

La progresiva apertura e incorporación del Derecho Internacional de los derechos humanos en la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina

Por Alfonso Santiago ¹

Contenido

I. Presentación	2
II. La progresiva recepción y armonización del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el sistema jurídico argentino	2
III: Conclusiones	13

¹ Abogado y Doctor en Derecho por la Universidad de Buenos Aires. Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad Austral. Miembro Titular de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires y Director de su Instituto de Derecho Constitucional. Miembro correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid.

I. Presentación

En esta comunicación pretendemos describir, analizar y valorar el papel que ha correspondido a la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina en la tarea de articular, armonizar y generar un diálogo recíproco entre el derecho constitucional nacional y el derecho internacional de los derechos humanos, especialmente en los últimos veinticuatro años transcurridos desde el dictado del fallo Ekmekdjian en 1992. Nos centraremos, por tanto, en el análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina en sus dos últimas etapas: la décimo primera (1990-2003) y la décima segunda (2003 hasta nuestros días)². Es dentro de estas últimas dos etapas donde tiene lugar un desarrollo notable de la temática elegida a través de importantes decisiones y criterios establecidos por nuestro máximo tribunal.

II. La progresiva recepción y armonización del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el sistema jurídico argentino

A lo largo de estas dos décadas y media la Corte Suprema argentina ha ido resolviendo cuestiones y fijando criterios que han permitido, facilitado y promovido la progresiva recepción en nuestro medio de los contenidos y principios del derecho internacional de los derechos humanos y su armonización con el sistema normativo nacional.

En ese itinerario cabe mencionar nueve cuestiones o puntos claves que han sido abordados y definidos por la jurisprudencia de nuestro máximo tribunal, con algunas lógicas e inevitables marchas y contramarchas y zigzagueos jurisprudenciales.

Veremos cada una de esas cuestiones abordadas y resueltas por las integraciones de la Corte Suprema de las dos últimas etapas:

1) **monismo de fuentes**: inicialmente cabe señalar que la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina ha adherido a las tesis monistas, de modo tal que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el derecho interno constituyen un único sistema jurídico y la entrada en vigencia en el orden internacional de un Tratado de Derechos Humanos significa su inmediata entrada en vigencia también en el orden interno. La Constitución argentina originaria de 1853-60 adhirió ya implícitamente a ese modelo cuando señaló que los Tratados Internacionales son parte de nuestro Derecho Federal (art. 31) y los jueces federales tienen competencia para resolver los casos regidos por esas normas (art. 116). Se trata de un monismo con primacía final de la Constitución de acuerdo a lo establecido en el art. 27 de nuestra carta magna.

2) **carácter operativo directo de los derechos reconocidos en los Tratados**

² Cfr., Santiago, Alfonso (Director), *Historia de la Corte Suprema argentina (1863-2013)*, Marcial Pons, Bs. As., 2013.

Internacionales: la Corte Suprema reconoció en su fallo del caso Ekmekdjian³ de 1992 la plena operatividad a los derechos humanos consagrados en estos instrumentos internacionales. La doctrina fijada en ese fallo se apartó del criterio anterior del tribunal sostenida en el caso Ekmekdjian c. Sofovich del año 1988, acerca del carácter programático del derecho de réplica reconocido en el art. 13 de la CADH y de la necesidad de una ley de una ley interna que lo haga operativo. Otros fallos posteriores confirmaron la adopción del nuevo criterio. Pueden mencionarse, entre muchos otros, como ejemplo de lo dicho, el caso Petric⁴ en materia de derecho de réplica; el caso Girolodi⁵, sobre el derecho a la doble instancia en materia penal; los casos Serra⁶, Brusa⁷ y Hagelin⁸, sobre tutela judicial efectiva.

3) **supremacía de los Tratados Internacionales sobre las leyes internas:** en el caso Ekmekdjian de 1992 nuestro máximo estableció otro criterio de suma importancia: la supremacía de los tratados sobre las leyes internas. De este modo nuestro máximo tribunal dejó de lado la pauta anterior acerca del mismo nivel normativo que tenían los tratados y las leyes⁹. Dos años después el Poder Constituyente de 1994 incorporó dicho criterio al establecer en el art. 75 inc. 22.1 que “los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes”. Numerosos fallos jurisprudenciales posteriores dan cuenta del seguimiento de este claro criterio constitucional, entre los que se puede mencionar por su importancia a los casos Fibraca¹⁰ y Café La Virginia¹¹

4) **jerarquía constitucional de los Tratados Internacionales sobre derechos humanos:** el Constituyente de 1994 otorgó jerarquía constitucional a once Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos que, sin formar parte de la Constitución, tienen, sin embargo, ese nivel normativo¹². Ello ha provocado una

³ Fallos, 315:1492 (1992).

