. 31 para la publicación del retrato no es necesario después de transcurridos veinte años de la muerte de la persona retratada [...]”.

Si bien algo fuera de contexto del régimen jurídico dentro del cual están insertas esas normas, en tanto el retrato fotográfico, nada tiene que ver con un derecho de propiedad intelectual, a menos que nos refiramos a la creación intelectual o artística del autor de la fotografía, derechamente está prohibida la publicación de la imagen fotográfica sin el consentimiento de la persona retratada, sin que interese si a esta se causa perjuicio con la difusión pública o no⁶⁸.

⁶⁸ C.N.Civ., sala D, 28/3/2008, “Ramírez, P. A. c. Arte Radiotelevisivo Arg. S.A. (Artear S.A.) y otros s/ daños y perjuicios” y sus acumulados “Carrica, K. N. c/ Arte Radiotelevisivo Arg. S.A. (Artear S.A.) y otros s/ daños y perjuicios”, “Torres, Z. I. c. Arte Radiotelevisivo Arg. S.A. (Artear S.A.) y otros s/ daños y perjuicios”, y “Zungri, A. N. c. Arte Radiotelevisivo Arg. S.A. (Artear S.A.) y otros s/ daños y perjuicios”, elDial AA47C0: “Aunado a la libertad de expresión se encuentra, entre otros, el derecho a la propia imagen contemplado en el artículo. 31 de la ley 11.723 sobre «régimen legal de la propiedad intelectual» el cual regula su uso disponiendo que «el retrato fotográfico de una persona no puede ser puesto en el comercio sin el consentimiento expreso de la persona misma y muerta esta, de su cónyuge e hijos o descendientes directos de estos, [...]». Esta disposición, que debe ser interpretada junto con los artículos 33 y 35 de la referida ley, prohíbe genéricamente la publicación de la imagen y no solamente su puesta en el comercio; refiriéndose el artículo. 31 –de manera exclusiva– a todos aquellos casos en que una imagen es difundida sin el consentimiento de la persona a la que corresponde, independientemente de

Cabe extender también esta prohibición a la imagen filmada, como a cualquier otra forma de reproducción de ella, pues si está prohibida la publicación de una fotografía con la imagen de una persona, más todavía la repetición de muchas de ellas que en definitiva constituyen los fotogramas de las filmaciones cinematográficas, y aunque esto es actualmente obsoleto debido a los avances tecnológicos, de todas maneras también es aplicable a las videofilmaciones y filmaciones digitales, las cuales, si bien no se componen de fotogramas, finalmente muestran la imagen del individuo –de manera dinámica, y no estática como en una fotografía–, pues lo que interesa es que la propia imagen de la persona no sea difundida sin su consentimiento⁶⁹.

Se ha dicho que “se concibe que tanto el artículo. 31 de la ley 11.723, como el artículo. 1071 bis del Código Civil, son protectores del derecho a la intimidad. El primero, ampara específicamente la protección a la imagen y el segundo sanciona el entrometimiento arbitrario en la vida

que con esa difusión pública se cause o no una lesión a otros derechos, económicos o morales”.

⁶⁹ C.N.Civ., sala L, 30/9/2008, “S., S. M. c. Rial, Jorge Ricardo y otros s/ daños y perjuicios – ordinario”, elDial AA4DCA: “Tanto el artículo. 31 de la ley 11.723, como el artículo. 33 de nuestra Constitución nacional, brindan tutela jurídica a este derecho, y al derecho a la intimidad. Este artículo 31 contempla un modo de protección a la intimidad, también tutelada por el artículo. 1071 bis del Código Civil; que vino también a complementar la tutela del derecho a la imagen y a suplir el vacío legal que existía en la protección contra la captación no autorizada de aquella. El derecho a la imagen protege tanto la publicación y difusión de esta, como su mera captación; el artículo. 31 se limita a prohibir su difusión, y la captación no autorizada de la imagen se encuentra tutelada por el artículo. 1071 bis del Código Civil, en cuanto la protege de toda intromisión arbitraria en la vida privada (conf. Emery, Miguel, con la colaboración de García Sellart, Marcelo, en *Código Civil y leyes complementarias*, Belluscio –director–, Zannoni –coordinador–, Astrea, t. 8, p. 389). “Además, contrariamente a lo sostenido por el codemandado Rial en sus agravios, si bien el texto del artículo. 31 de la ley 11.723 se limita al supuesto del «retrato fotográfico» de una persona, esta disposición se aplica por extensión analógica a cualquier otra forma de reproducción de la imagen de las personas, tales como la imagen móvil, cinematográfica o televisiva, los dibujos, las esculturas, las representaciones teatrales y las caricaturas, en tanto sea posible identificar a la persona (conf. Emery, Miguel, ob. cit., t. 8, p. 393), por lo que las críticas vertidas al respecto, deberán ser rechazadas”.

ajena, entre los que la propia norma incluye la publicación de retratos, o sea que, si bien la función tuitiva de una u otra norma pueden no coincidir, en otros casos ello sí ocurre, configurándose una violación de ambas órdenes⁷⁰. Si bien la intromisión en la vida de otro debe ser arbitraria, en el caso de la publicación de retratos la ley presume iure et de iuris que siempre se viola la intimidad. La sola prueba de la publicación sin la autorización correspondiente, deviene arbitraria porque expresamente una previsión legal lo impone y lo sanciona⁷¹. Cabe tener en cuenta que el supuesto de la excepción legal que contempla tanto el artículo. 31 de la ley 11.723 como el artículo. 53, inc. b, del actual Código Civil y Comercial, y que permite la publicación libre cuando se relacione con fines científicos, didácticos y en general, culturales, tiene también sus límites. Debe adoptarse las medidas necesarias para evitar la identificación del fotografiado, si la publicación se hace en libros o revistas de medicina para ilustrar ciertas enfermedades o terapias⁷²⁷³.

Nos encontramos nuevamente con el dilema derecho a la intimidad o libertad de expresión, ahora representado aquel por la prohibición de publicar la imagen de una persona sin su consentimiento, puesto que si se trata de la de funcionarios públicos o personajes públicos en asuntos de interés general, como quedó expuesto, rige la libertad de prensa, ya que asumieron por su propia voluntad –salvo aquellos que involuntariamente se vieron involucrados en un hecho de repercusión social– el riesgo de cierto grado de exposición pública, de manera que su imagen puede ser publicada sin su consentimiento; pero si la imagen difundida

⁷⁰ Conf. KEMELMAJER DE CARLUCCI, en Belluscio-Zanonni, *Código Civil...*, t. V, p. 81, n° 11; y C.N.Civ., sala A, 27/10/1987, “Medina de Bruschi, Patricia c. Inéditas S.A. u otro s/ daños y perjuicios”.

⁷¹ C.N.Civ., sala A, 6/6/1983, “Ivanoff de Regueiro, Liliana c. Laboratorios Phoenix S.A.I.C.F. s/ daños y perjuicios”.

⁷² Conf. RIVERA, JULIO C., *Instituciones de derecho civil*, t. II, p. 107.

⁷³ MARTÍNEZ ÁLVAREZ, EDUARDO M., *El derecho a la imagen*, en Revista *Conceptos* de la Universidad del Museo Social Argentino, año 71, n° 5, septiembre/octubre de 1996, p. 167.

se refiere a la órbita íntima o vida privada de ellos, debe prevalecer el derecho a la intimidad, el derecho de libre albedrío o autodeterminación del individuo a elegir si su imagen se difunde o no, y en qué medio, por lo cual, en este supuesto, se requiere la autorización del funcionario público o del personaje público⁷⁴.

⁷⁴ C.N.Civ., sala L, 27/6/2008, "Castrilli, Javier A. c. Atlántida y otro", del voto de la doctora Pérez Pardo, J.A. 2008-III-200; Abeledo Perrot on line: "La Corte Suprema ha sostenido respecto al mismo que el artículo. 19, Constitución nacional, protege jurídicamente un ámbito de autonomía individual constituida por los sentimientos, hábitos y costumbres, las relaciones familiares, la situación económica, las creencias religiosas, la salud mental y física y, en suma, las acciones, hechos o datos que, teniendo en cuenta las formas de vida aceptadas por la comunidad están reservadas al propio individuo y cuyo conocimiento y divulgación por extraños significa un peligro real o potencial para la intimidad. El derecho a la privacidad comprende no solo la esfera doméstica, el círculo familiar y de amistad, sino otros aspectos de la personalidad espiritual y física de las personas, tales como la integridad corporal o la imagen, y nadie puede inmiscuirse en la vida privada de una persona ni violar áreas de su actividad no destinadas a ser difundidas sin su consentimiento o el de sus familiares autorizados para ello, salvo autorización por ley cuando medie un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución del crimen (Fallos: 306:1892). Es claro que los personajes públicos también gozan de protección respecto de su intimidad, por tanto ante dicha circunstancia, existe una parte de su vida excluida de la actividad pública y a la cual los terceros no tienen acceso. [...] La intimidad supone la protección de la reserva espiritual de la vida privada del hombre, asegurando el libre desenvolvimiento en el ámbito personal y familiar; la intimidad de las personas en vida pública, también se tutela en aspectos que no conciernen a su quehacer social (conf. Zavala de González, Daños a las personas, t. 2, Hammurabi, p. 43 y ss.). Es así que sobre el particular, no puede justificarse el ejercicio del derecho a informar sobre aspecto de la vida privada de una persona –aun cuando sea pública– cuando los aspectos familiares divulgados, en nada se relacionan con la actividad que le confirió notoriedad y prestigio, como se presenta en autos. El derecho a la privacidad (artículo. 19, Constitución nacional) es también un límite a la aplicación de la llamada «doctrina de la real malicia» [...] Ahora bien, esta doctrina –real malicia–, que fue adoptada por nuestra Corte Suprema, en casos como «Morales Solá» (L.L. 1996-E-328); «Ramos» (Fallos: 319:2428; L.L. 2000-B-558); «Roviralta» (Fallos: 327:789; L.L. 2004-C-815), no resulta aplicable en este caso particular. Sobre el particular cabe hacer alusión a un reciente fallo de la Corte Suprema, en el cual se resolvió rechazar la aplicación de la doctrina de la real malicia invocada por el medio de prensa para eximirse de responsabilidad ante el daño causado por la difusión de

El problema radica aquí en determinar cuándo se trata de un asunto de interés público o corresponde al ámbito de la privacidad. Dependerá de las particulares circunstancias que rodean al caso concreto. Es obvio que la compra de un automóvil por un funcionario público es una cuestión de su esfera privada; pero si, por ejemplo, el automóvil es de alta gama –un B.M.W., Ferrari o Lamborghini–, válidamente se puede considerar que esa esfera privada deja de serlo para convertirse en un tema de interés público, pues le interesa a la ciudadanía conocer de qué manera pudo hacer para adquirirlo con los ingresos provenientes del desempeño de la función pública (artículo. 36, 5° y 6° párrs., Constitución nacional –según reforma de 1994–). En este último supuesto, el funcionario público no podría alegar invasión de su privacidad por haber sido difundida su imagen –fotográfica o filmica– dando un paseo a bordo del automóvil, ni invocar que no se requirió su consentimiento⁷⁵.

la información, por cuanto a tal fin resultaba necesario que el fundamento principal de la condena se centrara en la difusión de noticias falsas e inexactas acerca de las cuales podría predicarse verdad o falsedad. En el caso, los argumentos de la condena del demandado se fundan en la indebida injerencia en la vida privada del actor, como derivación lógica de la interpretación del artículo. 19, Constitución nacional, y en tal ámbito, más allá de la verdad o falsedad de los hechos afirmados, considero que la doctrina de la real malicia para eximir es inadmisibles cuando sin justificación, en forma ilegítima, se invade la esfera de estricta privacidad del actor. Así, no puede admitirse tal doctrina cuando los jueces no ponderaron especialmente la falsedad o veracidad de las noticias divulgadas sino que consideraron que la conducta evaluada era antijurídica de acuerdo a los principios que surgían del artículo. 19, Constitución nacional, según la interpretación dada por la Corte Suprema (conf. voto de los doctores Maqueda y Zaffaroni, en los autos «S., L. E. c. Diario El Sol», del 28/8/2007, publicado en L.L. 2007-E-609; D.J. 2007-III-325”).

⁷⁵ C.S.J.N., 30/10/2007, “Franco, Julio César c. Diario La Mañana y/u otros s/ daños y perjuicios”, del voto en disidencia de la doctora Argibay, elDial AA4357: “Es inconsistente con la libertad de prensa (artículo. 14 de la Constitución nacional) condenar a la parte demandada por la publicación de una fotografía, sin que ella haya sido el fruto de una invasión o intromisión en un lugar privado o exclusivo y sin que tampoco la demandante haya demostrado que, cualquiera fuese el lugar en que se tomó la foto, la publicación estuviese dirigida a inmiscuirse principal o exclusivamente en su vida privada o la de su familia”.

Es frecuente la difusión de imágenes de funcionarios públicos o personajes famosos obtenidas subrepticamente por los “cazadores” de situaciones privadas o íntimas (los conocidos “paparazzi”)⁷⁶, o por las denominadas “cámaras ocultas”, como complemento o ilustración de una información⁷⁷. De por sí, por el solo hecho de conseguir la imagen, el autor invadió la privacidad del afectado, y, por ello, le cabe responsabilidad civil, pero, además, por el lucro obtenido –o aun de haberlo hecho gratuitamente– al facilitar la imagen furtivamente lograda para su difusión,

⁷⁶ Cabe recordar el caso de Lady Diana, quien, de manera lamentable, aparentemente para lograr escapar de quienes pretendían obtener su imagen junto a su acompañante, perdió la vida al estrellarse el automóvil en el cual viajaba en un túnel de París.

⁷⁷ C.N.Civ., sala B, 13/9/2007, “Viera Tabarez, María Esther c. América TV S.A. s/daños y perjuicios”, elDial AA42FE: “Por otra parte, tampoco exime de responsabilidad a la encartada el hecho de que las imágenes puestas en el aire hayan sido tomadas de una celebración religiosa que se realizó de manera pública. Sobre el punto –y tal como lo señalé *supra*– para que tal defensa fuera procedente se tenía que haber demostrado cabalmente la necesaria relación que existía entre las imágenes y el contenido de la noticia que se brindaba a la tele-audiencia (conf. C.S.J.N. en autos “Cancela, Omar J. c. Artear S.A. y otros”, del 29/9/1998, L.L. del 19/10/98, p. 3); situación que no se verificó en la especie. Asimismo, estimo que el fin periodístico o informativo que la encartada alega haber perseguido, de ningún modo se hubiese visto menoscabado por el hecho de que la imagen de la Sra. Viera Tabarez no apareciera en pantalla. Es que la difusión de las cuestionadas imágenes nada agregaba al supuesto «interés general» de la noticia, debiendo tenerse presente que no puede homologarse que los medios de prensa –so pretexto de su derecho a informar– avasallen los derechos individuales de los particulares. Como agudamente señalan Villalba y Lipzsys, en casos como el de autos el medio informativo tendría que haber echado mano a otros recursos, tales como la intervención de modelos, la autorización de las personas exhibidas, o aun emplear procedimientos técnicos que disimulen la identidad de los sujetos. Por lo demás, en nada cambia la cuestión el hecho de que el envío televisivo que obra como causa de los presentes no haya durado más que unos pocos segundos, dado que la ilegítima utilización de la imagen no depende de su exposición más o menos prolongada, ya que son suficientes poco segundos para que se produzca la lesión al interés invocado (conf. C.N.Civ., sala G, en autos «F, C. c. Telefó S.A.», cit.). Más aún, considero que el contenido de la nota periodística en cuestión tiene suficiente entidad como para molestar a la demandante, en razón de que –con el encuadre realizado de la noticia– todo hacía suponer que la persona que aparecía en pantalla formaba parte del grupo de delinquentes que habían sido aprehendidos”.

pero también es responsable –incluso más que aquel, diría– el medio en el cual se publicó; ambos son solidariamente responsables (artículos 827, 833 y 1751 del nuevo Código Civil y Comercial; antes artículo. 1109 del derogado Código Civil)⁷⁸.

⁷⁸ C.N.Civ., sala D, 28/3/2008, “Ramírez, P. A. c. Arte Radiotelevisivo Arg. S.A. (Artear S.A.) y otros s/ daños y perjuicios” y sus acumulados “Carrica, K. N. c. Arte Radiotelevisivo Arg. S.A. (Artear S.A.) y otros s/ daños y perjuicios”, “Torres, Z. I. c. Arte Radiotelevisivo Arg. S.A. (Artear S.A.) y otros s/ daños y perjuicios”, y “Zungri, A. N. c. Arte Radiotelevisivo Arg. S.A. (Artear S.A.) y otros s/ daños y perjuicios”, elDial AA47C0: “Los testigos declararon que vieron el programa de «Telenoche investiga» emitido por Canal 13/10/2002. Que la imagen y la voz de los actores formaron parte de dicha transmisión, que se trató de una «cámara oculta» realizada en el ámbito de una empresa privada llamada Argentina Works encargada de dictar cursos confidenciales, de autoayuda, sesiones privadas en las que se trataban cuestiones íntimas dirigidas a mejorar la calidad de vida de los participantes”. “Aquí se da, pues, el caso de que los actores no dieron consentimiento para la exhibición televisiva de su imagen sino que, por el contrario, fueron filmados con el procedimiento denominado «cámara oculta» en el interior de las oficinas en las que –en ese momento– trabajaban (en el caso de Ramírez, «participaba desinteresadamente») sin que las aquí demandadas hayan acreditado el empleo de técnicas o recursos para «preservar», al menos, el rostro de los damnificados”. “No cabe duda que los actores se ubican, en la filmación, en los distintos bloques en el contexto de lo que se denomina «investigación» sobre los cursos y talleres ofrecidos y desarrollados por «Argentina Works», aunque no se los haya mencionado con nombre y apellido. Esta identificación de los accionantes se encuentra corroborada por la prueba videográfica acompañada (siete videos agregados en sobres) y por las coincidentes declaraciones de los testigos que se expidieron sobre dos circunstancias principales y que tienen plena convicción respecto de esos hechos, juzgados a la luz de lo que establece el artículo. 456 del C.P.C.N.”. “Los declarantes reconocieron a los actores en la transmisión del programa y se expidieron acerca de las consecuencias desfavorables que para el ánimo de los mismos tuvo el conocimiento de la ilegítima utilización de su imagen en el contexto señalado. Las cintas de video permitieron identificar –claramente– a los actores en sus puestos de trabajo en el interior de la empresa”. “Como puede verse, entonces, los demandados no tomaron los recaudos protectores de la imagen tales como contrastes que dificultaran la visión del rostro, distorsionados mediante recursos técnicos, etcétera. Asimismo los actores fueron filmados en circunstancias tales que inducen a pensar que formaban parte del grupo de quienes fueron creadores de los cursos que se describen como «nocivos» en la realización televisiva. No demostraron que las filmaciones se realizaron con cámaras de baja definición toda vez que la imagen personal de cada uno de ellos, incluso «la voz», puede apreciarse y escucharse con clara definición. Es decir, no procuraron «dejar

Fue famoso el caso de la fotografía del doctor Ricardo Balbín publicada en la tapa de una conocida revista que, ampliada con otras en su interior –tomadas todas furtivamente por un fotógrafo no autorizado–, lo mostraba, de manera patética, agonizando en el interior de la sala de terapia intensiva de la clínica en la cual se hallaba internado a raíz de la última enfermedad que lo aquejaba. Indudablemente era una personalidad pública, como también que se trataba de un asunto de interés general porque importaba a toda la ciudadanía conocer el estado de salud de uno de sus líderes políticos más relevantes del siglo XX. Sin embargo, no era necesario exponerlo públicamente –menos de manera sensacionalista para lograr una mayor venta de ejemplares– en el estado denigrante en el cual estaba y retrataba la fotografía. Es obvio que el doctor Balbín –y sus familiares también– tenía todo el derecho de proteger su imagen tal como se lo conoció en su plenitud, con dignidad, y que así se lo recordara –a su propia imagen–, pues, en definitiva, la imagen de una persona es

en reserva la identidad de los implicados en el hecho...» (C.S.J.N., «Campillay», del 15/5/1986, *Fallos*: 308:789, conf. directivas allí establecidas)”. Para que el derecho a informar o expresar las ideas legitime el daño a la integridad personal, es menester que el ejercicio de aquel derecho tienda a satisfacer un interés general. Pero ello solo no basta; ese interés debe ser prevaleciente en el caso particular, ya que también existe interés comunitario en la preservación de los bienes espirituales de la persona (Zavala de González, Matilde, *Resarcimiento de daños a la persona*, t. 2d, p. 243)”. “La libertad de información puede o debe ejercerse sin lesionar otros intereses personalísimos. El derecho a la imagen solo cede ante el interés general, cuando se relacione con fines didácticos, científicos y en general culturales. Si falta el fin legitimante, la antifuncionalidad del acto basta para que sea resarcible el daño injusto, innecesaria e inmerecidamente producido al afectado por la información”. “La difusión de la imagen de cada uno de los coactores filmados durante el desarrollo y ofrecimiento de los «cursos y talleres de autoayuda» de Argentina Works, los implicaron sin un interés legítimo que lo justifique en una actividad que los propios periodistas conceptualizaron como «culto al misterio»...; «disfraz de terapia». Máxime que se incluyeron en la pantalla las imágenes que habían sido filmadas sin el conocimiento ni consentimiento de los accionantes. La referida difusión (o exhibición) configura, como bien sostuvo el *a quo* un cuadro de situación que para aquella puede muy bien constituir una ofensa a la reputación, resultando claramente ofensivo a su imagen y a su derecho personalísimo a la intimidad y al honor, aun cuando no se impute en forma directa, con nombre y apellido un delito de acción pública”.

lo que los demás ven de ella por las cosas que hizo a lo largo de su vida, la reputación de la cual goza entre sus semejantes; es decir, que la imagen física que refleja una fotografía, que si bien la complementa visualmente, no muestra la imagen intelectual que de ella se tiene. No medió, entonces, un ejercicio responsable de la libertad de prensa, hubo un abuso de esta por intromisión en la vida privada de Balbín y de sus familiares, perturbando su intimidad, con difusión de fotos propias de la esfera de los derechos personalísimos, y, además, obtenidas en un ámbito reservado a la intimidad personal y familiar⁷⁹.