⁴ Fallos, 321:885 (1998).

⁵ Fallos, 318:514 (1995).

⁶ Fallos, 316:2454 (1993).

⁷ Fallos, 326:4816 (2003).

⁸ Fallos, 326:3268 (2003).

⁹ Desde el caso “Martín” de 1963, (Fallos, 257:99, 1963), la Corte Suprema había sostenido el principio de la igualdad jerárquica entre los tratados internacionales y la ley interna, cuyos conflictos normativas se resolvían de acuerdo a los principios generales que sostienen que la norma posterior prevalece sobre la anterior y la especial sobre la general. Esta postura fue luego reiterada en el caso “Esso, S.A. Petrolera Argentina c/Nación”, Fallos, 271:7 (1968). De modo aislado, la Corte Suprema sostuvo en el caso “Merck” (Fallos, 211:162, 1948) que en tiempo de guerra los Tratados Internacionales predominan sobre las normas internas, aún la propia Constitución.

¹⁰ Caso “Fibraca Constructora SCA c/Comisión Técnica Mixta de Salto Grande”, Fallos, 316:1669 (1993).

¹¹ Caso “Cafés La Virginia S.A.”, Fallos, 317:1282 (1994).

¹² Señala el art. 75 inc. 22 en su segundo y tercer párrafo: “La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional,

profunda transformación de nuestro sistema jurídico en casi todas sus ramas a partir de la interpretación que de ellos han realizado los jueces nacionales¹³. La decisión del Constituyente otorgaba un carácter complementario a las normas internacionales que en ningún caso podrían modificar lo establecido en los primeros 35 artículos de nuestra constitución, entre ellos el art. 27 que establece con claridad la subordinación de los tratados internacionales a lo dispuesto en la Constitución. Continuó en un modelo monista con supremacía final de la Constitución.

5) establecimiento por parte de la jurisprudencia de la Corte Suprema de una presunción “iure et de iure” de que hay una plena compatibilidad entre la primera parte de la Constitución Nacional y los once Tratados sobre Derechos Humanos a los que el Constituyente de 1994 ha otorgado jerarquía constitucional en el art. 75 inc. 22.2: Señala esta disposición constitucional en su parte final que los mencionados Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos “en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”. A instancias del Dr. Boggiano, en varios votos los jueces de la Corte Suprema adhirieron a la tesis de que el Constituyente hizo un juicio definitivo sobre la compatibilidad del contenido de los Tratados Internacionales a los que otorgó

no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional”. Desde 1994 a la fecha el Congreso ha otorgado jerarquía constitucional a tres Tratados sobre Derechos Humanos: la Convención Americana sobre la desaparición forzada de personas; la Convención sobre Imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad; la Convención sobre personas con discapacidad.

¹³ La Corte Suprema ha reconocido esta transformación operada en nuestro sistema jurídico en el consid. 16 del caso Arriola (CS, 26-VIII-09) “*cabe tener presente que una de las pautas básicas sobre la que se construyó todo el andamiaje institucional que impulsó a la Convención Constituyente de 1994 fue el de incorporar a los tratados internacionales sobre derechos humanos como un orden equiparado a la Constitución Nacional misma (artículo 75, inc. 22). Así la reforma constitucional de 1994 reconoció la importancia del sistema internacional de protección de los derechos humanos y no se atuvo al principio de soberanía ilimitada de las naciones (considerandos 18 y 19 in re “Mazzeo”, Fallos: 330:3248). Este último acontecimiento histórico ha modificado profundamente el panorama constitucional en muchos aspectos, entre ellos, los vinculados a la política criminal del Estado, que le impide sobrepasar determinados límites y además lo obliga a acciones positivas para adecuarse a ese estándar internacional. Estos parámetros internacionales han sido especialmente tenidos en cuenta por esta Corte al dictar diferentes pronunciamientos, así en cuestiones tales como las condiciones carcelarias mínimas aceptables (“Verbitsky” Fallos: 328: 1146); a la revisión del fallo condenatorio en causas penales (“Casal” Fallos: 328:3399); derecho de los menores en conflicto con la ley penal (“Maldonado” Fallos: 328:4343); el debido proceso en internaciones psiquiátricas involuntarias (“Tufano” Fallos: 328:4832); alcance de la garantía de imparcialidad (“Quiroga” Fallos: 327:5863, “Llerena” y “Dieser” Fallos: 328:1491 y 329:3034, respectivamente); defensa en juicio (“Benítez” y “Noriega” Fallos: 329:5556 y 330:3526, respectivamente); derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (“Barra” Fallos: 327:327); precisiones sobre el concepto de peligrosidad (“Gramajo” Fallos: 329:3680); derecho de las víctimas (“Santillán” Fallos: 321:2021); y fundamentalmente, todo lo vinculado a la investigación y sanción de graves violaciones a los derechos humanos (“Arancibia Clavel” Fallos: 327:3312; “Simón” Fallos: 328:2056 y “Mazzeo” Fallos: 330:3248), entre otras cuestiones”.*

jerarquía constitucional con el propio texto de la Constitución Nacional, particularmente con su primera parte. Ese juicio de compatibilidad no es susceptible de revisión judicial. Por lo tanto, hay que presumir *iure et de iure*, sin admitir prueba en contrario, que todas las disposiciones de esos Tratados son plenamente compatibles con la Constitución argentina y que deben ser interpretados de modo armónica con ella, como normas que tienen el mismo rango normativo¹⁴. Esta tesis, estuvo presente en numerosos votos a partir del año 1996¹⁵.

6) seguimiento de las pautas interpretativas de los Tratados Internacionales establecidas por los tribunales y organismos internacionales: otra cuestión interpretativa que se planteó es si la jurisprudencia emanada de los tribunales y organismos internacionales establecidos en los Tratados Internacionales que gozan de jerarquía constitucional, tiene que ser seguida por los tribunales argentinos, ya que esa doctrina jurisprudencial integraría de modo complementario y accesorio la normativa a la que el Constituyente le ha querido otorgar jerarquía constitucional. Este sería, para la jurisprudencia de nuestro máximo tribunal, un nuevo significado de la expresión “en las condiciones de su vigencia”¹⁶ contenida en el art. 75 inc. 22.2¹⁷. La voluntad del Constituyente de 1994 al incorporar esa expresión era decir que esos Tratados Internacionales regían para nuestro país con las reservas que nuestro país había formulado a la hora de aprobarlos o ratificarlos. La Corte Suprema añadió un nuevo significado a esa expresión, con vastas consecuencias prácticas.

La Corte Suprema argentina utilizó a lo largo de las últimas dos décadas distintas

¹⁴ Así en el consid. 10 del voto de la sentencia del caso Cancela (Fallos, 321:2637, 1998) se señala: “conviene recordar que el art. 75 inc. 22, mediante el que se otorgó jerarquía constitucional a los Tratados cuyas disposiciones se han transcripto, establece en su última parte, que aquellos ‘no derogan artículo alguno de la primera partes de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos’. Ello indica que los constituyentes han efectuado un juicio de comprobación en virtud del cual han cotejado los Tratados y los artículos constitucionales y han verificado que no se producen derogación alguna, juicio que no pueden los poderes constituidos, desconocer o contradecir. De ello se desprende que la armonía o concordancia entre los Tratados y la Constitución, es un juicio constituyente. No pueden ni han podido, derogar la Constitución pues esto sería un contrasentido insusceptible de ser atribuido al constituyente, cuya imprevisión no cabe presumir”.

¹⁵ cfr., entre otros, Monges, Fallos, 319:3148; Chocobar, Fallos, 319:3241; Petric, Fallos, 321:885, votos de los Dres. Moliné O’Connor y Boggiano; Rozemblum, Fallos, 321:2314, disidencia del Dr. Boggiano; S., V, Fallos, 324:975, voto de los jueces Moliné O’Connor y López y de los jueces Boggiano y Vázquez.

¹⁶ En cambio, para otros autores, entre ellos el Dr. Barra quien fue miembro de la Comisión Redactora de la Convención Constituyente de 1994, esa expresión aludía a que cada uno de los instrumentos internacionales a los que se le dio jerarquía constitucional rige en “las condiciones de su vigencia”, es decir, con las aclaraciones y reservas que el gobierno argentino estableció al momento de comprometer su voluntad internacional: cfr. Barra, Rodolfo, *Declaraciones, tratados y convenciones internacionales*, en *La reforma de la Constitución explicada por miembros de la Comisión Redactora*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1994, pág. 167.