Llegado el caso a su conocimiento, la Corte Suprema de Justicia de la Nación tuvo oportunidad de establecer el alcance que cabe dar al derecho a la privacidad, al señalar que “comprende no solo a la esfera doméstica, al círculo familiar y de amistad, sino otros aspectos de la personalidad espiritual o física de las personas tales como la integridad corporal o la imagen” y destacó que nadie se puede inmiscuir en la vida privada de una persona, ni violar áreas de su actividad no destinadas a ser difundidas, sin su consentimiento o el de sus familiares autorizados para ello y, salvo que medie un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución de un crimen⁸⁰.

En cuanto al consentimiento al que aluden los artículos 31 de la ley 11.723 y 53, 1^{er} párr., del nuevo Código Civil y Comercial, cabe decir que

⁷⁹ C.S.J.N., 30/10/2007, “Franco, Julio César c. Diario La Mañana y/u otros s/ daños y perjuicios”, del dictamen de la Procuradora Fiscal subrogante al cual remitió la Corte, elDial AA4357: “El derecho a informar proviene del derecho del público a ser informado y el medio no puede invocar válidamente que sea del interés público conocer el estado físico del cuerpo del fallecido, máxime cuando se trata de un aspecto que claramente pertenece al ámbito de la intimidad personal y familiar, que se difunde sin razón superior que lo justifique y se deja expuesto a la vista de los extraños destruyendo tal condición de lo íntimo, es decir de aquello que solo algunos tienen derecho a conocer” (en el caso se publicó la fotografía de un cadáver tomada de manera furtiva y sin autorización).

⁸⁰ C.S.J.N., 11/12/1984, “Ponzetti de Balbín, Indalia c. Atlántida S.A.”, *Fallos*: 306:1892; J.A. 1985-I-513.

no basta que la persona lo hubiese prestado como para que su imagen luego pueda ser reproducida en un medio periodístico, sino que es necesario que el consentimiento sea formulado para esta última finalidad⁸¹.

Finalmente, interesa señalar que no se requiere el consentimiento de la persona cuya imagen es retratada, filmada o difundida en lugares públicos⁸² o en eventos o espectáculos de esa naturaleza, como ahora

⁸¹ C.N.Civ., sala L, 30/9/2008, “S., S. M. c. Rial, Jorge Ricardo y otros s/ daños y perjuicios – ordinario”, elDial AA4DCA: “No basta con acreditar que la persona expresó su voluntad para que se capte su imagen, en ocasión o con motivo de otra entrevista que se suponía era la central, sino que debió acreditarse su consentimiento para que la grabación fuera reproducida en el marco de una nota como la que se exhibió, donde el personaje central pasó a ser la actora, que en ningún momento parece ser entrevistada ni preguntada sobre el tema, cosa que sí aconteció con el Sr. S.”. “La prueba del consentimiento, está a cargo de quien la invoca, por ser el más interesado en sostener la licitud de la utilización de la imagen; y en tal sentido, ninguna prueba produjeron los accionados al respecto”.

⁸² C. Ap. Trelew (Chubut), sala A, 9/2/2009, expte. n° 69/2008, “N., L. A. c. El Diario de Madryn S.A. y otra s/ daños y perjuicios”, del voto doctor López Mesa, elDial AA5025: “Debo decir que pocas veces he visto decisorios judiciales tan desenfocados como el que reviso. En él, el juez de grado, cuando no omite, yerra. Omite parte del texto del artículo. 31 de la ley 11.723. Precisamente omite el último párrafo que era el directamente aplicable al caso y que dispone: «Es libre la publicación del retrato cuando se relacione con fines científicos, didácticos y en general culturales, o con hechos o acontecimientos de interés público o que se hubieran desarrollado en público». La frase «o acontecimientos de interés público o que se hubieran desarrollado en público» quita toda antijuridicidad a la publicación de la foto glosada a fs. 5 del diario reservado como documental en autos”. “El in fine del artículo. 31 de la ley de propiedad intelectual autoriza expresamente la publicación de una foto de una persona tomada en un evento público, lo que implica que la conducta imputada a las demandadas no estaba prohibida sino autorizada, con lo que se borra cualquier posible antijuridicidad”. “Como dije, no hallo antijuridicidad alguna en la publicación de la fotografía de fs. 5 y además, no acierto a descubrir qué daño moral –tasado en dos mil pesos– puede haber generado a un letrado el hecho de ser fotografiado parado a la salida de los tribunales, vestido correctamente en una pose no ridícula ni agravante conversando con un colega”. “En el caso existe el notable interés periodístico e informativo y la utilidad para la sociedad, pues debatiéndose en la nota que acompañaba a la fotografía acerca de un posible hecho delictivo en el ámbito tribal, la sociedad tiene interés en conocer el rostro de los posibles involucrados. No existe entonces antijuridicidad en la difusión de la fotografía por

lo prevé el ya mencionado artículo. 53, inc. a, del nuevo Código Civil y Comercial, puesto que no solo no es posible conocer a todos los individuos que se hallan presentes a fin de solicitarle su autorización, sino que, y es lo más importante, asumen el riesgo o la posibilidad de que su imagen sea reflejada por algún medio periodístico. Sin embargo, ello tampoco implica una absoluta libertad para el medio de difusión, pues dependerá de la finalidad con que la imagen haya sido difundida⁸³, y si

la que se ha concedido resarcimiento en primera instancia, en infracción al artículo. 31 de la ley 11.723, que autoriza tal publicación en casos como el que nos ocupa”.

⁸³ C.N.Civ., sala C, 25/11/2008, expte. n° 10.664/05, “M., N. A. c. Torneos y Competencias S.A. s/ daños y perjuicios”, elDial AA503E: “La reproducción de imágenes tomadas en lugares públicos, como pueden ser las obtenidas en manifestaciones populares, revista militar, cortejos fúnebres, actos políticos, acontecimientos deportivos, etcétera, en principio se halla justificada, en razón que la figura retratada puede pasar a ser un elemento más del acontecimiento público que se quiere dar a conocer por medio de la reproducción. Pero es necesario que, de la composición de la fotografía, resulte claro que el propósito principal de ella ha sido el acontecimiento público, y no la utilización de la imagen o la identificación de la persona que es ajena al interés público. De modo tal que la excepción se halla justificada siempre que la publicación de la imagen guarde relación con las circunstancias fácticas de ocasión, tiempo y lugar en que se realizaron (*Derechos personalísimos*, 2ª ed. actual., Astrea, 1995, ps. 118/119, con cita de Pizarro), lo que claramente no ha ocurrido en el evento de autos donde no solo se ha violado el derecho a la imagen del actor sino también su derecho al honor, el que ha sido mancillado por el relator del partido quien se ha burlado grotescamente de su persona y peluca. En definitiva, no existe un derecho para lesionar el honor o la intimidad a través de los medios de comunicación, sino un derecho para informar u opinar sobre cuestiones de trascendencia colectiva, aunque de este modo resulten afectados bienes individuales. Pero el desenvolvimiento de la función específica de la prensa no roza ni debe rozar los intereses individuales, sino en virtud de su conexión y subordinación a otros sociales y prioritarios (Zavala de González, Matilde, *La libertad de prensa frente a la protección de la integridad espiritual de la persona*, J.A. 1992-II-786), que no son los del caso en donde, además, la lesión aparece evidente”. “El primero en burlarse de manera airada del Sr. M. fue el propio relator del partido, M. C., que reviste la calidad de dependiente de la empresa accionada en los términos del artículo. 1113, primer apartado, del Código Civil, y por quien esta debe responder a tenor de lo prescripto en dicha normativa legal. Soslaya la quejosa sin más que ha sido su dependiente quien solicitó expresa e insistentemente que la cámara filmara al actor que se encontraba en la platea para luego ridiculizar su imagen a lo largo de casi un minuto. Que M. haya sido enfocado solo seis segundos del tiempo total que duró la

en el caso concreto esta difusión excedió la mera ilustración de la información o del evento público.

6. Difamación a través de los medios de comunicación y los daños punitivos

No solo puede existir responsabilidad del periodista o del medio de prensa o comunicación con relación a la persona difamada –que también es factible que lo sea una persona jurídica–, sino también de aquellos individuos que expresan sus opiniones en declaraciones periodísticas ante la prensa, toda vez que es factible que incurran en violaciones de los derechos de terceros, susceptibles de generar su responsabilidad.

Dada la hipótesis de difamación de una persona a través de los medios de comunicación, y superado el test de la real malicia o no haberse

burla, no exime a la demandada de responsabilidad en el caso, pues la imagen que de aquel se proyectó permite identificarlo claramente, más allá de que, como se ha dicho, la ridiculización se mantuvo por mayor tiempo que esos seis segundos. No es cierto tampoco que la audiencia que mira un partido de fútbol «solo atiende el juego, sin reparar en las tomas esporádicas que pueden hacerse de la platea» (*sic*) y que por ello no habrían advertido las alusiones claramente lesivas que se hicieran respecto de la imagen de M. Ello así no solo porque la ridiculización agravante y sin razón ha sido hartamente evidente –tanto por la ostentación que le imprimió el relator a sus dichos como por el tiempo que duró al aire– e intencionada –advirtase que el propio conductor es quien solicita insistentemente que se enfoque al actor mientras se mofa y ríe de su aspecto– sino también porque lo que ocurre en las tribunas suele ser tenido en cuenta por una gran mayoría de espectadores. De hecho, varios programas televisivos se focalizan solamente en los simpatizantes de clubes de fútbol y en lo que suele ocurrir en las tribunas el día del partido. Lo que suelen llamar el «folklore del fútbol» guarda mucha relación con los simpatizantes, con lo que estos hacen por su club preferido –obviamente sin apelar a la violencia– y con la forma en que viven la rivalidad deportiva que existe con otras instituciones. Lejos, por lo demás, estuvo el hecho de tratarse de una «toma esporádica» de la platea pues como antes he dicho fue expresamente solicitada por el relator al solo efecto de ilustrar sobre lo que se estaba mofando”.

cumplido con las pautas de “Campillay”, corresponde el resarcimiento al damnificado por el perjuicio que sufrió⁸⁴.

⁸⁴ C.N.Civ., sala L, 27/7/2008, “Castrilli, Javier A. c. Atlántida y otro”, del voto del doctor Liberman, J.A. 2008-III-200; Abeledo-Perrot on line: “Esta sala ha recordado hace tiempo que la tutela que la ley civil brinda al honor de las personas es más amplia que la penal, porque corresponde responder por daños provocados por conductas que atacan el honor aun cuando no encuadren en el tipo penal. No hace falta un *animus injuriandi*, intención maligna de ofender. La conducta culposa o aun riesgosa que desacredita o deshonra genera obligación de indemnizar (conf. C.N.Civ., sala L, 28/10/1994, E.D. 161-374/5). La defensa en torno a la posición del entonces árbitro Castrilli como figura pública y la aplicabilidad de la doctrina «New York Times v. Sullivan» y la de la real malicia, tiene adecuada respuesta en la decisión *in re* «Cancela c. Artear» antes citada. Allí se dijo (E.D. 161-376) que la distinción radica en que las figuras públicas tienen una mayor posibilidad de acceso a los medios de comunicación para defenderse. Aun cuando la analogía entre las situaciones de un juez civil y un árbitro de fútbol no es exacta, ni unos ni otros acostumbra ni deben —normalmente— efectuar declaraciones a la prensa, y no tienen en principio posibilidad ni es dable exigirles acceso a la prensa para probar que cumplen sus funciones en forma correcta. Y, como allí se resolviera, aun cuando estén expuestos a la valoración pública y crítica de los medios de comunicación en mayor medida que otros ciudadanos, cuando ella se convierte en un instrumento arbitrario para difamar u ofender, no cabe otra solución que proteger al damnificado. En la especie, el tono de los calificativos, la profundidad innecesaria con que se invade la historia y esfera privada del actor y su círculo familiar, en muchos casos a través de afirmaciones (nada acreditadas) atribuidas a terceros no identificados, excede en mucho el derecho de informar, que es lo que el ordenamiento nacional y supranacional protegen. Una cosa es informar con seriedad y otra es hacer prescindibles comentarios sobre circunstancias tal vez inexactas, incluso a través de supuestas citas con encomillados, con la presumible intención de conformar un más interesante —y por lo tanto, vendible— producto de consumo. En esas condiciones, estimo muy poco serio ponderar a la luz de la doctrina de la real malicia y el antecedente fáctico del precedente estadounidense con los agravios gratuitos y la exposición con delectación de la intimidad familiar de una persona, reiteradamente desarrollados en una revista simplemente deportiva, cuya única finalidad empresarial, además de la comercial, puede ser entretener. Se ha llegado a afirmar que los «medios» de comunicación no son sujetos activos de la libertad de prensa (Mercado Luna, Ricardo, J.A. 2004-I-810). De lo que no cabe duda es que, como allí se afirma, son industrias comerciales cuya mercancía es la información, opiniones y comentarios, sujetas a las leyes de producción mercantil (p. 814). Cuando una empresa gráfica, una industria lícita, causa daños al honor de una persona, debe indemnizar como cualquier sujeto de derecho.”

Sin embargo, esta es una afirmación más bien dogmática o teórica, pues descendiendo al plano de la práctica, a la realidad del caso concreto –parafraseando al maestro mexicano Cipriano Gómez Lara: del paraíso al infierno–, a menos que el reclamante acredite perjuicios patrimoniales (v.gr., lucro cesante derivado de la deshonra personal o mancillado de la reputación comercial de la cual fue objeto), la reparación apuntará únicamente a indemnizar el daño moral en tanto el desmedro injustamente sufrido se produjo en la esfera íntima del agraviado.

Así, por entenderse que la indemnización del daño moral es de naturaleza resarcitoria⁸⁵, aunque en algún precedente jurisprudencial se

⁸⁵ C.N.Civ., sala K, 16/7/1998, expte. n° 63.040/91, “Sagramoso, Juan María c. Manliba S.A. y otro s/ daños y perjuicios”, inédito: “El «daño moral» ha sido definido como la «lesión en los sentimientos que determina dolor o sufrimientos físicos, inquietud espiritual o agravio a las afecciones legítimas y en general toda clase de padecimientos insusceptibles de apreciación pecuniarias» (conf. Bustamante Alsina, *Teoría General de la responsabilidad civil*, p. 205). Como dice Orgaz (*El daño resarcible*, p. 184) «resarcir los daños morales, aunque sea de modo pecuniario –a falta de otro mejor– no es materializar los intereses morales, sino, al contrario, espiritualizar el derecho en cuanto este no se limita a la protección de los bienes económicos y rodea también de seguridad aquellos otros bienes no económicos, que son inseparables de la persona humana». Tal como lo ha sostenido esta Sala en innumerables precedentes, y pacífica jurisprudencia del Fuero, este particular daño no supone la existencia de un propósito determinado o malicia en el autor del hecho ilícito, resultando indiferente que provenga de dolo o culpa, se trata así de un daño de naturaleza resarcitoria, toda vez que es la relación de causalidad, lo que determina la extensión del resarcimiento. Asimismo se ha dicho que no tiene que guardar relación estricta con los daños materiales, no requiriéndose prueba directa de la existencia y extensión del mismo, ya que se tiene por acreditado por la sola comisión del acto antijurídico, que es una prueba *in re ipsa*, surge inmediatamente de los hechos mismos y en este sentido los jueces gozan de un amplio arbitrio para su determinación”.

C.N.Civ., sala J, 10/8/1998, expte. n° 28.360/93, “Chella, Américo Héctor c. Villalba, Marcelo Fabián s/ sumario”, inédito: “En primer lugar, es dable recordar que la indemnización por daño moral no configura una sanción al ofensor sino la satisfacción de legítimos intereses de contenido extrapatrimonial que hacen a derechos inherentes a la persona, debiendo evaluársela con la apreciación objetiva del padecimiento, sin que configure fuente de indebido lucro. Como ya sostuviera este Tribunal «si por reparación se entiende el restablecimiento de desequilibrio

puede advertir un tibio desplazamiento hacia su aceptación como punitiva o sancionatoria⁸⁶, al quedar la fijación de su quantum al prudente arbitrio judicial, en la gran mayoría de los casos el resarcimiento por la difamación, aunque tenga alguna significación económica, en verdad, deja la sensación de un reconocimiento solo simbólico si se considera la

patrimonial y es de contenido pecuniario, los intereses que carezcan de ese contenido deben ser satisfechos, puesto que según el diccionario de la Real Academia, 'satisfacer', en una de sus acepciones, significa sosegar o aquietar una queja o un sentimiento, expresión acorde con el sentido de nuestra ley al otorgar a la víctima el derecho a reclamar la reparación, cualquiera sea el grado de reproche que genere la conducta del agente del daño, sin perjuicio de valorar a esta como un elemento más para determinar la cuantía indemnizatoria» (autos «Corzo de Torres, C.P. c. Lumicot S.A. y otros s/ sum.», del 31/3/1981). Es por ello que ante la naturaleza de la lesión sufrida y los consiguientes dolores y padecimientos (que enmarcan la cuestión en lo normado por el artículo. 1078 del Código Civil), es procedente la indemnización por este concepto”.

⁸⁶ C.N.Civ., sala H, 7/11/1994, expte. 147.088, “Sosto, Nelly María c. Transportes Del Tejar s/ daños y perjuicios”, inédito: “El daño moral no es sino la lesión en los sentimientos que determina dolor o sufrimiento físico, inquietud espiritual o agravio a las afecciones legítimas y en general, toda clase de padecimientos insusceptibles de apreciación pecuniaria (conf. Bustamante Alsina, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*”, Abeledo-Perrot, 4ª ed., n° 557, p. 205). No es de fácil traducción económica, toda vez que trata de medir económicamente algo tan obstatante, a la gravedad objetiva del daño y a la recepción subjetiva por parte de la víctima con pautas muy generales de cuantificación y, más específicamente, siguiendo la llamada concepción funcional del agravio moral, deberá computarse una serie de circunstancias vinculadas tanto con el ofensor como con el ofendido. La reparación del perjuicio espiritual revestirá, sanción para el agente, evitando la exclusión de uno u otro a la hora de medir el monto de la indemnización. Esta cumplirá entonces una función de justicia correctiva o sinalagmática, que conjuga o sintetiza a la vez la naturaleza resarcitoria de la indemnización (entidad que reviste para la víctima el bien jurídico lesionado, su posición social, la repercusión del agravio en su ser existencial individual o personal y también de relación intersubjetiva, etcétera) y la naturaleza punitiva o sancionatoria de la reparación para el responsable del daño (su mayor o menor deber de prever las consecuencias del hecho ilícito –artículo. 902 del Código Civil–, su situación económica, el factor de atribución de responsabilidad –dolo o culpa–, etcétera) (conf. Eduardo A. Zannoni, *El daño en la responsabilidad civil*, Astrea, 1987, 2ª ed. actual. y ampliada, n° 95, ps. 325/326; exptes. de esta sala n°s. 118.403; 92.041, entre otros)”.

expansión que se le dio a la información infamante y el lucro que por ello obtuvo el medio de comunicación.

Siempre que se habla de la cuantificación del daño moral surge el mismo inconveniente: ¿cuál será el monto adecuado que se debe establecer? Muchas veces se habla de estándares judiciales para su determinación. Personalmente no creo en ello puesto que la fijación en cada caso dependió de las circunstancias concretas que lo rodearon y pruebas que se aportaron, de donde se sigue que, por ser diferentes, no le puede ser determinado un importe similar a otro caso sometido a juzgamiento; sería como establecer jurisprudencialmente una tabulación de las indemnizaciones, lo cual, en su caso, únicamente corresponde al Poder Legislativo. Pero, a mi entender, la situación es distinta en el supuesto del ataque a la intimidad, al honor o reputación de una persona propalado por un medio de difusión, puesto que el autor de la ofensa tiene un poder considerablemente mayor, incluso económico, que el damnificado. No se trata de la difamación divulgada dentro de un pequeño círculo integrado por un reducido y determinado –o determinable, al menos de manera aproximada– número de personas, infundida por un particular con el principal y mero propósito de deshorrar a otro gratuitamente, quien podría verse compelido a no hacerla por el simple temor a la compensación económica que tendría que sufragar; y, por el lado del afectado, además de la indemnización pecuniaria –o aun sin ella–, tendrá la posibilidad de restaurar su honra desmintiendo la información a los componentes del círculo, aunque, es de considerar que esta alternativa no le será factible si se revelaron temas de su esfera privada. De lo que se trata es de la difamación o entrometimiento en la vida privada divulgada por un medio masivo de comunicación a un número indeterminado e indeterminable de personas –que pueden ser millares o millones, o, tal vez, incluso, todo el mundo–, que bajo el amparo de la libertad de prensa, en realidad, persigue obtener lucro⁸⁷.

⁸⁷ LEGUISAMÓN, *Prensa y constitución*, en *Tratado de derecho procesal constitucional*, ob. cit., t. II, p. 769.

En esta línea de pensamiento, se ha dicho que, por ejemplo, en los casos de difamación a través de los medios masivos de comunicación, puede suceder que el autor potencial no encuentre, en la amenaza resarcitoria, una razón suficiente para desistir de su conducta antijurídica pues el daño que deberá reparar será inferior (poco o mucho) a las ganancias que él podrá extraer del curso de su propia iniciativa. Por esta razón se lo condena no solo a pagar el daño que sufrió la víctima, sino a restituir todas las ganancias que le ha procurado el éxito comercial de su película, libro o periódico⁸⁸.

En el antes referido caso del doctor Ricardo Balbín, la indemnización fue fijada por la Cámara de Apelaciones en \$ 170.000, decisión que quedó firme por no haber interpuesto la actora recurso extraordinario en su contra. Aun considerando la significación económica que tenía esa cantidad en aquella época, no se la puede considerar, a mi juicio, una compensación adecuada y justa al ataque a la privacidad e imagen de la cual fuera objeto el líder político por la publicación de semejante fotografía –calificada de “innoble brutalidad” por los jueces Caballero y Belluscio en su voto concurrente⁸⁹–, y seguramente tampoco –aunque no se desprende de la lectura del fallo de la Corte Suprema– tuvo relación con el dividendo que le reportó a la editorial la venta de la revista con la fotografía en su portada que anunciaba la información que contenía.

Se puede dar solución a la injusticia de estas situaciones mediante la fijación de daños punitivos. Con ello, además, los medios de comunicación evaluarían seriamente por ellos mismos si excederán la libertad de

⁸⁸ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída R., *¿Conviene la introducción de los llamados “daños punitivos” en el Derecho argentino?*, en *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales*, segunda época, año XXXVIII, p. 82, con cita de ROMANO, María S., *Danni punitivi e profili di legittimità costituzionale*, en *Riv. Quadrimestre*, n° 2, p. 396 y ss, Milano, ed. Giuffrè, 1989.

⁸⁹ C.S.J.N., *in re* “Ponzetti de Balbín”, citado en nota 80.

expresión o no, lo cual no significa autocensura, sino sería evaluación de lo que difundirán⁹⁰.

Comentando los orígenes, nociones conceptuales y fines de los daños punitivos, dice Kemelmajer de Carlucci que en la jurisprudencia inglesa en nuestro siglo, el leading case es “Rookes c. Barbard”, de 1964, en el cual Lord Devlin distinguió los “punitive damages” de los “aggravated damages”, y los limitó a tres categorías: a) cuando haya disposición legal que los autorice (es lo que sucede en Inglaterra con la ley de derechos de autor); b) cuando se trate de sancionar una conducta vejatoria, opresiva, arbitraria o inconstitucional, realizada por un funcionario público, que vulnera un derecho fundamental del ciudadano. Los primeros casos de este grupo fueron “Hucke c. Money” y “Wilkes c. Word”. La condena se fundó en que los montos fijados no solo estaban destinados a satisfacer el daño personal sino que también eran la prueba de la indignación de la jurisdicción por la conducta de los funcionarios; y c) cuando el autor del ilícito actuó evaluando que la utilidad derivada de la conducta dañosa sería mayor que la indemnización debida al damnificado⁹¹. Este efecto se produce, muchas veces, en los casos de difamación por medio de la prensa. Dijo entonces Lord Devlin que “un hombre no debería estar autorizado a vender la reputación de otro con beneficio propio”; cuando este cálculo se ha hecho, es necesario que la ley muestre que no se la puede violar impunemente⁹². Ahora bien, la tendencia a la aplicación de los daños punitivos es tan restrictiva en Inglaterra que la “House of Lords” ha sostenido que la prueba de este recaudo incumbe a quien lo alega; por eso, en el caso “Broadway Approvals c. Odhams Press Ltda.” (1965)

⁹⁰ LEGUISAMÓN *Prensa y constitución*, en *Tratado de derecho procesal constitucional*, ob. cit., t. II, ps. 770/776.

⁹¹ VINEY, GENEVIÉVE *Traité de Droit Civil. La responsabilité: effets*, p. 7, nota 26, París, LGDJ, 1988; PONZARELLI, GIULIO, I “punitive damages” nell’esperienza nord-americana, en *Riv. di Diritto Civile*, p. 433, nota 5, anno XXIX, Parte prima, Padova, Cedam, 1983.

⁹² VINEY, GENEVIEVE y MARKESINIS, BASIL, *La réparation du dommage corporel. Essai de comparaison des droits anglais et français*, p. 58, París, ed. Economica.

rechazó el pedido de su imposición porque el actor no había probado que la publicación había sido hecha con la intención de aumentar la venta del diario aun a costa de la reputación del ciudadano ofendido. La doctrina ha criticado justamente esta decisión pues se advierte claramente que se trata de una prueba prácticamente imposible^{93 94}.

Informa también Kemelmajer de Carlucci, al comentar la jurisprudencia norteamericana sobre los daños punitivos, que en ciertas situaciones especialísimas, aunque encuadren en algunas de las categorías en que se admite la operatividad de los daños punitivos⁹⁵, no admiten la aplicación de daños punitivos. Así, por ejemplo, en “Gertz c. Welch” (1976) (fallo que continúa la línea de “New York Times c. Sullivan”, de 1964), la Corte resolvió que si el difamado es un funcionario o un personaje público, el resarcimiento de los daños compensatorios requerirá la prueba del dolo (actual malice), y no proceden los daños punitivos; en cambio, si el ofendido es un ciudadano común, es posible la condenación, pero se requiere la prueba del dolo⁹⁶.

Señala Pizarro que “también los excesos cometidos a través de los medios de comunicación social registran muy importantes precedentes en materia de daños punitivos. La utilización de expresiones agraviantes en forma maliciosa, esto es con conocimiento de la falsedad de lo publicado o con grosera despreocupación por su veracidad, pueden generar daños

⁹³ PONZARELLI I “punitive damages” nell’esperienza nordamericana, ob. cit., Riv. di Diritto Civile, p. 437, nota 5, anno XXIX, Parte prima, 1983.

⁹⁴ KEMELMAJER DE CARLUCCI, ¿Conviene la introducción de los llamados “daños punitivos” en el Derecho argentino?, ob. cit., pp. 88-91.

⁹⁵ a) Cuando el resarcimiento debido al damnificado, en el cálculo del autor del ilícito, es inferior a las ganancias obtenidas; b) cuando la conducta dañosa presente, sobre la base de un cálculo probabilístico, poco riesgo de ser judicialmente sancionada; y c) cuando, independientemente de sus consecuencias, el sujeto actúa con el fin específico de producir un daño.

⁹⁶ KEMELMAJER DE CALUCCI, ¿Conviene la introducción de los llamados “daños punitivos” en el Derecho argentino?, ob. cit., ps. 91/93, con cita de ZENCOVICH, Vincenzo Z., *Pena privata e punitive damages nei recenti orientamenti dottrinari americani*, en *Le pene private*, p. 384, Milano, ed. Giuffrè, 1985.

punitivos⁹⁷. En la causa «*Sprouse vs. Clay Communication*» (1969) se mandó pagar u\$s 250.000 por daños punitivos a un comisionista inmobiliario acusado temerariamente por un medio de prensa de incurrir en prácticas deshonestas en su profesión, que no fueron acreditadas. En «*Curtis Pub. Co. vs. Butts*» (1967), la Corte Suprema de los Estados Unidos condenó a otro medio a pagar u\$s 450.000 a un jugador de football americano, a quien se lo había acusado a través de publicaciones de haber arreglado un juego. En el famosísimo caso «*Gertz vs. Robert Welch*», del año 1982, se fijó un daño punitivo de u\$s 300.000 por falsa atribución de la calidad de comunista-fronterizo y de leninista efectuada contra un abogado⁹⁸⁹⁹.

Refiriéndose a la cuestión de la responsabilidad de los medios de prensa, dice Sobrino que “la jurisprudencia ha ido evolucionando desde el leading case «*New York Times c. Sullivan*» (en los Estados Unidos de Norteamérica)¹⁰⁰, hasta el caso «*Vago c. La Urraca*» (de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación¹⁰¹, donde se ha establecido que para que exista responsabilidad, tiene que haber «real malicia» por parte del

⁹⁷ NELSON HAROLD L.; TEETER (Jr.); DWIGHT, L., y LE DUC, DON R., *Law of mass communications*, p. 130 y ss., 6ª ed., The Foundation Press Inc., Westbury, New York, 1989; BARTON CARTER, T., Franklin, MARC A., y WRIGHT, JAY B., *The first amendment and the fourth estate (The law of mass media)*, ps. 89, 90, 119 y 120, 4ª ed., The Foundation Press Inc., Westbury, New York, 1988; SHIFFRIN, STEVEN H., y COPER, JESSE H., *The first amendment (Cases-comments-questions)*, p. 60 y ss., West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1991; DOBBS, DAN B., *Remedies (Damages-equity-restitution)*, p. 522, West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1973.

⁹⁸ Sup. Corte Federal de EE.UU., “*Geretz c. Robert Welch Inc.*”, 680 F 2^d, 527 (7th Cir. 1982), 8 Med.

⁹⁹ PIZARRO, RAMÓN D., *Daños punitivos*, en *Derecho de daños*, en homenaje al Dr. Félix Trigo Represas, segunda parte, p. 331, La Rocca, 1993. Ver *supra* párrafo correspondiente a nota 50.

¹⁰⁰ BIANCHI, *Los criterios de New York Times...*, citado en nota 45.

¹⁰¹ J.A. 1992-I-559.

condenado¹⁰². La cuestión a analizar –ahora– es la siguiente: supon- gamos que se ha acreditado la «real malicia» del demandado (por la publicación de una noticia inexacta o por la realización de una «biografía no autorizada» –tan de moda en estos días, especialmente con referencia a los políticos–), ¿cuál va a ser el monto de condena? Muy posiblemente se inicie la pertinente acción (generalmente por «daño moral»); pero, se puede dar la paradoja de que no obstante la condena que el responsable tenga que pagar, igualmente le quede una «tasa de beneficio». Es decir, el responsable causó un daño, pagó la indemnización judicial y –no obstante ello– ganó plata. Creemos que en estos casos, se pueden aplicar los «daños punitivos», dado que, por un lado –por definición– se ha acreditado fehacientemente la «real malicia» del demandado (ya que, en caso contrario, no podría haber sido condenado); y –por otro lado– resultaría francamente injusto que, no obstante esa conducta absolutamente repro- chable, igualmente le quede una ganancia mal habida¹⁰³.

Los daños punitivos, sobre los cuales se expresaba opinión favora- ble¹⁰⁴, tuvieron recepción legislativa por primera vez al incorporar la ley

¹⁰² EKMEKDJIAN, *En torno a la libertad de expresión, los programas humorísticos...*, ob. cit., E.D. 145-245.

¹⁰³ SOBRINO, AUGUSTO R., *Los daños punitivos: una necesidad de la postmodernidad*, J.A. 1996-III-983.

¹⁰⁴ Ver LÓPEZ HERRERA, EDGARDO, *Los daños punitivos*, Abeledo-Perrot, 2008, y autores citados en ps. 320/322: TRIGO REPRESAS, FÉLIX, *Daños punitivos*, en *La responsabilidad*, libro homenaje al profesor Isidoro Goldenberg, directores Atilio A. Alterini y Roberto M. LÓPEZ CABANA, p. 283, Abeledo-Perrot, 1995; MOSSET ITURRASPE, JORGE, *La “multa civil” o daño punitivo. Comentario al proyecto de Código Civil de 1998*, L.L. 2000-B-1277; ÁLVAREZ ARRONDODERICO, *Los daños punitivos*, L.L. 2001-A-1111; ZAVALA DE GONZÁLEZATILDE, y GONZÁLEZ ZAVALA, ALA, RODOLFO M., *Indemnización punitiva*, en *Responsabilidad por daños en el tercer milenio*, libro homenaje al profesor Atilio A. Alterini, directores Alberto Bueres y Aída Kemelmajer de Carlucci, p. 188, Abeledo-Perrot, 1997; GALDÓS JORGE M., *Los daños punitivos. Su recepción en el Código Civil de 1998: Primeras aproximaciones*, en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, n° 5, 1999; PADILLA RENÉ, *Sistema de la responsabilidad civil*, ps. 39/40, Abeledo-Perrot, 1997; LORENZETTI, RICARDO A., *Las normas fundamentales de derecho privado*, p. 391, Rubinzal-Culzoni, 1995; ALTERINI ATILIO A., *Contratos civiles-comerciales de consumo*, p. 604,

26.361 el artículo. 52 bis a la ley 24.240 –de defensa del consumidor– que dispone: “Daño punitivo. Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley”.

Si bien esta norma tiene como propósito establecer una suma en ese concepto a favor del consumidor afectado que lo reclamó, teniendo en consideración que su principal objetivo es la defensa de la sociedad consumidora persiguiendo disuadir al autor de incurrir en el futuro en idénticas conductas, como también que los medios masivos de comunicación son proveedores de información, hasta tanto se sancione una ley específica, se la podría aplicar analógicamente a los casos de reprochable e inexcusable exceso –dolo o culpa grave– de la libertad de expresión por parte de los medios de comunicación, puesto que como contracara de la libertad de prensa –según vimos– está el derecho de la sociedad a ser informada, es decir, el de cada uno de sus integrantes como consumidores, aunque paradójicamente el perjudicado, consumidor como integrante de esa sociedad, no reclame estrictamente en tal calidad, sino por la difamación o violación de la intimidad de la que fue objeto.

Abeledo-Perrot, 1998; DÍAZ, JUAN C., ELÍAS, JOSÉ S., y GUEVARA, AUGUSTO, ¿Los “daños punitivos aterrizan en el derecho argentino? Aportes para un debate más amplio, J.A. 2003-II-961; Brun, Carlos A., ¿Hacia un derecho de daños preventivo y sancionador? (Especial referencia a los llamados “daños punitivos”), D.J. 2004-3-1228; Leiva, MIGUEL J., Los daños punitivos. Estado actual del tema en nuestro derecho y sus posibles perspectivas, La Ley On Line; Nallar, Florencia, Prevención del daño: la “multa civil” o “daños punitivos” en el proyecto del Código Civil de 1998, ADLA 2007-E-549.

Viene al caso señalar que el nuevo Código Civil y Comercial anticipa en el artículo. 1708, bajo el título de “Funciones de la responsabilidad”, que las disposiciones del título V – “Otras fuentes de las obligaciones” son aplicables a la prevención del daño y a su reparación. Sin embargo, en la redacción original del Anteproyecto del Código Civil y Comercial enviado por la Comisión Redactora, el artículo. 1708 establecía que tales normas, asimismo, eran aplicables a los supuestos en que fuese admisible la sanción pecuniaria disuasiva¹⁰⁵.

También prevé expresamente el artículo. 1710 del nuevo Código Civil y Comercial que toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de: a) evitar causar un daño no justificado; b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa; c) no agravar el daño, si ya se produjo.

Ahora bien, concretamente en lo que hace a los daños punitivos, bajo el rótulo de “Sanción pecuniaria disuasiva”, en su redacción original el artículo. 1714 del Anteproyecto de Código Civil y Comercial remitido por la Comisión Redactora prescribía¹⁰⁶:

“El juez tiene atribuciones para aplicar, a petición de parte, con fines disuasivos, una sanción pecuniaria a quien actúa con grave menosprecio hacia los derechos de incidencia colectiva. Pueden peticionarla los legitimados para defender dichos derechos. Su monto se fija prudencialmente, tomando en consideración las circunstancias del caso, en especial la gravedad de la conducta del sancionado, su repercusión social, los beneficios que obtuvo o pudo obtener, los efectos disuasivos de la medidas, el

¹⁰⁵ *Código Civil y Comercial de la Nación*, p. 317, Rubinzal-Culzoni, 2012.

¹⁰⁶ Ver en *Código Civil y Comercial de la Nación*, ob. cit., p. 318.

patrimonio del dañado, y la posible existencia de otras sanciones penales o administrativas.

La sanción tiene el destino que le asigne el juez por resolución fundada”.

El artículo. 1715 del mismo Anteproyecto se encargaba, morigerando la rigurosidad del artículo. 1714, de aclarar que:

“Si la aplicación de condenaciones pecuniarias administrativas, penales o civiles respecto de un hecho provoca una punición irrazonable o excesiva, el juez debe computarlas a los fines de lo previsto en el artículo anterior [el mencionado artículo. 1714]. En tal supuesto de excepción, el juez puede dejar sin efecto, total o parcialmente, la medida”.

En palabras de Lorenzetti “La responsabilidad civil es regulada como un sistema que admite tres funciones (artículo. 1078): función preventiva (artículos 1710 y ss.), disuasiva (artículo. 1715) y resarcitoria (artículo. 1716 y ss.). Este diseño es novedoso dentro del derecho comparado, como también resulta novedosa la incorporación de normas expresas atinentes a la prevención del daño (artículo. 1710 y ss.), a las sanciones pecuniarias disuasivas para quien actúe con grave menosprecio hacia los derechos de incidencia colectiva (artículo. 1714), a las causas de justificación (artículo. 1716 y ss.), a la asunción del riesgo (artículo. 1719), al valor jurídico del consentimiento del damnificado (artículo. 1720), o de la dispensa anticipada de responsabilidad (artículo. 1743), o, en fin, de la responsabilidad colectiva y anónima (artículo. 1760 y ss.)”¹⁰⁷.

Sin embargo, como es de público y notorio conocimiento, el Anteproyecto fue objeto de múltiples modificaciones por parte del Poder Ejecutivo Nacional y por la Comisión Bicameral del Congreso Nacional que se ocupó posteriormente de su tratamiento, sin explicación ni difusión en ambos casos.

¹⁰⁷ LORENZETTI, RICARDO A., en *Código Civil y Comercial de la Nación*, ob. cit., p. 16.

Así, el dictamen de la citada Comisión Bicameral fue íntegramente aprobado por la Cámara de Senadores con solo dos modificaciones (las de los artículos 2532 y 2560 referidos a la posibilidad de permitir a las provincias y ciudad Autónoma de Buenos Aires a dictar normas locales sobre prescripción liberatoria, especialmente en cuanto a los tributos), y de tal modo fue aprobado en la Cámara de Diputados.

En lo que hace al tema que aquí nos ocupa, se cambió el título “Función preventiva y sanción pecuniaria disuasiva” que tenía originalmente en el Anteproyecto la Sección 2ª del Título V “Otras Fuentes de las obligaciones”, del Capítulo 1 “Responsabilidad civil”, por el de “Función preventiva y punición excesiva”, y se suprimió directamente el artículo. 1714 –que contenía a los daños punitivos–, mientras que, por otro lado, se dividió el texto del artículo. 1715 quedando la primera parte de su redacción original como artículo. 1714 y la segunda parte como artículo. 1715 –circunstancia que no fue objeto de ningún debate en ninguna de las dos Cámaras del Congreso de la Nación, vale señalar– con lo cual se alteró la finalidad que tenían en el Anteproyecto los artículos 1714 y 1715, resultando su redacción de la siguiente manera:

“Artículo. 1714.- Punición excesiva. Si la aplicación de condenaciones pecuniarias administrativas, penales o civiles respecto de un hecho provoca una punición irrazonable o excesiva, el juez debe computarla a los fines de fijar prudencialmente su monto”.

“Artículo. 1715.- Facultades del juez. En el supuesto previsto en el artículo 1714 el juez puede dejar sin efecto, total o parcialmente, la medida”.

Como se advierte con facilidad, por la supresión del artículo. 1714 del Anteproyecto, fueron desaparecidos los daños punitivos del texto del nuevo Código Civil y Comercial, y, como consecuencia, los artículos 1714 y 1715 de este último quedan carentes de sentido y contenido puesto que se trata solo de una división del texto original del artículo. 1715 que atemperaba el 1714 y que en definitiva era el que se los daba a ambos; y no es dable entender que se aplican a las obligaciones con cláusula penal

del artículo. 790 y ss. del nuevo Código Civil y Comercial, puesto que el artículo. 794, 2° párr., de este último, contiene una norma específica que permite a los jueces reducir las penas cuando su monto desproporcionado con la gravedad de la falta que sancionan, habida cuenta del valor de las prestaciones y demás circunstancias del caso, configuran un abusivo aprovechamiento de la situación del deudor¹⁰⁸.

7. Responsabilidad penal

En lo que respecta a la responsabilidad penal, las calumnias o injurias que se infieran por los medios de comunicación u otras formas de expresar las ideas, encuadran dentro de los tipos penales de los artículos 109 y 110 del Código Penal, pero específicamente está contemplado como hecho punible la publicación o reproducción de las vertidas por otros –artículo. 113 del Código Penal–.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha precisado que “en materia de prensa, ya se trate de la libertad de información o del derecho de crónica, está permitido publicar lo que se desee, pero con la condición de responder por los abusos. En el sistema argentino, la prensa no goza de impunidad, sino de seguridad por la función que desempeña y los riesgos a que está expuesta. De ahí surge, como principio, la responsabilidad que tiene la prensa por los daños que hubiera causado mediante abuso o la represión penal de los sujetos que hubieran cometido delitos por su intermedio”¹⁰⁹, como también que “el especial reconocimiento constitucional de que goza el derecho de buscar, dar, recibir y difundir

¹⁰⁸ LEGUISAMÓN HÉCTOR EDUARDO, *El hábeas data y la legislación nacional. Los daños punitivos: una herramienta necesaria (A propósito de los informes comerciales de solvencia económica)*, tesis doctoral aprobada en la Universidad del Museo Social Argentino en el año 2011, ampliada y actualizada (en prensa en Rubinzal-Culzoni).

¹⁰⁹ C.S.J.N., caso “Costa”, citado en nota 52.

información e ideas de toda índole, no elimina la responsabilidad ante la justicia por los delitos y daños cometidos en su ejercicio”¹¹⁰.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos tuvo oportunidad de intervenir en un interesante y particular, como también aleccionador caso, que vale la pena reseñar¹¹¹. El Sr. Kimel –periodista, escritor e investigador histórico– publicó en 1989 el libro “La masacre de San Patricio”, en el cual expuso el resultado de su investigación sobre el asesinato de cinco religiosos de la orden palotina ocurrida en 1976, y criticó la actuación de las autoridades encargadas de la investigación de los homicidios, entre ellas el juez de la causa. Este último entabló en 1991 querrela criminal contra Kimel por el delito de calumnias, y luego pidió, subsidiariamente, se calificara el hecho como injurias. En primera instancia (1995) se condenó a Kimel por el delito de injurias a la pena de un año de prisión en suspenso así como al pago de \$ 20.000 en concepto de indemnización por el daño causado, con costas. Apelada por Kimel, la sentencia fue revocada en 1996 por la sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional. Contra esta decisión, el juez querellante interpuso recurso extraordinario y en 1998 la Corte Suprema de Justicia de la Nación revocó la sentencia absolutoria y remitió la causa a la Cámara de Apelaciones para que dictara nueva sentencia. Así, en 1999 la sala IV de esta última confirmó parcialmente la sentencia condenatoria de primera instancia en cuanto a las penas, pero en vez de condenar a Kimel por injurias, consideró que se configuró el delito de calumnia. Contra esta sentencia Kimel interpuso recurso extraordinario que fue denegado. Entonces Kimel presentó recurso de queja ante la Corte Suprema que fue rechazado en 2000. En el mes de diciembre de este último año el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) y el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL) formularon una denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos

¹¹⁰ C.S.J.N., caso “Campillay”, citado en nota 65; ídem, caso “Costa”, citado en nota 52; ídem, 2/4/1998, “Rudaz Visón, Juan Carlos c. Chaco S.A.”, *Fallos*: 321:667; ídem, 24/11/1998, “Díaz, Daniel Darío c. La Razón y otros”, *Fallos*: 321:3170.

¹¹¹ Caso “Kimel vs. Argentina”, citado en nota 44.

Humanos, la cual, tras considerar la información aportada por las partes con posterioridad a la adaptación del informe de fondo, y ante la falta de avances sustantivos en el efectivo cumplimiento de sus recomendaciones, en abril de 2007 sometió a la Corte Interamericana de Derechos Humanos una demanda en contra de la República Argentina. En junio de 2007 representantes del CELS y del CEJIL en representación del Sr. Rimel presentaron su escrito de solicitudes, argumentaciones y pruebas alegando que el Estado “ha violado los derechos de que gozan los individuos a expresar sus ideas a través de la prensa y el debate de asuntos públicos”. En junio de 2007 la República Argentina presentó la contestación de la demanda en la cual “asumió su responsabilidad internacional” por la violación de los artículos 8.1 y 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Tras los trámites pertinentes, a pesar de la admisión de hechos y de la admisión de diversas pretensiones por parte de la República Argentina, la Corte Interamericana entendió que subsistía la necesidad de precisar la entidad y gravedad de las violaciones ocurridas, así como los alcances de las normas sancionatorias persistentes en el orden interno y que pueden ser aplicadas para restringir la libertad de expresión, porque contribuirán al desarrollo de la jurisprudencia sobre la materia y a la correspondiente tutela de los derechos humanos.

Así, en lo que interesa al punto tratado en este párrafo, la Corte Interamericana consideró: “76. La Corte ha señalado que el Derecho Penal es el medio más restrictivo y severo para establecer responsabilidades respecto de una conducta ilícita¹¹². La tipificación amplia de delitos de calumnias e injurias puede resultar contraria al principio de intervención mínima y de última ratio del derecho penal. En una sociedad democrática el poder punitivo solo se ejerce en la medida estrictamente necesaria para proteger los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro. Lo contrario conduciría al ejercicio abusivo del poder punitivo del Estado. 77. Tomando en cuenta

¹¹² Caso “Ricardo Canese vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas”, sentencia de 31/8/2004, Serie C n° 111, párr. 104; Caso “Palamara Iribarne vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas”, sentencia del 22/11/2005, Serie C, N° 135, párr. 79.

las consideraciones formuladas hasta ahora sobre la protección debida de la libertad de expresión, la razonable conciliación de las exigencias de tutela de aquel derecho, por una parte, y de la honra por la otra, y el principio de mínima intervención penal característico de una sociedad democrática, el empleo de la vía penal debe corresponder a la necesidad de tutelar bienes jurídicos fundamentales frente a conductas que impliquen graves lesiones a dichos bienes, y guarden relación con la magnitud del daño inferido. La tipificación penal de una conducta debe ser clara y precisa, como lo ha determinado la jurisprudencia de este Tribunal en el examen del artículo 9 de la Convención Americana. 78. La Corte no estima contraria a la Convención cualquier medida penal a propósito de la expresión de informaciones u opiniones, pero esta posibilidad se debe analizar con especial cautela, ponderando al respecto la extrema gravedad de la conducta desplegada por el emisor de aquellas, el dolo con que actuó, las características del daño injustamente causado y otros datos que pongan de manifiesto la absoluta necesidad de utilizar, en forma verdaderamente excepcional, medidas penales. En todo momento la carga de la prueba debe recaer en quien formula la acusación. En este orden de consideraciones, la Corte observa los movimientos de la jurisprudencia de otros Tribunales encaminados a promover, con racionalidad y equilibrio, la protección que merecen los derechos en aparente pugna, sin mellas las garantías que requiere la libre expresión como baluarte del régimen democrático¹¹³.

¹¹³ En el caso “*Mamere*” la Corte Europea de Derechos Humanos explicitó que “si bien la libertad de expresión tiene un valor preponderante, especialmente en cuestiones de interés público, no puede prevalecer siempre en todos los casos sobre la necesidad de proteger el honor y la reputación, ya sea de personas privadas o de funcionarios públicos”. La versión original en inglés es la siguiente: “the eminent value of freedom of expression, especially in debates on subjects of general concern, cannot take precedence in all circumstances over the need to protect the honour and reputation of others, be they ordinary citizens or public officials”, cfr. *Mamère vs. France*, n° 12697/03, § 27, ECHR 2006.

Asimismo, en el Caso “*Castells*” el Tribunal Europeo afirmó que “permanece abierta la posibilidad para las autoridades competentes del Estado de adoptar, en su condición de garantes del orden público, medidas, aun penales, destinadas a reaccionar de manera adecuada y no excesiva frente a imputaciones difamatorias desprovistas

de fundamento o formuladas de mala fe". La versión original en inglés señala: "it remains open to the competent State authorities to adopt, in their capacity of guarantors of public order, measures, even of a criminal law nature, intended to react appropriately and without excess to defamatory accusations devoid of foundation or formulated in bad faith", Cfr. ECHR, *Castells vs. Spain*, judgment of 23 April 1992, Serie A N° 236, § 46.

En un pronunciamiento reciente sostuvo que "la imposición de una pena de prisión por una ofensa difundida en la prensa será compatible con la libertad de expresión de los periodistas tal como está garantizada en el artículo 10 de la Convención solo en circunstancias excepcionales, especialmente cuando otros derechos fundamentales han sido seriamente afectados, como, por ejemplo, en los casos de discurso del odio o de incitación a la violencia". La versión original en inglés es la siguiente: "the imposition of a prison sentence for a press offence will be compatible with journalists freedom of expression as guaranteed by Article 10 of the Convention only in exceptional circumstances, notably where others fundamental rights have been seriously impaired, as, for example, in case of hate speech or incitement to violence", Cfr. *Cumpana and Mazare vs. Romania* (GC), n° 33348/96, § 115, ECHR 2004-XI.

CAPITULO VII

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD.

UN NUEVO DESAFÍO PARA LOS JUECES NACIONALES

Por Adelina Loianno

Sumario: 1. Introducción; 2. El control de constitucionalidad y control de convencionalidad; 3. La razonabilidad de las leyes y la razonabilidad de la interpretación; 4. El principio de legalidad; 5. El análisis de la legalidad como objeto del control de convencionalidad; 6. El principio de legalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; 7. El principio de legalidad en el control de convencionalidad por el juez nacional.

1. Introducción

La Corte Interamericana de Derechos Humanos viene desarrollando desde hace algún tiempo la *doctrina del control de convencionalidad*, según la cual existe un deber de los jueces nacionales, cualquiera sea el Estado de que se trate y cualquier sea el sistema de control de constitucionalidad que tenga; de verificar la armonía entre las leyes internas y el derecho internacional de los derechos humanos. En caso de incompatibilidad, el Tribunal supranacional ha interpretado que la norma en colisión no debe ser aplicada para resolver el caso, llegando incluso a considerar la necesidad de que el Estado la elimine de su régimen legal interno.

En consecuencia para la Corte Interamericana cuando el juez hace *control de constitucionalidad* necesariamente debe hacer simultáneamente el *control de convencionalidad*.

Pero, como existen diversos sistemas de control de constitucionalidad (jurisdiccionales concentrados o difusos e incluso formas de control político) en muchos casos resulta complejo aceptar los criterios de la Corte Interamericana en materia de control de convencionalidad.

Algunas particularidades permiten considerar que el respeto a la legalidad posee reglas propias cuando se trata de control de convencionalidad y que la aplicación de tales reglas permite vislumbrar un nuevo marco conceptual para superar la crisis del principio de legalidad en el derecho interno.

En primer lugar cabe recordar que en América Latina coexisten sistemas de controles de constitucionalidad difusos y concentrados, con reglas propias en cada caso, fundamentalmente en lo que hace al alcance de las decisiones de los jueces de grado en materia de constitucionalidad.

Si bien la Constitución de los Estados Unidos (1787) consagró la división de poderes y la supremacía constitucional, nada dijo expresamente sobre cómo y quien tendría la función de verificar la compatibilidad entre las normas infraconstitucionales y la ley suprema.

En esta primera etapa del constitucionalismo, la interpretación realizada por la Corte Suprema de los EEUU en el fallo *Marbury vs Madison* en 1803¹ fue el hito que definió el alcance de la función judicial en la tarea de controlar la constitucionalidad de las leyes, concediendo esa facultad a todos los jueces que integran el Poder Judicial. El origen de esta idea fundada en la confianza hacia los jueces como guardianes de la Constitución debe buscarse en los artículos publicados por Hamilton en *El Federalista*²

Es cierto que más recientemente y a partir de la Constitución de Weimar (1920), las ideas de Kelsen sobre la conveniencia de fortalecer

¹ *Marbury vs. Madison*, 1 Cranch 137, 2 L. Ed 60 (1803) en *Constitución y Poder Político*, Millar, Gelli, Cayuso, Astrea 1987, tomo I, ps. 5 y ss.

² *El Federalista*, LXXVIII, de la edición Mc Lean, New Cork, en *El Federalista*, Fondo de Cultura Económica, México, 1987, p 330.

la tarea de control en un tribunal específico tuvieron amplia difusión en la doctrina, consolidándose esencialmente en Europa continental en las constituciones de Alemania e Italia entre otras y en último lugar de España.

En América, la experiencia de los Tribunales Constitucionales europeos y especialmente la entonces novedosa Constitución Española hizo que a partir de la década del 80 se evaluara la conveniencia de reformar los sistemas constitucionales de control difuso, evolucionando hacia los concentrados, lo que se reflejó en las constituciones de Colombia y Perú y, con variantes en la Sala Constitucional de Costa Rica.

Con el desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, su influencia en el derecho interno de los Estados y el surgimiento de una nueva forma de control de legalidad vinculada con la correspondencia entre el derecho infraconstitucional y los Tratados de Derechos Humanos, se inició una nueva etapa en la que órganos y tribunales supranacionales poseen competencias de verificación cualitativa de ese derecho interno.

En este trabajo nos referiremos exclusivamente al enfoque del tema en el sistema regional americano de protección de los derechos humanos.

2. El control de constitucionalidad y control de convencionalidad

Es a través del control de constitucionalidad que se garantiza la supremacía de la Constitución. Según sea el órgano que ejerce esta función y las consecuencias de la declaración de inconstitucionalidad podrá definirse el sistema elegido por cada régimen constitucional, pero esas diferencias no desvirtúan la finalidad del procedimiento en tanto persigue desalojar del plexo jurídico, anular o inaplicar toda norma que contradiga los principios y reglas contenidos en la ley fundamental.

Los estados de la región optaron casi en forma unánime por el control judicial y fueron elaborando, cada uno de acuerdo a sus particularidades

constitucionales, distintos instrumentos y mecanismos para desarrollar los procedimientos destinados a verificar la constitucionalidad de las leyes.

De todos modos, la metodología es común en cuanto a su objeto que consiste en comprobar si la norma infraconstitucional cumple con los estándares de legalidad y razonabilidad de la ley suprema. Se trata de una tarea de interpretación a través de la cual los jueces realizan en cada sentencia un reordenamiento en el esquema jerárquico de la legislación.

El test de *constitucionalidad* se refleja a su vez en el test de *convencionalidad*, que repite la labor de control de simetría pero esta vez entre la norma interna y la norma internacional o tratado. El primero pretende afirmar la supremacía de la Constitución y el segundo la de la Convención Americana de Derechos Humanos o, como veremos, de otros tratados de derechos humanos.

Los jueces nacionales se encuentran sometidos al imperio de la Constitución y de la ley y obligados a cumplirla siempre, pero su deber incluye el de verificar al mismo tiempo que no contraríen el objeto y fin de los tratados internacionales ratificados por el Estado. Ello resulta del artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados que impide invocar el derecho interno para dejar de cumplir un compromiso internacional. En esos casos el Poder Judicial está obligado a ejercer lo que ha dado en llamarse “control de convencionalidad” que consiste en revisar que las disposiciones del Tratado no sean lesionadas o restringidas por la aplicación de leyes internas contrarias a ellos³.

En el desarrollo de su doctrina sobre el control de convencionalidad, la Corte Interamericana ha destacado que los jueces nacionales deben ejercitar dicho control incluso sin que las partes lo hubieren solicitado

³ Confr. Corte IDH, Serie C, N° 154, *Almonacid Arellano*, 26 de septiembre de 2006, párr. 124. Cabe destacar que en este caso, la Corte indica que el Poder Judicial debe ejercer “una especie de” control de convencionalidad” en tanto poco después en *Trabajadores Cesados del Congreso* omite el término “especie” para referirse directamente al control de convencionalidad.

expresamente (*ex officio*) y en forma simultánea con el control de constitucionalidad.

En su voto razonado en el caso *Myrna Mack Chang vs Guatemala* declaró el Juez Cancado Trindade [...]

“Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no solo un control de constitucionalidad, sino también de ‘convencionalidad’ *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes...”⁴

Así, el control de *convencionalidad* se integra con el de *constitucionalidad* en un único acto de interpretación simultánea de la norma interna respecto de la constitucional y de ambas en relación con la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

No obstante que la jurisprudencia de la Corte Interamericana se ha referido únicamente a dicha Convención para exigir el mencionado control, entendemos que según la jerarquía que cada Constitución establezca para los Tratados Internacionales, será posible integrar el *control de convencionalidad* con otros documentos internacionales⁵.

⁴ Corte IDH. Caso *Myrna Mack Chang Vs. Guatemala*. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C N° 101.

⁵ La Constitución de la República Argentina, por ejemplo, admite expresamente la jerarquía constitucional para once documentos de derechos humanos, circunstancia que permite sin dificultades prorrogar la jurisprudencia en materia de control de convencionalidad a todos ellos, de modo que ese control podrá tener por objeto cualquiera de los Tratados que ostentan la mencionada jerarquía.

3. La razonabilidad de las leyes y la razonabilidad de la interpretación

No todo lo legal es constitucionalmente válido⁶.

Las restricciones a las libertades individuales, deben acomodarse al *standard* constitucional regulado formalmente en la Constitución y su sustento axiológico. En ambos aspectos pueden deslizarse contradicciones que invaliden la norma desde la perspectiva constitucional, haciendo imposible su compatibilidad con el sistema previsto en esa norma fundamental.

La *razonabilidad* de las leyes constituye una máxima o principio que condiciona no solo la creación y existencia de la ley misma, sino su interpretación, involucrando al juzgador durante el proceso interpretativo.

Se ha dicho que el principio de *razonabilidad* en la ley se percibe a través de tres indicadores: *Adecuación, necesidad y proporcionalidad*. El primero alude a la idoneidad para obtener el fin previsto, el segundo a que sea la solución menos gravosa como restricción del derecho y el tercero que el legislador haya efectuado un balance entre los beneficios y los costos de la norma⁷.

Un segundo sentido de la *razonabilidad* aparece en la tarea de interpretación de las leyes e involucra particularmente la técnica con que los jueces aplican la ley al caso. Esta *razonabilidad de la interpretación* se manifiesta en el proceso de creación de la norma individual que resulta de la interpretación que hace el juez para subsumir la norma general en el caso particular.

Cualquiera sea la corriente interpretativa, siempre aparecerá el matiz discrecional en la decisión, de modo que para ponderar la *razonabilidad*

⁶ LINARES JUAN FRANCISCO, *La razonabilidad de las leyes*, Astrea, Buenos Aires, 2010 (2ª edición), p. 23.

⁷ CIANCARDI JUAN, *Los fundamentos de la exigencia de la razonabilidad*, en La Ley año LXXIII n° 72 (16/4/09).

o *irrazonabilidad* del fallo será necesario también asumir algún tipo de posición ius filosófica porque el fin trascendente del derecho no es sino una calidad axiológica que existe tanto para el positivismo como para el iusnaturalismo⁸.

Las dificultades para delinear de modo abstracto cuándo una decisión puede identificarse como *irrazonable* conducen a definiciones por su oposición, de modo que lo resuelto en la sentencia o es *razonable* o *no arbitrario* o es *irrazonable* o *arbitrario*. En ambos casos, la coincidencia de la decisión con las reglas de la lógica del pensamiento constituye la guía de interpretación para delinear lo *razonable* de lo que no lo es.

También es necesario admitir como posible la *interpretación razonable* de una norma *irrazonable*, lo que permitirá su aplicación sin declarar su inconstitucionalidad. No obstante debemos recordar que siendo la *razonabilidad* un principio constitucional esencial, la declaración de inconstitucionalidad de la ley irrazonable constituye precisamente el remedio idóneo para impugnarla.

Las mismas reglas pueden aplicarse sin dificultad al derecho internacional de los derechos humanos regulado en los Tratados y demás documentos internacionales.

Así como la ley interna goza a priori de una *presunción de razonabilidad*, la norma internacional traduce también un *criterio de razonabilidad* que le imprime la costumbre internacional o bien las reglas de *ius cogens* que se reflejan en cláusulas expresas o implícitas en los Tratados.

A modo de ejemplo, el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos determina la preeminencia de este documento por sobre el derecho interno, pero cede ese lugar cuando esa prevalencia implique “limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes” o importe “excluir otros derechos y garantías que son

⁸ COSSIO, CARLOS, *El derecho en el derecho judicial*, Abeledo, Buenos Aires, 1945, p. 100.

inherentes al ser humano o que se derivan de la forma representativa republicana de gobierno” o excluyan o limiten “el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”. Esta fórmula establece criterios sucesivos para la aplicación de la Convención a partir de reconocer *razonablemente* un mayor valor axiológico a aquella norma, cualquiera sea su fuente, que establezca el mayor status de protección a la persona humana.

¿Puede un Tratado Internacional sobre Derechos Humanos violentar el principio de razonabilidad? Entendemos que por vía de hipótesis ello es posible aún cuando para identificar una posible *irrazonabilidad* sea necesario el análisis desde las tres perspectivas antes descriptas de *adecuación, necesidad y proporcionalidad*. Como toda norma jurídica analizada en su contexto, es factible que alguno de estos parámetros no se cumpla o lo haga en forma insuficiente. La necesaria adecuación del derecho interno a la norma internacional, impone la necesidad de que esta última respete los estándares de *razonabilidad* consensuados por la comunidad internacional⁹, porque una eventual *irrazonabilidad* produciría una crisis inevitable ante su aplicación interna.

La misma pregunta cabe respecto de la *razonabilidad de la interpretación* y su respuesta nos introduce en un terreno complicado, porque la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reivindicado para ella el rol de intérprete última de la Convención Americana de Derechos Humanos y de otros tratados concernientes a los derechos humanos¹⁰. No obstante y por vía de hipótesis resulta provocador imaginar las consecuencias de una eventual interpretación de este Tribunal supranacional que pusiera

⁹ Conforme artículo 27 Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

¹⁰ El fundamento normativo reposa en los artículos 62 y 64 de la CADH y en la ausencia de recursos para cuestionar sus fallos (art 67). Ver también Opinión Consultiva OC/1 82 del 24 de septiembre de 1982.Serie A N° 1.Corte I.D.H., “Otros Tratados” Objeto de la Función Consultiva de la Corte (artículo. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos).

en crisis los valores intangibles o acuerdos que derivaron en normas convencionales aceptadas y consensuadas por la comunidad internacional.

De todos modos, es indudable que para que la interpretación resulte razonable, sea a través de una sentencia nacional o internacional, debe cumplir con cánones de respeto hacia la norma internacional en su literalidad, proyectar su contenido axiológico al asunto en tratamiento y contribuir a la elaboración de un sistema coordinado de protección de los derechos humanos.

4. El principio de legalidad

La legalidad es una de las condiciones fundamentales a las que debe sujetarse toda limitación a los derechos constitucionales¹¹.

Según Badeni, es el rasgo distintivo por excelencia de un Estado de Derecho donde solo impera la voluntad de la ley y no de los gobernantes. Agrega que el concepto de legalidad alude a la ley en sentido material, de modo que cualquier norma jurídica con validez para el ordenamiento jurídico –ley, decreto, resolución, ordenanza– debe respetar ese principio¹². En igual sentido se expresa Germán Bidart Campos y agrega que “la razón del principio de legalidad estriba en que la obediencia que los individuos prestan a los gobernantes se funda racionalmente en la creencia de que ellos mandan en nombre de la ley y conforme a sus normas”¹³.

¹¹ En la Constitución Argentina la regla general se encuentra claramente expuesta en el artículo. 19 último párrafo cuando dispone que “*Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe*”. Otras disposiciones constitucionales hacen referencia expresa al compromiso con la legalidad, los artículos 4, 17, 18, 21, 28, 32, 119, etcétera.

¹² BADENI GREGORIO, *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo I, La Ley, Buenos Aires, p. 350.

¹³ BIDART CAMPOS, GERMÁN, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Ediar, Buenos Aires, 1993, p. 359. En igual sentido Gelli María A, *Constitución Comentada*, La Ley, Buenos Aires, p.186.

El principio de legalidad impone que toda restricción a los derechos fundamentales se justifique en la previa existencia de una ley y se complementa con el principio de razonabilidad ya explicado.

Los Tratados internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional conforme el art 75 inciso 22 de la CN, contienen a su vez, normas relativas a la limitación de los derechos humanos en situaciones normales: artículo. XXVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo. 29 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo. 30 de la Convención Americana de Derechos Humanos, artículo. 4 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, artículo. 5 inciso 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en su artículo. 30 que “Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas por la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a las leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”. De acuerdo con esta norma el sistema interamericano solo admite restricciones a los derechos cuando se cumplan tres condiciones: 1ª) Que sean dispuestas por ley, 2ª) Que se justifiquen en el interés general y 3ª) Que se extiendan hasta lo que fuere necesario para alcanzar su propósito.

Como vemos, solo se autorizan restricciones al uso y goce de los derechos en situaciones normales cuando ellas hubieren sido establecidas por medio de una “ley”.

La identificación del único sentido admisible para el vocablo “ley” en el contexto del artículo. 30 CADH, fue motivo de interpretación por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a través de la Opinión Consultiva OC/6¹⁴. Se dijo allí que el concepto de “ley” en el artículo.

¹⁴ Serie A N° 6. Corte IDH, *La Expresión “Leyes” en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo

30 CADH significa “norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por la constituciones de los Estados Partes para la formación de la leyes”. Es decir “ley” en sentido formal.

La opinión de la Corte Interamericana establece así el marco conceptual en el que se desenvuelve el concepto de legalidad conforme su interpretación. Para el Tribunal, habrá *legalidad* en los términos convencionales cuando: a) La norma emane de los órganos constitucionalmente previstos para tal función, b) Quienes integren esos órganos hayan sido elegidos democráticamente, c) Se trate de normas generales y d) Tengan como objeto la realización del bien común¹⁵.

Bajo estas condiciones, la *legalidad* actúa como “garantía” en tanto la mera determinación de conductas o sanciones por quienes no tienen competencia para establecerlas o cuando las normas sean destinadas a favorecer a personas o grupos determinados desconociendo el bien común, no constituyen “leyes” en sentido propio y, en consecuencia, no imponen acatamiento a su *legalidad*.

En materia procesal, el art 9 de la CADH introduce el Principio de Legalidad y de Retroactividad en la materia penal, prohibiendo la condena “por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable...”

de 1986.

¹⁵ Conforme esta interpretación, dice Sabsay que la delegación legislativa, admitida por la Constitución argentina en el artículo 76 no puede tener lugar en materia de derechos humanos, los que solo puede ser objeto de restricciones “a través de un acto expreso del órgano titular de la soberanía del pueblo” (Sabsay Daniel A, comentario a la OC-6 en *Derechos Humanos, Corte Interamericana, Opiniones Consultivas*, obra coordinada por Germán Bidart Campos y Calogero Pizzolo, Ediciones jurídicas Cuyo, Mendoza, p. 431). Entendemos que esa es la interpretación que impone el control de convencionalidad ante un caso concreto de delegación legislativa.

5. El análisis de la legalidad como objeto del control de convencionalidad

Nos referimos antes al deber de los jueces, en materia de derechos humanos, de efectuar conjuntamente el *control de constitucionalidad* y el de *convencionalidad*, verificando en un mismo acto jurisdiccional la correspondencia entre las leyes internas, la Constitución propia y las Convenciones internacionales sobre derechos humanos.

La obligación del juez nacional de ejercer conjuntamente y ex officio el test de constitucionalidad y convencionalidad, constituye un deber señalado reiteradamente por la Corte Interamericana en sus sentencias¹⁶.

En ese sentido, expresó en el caso *Trabajadores Cesanteados del Congreso vs Perú* la Corte Interamericana: "... los órganos del Poder Judicial de cada Estado Parte en la Convención Americana deben conocer a fondo y aplicar debidamente no solo el Derecho Constitucional sino también el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; deben ejercer ex officio el control tanto de constitucionalidad como de convencionalidad, tomados en conjunto, por cuanto los ordenamientos jurídicos internacional y nacional se encuentran en constante interacción en el presente dominio de protección de la persona humana..."¹⁷.

En el mismo sentido hermenéutico, hay entonces "control de convencionalidad" cuando el juez nacional evalúa la armonía entre la norma

¹⁶ Cabe señalar que en su corta pero agresiva evolución, la jurisprudencia de la Corte IDH en materia de control de convencionalidad se ha pronunciado ampliando la lista de quienes con sus acciones u omisiones harían responsable al Estado por no haber ejercido dicho control; extendiendo la obligación de efectuar dicho control no solo a los jueces sino a todos los órganos relacionados con la administración de justicia e incluso a cualquier autoridad pública, claro que dentro del ámbito de su competencia (Cfr *Gelman vs. Uruguay*, Sentencia de la Corte IDH de fecha 24 de febrero de 2011).

¹⁷ Corte IDH. Caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Sentencia sobre Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C, Nº 158.

interna (sea constitucional o infraconstitucional) y los Tratados sobre Derechos Humanos, con el objeto de identificar las contradicciones entre uno y otro, que pudieren generar la responsabilidad internacional del Estado.

Sin perjuicio de los vaivenes en el desenvolvimiento de la jurisprudencia de los máximos tribunales americanos respecto del alcance de sus pronunciamientos frente al adecuado *control de convencionalidad*, es evidente que se advierte una evolución favorable al reconocimiento y aplicación analógica de los criterios de interpretación que desarrolla la Corte Interamericana en sus sentencias.

No ha sido ajeno a ese desarrollo el análisis crítico de la *legalidad* y la *razonabilidad* como condiciones de vigencia de la ley.

En referencia al *principio de legalidad* expuso la Corte Interamericana [...]

“Este principio, dentro del espíritu de la Convención, debe entenderse como aquel en el cual la creación de las normas jurídicas de carácter general ha de hacerse de acuerdo con los procedimientos y por los órganos establecidos en la Constitución de cada Estado Parte y a él deben ajustar su conducta de manera estricta todas las autoridades públicas. En una sociedad democrática el principio de legalidad está vinculado inseparablemente al de legitimidad...relativo al ejercicio efectivo de la democracia representativa...”¹⁸.

Agregó que [...] “...el principio de legalidad...es consustancial con la idea y el desarrollo del derecho en el mundo democrático y que tiene como corolario la aceptación de la llamada reserva de la ley, de acuerdo con la cual los derechos fundamentales solo pueden ser restringidos por ley en cuanto expresión legítima de la voluntad de la nación...”¹⁹

¹⁸ Opinión Consultiva OC-6, cit, parr. 32.

¹⁹ Opinión Consultiva OC-6 cit, párr. 23. En el mismo sentido Corte IDH, Serie C No. 4. Caso Velásquez Rodríguez. Sentencia de 29 de julio de 1988, parr. 165, y Serie C No. 5 y Caso Godínez Cruz. Sentencia de 20 de enero de 1989, parr. 174.

En la Opinión Consultiva 13/93 refiriéndose al alcance de la *legalidad* cuando se realiza el *control de convencionalidad* explicó [...]

“Son muchas las maneras como un Estado puede violar un tratado internacional y, específicamente, la Convención...También por supuesto, dictando disposiciones que no estén en conformidad con lo que de él exigen sus obligaciones dentro de la Convención. Si esas normas se han adoptado de acuerdo con el ordenamiento jurídico interno o contra él, es indiferente para estos efectos” y “(27)...que estas hayan sido adoptadas de acuerdo con lo dispuesto por la Constitución nada significa si mediante ellas se violan cualesquiera de los derechos o libertades protegidos”²⁰. Entendió allí la Corte Interamericana que son incompatibles con los artículos 8 y 25 CADH las leyes que obstaculizan el juzgamiento aún cuando no existan impedimentos de tipo constitucional. Para la Corte Interamericana entonces, “legalidad constitucional”, no supone necesariamente “legalidad convencional”

Apuntó también “...que la expedición de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado al ratificar o adherir a la Convención, constituye una violación de esta...y genera la responsabilidad internacional de tal Estado”²¹.

En conclusión cada vez que la Corte Interamericana fue consultada respecto de la compatibilidad de ciertas leyes con la Convención, puso de manifiesto claramente que la validación constitucional a través del pertinente control no resulta suficiente para evaluar su armonía convencional, para lo cual se requiere simultáneamente efectuar el correspondiente *control de convencionalidad*.

²⁰ Corte IDH, “Serie A, N° 13, *Ciertas Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos* (artículos 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-13/93 del 16 de julio de 1993, parr. 26.

²¹ Opinión consultiva OC-14/94 del 9/12/94 Corte I.D.H. (Ser A) n° 14 (1994) “*Responsabilidad Internacional por Expedición a Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención* (Arts 1 y 2 de la CADH), conclusiones punto 1. Comentario de Albanese Susana en “Derechos Humanos, Opiniones consultivas...” ob. cit, p. 756.

6. El principio de legalidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte Interamericana tuvo oportunidad de pronunciarse sobre la violación del principio de legalidad en casos en los que identificó: a) Ambigua formulación de tipos penales y b) Falta de compatibilidad entre las leyes internas y los tratados internacionales.

Se destacan los casos relacionados con las imprecisiones de la ley al delinear los tipos penales, lo que constituye a criterio de la Corte Interamericana una clara violación al principio de legalidad establecido en el artículo. 9 de la Convención Americana.

En ese sentido ha dicho que [...]

“La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad...Normas[...] que no delimitan estrictamente las conductas delictuosas, son violatorias del principio de legalidad...²² . En otro caso “...la imprecisión en el deslinde entre [...] tipos penales afecta la situación jurídica de los inculcados en diversos aspectos: la sanción aplicable, el tribunal del conocimiento y el proceso correspondiente”²³ ...En la elaboración de los tipos penales se debe tener presente el principio de legalidad²⁴

Ha señalado también que “...la elaboración de los tipos penales supone una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos, y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales. La ambigüedad en la formulación de los tipos penales genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad, particularmente indeseable cuando se trata de establecer

²² Corte IDH, Serie C N° 52. *Caso Castillo Petruzzi y otros*. Sentencia de 30 de mayo de 1999, párr. 121.

²³ Corte IDH, *Caso Castillo Petruzzi y otros*, supra nota 9, párr. 119.

²⁴ Corte IDH, Serie C N° 69. *Caso Cantoral Benavides*. Sentencia de 18 de agosto de 2000, párr. 156/7.

la responsabilidad penal de los individuos y sancionarla con penas que afectan severamente bienes fundamentales, como la vida o la libertad²⁵.

“En un Estado de Derecho, los principios de legalidad e irretroactividad presiden la actuación de todos los órganos del Estado, en sus respectivas competencias, particularmente cuando viene al caso el ejercicio de su poder punitivo²⁶.

También en relación con los procedimientos administrativos expresó la Corte IDH que “...el artículo 9 de la Convención es aplicable a la materia sancionatoria administrativa, además de serlo, evidentemente, a la materia penal. ...las sanciones administrativas son una expresión del poder punitivo del Estado y que tienen, en ocasiones, naturaleza similar a las sanciones penales...Unas y otras implican menoscabo, privación o alteración de los derechos de las personas, como consecuencia de una conducta ilícita. Por lo tanto, en un sistema democrático es preciso extremar las precauciones para que dichas medidas se adopten con estricto respeto a los derechos básicos de las personas y previa una cuidadosa verificación de la efectiva existencia de la conducta ilícita”²⁷

No con tanta frecuencia, pero con igual fuerza se alude al principio de legalidad en los casos en que leyes internas provocan una crisis que impone el control de convencionalidad por su incompatibilidad con los estándares de la norma supranacional.

Así se apuntó que: “...La sentencia condenatoria expedida por el fuero militar en contra de la señora Lori Berenson por el delito de traición a la patria y las demás resoluciones adoptadas en dicha jurisdicción, fueron

²⁵ Corte IDH, *Caso Baena Ricardo y otros*, *supra* nota 139, párrs. 108 y 115; *Caso Cantoral Benavides*, *supra* nota 139, párr. 157; y *Caso Castillo Petruzzi y otros*, *supra* nota 139, párr. 121, *Caso Ricardo Canese*, *supra* nota 1, párr. 174.

²⁶ Corte IDH, *Caso Ricardo Canese*, *supra* nota 1, párr. 177; *Caso Baena Ricardo y otros*. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72, párr. 107, *Caso De la Cruz Flores*, 18 de noviembre de 2004, Serie C N° 115, párr. 80.

²⁷ Corte IDH *Caso Maldonado Ordoñez vs Guatemala*, sentencia del 3 de mayo de 2016, Excepciones, fondo, reparaciones y costas, párr. 85.

emitidas con base en una legislación incompatible con la Convención Americana...”, lo que implica una violación del principio de legalidad²⁸. En el mismo sentido se expresó en *Barrio Altos vs Perú*²⁹

7. El principio de legalidad en el control de convencionalidad por el juez nacional

En un sistema control de constitucionalidad difuso, todos y cada uno de los jueces que integran el Poder Judicial tienen competencia suficiente para evaluar la inconstitucionalidad y declararla. Por eso cuando la Corte Interamericana se refiere al Poder Judicial como órgano que debe ejercer conjuntamente el control de convencionalidad, es evidente que debe interpretarse que esa función se encuentra habilitada para cualquiera de los jueces que integran ese Poder.³⁰

Pero, en los sistemas concentrados, donde la competencia constitucional pertenece exclusivamente a los Tribunales y Cortes Constitucionales, aparecen algunas particularidades que impiden o limitan el alcance de la competencia para testear la compatibilidad convencional de las leyes internas³¹.

²⁸ Corte IDH, Caso *Lori Berenson Mejía*, Serie C N° 119, Sentencia del 25 de noviembre de 2004, párr. 120.

²⁹ Corte IDH, Caso *Barrios Altos*, Serie C N° 75, 14 de marzo de 2001. En particular en el voto razonado de Cancado Trindade “...6. Hay que tener presente, en relación con las leyes de autoamnistía, que su legalidad en el plano del derecho interno, al conllevar a la impunidad y la injusticia, encuéntrase en flagrante incompatibilidad con la normativa de protección del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”.

³⁰ Si una nación posee un sistema de control concentrado, será el Tribunal o Corte Constitucional el órgano habilitado para realizar el control de convencionalidad. Ver SAGÜES NESTOR, *El control de convencionalidad en particular sobre las constituciones nacionales*, LaLey, 19/2/09.

³¹ Ver el voto concurrente del Juez ad hoc Eduardo Ferrer Mac Gregor Poisot en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs México* de la Corte IDH (26/11/2010) y Gozaíni Osvaldo A. - Loianno Adelina *Los alcances del derecho a la salud en el control*

Las normas sujetas al control de convencionalidad son todas las que integran el sistema jurídico interno, cualquiera sea su jerarquía (leyes, decretos, ordenanzas, resoluciones, etcétera), e incluso en los Estados federales, las constituciones de las provincias o estados que lo componen.

Como consecuencia del ejercicio de dicho control, las leyes, normas constitucionales o de cualquier otra índole que confronten con la Convención serán invalidadas, debiendo los jueces abstenerse de aplicarlas en el caso sujeto a juzgamiento.

No obstante esa limitación *inter partes* de los efectos de la declaración de “anticonvencionalidad”, existen algunos precedentes en los que la Corte Interamericana ha condenado al Estado a reformar su legislación interna e incluso su Constitución, con lo que dicha declaración adquiere indirectamente efectos *erga omnes*³².

Entendemos que el juez no se limita a verificar la simetría legal de la Convención Americana de Derechos Humanos y el derecho doméstico, y que otros tratados internacionales pueden también ser objeto del control de convencionalidad. Así lo deja entrever la Corte en los términos empleados en Trabajadores Cesados del Congreso, cuando utiliza los términos “tratado internacional como la Convención”.

Recordemos además que la Corte posee suficiente competencia para analizar e interpretar otros tratados sobre derechos humanos, tanto en la elaboración de Opiniones Consultivas como en la determinación de la responsabilidad de los Estados por violaciones de los derechos humanos en casos concretos³³

En consecuencia, no solo el derecho infraconstitucional debe ser analizado bajo la óptica de los instrumentos internacionales, sino también la

de convencionalidad, en “El control difuso de convencionalidad” obra coordinada por Eduardo Ferrer Mac Gregor, Fundap, Mexico 2012, ps. 289 y ss.

³² Así en *La última tentación de Cristo* (Olmedo Bustos), Corte IDH, Serie C N° 73, 5 de febrero de 2001, parte dispositiva, pto. 4.

³³ Ver artículo 64 de la CADH y

propia Constitución, lo que en hipótesis podría provocar una “anticonvencionalidad” de la ley suprema³⁴.

Así planteado el control de convencionalidad del derecho interno como función autónoma de los jueces por mandato de la jurisprudencia supranacional, implica un mecanismo de interpretación por el cual el magistrado debe ponderar desde una nueva óptica del *principio de legalidad* que tiene como marco referencial a la Convención Americana.

Desde esta perspectiva, la norma en análisis deberá cumplir con los recaudos indicados por la Convención en cuanto a: 1) Competencia del órgano creador, 2) Alcance de las restricciones si dispusiera limitaciones a los derechos humanos, 3) Calidad de la norma en cuestión y su situación en el sistema jurídico interno, 4) Coincidencia de su contenido material con los estándares internacionales reflejados en la Convención o en el tratado internacional que corresponda.

Como vemos, no se trata de otra cosa que revisar la legalidad de la norma desde dos facetas: Su correspondencia con la Constitución por una parte y con la Convención por la otra.

Concluyendo, el principio de legalidad constituye un ítem fundamental en el control de convencionalidad del mismo modo que cuando se trata de confrontar las normas infraconstitucionales con la propia Constitución nacional, lo que obliga al magistrado a una verificación simultánea acerca de compatibilidad legal a nivel local y supranacional.

De todos modos, la tarea de los jueces nacionales e internacionales debe desenvolverse dentro de un marco de similares reglas hermenéuticas de modo que se verifique en el resultado de la labor interpretativa, la convergencia de las normas domésticas y el derecho internacional de los derechos humanos.

³⁴ Por ejemplo, la competencia originaria de la Corte Suprema establecida en el art 116 CN resultaría incompatible con el derecho al recurso garantizado en el art 8.2.h. de la CADH.

Ello nos conduce al “diálogo interjurisdiccional” al que la Corte IDH y el Tribunal Europeo de DH vienen aludiendo desde hace un tiempo como un mecanismo que abona y enriquece la progresivamente la tutela de los derechos humanos a través de la complementación de las diversas interpretaciones convencionales derivadas de distintos tribunales internos e internacionales³⁵.

³⁵ Ver VERGOTTINI, GIUSEPPE G. “*Oltre il Dialogo tra le Corti- Giudici, Diritto Straniero, Giurisprudenza*”, Collana, Il Mulino/Ricerca, 2010. También Loianno Adelina “*Diálogo Interjurisprudencial - En la búsqueda del efecto útil de las sentencias transnacionales en el SIDH*”, trabajo presentado en el I Encuentro Italo Argentino Brasileño de Derecho Constitucional” Universidades de Bolonia, Degli Studi Di Parma y de Ravenna, marzo 2013.

GARANTÍAS

CAPÍTULO VIII

EL DERECHO A OBTENER UNA RESPUESTA JURISDICCIONAL MOTIVADA: ¿CÓMO LO JUECES DEBEN JUSTIFICAR LA RECONSTRUCCIÓN QUE HACEN DE LOS HECHOS?

Por Alejandro C. Verdaguer y Carlos R. Ferraro

Sumario: 1. Sana crítica y método histórico; 2. ¿Qué es el método histórico?; 3. El paradigma indiciario de Carlo Ginzburg; 4. Jueces e historiadores; 5. Primeras conclusiones.

1. Sana crítica y método histórico

Que la valoración de la prueba es un capítulo esencial de la labor jurisdiccional, es obvio. Cualquier juez, independientemente de la competencia que tenga (penal o civil), al momento de resolver el conflicto que se le ha presentado tiene que poder justificar la reconstrucción que hace de los hechos. Que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en uno de los fallos más importantes dictados en la última década (nos estamos refiriendo al célebre caso “Casal”¹), haya dicho que esa tarea debe ser realizada de acuerdo a las pautas del “método histórico”, revela la importancia que le asigna a este último.

¹ CSJN, 20/9/2005, “Casal, Matías E. y otro”, *Fallos* 328:3369; cita online AR/JUR/2667/2005. En ese pronunciamiento amplió notablemente el objeto del recurso de casación para ajustarlo al derecho del imputado, consagrado en el artículo 8.2 h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a recurrir la sentencia condenatoria. Lo hizo, siguiendo la directriz establecida por la Corte Interamericana en el caso “Herrera Ulloa” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2/7/04, “Herrera Ulloa v. Costa Rica”, La Ley 2002-C, 229).

La Corte en “Casal” hace una relación que, en nuestra opinión, es muy importante: valorar la prueba de acuerdo a la “sana crítica” es hacerlo de acuerdo al método histórico.

En sus propias palabras, una sentencia fundada es aquella en la que es “reconocible el razonamiento del juez. Por ello se le impone que proceda conforme a la sana crítica, que no es más que la aplicación de un método racional en la reconstrucción de un hecho pasado”². Y cuando define esa actividad, precisa: “el método para la reconstrucción de un hecho del pasado no puede ser otro que el que emplea la ciencia que se especializa en esa materia, o sea, la historia”³.

La Corte, naturalmente, no confunde la tarea del historiador con la del juez⁴ pero observa que ambos tienen un objeto en común: “la indagación acerca de un hecho del pasado”. Por eso destaca que “el método –camino– para ello es análogo”. Hace luego un esbozo de lo que lo constituye ese método⁵, y referencia a un historiador⁶.

La opción por el método histórico, como vemos, no está planteada a modo de sugerencia o de simple invitación. Todo lo contrario. Su empleo es el que posibilita, para la Corte, que la sentencia definitiva tenga, en el plano fáctico, un adecuado sustento.

Más recientemente, en el caso “Carrera”, formula otras distinciones entre la labor del juez y la del historiador al expresar “que la reconstrucción

² CSJN, 20/9/2005, “Casal, Matías E. y otro”, considerando 29, Fallos 328:3369; cita online AR/JUR/2667/2005.

³ CSJN, 20/9/2005, “Casal, Matías E. y otro”, considerando 30, Fallos 328:3369; cita online AR/JUR/2667/2005.

⁴ “Poco importa que los hechos del proceso penal no tengan carácter histórico desde el punto de vista de este saber, consideración que no deja de ser una elección un tanto libre de los cultores de este campo del conocimiento” (considerando 30).

⁵ Los metodólogos de la historia suelen dividir este camino en los siguientes cuatro pasos o capítulos que deben ser cumplidos por el investigador: la heurística, la crítica externa, la crítica interna y la síntesis (considerando 30).

⁶ El profesor austríaco WILHELM BAUER (considerando 30).

de hechos acaecidos en el pasado que lleva adelante el juez penal en sus sentencias no se produce en idénticas condiciones a las que rodean la actividad de un historiador. Pues, a diferencia de lo que sucede en el campo de la historia frente a hipótesis de hechos contrapuestas, en el derecho procesal penal el in dubio pro reo y la prohibición de non liquet (arg. Fallos: 278: 188) imponen un tratamiento diferente de tales alternativas, a partir del cual, en definitiva, el juez tiene impuesto inclinarse por la alternativa fáctica que resulta más favorable al imputado”⁷.

Profundizaremos, más adelante, las diferencias entre la labor del juez y la del historiador. Ahora, trataremos de explicar cómo los historiadores llevan adelante su tarea.

2. ¿Qué es el método histórico?

La Corte nos remite a la historia, mejor dicho a cómo los historiadores reconstruyen el pasado, pero ¿existe en esa disciplina un método definido?

a) Para dar una respuesta a esa pregunta tenemos que ir hacia sus orígenes. Más precisamente, al momento en que el hombre se interesó por su pasado y buscó en él explicaciones al presente. Al igual que en el proceso (y no es, precisamente, por casualidad), las primeras reflexiones las encontramos en la Antigua Grecia. De allí provienen los primeros textos de Hecateo de Mileto, de Heródoto y los de Tucídides. ¿Qué encontramos en ellos?

Relatos. Descripción de los hechos de un modo vívido para lograr que quien los lea tenga la sensación de que lo que se narra es la realidad⁸.

⁷ CSJN, 25/10/2016, “Recurso de hecho deducido por la defensa de Fernando Ariel Carrera”, considerando 9°.

⁸ Al respecto Ginzburg señala lo siguiente: “Afirmar que un relato histórico tiene semejanzas con un relato inventado es obvio. Considero más interesante preguntar por qué percibimos como reales los acontecimientos narrados en un libro de historia. Por lo general, es un resultado producido por elementos extratectuales cuanto

Obviamente ese “efecto” no se alcanza fácilmente pero los griegos conocían el poder persuasivo del discurso⁹. Lo estudiaron y trabajaron. Porque una cosa es contar una serie de hechos y otra, muy distinta, presentar esos hechos de modo que el lector no tenga dudas de que ocurrieron tal como se los expone (de algún modo cuando los abogados dan su versión de los hechos en los escritos constitutivos del proceso también persiguen lo mismo puesto que no los presentan como lo que son, reconstrucciones subjetivas, sino como los hechos en sí. Lo mismo puede predicarse en relación a los jueces y las sentencias que dictan).

Para convencer, estos primeros historiadores utilizaron un relato descriptivo, elocuente y monumental. Llegando, por momentos, a la exageración¹⁰. Relatos que rozan lo mítico o lo legendario pero que

textuales. Me detendré en estos últimos, con la intención de dar cuenta de algunos procedimientos, ligados a convenciones literarias, con los que historiadores antiguos e historiadores modernos intentaron comunicar ese “efecto de verdad” que consideraban parte esencial de la tarea que se fijaban de antemano” (Ginzburg, Carlo “*El hilo y las huellas: lo verdadero, lo falso, lo ficticio*”, págs.20/21, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2010.) Según Ginzburg es Quintiliano quien denomina esta técnica como “*evidentia in narratione*” (conf. GINZBURG, CARLO “*El hilo y las huellas: lo verdadero, lo falso, lo ficticio*”, p. 24, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2010.

⁹ Si el lector desea ampliar este tema, ver –entre otros textos– Andrade, Nora (editora) “*Estrategias discursivas en la Grecia Antigua*”, Eudeba, Universidad de Buenos Aires, 2009. En particular, Basile Gastón *Relato épico y discurso historiográfico: texto, intertexto e interdiscurso en las Historias de Heródoto*, capítulo II.

¹⁰ Heródoto, por ejemplo, cuando hace referencia a la expedición que el rey persa Jerjes dirige contra las polis griegas, manifiesta que el total del ejército persa “...ascendió a un millón y setecientos mil hombres...”. El lector queda impactado con la enorme cifra y además empatiza con la posición de las ciudades griegas que habiendo sido atacadas por tan enorme adversario han podido resistirle. Pero detengámonos en la cifra que brinda Heródoto. Sabemos que el de los persas por su extensión era el más grande imperio conocido hasta ese entonces. Conocemos también las ricas y fértiles regiones que abarcaba. Era claramente, ante los ojos griegos, un enemigo formidable, pero si seguimos revisando el texto notamos que gran parte de estos hombres fueron transportados hacia Grecia en barcos a través del Mar Egeo. Entonces cabe preguntarnos ¿Cuántos barcos hubieran sido necesarios para esa tarea? ¿Cuántos remeros? ¿Cuántas serían las provisiones que debería tener este ejército para avituallarse?

también se apoyan en una fuerte tradición oral que, desde el *ethos*, los apuntala y legitima. Naturalmente esas fuentes, surgidas del *boca en boca*, eran difusas e imprecisas. Sin embargo, no impedían articular relatos que dieran cuenta de lo que había sucedido. Como en todo discurso, el *pathos* tiene su importancia. Por eso, cuando Herodoto cuenta la guerra con los persas su relato está orientado a despertar en el lector simpatía hacia la posición de las polis ante la amenaza exterior.

Que las fuentes empleadas por Heródoto proviniesen, exclusivamente, de testimonios orales se debe a que en aquel momento no los había escritos y si existían no eran comprensibles para todos. Tucídides, en cambio, se apoyará en documentos aunque no se alejará de la oralidad como cimiento firme de sus relatos¹¹. Muchos de los historiadores romanos continuarán esa tradición.

¿Cómo hubiera sido su vivac una vez desembarcadas las tropas? ¿Cuántos efectivos auxiliares hubiesen sido necesarios?

Parece que el historiador ha querido convencer al lector de la abrumadora superioridad de los persas y para lograrlo, ha tratado de hacer evidente este hecho utilizando una cifra de hombres que lo demuestre, más allá de que esta sea a todas luces exagerada ante un análisis más minucioso.

En relación a este punto, es también significativa la referencia que presenta Finley en relación a la época homérica y al número de habitantes que se asignan en los poemas. Dice lo siguiente: "El mundo de Odiseo era pequeño en lo que a número de gentes se refiere. No hay estadísticas ni modo alguno de hacer buenas conjeturas; pero los poblados en ruinas de los arqueólogos de unas dos hectáreas de superficie, juntamente a lo que se sabe de los siglos posteriores, no dejan duda alguna de que las poblaciones de las comunidades individuales no pasaban de cuatro cifras, con frecuencia hasta de tres, y de que los números que hay en los poemas, sean navíos o de rebaños, de esclavos o de nobles, no tienen realidad e invariablemente son inexactos en el sentido de la exageración." (Finley, Moses "El mundo de Odiseo", p. 55).

¹¹ No vamos a profundizar las diferencias que existen entre las posturas de Herodoto y Tucídides sobre la historia. Apenas señalaremos que mientras Herodoto hace una historia muy ligada a la geografía y que abreva de los relatos de los contemporáneos a los hechos, Tucídides se vuelca hacia una historia más contemporánea o cuasi contemporánea donde el historiador ha contemplado o incluso ha sido partícipe de los hechos que narra. Sobre este tema ver Momigliano, Arnaldo "La historiografía griega", p. 97 y ss., Crítica, Barcelona, 1984.

El trabajo de los historiadores, también, estuvo ligado a otras actividades que si bien estaban enfocadas a la reconstrucción del pasado, lo abordaban desde otra perspectiva. Por ejemplo, durante los tiempos medievales y aún en los modernos, hubo quienes se dedicaron a recopilar documentos y piezas de las civilizaciones más antiguas con la intención de preservarlos entendiendo que de esa manera se conservaba el pasado. Esa actividad (la anticuaria, que se destaca por la conservación y registro de estos restos materiales) solo tangencialmente se vincula con el hacer de la historia, pero quienes la desarrollaron tenían en claro la importancia de los registros y de los restos materiales como elementos de reconstrucción del pasado.

b) En el siglo XIX, con el surgimiento de las ciencias sociales, se produce una modificación importante. La reconstrucción del pasado exige ahora de *evidencias*. Por eso, los historiadores centran su interés en los documentos, que son las fuentes en las que deben basar su tarea, relegando a un segundo plano los testimonios que se transmitían de modo oral. Los documentos conservados y cuidados en los archivos pasan a ser una verdadera muestra del pasado. La historia se relacionaba, fundamentalmente, con la política y, precisamente, en la mayoría de los documentos conservados se registraban las políticas de los gobiernos tanto en sus relaciones internas como en las exteriores.

Para el positivismo, son las evidencias las que muestran los hechos del pasado. Desde la historiografía inglesa Lord Acton¹², por ejemplo, sostenía que bastaba con recurrir a las fuentes para poder escribir sobre Waterloo. No interesaba quién hacía la reconstrucción (un inglés, un francés o un prusiano). Eran los documentos, los que revelaban cómo había sido la batalla¹³.

¹² JOHN EMERICH ACTON (1834-1902) fue un historiador inglés. Fue el coordinador de la obra "The Modern Cambridge History" y es considerado un símbolo y referente de la historiografía británica de la época victoriana.

¹³ CARR, EDWARD H. "¿Qué es la Historia?", p. 12 y ss, Planeta-Agostini, Barcelona, 1985.

Esa confianza en los documentos, que naturalmente tampoco es ajena al derecho, estaba imbuida por la confianza en el progreso de la ciencia que envolvía al pensamiento positivista. Todo iba a lograr conocerse, incluidos los hechos de la antigüedad. Estaba presente la ilusión de hacer “visible” el pasado.

c) Los procesos independentistas americanos, y la unificación de algunas naciones europeas como Alemania e Italia, dieron a lugar a otra faceta en la historiografía. Algunos historiadores comenzaron a escribir sobre el pasado de estos nuevos estados, rescatando a los personajes que participaron en los procesos formativos y pre formativos de esas naciones. En el caso de algunos países europeos, tomaron figuras de la antigüedad o del pasado medieval. Por ejemplo en el caso francés, se reivindicó el pasado celta de los pueblos galos y su resistencia ante la invasión de los romanos.

En los nuevos países independientes de América, donde muchos de los que escribían habían tenido participación directa o indirecta en los hechos revisados, se resaltaban determinadas figuras y se opacaban –o directamente se omitían– otras.

La historiografía argentina, por ejemplo, ungió a Manuel Belgrano y a José de San Martín¹⁴. Algunas de sus acciones militares son exhibidas como hazañas, eligiéndose determinados gestos o decisiones como muestras de sus virtudes (honestidad, carisma, desprendimiento, sencillez y desapego de lo material). En el caso particular de San Martín, calificado como “Padre de la Patria”¹⁵, es presentado como uno de los forjadores de la independencia y también se lo destaca en su rol de padre de familia. Es el prócer que lucha para afianzar la independencia y que también educa

¹⁴ Se debe notar que debido a sus enfrentamientos con el gobierno central de Buenos Aires, San Martín es una figura discutida dentro de la iconografía oficial hasta aproximadamente la década del '80 del siglo XIX, más precisamente a partir de 1877, año de la repatriación de sus restos.

¹⁵ Bartolomé Mitre es quien escribe “Historia de Belgrano y de la independencia Argentina” e “Historia de San Martín y de la emancipación americana”.

a su hija. Realiza grandes sacrificios por su familia y, sobre todo, por su tierra logrando que esos dos valores se fundan en uno solo.

El historiador, así, legitima al estado nacional y apuntala con su construcción.

En ese verdadero “Olimpo de héroes de la patria” en el que se colocó a muchos, no hubo lugar para quienes fueron rivales políticos o ideológicos de los próceres elegidos. Pero no solo para ellos, sino –y sobre todo– para los que fueron antagonistas de quienes habían llevado a cabo la reconstrucción de ese pasado. Es más, podría decirse que a muchos se los ignoró y otros, justamente y aprovechando la metáfora olímpica, pasaron a ocupar el rol de dioses rivales. Dioses a los que, naturalmente, se les atribuyó una connotación negativa (defensores de ideas retrógradas que tendían a la disolución o la fragmentación de la nación).

d) Por lo que venimos señalando, no se puede hablar de un único “método histórico” sino de una ciencia social que, como no podía ser de otra manera, se ve influenciada por las corrientes de pensamiento y acontecimientos propios de cada época. Los historiadores, no se sustraen del mundo de las ideas en el que operan¹⁶.

3. El paradigma indiciario de Carlo Ginzburg

Las relaciones entre la historia y el derecho siempre han sido muy estrechas. La retórica es un nexo entre ambas. Pero, ahora nos interesa centrarnos en la vinculación que hace Ginzburg entre *historia* y *medicina* y como esta última, a su vez, se amalgama con la actividad que los jueces llevan adelante en la reconstrucción de los hechos¹⁷.

¹⁶ Le Goof, en tal sentido, señala que hoy no sería concebible una vuelta al positivismo triunfante en la historiografía alemana (Ranke) o francesa (Langlois y Seignobos) a finales del siglo XIX y comienzos del XX (conf. LE GOFF, JACQUES “Pensar la historia” p. 12, ediciones Paidós, España, 1991).

¹⁷ Ginzburg expresa que “si bien la palabra ‘historia’ procede del lenguaje médico, la capacidad argumentativa que implica viene, sin embargo, del ámbito jurídico”

Ginzburg plantea la existencia de un paradigma indiciario¹⁸, de orígenes ancestrales, que se reformula hacia fines del siglo XIX en tres regiones distintas de Europa por tres hombres que desarrollaron diferentes actividades. El italiano Giovanni Morelli quien recurría al examen de detalles, en apariencia sin importancia, para determinar si la atribución de pinturas a determinados autores o escuelas era correcta; el escocés Arthur Conan Doyle, escritor que concibió un personaje –el detective Sherlock Holmes– que resuelve los casos que investiga a partir de análisis y deducciones de mínimos indicios, y el austríaco Sigmund Freud quien estudiaba en sus pacientes las manifestaciones del inconsciente.

Más allá del conocimiento que, como contemporáneos, cada uno pudiera haber tenido del trabajo del otro¹⁹, Ginzburg destaca una característica singular que los une: los tres eran médicos. Trabajaban con síntomas.

El método que utilizaron (a través del cual Morelli determina si una pintura era o no falsa, Doyle devela los enigmas que le presentaba a su detective y Freud explora el inconsciente de sus pacientes), apunta Ginzburg, no es novedoso. Por el contrario, se entronca con un largo sendero de experiencias y saberes que el hombre ha desarrollado en su camino evolutivo desde los primeros homínidos. Está vinculado a las habilidades de los primeros cazadores y recolectores, quienes seguían las marcas y

(GINZBURG, CARLO “El Juez y el historiador” pág. 18, Grupo Anaya S.A., Madrid, 1993).

¹⁸ GINZBURG, CARLO, *Indicios. Raíces de un paradigma de inferencias indiciales* en “Mitos, emblemas e indicios” Buenos Aires, Prometeo libros 2013 p. 171 y subs.

¹⁹ Ginzburg afirma que Freud en sus obras completas reconoció la autoría de un ensayo sobre el Moisés de Miguel Ángel, que fue publicado de manera anónima, y la influencia de Morelli que ejerció sobre él en un período anterior al descubrimiento del psicoanálisis (conf. Ginzburg Carlo, *Indicios. Raíces de un paradigma de inferencias indiciales* en “Mitos, emblemas e indicios”, págs. 189/190, Gedisa editorial, 2008, Barcelona.

rastros de los animales e interpretaban sus huellas²⁰. Esos hombres, que constituyen las primeras sociedades, veían en los signos de la naturaleza la expresión de los dioses y, paulatinamente, elaborarán procesos de abstracción cada vez más complejos²¹.

De a poco van surgiendo nuevas disciplinas. Ginzburg destaca, en particular, a la medicina hipocrática que es la que introduce una noción decisiva: la del síntoma. Señala que “solo observando atentamente y registrando con extrema minucia todas los síntomas –afirmaban los hipocráticos– es posible elaborar “historias” precisas de las diversas enfermedades: la enfermedad es, de por sí, inaferrable.”²². Explica que mientras la sintomatología médica se dirigía hacia el pasado (en el diagnóstico) y también hacia el futuro (en el pronóstico), otras disciplinas

²⁰ Dice Ginzburg: “Durante milenios, el hombre fue cazador. La acumulación de innumerables actos de persecución de la presa le permitió aprender a reconstruir las formas y los movimientos de piezas de caza no visibles, por medio de huellas en el barro, ramas quebradas, estiércol, mechones de pelo, plumas, concentraciones de olores. Aprendió a olfatear, registrar, interpretar y clasificar rastros tan infinitesimales como, por ejemplo, los hilillos de baba. Aprendió a efectuar complejas operaciones mentales con rapidez fulmínea, en la espesura de un bosque o en un claro lleno de peligros. Generaciones y generaciones de cazadores fueron transmitiendo todo ese patrimonio cognoscitivo” (GINZBURG, CARLO “Mitos, emblemas, indicios”, p. 193, Gedisa editorial, Barcelona, 2008).

²¹ En palabras de Ginzburg: “Una huella representa a un animal que ha pasado por allí. En relación con la materialidad de la huella, del rastro materialmente entendido, el pictograma constituye ya un paso adelante por el camino de la abstracción intelectual, un paso de valor incalculable. Pero la capacidad de abstracción que la adopción de la escritura pictográfica supone es, a su vez, muy poca en comparación con la capacidad de abstracción que requiere el paso a la escritura fonética” (Ginzburg, Carlo “Mitos, emblemas, indicios”, pág. 195, Gedisa editorial, Barcelona, 2008).

²² Conf. GINZBURG, CARLO, “Mitos, emblemas, indicios”, p. 197 y ss, Gedisa editorial, Barcelona, 2008.

—por ejemplo, la jurisprudencia²³— lo hacían exclusivamente hacia el pasado²⁴.

Así como el médico busca la “marca” o “huella” de determinada enfermedad en los síntomas que presenta el paciente²⁵, el historiador acude a las *evidencias* para reconstruir los hechos del pasado. Estas últimas reflejan, de alguna forma, la realidad social con la que el historiador se ha propuesto trabajar pero no se confunden, o no debieran confundírselas, con el hecho que se investiga. Solo permiten realizar su reconstrucción.

Falcón, en nuestra opinión, participa de la metodología que propone Ginzburg cuando señala que los *hechos* que deben ser dilucidados en el proceso son comprendidos por los registros dejados en los objetos (cosas o personas)²⁶. Los hechos pasados, tanto para el juez como el historia-

²³ Esa denominación se la emplea para referir a los criterios de reparación que esas primeras sociedades fueron construyendo para tener alguna una pauta de retribución. El código de Hammurabi, por ejemplo, es una recopilación de soluciones en el juzgamiento de distintos casos con el objeto de establecer una base para tratar los que un futuro se presentarán.

²⁴ Conf. Ginzburg, Carlo, “Mitos, emblemas, indicios”, p. 196 y ss, Gedisa editorial, Barcelona, 2008.

²⁵ El médico hipocrático se define como el poseedor de una *téchne* que consiste en una serie de reglas que le permiten conciliar la observación del cuerpo humano con el razonamiento, reduciendo el campo del azar. La propuesta hipocrática niega que la realidad pueda ser reducida o explicada por un único principio. En lugar de partir de principios el médico debe observar los síntomas que presenta el paciente e interpretarlos guiado por la regla de la semejanza. Castañares, destaca que la medicina hipocrática es la que explica, por primera vez, un proceso inferencial en términos semióticos, diferenciando los hechos de los signos y, a su vez, del signo que actúa como indicio y de aquel que opera como prueba. Mientras el *semeion* es el signo que, conjuntamente, puede considerarse como síntoma de una enfermedad, el *tekmeiron* es ya una prueba prácticamente irrefutable de su existencia (conf. CASTAÑARES, WENCESLAO “Historia del Pensamiento Semiótico”, p. 25 y ss, editorial Trotta, 2014, Madrid).

²⁶ Conf. FALCÓN, ENRIQUE M. “Tratado de la prueba” Tomo 1, p. 87, editorial Astrea, 2003. MUÑOZ SABATÉ es otro autor que advierte la similitud entre huellas y prueba que plantea Ginzburg. Veamos su posición: “El juez no ve la realidad pero ve sus huellas. En virtud de un principio que CARNELUTTI llamaría de *equivalencia*

dor, no están. Ambos operan con lo que queda, con sus registros en cosas (Falcón) o huellas (Ginzburg), como toda posibilidad²⁷.

El pasado, nos advierte Ginzburg, es “inevitablemente incierto, discontinuo, lagunoso: basado sobre una masa de fragmentos y ruinas”²⁸. Ese

perceptiva toda huella tiene la propiedad de representar el hecho impresionante, lo revive, lo reproduce. De ahí el significado de ciencia reproductiva aplicado por DELLEPIANE a la prueba judicial. Claro está que el modo mejor o peor con que pueda realizarse reproducción no depende tan solo de las cualidades de la estampación sino también de las aptitudes del juez, pues como observa Troussov, el arte del conocimiento en todos los dominios depende en una gran medida de la aptitud para o leer, por así decirlo, de modo exacto los trazos sin nombre que las cosas y los fenómenos dejan los unos sobre los otros: Histórica y judicialmente el concepto de huella deviene algo inseparable de la noción de prueba. La primera característica del conocimiento de los hechos humanos del pasado y de la mayor parte de los del presente —escribe el historiador BLOCH—, consiste en ser un conocimiento por huellas. Trátese de los huesos enmurallados de Siria, de una palabra cuya forma o empleo revela una costumbre, de un relato escrito por el testigo de una escena antigua o reciente, ¿qué entendemos por documentos sino una “huella”, es decir, la marca que ha dejado un fenómeno y que nuestros sentidos pueden percibir? Las pruebas —dice ELLERO—, son aquellos medios de adquirir certidumbre merced a las huellas que todo hecho particular deja en la mente de los hombres y en las cosas. También para CALAMANDREI el resultado de toda prueba no es más que la expresión externa de una sensación producida por una circunstancia de hecho sobre la mente de un observador colocado ante ella. Pues bien, esas personas o cosas cuya aptitud reflexiva ha hecho posible que sobre las mismas pueda darse una estampación de las huellas dejadas por una determinada realidad histórica, son lo que desde un punto de vista procesal nosotros denominamos precisamente *instrumentos probatorios*” (MUÑOZ SABATÉ, LUIS “Técnica Probatoria — Estudios sobre dificultades de prueba en el proceso —”, pp. 136 y 137, Editorial Praxis S.A., Barcelona, 1967).

Carnelutti, también hace referencia al juicio histórico pero señala que, a diferencia del historiador, el juez debe proyectar ese hecho pasado hacia el futuro para resolver el caso (civil o penal) que se le ha presentado. Denomina esta última actividad, como la construcción del *juicio crítico* (conf. Carnelutti, Francesco “Arte del Derecho”, pp. 72 y ss., E.J.E.A., Buenos Aires, 1948).

²⁷ En palabras de Bloch “El pasado es un tirano, y les prohíbe que sepan de él lo que él mismo no les entrega, científicamente o no.” (Bloch Marc “Introducción a la Historia”, pág. 50, Fondo de Cultura Económica, México, 1984).

²⁸ GINZBURG, CARLO “El hilo y las huellas: lo verdadero, lo falso, lo ficticio”, p. 54, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2010.

pasado puede ser conocido pero no reconstruido como una totalidad. Las *evidencias*, para el historiador, siempre son porciones o partes de una realidad que hay que armar. Al afirmar esto último no estamos predicando una suerte de imposibilidad de acceder al conocimiento del pasado, o adoptando una posición escéptica²⁹. Todo lo contrario. Solo remarcamos que esa reconstrucción, que tanto los jueces como los historiadores deben llevar adelante en sus respectivos ámbitos, es siempre aproximada y subjetiva y está, inexorablemente, limitada y condicionada por las *evidencias* con las que cuentan y por la habilidad para desarrollar un pensamiento inferencial.

²⁹ Bien apunta LE GOFF que “las condiciones en que trabaja el historiador explican además por qué se plantea y se ha planteado siempre el problema de la *objetividad* de lo histórico. La toma de conciencia de la construcción del hecho histórico, de la no inocencia del documento, lanzó una luz cruda sobre los procesos de manipulación que se manifiestan a todos los niveles de la constitución del saber histórico. Pero esta constatación no debe desembocar en un escepticismo de fondo a propósito de la objetividad histórica y en un abandono de la noción de *verdad* en la historia; al contrario, los continuos progresos en el desenmascaramiento y la denuncia de las mistificaciones y las falsificaciones de la historia permiten ser relativamente optimistas al respecto” (LE GOFF, JACQUES “Pensar la historia” p. 12, ediciones Paidós, España, 1991).

Los historiadores modernos no limitan el tema de la verdad, simplemente, a una cuestión de correspondencia. Dice Todorov: “Una vez establecidos los hechos, hay que interpretarlos, es decir, relacionarlos unos con otros, reconocer las causas y los efectos, establecer parecidos, gradaciones, oposiciones. Aquí se encuentran, una vez más, los procesos de selección y combinación. Pero el criterio que permite juzgar este trabajo ha cambiado. Mientras que la prueba de verdad (¿se produjeron estos hechos?) permitía separar a los historiadores de los fabuladores, a los testigos de los mitómanos, una nueva prueba permite ahora distinguir a los buenos historiadores de los malos, los testigos notables de los mediocres. El término «verdad» puede servir otra vez aquí, pero siempre que le demos un nuevo sentido: ya no una verdad de adecuación, de correspondencia exacta entre el discurso presente y los hechos pasados («4.400 oficiales polacos fusilados por las tropas del NKVD en el bosque de Katyn en 1940»), sino una verdad de desvelamiento, que permite captar el sentido de un acontecimiento. Un gran libro de historia no solo contiene informaciones exactas, nos enseña también cuáles son los resortes de la psicología individual y de la vida social Sin duda, verdad de adecuación y verdad de desvelamiento no se contradicen sino que se completan” (TODOROV, TZVETAN “Memorias del mal, tentación del bien. Indagación sobre el siglo XX”, pp.148-149, ediciones Península, Barcelona, 2002).

Aristóteles primero y luego Cicerón nos enseñan que el *signo* es el punto a partir del cual se construye una relación causal entre este y el punto al que conduce³⁰. Claro que ni a unos ni a otros (jueces e historiadores) se les puede exigir que la consecuencia a la que arriban constituya una suerte de necesidad lógica (como única posible) de las premisas de las cuales parten. Una inferencia, es otra cosa. Es, simplemente, un patrón formal de convalidación de las proposiciones que componen un argumento. Debe ser la mejor explicación del fenómeno que quiere darse cuenta pero no la única³¹. Para que la inferencia esté bien construida, además, historiadores y jueces deben presentar una versión de los hechos que resulte *verosímil*, es decir creíble.

4. Jueces e historiadores

Ya dijimos que la evidencia no puede asimilarse al hecho que se intenta reconstruir pero, a su vez, es imprescindible para dar cuenta de él. A su vez que un juez pueda tener por cierto un hecho, por el resultado de un medio probatoria en particular (por ejemplo, el absolvente que reconoce el contenido en una posición) o por el incumplimiento de una determinada carga procesal (si el demandado no comparece al proceso podrá ser declarado rebelde³²), no significa –necesariamente– que aquel haya ocurrido en los términos que es reconocido.

En este tema no hay que perder de vista dos cuestiones:

³⁰ CONF. CASTAÑARES, WENCESLAO, "Historia del Pensamiento Semiótico", pp. 177 y ss, editorial Trotta, 2014, Madrid.

³¹ Conf. LUIS VEGA REÑON y PAULA OLMOS GÓMEZ "Compendio de Lógica, Argumentación y Retórica" pp. 300 y ss., editorial Trotta, 2013. Al respecto Ginzburg señala que "Desde Tucídides hasta hoy los historiadores han llenado tácitamente las lagunas de la documentación con lo que es, o a ellos le parecía, natural, obvio, y por lo tanto (casi) cierto." (GINZBURG CARLO, "Historia, retórica, prueba. Sobre Aristóteles y la historia hoy" en *Entrepasados Revista de Historia*. Buenos Aires Año XIV – N° 27 – Principios de 2005 p. 160).

³² Artículo. 59 del Código Procesal Civil.

a) Que la seguridad, es un valor muypreciado para el derecho. Por esa razón ciertos actos deben tener una forma particular (v.g. la compraventa de inmuebles debe hacerse por instrumento público, y en la notificación del traslado de demanda también debe participar un oficial público), y determinados hechos solo pueden acreditarse a través del medio probatorio elegido por el legislador (v.g., difícilmente un juez admita la prueba testimonial como modo de acreditar el pago que se aduce, aunque el hecho que se intenta probar – la entrega de una suma de dinero – puede ser objeto de percepción).

b) El proceso ha sido instituido como un mecanismo para resolver conflictos sobre relaciones jurídicas. En el código procesal se establecen las pautas del debate, que precede a la solución de ese conflicto que el juez construirá al dictar la sentencia definitiva. Las cargas procesales, precisamente, se establecen para ordenar ese debate y constreñir a las partes a que respeten las reglas que lo regulan. El incumplimiento de una carga, como sanción, puede traer aparejado el reconocimiento de un hecho (como el reconocimiento del contenido en el instrumento atribuido al demandado que no contestó la demanda³³).

Ahora bien, así como la ausencia del medio probatorio idóneo para acreditar el hecho no significa que el alegado no haya ocurrido, tampoco el admitido por el incumplimiento de una carga verifica su existencia. Se trata de planos distintos.

c) En el sistema dispositivo que rige en el proceso civil, es el actor –porque detenta la titularidad de la acción– quien delimita el objeto litigioso del proceso. Las decisiones que él adopte: en la elección del demandado, en el relato de los hechos y en la formulación de su pretensión constituyen límites para el juzgamiento del caso.

En contraposición, el historiador es quien establece el objeto de su investigación. Ricoeur explica que no hay que caer en la ingenuidad epistemológica de pensar que existiría una primera fase en la que el

³³ Artículo. 356 inc. 1 del Código Procesal Civil.

historiador reúne los documentos, los lee, valora su autenticidad y veracidad y luego hace uso de ellos. Señala que, por el contrario, el historiador plantea, en primer lugar, la cuestión que quiere investigar y de allí surgen las preguntas. Que el historiador inicia la investigación cargado de ellas puesto que “no hay observación sin hipótesis ni hecho sin preguntas”³⁴.

d) Otra diferencia importante entre ambas funciones es la que señala la Corte en el caso “Carreras”.

El historiador puede tener frente a él elementos que conducen a reconstrucciones opuestas. Los indicios no siempre suelen ser unívocos. Ante ese escenario está habilitado para reconocer su imposibilidad de reconstruir lo sucedido, o inclinarse por la versión que aprecie como más verosímil teniendo en cuenta los datos contextuales a su alcance. El juez, no puede actuar de idéntica forma. En el proceso penal la reconstrucción de los hechos se hace, fundamentalmente, para determinar la responsabilidad que se le atribuye al imputado. Por eso, señala en “Carreras”, debe hacerse teniendo en cuenta dos garantías esenciales del proceso penal: *el in dubio pro reo* y *la prohibición de non liquet*. ¿Y qué significa esto último? En palabras de la Corte que, frente a hipótesis divergentes, *el juez tiene impuesto inclinarse por la alternativa fáctica que resulta más favorable al imputado*³⁵. Claramente, no tiene el margen de maniobra con que sí cuenta el historiador.

5. Primeras conclusiones

El pasado es una preocupación de jueces e historiadores. Ambos, también, comparten problemas metodológicos. ¿Cómo se hace la reconstrucción de un pasado que, muchas veces, se presenta como incierto y lagunoso?

³⁴ RICOEUR, PAUL, “La memoria, la historia, el olvido” p. 231, Fondo de Cultura Económica, 2013, Buenos Aires.

³⁵ CSJN, 25/10/2016, “Recurso de hecho deducido por la defensa de Fernando Ariel Carrera”, considerando 9°.

La Corte Suprema en “Casal” y “Carrera” abre un sendero auspicioso porque el paralelismo que traza (entre la labor del juez y la del historiador) ayuda a dimensionar la complejidad del tema. Ya no es posible simplificarlo o, directamente, pasarlo por alto apelando a formulismos (como la mentada *sana crítica*) que, muchas veces, son empleados para ocultar cómo se ha hecho la reconstrucción. A su vez, al plantearlo en el terreno de la historiografía la Corte lo abre a una dimensión discursiva que también es retórica. Enfoque que, en nuestra opinión, contribuye a hacer efectivo el derecho de todo justiciable, en cualquier proceso, a tener –en el plano fáctico– una sentencia debidamente motivada.

CAPÍTULO IX

EL AMPARO Y LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES

Por Pablo Luis Manili

Sumario: 1. El derecho al amparo; 2. La multiplicidad de amparos: 2.a) *El amparo individual, clásico o genérico*; 2.b) *El amparo por mora de la administración*; 2.c) *El amparo aduanero*; 2.d) *El amparo tributario*; 2.e) *El amparo electoral*; 2.f) *El amparo sindical*; 2.g) *Amparo ambiental*; 2.h) *El amparo colectivo*; 2.i) *Otros subtipos de amparo*; 3. Análisis de la normativa vigente; 4. Propuesta de reforma.

1. El derecho al amparo

Las normas que tienen jerarquía constitucional en la República Argentina establecen claramente un derecho a la acción de amparo. Así surge de los artículos 8 y 25 del Pacto de San José de Costa Rica¹; los artículos XVIII y XXIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; los artículos 8 y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; los artículos 2º, inciso 3, apartados a y b y 14 inciso 1º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, como

¹ “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados Partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”.

así también el artículo. 43 de la Constitución Nacional² (en adelante “CN”). Incluso, la primera de las normas referidas establece una obligación adicional del Estado, consistente en el compromiso de “desarrollar las posibilidades de recurso judicial”, o sea, para decirlo sin eufemismos, abrir las puertas de sus tribunales, acercar al justiciable y facilitarle la interposición de este tipo de acciones.

Las mencionadas normas están ubicadas en la cúspide de la pirámide del sistema jurídico argentino y ostentan la máxima jerarquía en atención a lo que dispone el artículo. 75 inciso 22 CN. Esa norma creó el Bloque de Constitucionalidad, dentro del cual no cabe trazar diferencias de jerarquías entre las normas constitucionales y las de los tratados de derechos humanos equiparados a ella. Todas las normas que lo componen deben ser interpretadas armónicamente³. Su función es la de orientar e incentivar el accionar de los poderes constituidos: (i) del legislador, porque lo obliga a dictar leyes de desarrollo constitucional coherentes con las obligaciones internacionalmente asumidas y con la constitución; (ii) del poder ejecutivo porque lo obliga a reglamentar razonablemente las leyes y (iii) del juez, porque lo obliga a interpretar la admisibilidad de la acción de amparo con una amplitud tal que se compadezca con el espíritu de esas normas, desterrando toda interpretación restrictiva y, en caso que no existieran normas legales que reglamenten el amparo, lo compele a darle acogida en su jurisprudencia y a suplir la inacción del legislador, como hizo la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en

² “Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva...”.

³ MANILI PABLO L., *El Bloque de Constitucionalidad. La recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno argentino*, Buenos Aires, La Ley, 2003, p. 215.

adelante “la Corte”) en el fallo “Siri”⁴ mucho antes de la ratificación de esos tratados internacionales.

Es decir, desde el bloque de constitucionalidad federal, el poder constituyente ordena e instruye a los poderes constituidos que —no importa por qué medios— den cumplimiento a una obligación internacionalmente asumida, que es la de proveer, a las personas sujetas a la jurisdicción argentina, una garantía rápida y sencilla para la protección de sus derechos. Decimos “no importa por qué medios” porque las obligaciones asumidas internacionalmente son “de fines” y no “de medios” (asimilándolas a la teoría clásica de las obligaciones en el derecho civil); lo cual significa que el Estado debe dar satisfacción a esa obligación a través de cualquier instrumento, puesto que este es intrascendente a la luz del derecho internacional de los derechos humanos. En ese sentido, el artículo. 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) establece expresamente que “Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas *o de otro carácter*, los Estados Partes 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” (los resaltados nos pertenecen).

Ello implica que el medio elegido por el Estado puede ser la regulación del amparo en una norma constitucional, en una norma legal, en un decreto o aún en una sentencia o línea jurisprudencial, lo importante es que el justiciable cuente con ese remedio y que sea eficaz. Por supuesto que lo deseable es que la consagración normativa del amparo se encuentre inserta en una norma que sea: (i) general (en este sentido, las normas constitucionales y legales son preferibles a las sentencias porque garantizan la igualdad); (ii) de la mayor jerarquía (es preferible que esté consagrado en la constitución y no solo en la ley, para que tenga virtualidad suficiente para invalidar normas inferiores que lo restrinjan) y (iii)

⁴ Fallos 239:450.

rígida (para evitar que los vaivenes políticos y las emergencias generen la tentación de los legisladores de derogar o limitar la acción, como ocurrió en Argentina en 2002 en que se sancionaron varias leyes para limitar las medidas cautelares en los amparos⁵).

Obviamente, cualquier omisión del legislador en la adecuada regulación de la acción de amparo, deberá ser subsanada por los jueces a través de sus sentencias. Se trataría de un típico supuesto de inconstitucionalidad por omisión. Como sostenía Bidart Campos: “si hay cláusulas (de la constitución) que imponen funciones a ciertos órganos del Poder, la exigibilidad del deber de cumplir tales funciones no puede detenerse en el terreno de la responsabilidad política, sino que debe propiciarse también ante el poder judicial para que compruebe la inconstitucionalidad por omisión y la subsane”⁶.

La conclusión que extraemos de este análisis es que existe, en Argentina, un *derecho al amparo*, es decir, un derecho humano fundamental a que la legislación positiva regule, reglamente y facilite la interposición de acciones expeditas y rápidas en defensa de los derechos consagrados en el bloque de constitucionalidad y en las demás normas que integran el sistema jurídico, de acuerdo a lo establecido en el artículo. 43 CN. Es decir que la acción de amparo, además de ser proceso constitucional, es el modo en que el Estado da cumplimiento, a través de su legislación positiva, a una obligación internacionalmente asumida y a un mandato del constituyente.

En este trabajo analizaremos: (i) el modo como el legislador argentino ha reglamentado y complementado las normas de la máxima jerarquía referidas al amparo y (ii) la necesidad de reformar esa reglamentación

⁵ Por ejemplo, la Ley n° 25.587, conocida como “ley antigoteo”. Puede verse nuestro análisis en “Emergencia, Constitución y Medidas Cautelares” en *Anales de la Legislación Argentina*, Boletín Informativo n° 11, año LXII, 10 de Mayo de 2002, p. 65.

⁶ BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *Para Vivir la Constitución*, Buenos Aires, Ediar, 1984, p. 404.

para cumplir acabadamente el mandato que surge del bloque de constitucionalidad.

2. La multiplicidad de amparos

En la legislación argentina existen varios amparos legislados, a saber:

2.a. *El amparo individual, clásico o genérico*

El Decreto ley n° 16.986, de 1966, regula un tipo genérico de amparo, pero limitado a “todo acto u omisión *de autoridad pública*” y a la defensa de “*derechos o garantías explícita o implícitamente reconocidas por la Constitución Nacional*”.

A su vez, el artículo. 321 del CPCC vino a ampliar esa norma en cuanto dispone que el proceso sumarísimo será aplicado “Cuando se reclamase contra un acto u omisión *de un particular*” y se refiere no solo a los derechos reconocidos en la constitución sino también en un tratado o una ley (el destacado nos pertenece).

El solo hecho de que el amparo (¡nada menos que el amparo!) esté regulado en una norma dictada por un gobierno *de facto* con el claro propósito de limitar su campo de acción y de acotar las facultades de los jueces, provoca repulsión y debería llamar la atención del Congreso para su reforma integral. La limitación del uso a la que nos referimos surge de:

(i) el plazo de caducidad de quince días que esa norma establece para su interposición;

(ii) la obligatoriedad de agotar la vía administrativa antes de interponerlo;

(iii) el hecho de que el amparo contra actos de autoridad pública solo pueda interponerse en defensa de derechos consagrados en la constitución (a diferencia del amparo contra actos de particulares que, como se expresó, también procede en defensa de otros derechos);

(iv) el acotamiento de las facultades de los jueces que surge de la prohibición de declarar la inconstitucionalidad de una norma en el marco de esta acción.

Lamentablemente, las tres primeras limitaciones señaladas gozan de buena salud puesto que muchos jueces siguen aplicándolas para rechazar amparos⁷, si bien fueron morigeradas en algunos casos⁸. En cambio la cuarta fue declarada inconstitucional inmediatamente después de la sanción de la ley, en los casos “Outón”⁹ y “*Empresa Mate Larangeira Mendes*”¹⁰.

La reforma constitucional de 1994, en el primer párrafo del artículo. 43 consagró expresamente esta acción, a la cual calificó de “*expedita y rápida*” y estableció expresamente que el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funda el acto lesivo. Ello implica que ciertas previsiones del Decreto ley n° 16.986 han quedado inconstitucionalizadas. Veamos caso por caso:

(i) Si la acción es “expedita”, la obligatoriedad de agotar la vía administrativa antes de interponerlo se ha tornado inconstitucional y no puede exigirse más.

(ii) El acotamiento de las facultades del juez también queda fulminada por la previsión expresa referida.

(iii) Podría quedar alguna duda respecto del plazo de caducidad, dado que la norma constitucional nada establece al respecto; pero, a nuestro criterio, no es función del poder constituyente regular ese tipo de detalles de los procesos en la letra de la carta magna y además ese plazo,

⁷ Por ejemplo, la Cámara Nacional Civil y Comercial Federal, en el fallo plenario “Capizzano de Galdi v. IOS” declaró la vigencia de ese plazo aún después de la reforma constitucional de 1994 (publicado en JA 2000-II:57).

⁸ Puede verse al respecto el interesante trabajo de GALLEGOS FEDRIANI, PABLO, “Caducidad de la acción de amparo en la normativa federal” en *La Ley* 2010-E: 825.

⁹ Fallos 267:215.

¹⁰ Fallos 269:393.

al ser demasiado exiguo y coartar la promoción de este tipo de procesos de garantía de los derechos humanos fundamentales, atenta contra el espíritu de la previsión constitucional que consagra el amparo y contra el derecho de acceso a la justicia que prevén los tratados internacionales de derechos humanos, por lo cual se verifica en este caso una inconstitucionalidad sobreviniente de la norma legal.

(iv) Además, se amplió la nómina de derechos protegidos, ya que no se limitan a los contemplados en la constitución, sino también en los tratados y en las leyes.

2.b. El amparo por mora de la administración

El artículo. 28 del Decreto ley n° 19.549 establece que quien fuere parte en un expediente administrativo podrá solicitar judicialmente se libre orden de pronto despacho, siempre que la autoridad hubiere dejado vencer los plazos fijados o, en caso de no existir estos, si hubiere transcurrido un plazo que excediere de lo razonable sin emitir el dictamen o la resolución que requiera el interesado.

La normativa prevé el dictado de una resolución judicial requiriendo a la autoridad administrativa interviniente que, en el plazo que le fije, informe sobre las causas de la demora aducida. Contestado el requerimiento o vencido el plazo sin que se lo hubiere evacuado, se resolverá lo pertinente acerca de la mora, librando la orden, si correspondiere, para que la autoridad administrativa despache las actuaciones en el plazo prudencial que se establezca.

Como se advierte, este amparo apunta a proteger el debido proceso administrativo, haciendo cesar la mora de la administración en la resolución de los expedientes. Se trata de una acción que puede ser perfectamente subsumida por el amparo clásico o genérico, por cuanto el derecho amparado es el derecho al debido proceso (administrativo), con la única diferencia de que se agota con el dictado de la orden de pronto

despacho emanada del juez, en lugar de que éste decida sobre la cuestión o materia debatida.

2.c. El amparo aduanero

El artículo. 1160 del Código Aduanero (Decreto ley n° 22.415) establece: “La persona individual o colectiva perjudicada en el normal ejercicio de un derecho o actividad por demora excesiva de los empleados administrativos en realizar un trámite o diligencia a cargo del servicio aduanero podrá ocurrir ante el Tribunal Fiscal mediante recurso de amparo de sus derechos”.

Y el artículo. 1161 agrega: “El Tribunal Fiscal, si lo juzgare procedente... requerirá del Administrador Nacional de Aduanas que dentro de breve plazo informe sobre la causa de la demora imputada y forma de hacerla cesar... Contestado el requerimiento o vencido el plazo para hacerlo, podrá el Tribunal Fiscal resolver lo que corresponda para garantizar el ejercicio del derecho afectado, ordenando en su caso la realización del trámite administrativo o liberando de él al particular mediante el requerimiento de la garantía que estimare suficiente. El Vocal Instructor deberá sustanciar los trámites previstos en el primer párrafo del presente artículo dentro de los tres (3) días de recibidos... Cumplimentados los mismos, elevará inmediatamente los autos a la Sala, la que procederá al dictado de las medidas para mejor proveer que estime oportunas dentro de las cuarenta y ocho horas de la elevatoria...”.

Se trata de un amparo por mora de la administración similar al analizado en el punto anterior, con la diferencia de que se plantea ante el Tribunal Fiscal, que es un órgano administrativo y no judicial.

2.d. El amparo tributario

La Ley N° 11.683, de procedimiento tributario, reglamenta otro amparo en su artículo. 182: “La persona individual o colectiva perjudicada

en el normal ejercicio de un derecho o actividad por demora excesiva de los empleados administrativos en realizar un trámite o diligencia a cargo de la Administración Federal de Ingresos Públicos, podrá ocurrir ante el Tribunal Fiscal de la Nación mediante recurso de amparo de sus derechos. El recurrente deberá previamente haber interpuesto pedido de pronto despacho ante la autoridad administrativa y haber transcurrido un plazo de QUINCE (15) días sin que se hubiere resuelto su trámite”.

Como se advierte, se trata de un amparo semejante al vigente en el ámbito aduanero, incluso el trámite previsto en el artículo. 183 de esta ley es prácticamente idéntico a aquel.

2.e. El amparo electoral

El Código Electoral Nacional establece en su artículo. 10: “El elector que se considere afectado en sus inmunidades, libertad o seguridad, o privado del ejercicio del sufragio podrá solicitar amparo... por escrito o verbalmente, denunciando el hecho al juez electoral o al magistrado más próximo o a cualquier funcionario nacional o provincial, quienes estarán obligados a adoptar urgentemente las medidas conducentes para hacer cesar el impedimento, si fuere ilegal o arbitrario”. El artículo. 11 reza: “El elector también puede pedir amparo al juez electoral para que le sea entregado su documento cívico retenido indebidamente por un tercero”.

El procedimiento está regido por artículo. 147, que establece: “... los funcionarios y magistrados... resolverán inmediatamente en forma verbal. Sus decisiones se cumplirán sin más trámite por intermedio de la fuerza pública, si fuere necesario, y en su caso serán comunicadas de inmediato al juez electoral que corresponda. La jurisdicción de los magistrados provinciales será concurrente, no excluyente, de la de sus pares nacionales... A este fin los jueces federales o nacionales de primera instancia y los de paz mantendrán abiertas sus oficinas durante el transcurso del acto electoral. Los jueces electorales podrán asimismo destacar el día de elección, dentro de su distrito, funcionarios del juzgado, o designados ad hoc, para transmitir las órdenes que dicten y velar por

su cumplimiento. Los jueces electorales a ese fin deberán preferir a los jueces federales de sección, magistrados provinciales y funcionarios de la justicia federal y provincial.”

Esta figura difiere muy poco del amparo clásico, con la única particularidad de que se puede interponer y resolver verbalmente y que la competencia ampliada de los jueces está expresamente prevista en la norma, mientras que en el amparo genérico no lo está (aunque sí debería ser interpretado de ese modo).

2.f. El amparo sindical

La Ley n° 23.551, en su artículo. 47 establece: “Todo trabajador o asociación sindical que fuere impedido u obstaculizado en el ejercicio regular de los derechos de la libertad sindical garantizados por la presente ley, podrá recabar el amparo de estos derechos ante el tribunal judicial competente, conforme el procedimiento sumarísimo establecido en el artículo 498 del Código de Procedimientos Civil y Comercial de la Nación o equivalente de los códigos procesales civiles provinciales, a fin de que este disponga si correspondiere el cese inmediato del comportamiento antisindical.”

La acción aquí regulada tampoco difiere del amparo clásico, dado que los derechos sindicales que ella tiende a asegurar están contemplados en el artículo. 14 bis CN, con lo cual la acción del artículo. 43 (primer párrafo) resulta aplicable a ellos. Por otra parte, si comparamos este procedimiento con el del amparo genérico, en nada difieren uno de otro.

2.g. Amparo ambiental

El artículo. 30 de la Ley n° 25.675, con severos defectos de redacción, parecería establecer tres clases de procesos distintos:

(i) “Producido el daño ambiental colectivo, tendrán legitimación para obtener la *recomposición* del ambiente dañado, el afectado, el

Defensor del Pueblo y las asociaciones no gubernamentales de defensa ambiental, conforme lo prevé el artículo 43 de la Constitución Nacional, y el Estado nacional, provincial o municipal...”

(ii) “...asimismo, quedará legitimado para la acción *de recomposición o de indemnización* pertinente, la persona directamente damnificada por el hecho dañoso acaecido en su jurisdicción...”

(iii) “... Sin perjuicio de lo indicado precedentemente toda persona podrá solicitar, mediante acción de amparo, la *cesación* de actividades generadoras de daño ambiental colectivo” (énfasis agregado en los tres casos).

El primero se trata de un proceso similar al amparo colectivo del artículo. 43, segundo párrafo, CN (con expresa referencia a esta norma) enderezado a obtener la recomposición del ambiente. El segundo no se trataría de un amparo, sino de un proceso de conocimiento, en el que la legitimación se limita a la persona directamente damnificada y lo que se persigue es una recomposición o una indemnización, temas ajenos (sobre todo el segundo) a la acción de amparo. El tercero es subsumible en el amparo clásico del artículo. 43, primer párrafo, CN, con la particularidad de que la petición de fondo de la acción es una medida cautelar de no innovar.

2.b. El amparo colectivo

Esta acción ha sido instituida por vía jurisprudencial¹¹ y luego fue acogida por la reforma constitucional de 1994¹². Pese al tiempo

¹¹ El paradigma de los fallos que hicieron lugar a acciones en las que el amparista no era el titular de la relación jurídica que lo fundaba, sino que actuaba como representante promiscuo de un grupo alcanzado por el acto o hecho dañoso es “*Ekmekdjian c/ Sofovich*” de 1992 (Fallos 315:1492).

¹² Puede verse, al respecto, SABSAY DANIEL A., y MANILI PABLO L., “El Amparo Colectivo” en Sabsay Daniel A. (Director), y Manili Pablo L. (Coordinador),

transcurrido desde entonces, aún no se ha dictado una ley reglamentaria y quedan varias dudas a su respecto:

(i) más precisiones sobre el concepto de “*afectado*”, dado que no existen criterios uniformes en doctrina y en jurisprudencia acerca del alcance de ese término;

(ii) la creación del registro de asociaciones de defensa de los derechos de incidencia colectiva legitimadas para interponer este tipo de acciones, que está expresamente ordenada por el texto constitucional y aún no ha sido dictada;

(iii) cuáles son los criterios a aplicar por los jueces para la acumulación de las acciones promovidas por los mismos hechos, actos u omisiones, a fin de evitar el dictado de sentencias contradictorias

(iv) los efectos de la sentencia: si es *erga omnes* o si solamente tiene un efecto expansivo, que excede a las partes en el pleito pero que no alcanza a todos, especialmente en caso de que se declare la inconstitucionalidad de una norma, ya que en este caso, de considerarse que el efecto de la sentencia es *erga omnes*, debería aceptarse también que la norma queda derogada, lo cual contradice los pilares de nuestro sistema difuso de control de constitucionalidad.

(v) Si el Ministerio Público está habilitado o no para interponerlo, a lo cual respondemos —de *lege ferenda*— en forma afirmativa, porque el artículo. 120 CN se refiere expresamente a la defensa de los “*intereses generales de la sociedad*”, dentro de los cuales se encuentran los derechos de incidencia colectiva.

2.i. Otros subtipos de amparo

Si nos atenemos a los términos literales del artículo. 43 CN, el habeas data y el habeas corpus serían también subtipos de esta acción. Nótese que, luego de describir el amparo individual y el colectivo en sus dos primeros párrafos, el tercero reza “Toda persona podrá interponer *esta acción* para tomar conocimiento de los datos a ella referidos...” (el destacado nos pertenece). Incluso, ha habido casos en los que la frontera entre la acción de amparo y la de habeas data se presentaba dudosa, y los ministros de la Corte aplicaron una u otra denominación para encuadrar la misma demanda (caso “Urteaga”¹³).

Incluso, el llamado habeas corpus correctivo, es decir el que interpone una persona privada de su libertad para obtener una mejora en las condiciones de detención, tiene más de amparo que de habeas corpus, ya que el derecho protegido no es la libertad física sino el derecho a no ser torturado y a recibir un trato digno.

No obstante esas similitudes, a los fines de este trabajo preferimos considerarlos como acciones distintas del amparo, máxime cuando cada uno de ellos tiene su régimen integral específico, sancionado por el Congreso de la Nación (Leyes n° 23.098 para el habeas corpus y 25.326 para el habeas data).

3. Análisis de la normativa vigente

Con base en lo que expresamos en el primer punto de este trabajo, recapitulamos:

(i) En primer lugar, el *derecho al amparo* implica que cada persona, física o jurídica, tiene un derecho, constitucional e internacionalmente consagrado, a la existencia de una acción expedita y rápida para la defensa de sus derechos humanos fundamentales, consagrados expresa o

¹³ Fallos 321:2767.

implícitamente en la constitución, los tratados internacionales o las leyes (en sentido lato, es decir, abarcando decretos, constituciones provinciales, ordenanzas, resoluciones, etcétera).

(ii) En segundo término, como sabiamente sostuvo la Corte Suprema en el fallo “Siri”, ya citado, esa acción se deriva directamente de la constitución y debe ser admitida por los jueces *aún en caso de ausencia de texto legal que la reglamente*.

De ambas afirmaciones inferimos las siguientes:

(i) El amparo es un derecho en sí mismo, que se materializa a través de la consagración legislativa de una acción expedita, rápida y efectiva que posibilite el acceso a la justicia en defensa de los derechos humanos fundamentales.

(ii) Por lo tanto, al ser un derecho, es –conceptualmente– uno solo y no varios, dado que existe por mandato constitucional y por una obligación internacional, pero no por creación legal. Es más: existe independientemente de que las leyes lo regulen o no y separadamente de cómo lo regulan, por lo cual, lo establecido en la normativa infraconstitucional (leyes y decretos-leyes) apunta solo a su reglamentación y a la regulación de sus aspectos procedimentales.

(iii) En varios de los casos de amparos específicos analizados más arriba, la norma legal, en letra y en espíritu, parece más bien enderezada a vincularlo con determinadas materias o con temas puntuales (sindical, electoral y ambiental) que a crear una acción nueva o distinta del amparo clásico. Así, parecen una especie de “recordatorio” (incluido en el régimen de las asociaciones sindicales, en el código electoral y en la ley general del ambiente) en el sentido de que esa acción puede ejercerse *también* en esos ámbitos. Huelga apuntar que, exista o no “recordatorio” alguno, la constitución es obligatoria y es operativa, con independencia de las leyes o de las omisiones legislativas.

En consecuencia, sostenemos que no es conveniente ni deseable que existan normas que legislen una multiplicidad de amparos, las cuales,

en la mayoría de los casos, poco o nada agregan a lo que surge de la constitución o incluso a lo que emana del vetusto Decreto ley n° 16.986. De ese modo, una futura –y necesaria– reforma legislativa debería reducir y unificar esta cantidad de amparos sobrepuestos y redundantes, conteniendo una parte general que contenga el diseño del instituto y algunas particularidades para algún caso puntual que así lo justifique (por ejemplo, cuando la acción no tramita ante un tribunal de justicia sino ante uno administrativo).

4. Propuesta de reforma

Con base en lo expuesto consideramos necesario:

a) Derogar íntegramente el Decreto ley n° 16.986 y las demás normas referidas más arriba en cuanto se refieren al amparo, incluido el artículo. 321 del CPCC.

b) Reemplazar a todas ellas por un régimen integral del amparo que contenga un capítulo general común a todos los amparos y, a continuación, algunas normas específicas para los casos especiales que el legislador considere necesario contemplar expresamente, pero sin que esas normas específicas alteren la unidad del régimen del amparo.

c) Establecer normas comunes para el amparo, el habeas corpus (Ley n° 23.098), el habeas data (Ley n° Ley 25.326), la acción declarativa de inconstitucionalidad (dando recepción a la jurisprudencia de la Corte Suprema que desde hace más de un cuarto de siglo¹⁴ amplió el ámbito de acción del artículo. 322 CPCC convirtiendo esa acción en un proceso constitucional) y las acciones de clase (introducidas parcialmente en el fallo “*Halabi*”¹⁵ de la Corte, pero aún sin reglamentar legislativamente).

¹⁴ Fallos 307:1379.

¹⁵ Fallos 332:111. Decimos que las introdujo “parcialmente” porque el fallo se refiere solamente a las acciones de clase relacionadas con derechos individuales homogéneos en temas no patrimoniales.

Todos esos procesos constitucionales podrían perfectamente estar legislados en conjunto en un código procesal constitucional, que contenga un capítulo preliminar común a ellos, en el cual se contemple:

- ♦ La eliminación de los plazos de caducidad y de prescripción para la iniciación de esas acciones.
- ♦ Normas que faciliten el dictado de medidas cautelares, tanto las tradicionales (prohibición de innovar, embargo, inhibición general de bienes, etcétera), como las innovativas.
- ♦ El efecto devolutivo (y no suspensivo, salvo casos muy excepcionales) de la apelación que se interponga contra las medidas cautelares dispuestas en estos procesos¹⁶.

¹⁶ Al momento en que escribimos estas líneas (fines de 2012) se encuentra a consideración de la H. Cámara de Diputados de la Nación un proyecto de reforma al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, presentado por ciertos diputados oficialistas (Nº de Expediente 1176-D-2012, trámite parlamentario 013 del 20/03/2012) que implica una notoria restricción de las facultades de los jueces de dictar medidas cautelares en contra del Estado. He aquí algunas de sus normas, cuya palmaria inconstitucionalidad nos exime de todo análisis: "Artículo 208 bis: En las medidas cautelares interpuestas contra cualquiera de los entes u órganos del artículo 8º de la Ley 24.156, el juez actuante deberá citar a las partes y a posibles terceros afectados, con habilitación de días y horas hábiles, a una audiencia en forma previa y urgente a la resolución de la medida cautelar solicitada... La audiencia no implica un traslado ni la posibilidad de oponer excepciones, aunque la demandada y los eventuales terceros afectados podrán incorporar a la causa la documentación o extremos que consideren pertinentes para permitir al juez alcanzar la mayor convicción sobre la procedencia o improcedencia de la medida solicitada. La inasistencia por parte del requirente de la medida o de su apoderado a la audiencia implicará el desistimiento de la medida solicitada. En similar sentido, en las medidas cautelares interpuestas en acciones colectivas o con efectos colectivos, el juez podrá, previo a su dictado, ordenar la celebración de una audiencia pública de carácter informativo. Artículo 208 Ter: Celebrada la audiencia en cuestión, el magistrado procederá a resolver la medida cautelar de que se trate y el proceso seguirá conforme lo dispuesto por el presente Capítulo, salvo que considere pertinente disponer de medidas previas hasta la resolución de la pretensión cautelar solicitada. Artículo 208 quater: Podrá dictarse cualquier tipo de medida cautelar contra los entes y órganos mencionados en el artículo 208 bis, cuando se encuentren configurados los siguientes extremos: 1) El cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 230. 2)

- ♦ La reducción de los plazos de que disponen los tribunales para expedirse y la creación de sanciones para los funcionarios judiciales que demoren excesivamente la resolución de estos casos.
- ♦ La ampliación de la competencia de los tribunales, para facilitar el acceso a la justicia.
- ♦ La gratuidad de todos los procesos constitucionales¹⁷.

La existencia de un peligro irreparable en la demora. 3) La demostración prima facie por parte del solicitante, de la manifiesta ilegitimidad o arbitrariedad del acto o conducta cuestionada. 4) La consideración del interés público comprometido, en especial, que el otorgamiento de la medida cautelar no afecte el interés público comprometido ni genere mayores perjuicios que su no otorgamiento. 5) El no menoscabo de las atribuciones de los otros poderes del Estado, por el otorgamiento de la medida cautelar. Artículo 208 quinquies: Cuando un integrante de un poder del Estado solicite una medida cautelar invocando una legitimación fundada en el ejercicio de sus funciones, deberá acreditar el cumplimiento del procedimiento constitucional dispuesto para encauzar su pretensión como integrante de ese Poder estatal y, en todos los casos, la medida cautelar solo podrá concederse mediante una caución real del requirente". Asimismo, se incluye en el proyecto, la siguiente modificación del artículo. 15 del Decreto-Ley 16.986/66: "Solo serán apelables la sentencia definitiva, las resoluciones previstas en el artículo 3º y las que dispongan medidas cautelares. El recurso deberá interponerse dentro de 48 horas de notificada la resolución impugnada y será fundado, debiendo denegarse o concederse dentro de las 48 horas. En este último caso se elevará el expediente al respectivo Tribunal de Alzada dentro de las 24 horas de ser concedido. Los recursos contra la sentencia definitiva y contra las resoluciones previstas en el artículo 3º serán concedidos en ambos efectos. Los recursos contra la admisión de medidas cautelares de cualquier tipo serán concedidos en efecto devolutivo".

¹⁷ Si bien aquí nos estamos refiriendo solamente a los procesos constitucionales, conviene recordar que Bidart Campos sostenía acertadamente "que siempre y en todos los casos la tasa de justicia es inconstitucional, ya que el estado no puede cobrar por el ejercicio de una función del poder, mucho menos cuando, como en la de administrar justicia, debe cumplir el mandato constitucional de afianzarla. Tal inconstitucionalidad alcanza tanto al pago previo como al posterior" (Bidart Campos, Germán J., *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Tomo II-A, Buenos Aires, Ediar, 2003, p. 20). Nos hemos referido a este tema en nuestro libro *La Seguridad Jurídica. Una deuda Pendiente*, Buenos Aires, Hammurabi, 2011, p. 137.

- ♦ La habilitación de días y horas en forma automática en este tipo de procesos.
- ♦ El impulso de oficio y la inaplicabilidad de las normas que rigen la caducidad de la instancia
- ♦ La posibilidad de interponerlos sin patrocinio letrado.
- ♦ En el caso del amparo, derogar expresamente el requisito de agotar la vía administrativa en forma previa, dado que el art 43 CN no lo exige
- ♦ La dirección judicial del proceso (es decir, un rol activo de la magistratura).
- ♦ La aplicación del principio *iura novit curia* para suplir omisiones o defectos en el planteo de las cuestiones constitucionales o de derecho común.

Hacemos votos, pues, para que en una eventual –pero muy necesaria– reforma legislativa, el Congreso de la Nación, como hipótesis de mínima, simplifique la multiplicidad de amparos existentes en la actualidad, unificando su régimen y, como alternativa de máxima, codifique en una sola ley la regulación de los procesos constitucionales existentes.