¹⁷ “La jerarquía constitucional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente en las condiciones de su vigencia... Esto es, tal como la Convención rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales para su interpretación y aplicación”, caso Giroldi, Fallos, 318:514 (1995).

expresiones para referirse al seguimiento de las interpretaciones provenientes de la Corte IDH y de la CIDH. Ya en el caso Ekmekdjian¹⁸ de 1992, el voto mayoritario del tribunal, al acudir a la interpretación que la Corte IDH había hecho del derecho de réplica en su Opinión Consultiva n° 7, señaló él debía “guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” (cfr. consid. 21)¹⁹. Más adelante en el caso Bramajo²⁰ de 1996, se señaló que también los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos debían “servir de *guía para la interpretación* de los preceptos convencionales”. En el año 2006, al resolver el caso Simón²¹, la Corte Suprema señala de modo más enfático que “las directivas de la Comisión Interamericana constituyen una *imprescindible* pauta de interpretación de los deberes y obligaciones derivados de la Convención Americana” y que “la traslación de las conclusiones de la Corte Interamericana (...) al caso argentino resulta *imperativa*, si es que las decisiones del Tribunal internacional mencionado han de ser interpretadas de buena fe como pautas jurisprudenciales”²². Finalmente, en el caso Mazzeo²³ del año 2007, la Corte Suprema argentina recepta la noción del control de convencional²⁴ y señala que “el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete último de la Convención Americana” y se afirma que ella es una “*insoslayable* pauta de interpretación”²⁵. A partir de ese fallo, el máximo tribunal aludirá y realizará en numerosos casos, junto al control de constitucional tradicional, el control de convencionalidad de oficio establecido por la Corte IDH²⁶. La Corte Suprema, al resolver en el año 2013 el caso Carranza Latrabusse²⁷ establecerá el carácter

¹⁸ Fallos, 315:1492 (1992).

¹⁹ Allí se dijo: las palabras “en las condiciones que establezca la ley” se refieren a los diversos sistemas jurídicos internos, integrados también por las sentencias de sus órganos jurisdiccionales, pues tanto la tarea judicial como legislativa persiguen el fin común de las soluciones valiosas [...]. En este sentido, puede el Tribunal determinar las características con que ese derecho, ya concedido por el tratado, se ejercitará en el caso concreto “.

²⁰ Fallos, 319:1840, (1996)

²¹ Fallos, 328: 2056 (2005).

²² Consid. 24 del voto del Dr. Petracchi. Expresiones similares se pueden encontrar en el consid. 15 del voto del Dr. Zaffaroni, consid. 29 del voto de la Dra. Highton de Nolasco y consid. 25 del voto del Dr. Lorenzetti.

²³ Fallos, 330:3248 (2007).

²⁴ Se afirma en el consid. 21 del voto mayoritario “*Que, por su parte, la Corte Interamericana ha señalado que "es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos". En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana (CIDH Serie C N° 154, caso "Almonacid", del 26 de septiembre de 2006, parágraf. 124).*

²⁵ Consid. 20.

²⁶ Cfr. casos “Aparicio”, “Videla”, etc.

²⁷ Fallos, 336:1024 (2013)

vinculante no sólo de la doctrina jurisprudencial de la Corte IDH, sino también de las recomendaciones de la Comisión IDH²⁸. Este criterio será reiterado en el año 2014 al resolver el caso “Arrillaga, Alfredo Manuel”²⁹.

Parte de la doctrina constitucional ha criticado fuertemente la pretensión de extender la obligatoriedad de su jurisprudencia de la Corte IDH a los Estados que no han sido parte en el proceso en que fueron establecidos esos criterios jurisprudenciales, sosteniendo que esa pretensión constituye un exceso en relación a las obligaciones asumidas por los estados nacionales al momento de ratificar la Convención Americana de Derechos Humanos y, también, el asignarle un carácter obligatorio a las simples recomendaciones que formula la Comisión IDH.

Más allá de algunas críticas doctrinarias, parece consolidarse a nivel de la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina el seguimiento de la doctrina jurisprudencia de la Corte IDH y de las recomendaciones de la Comisión IDH y la obligación de todos los jueces y funcionarios públicos de realizar el denominado control de convencionalidad al momento de ejercer sus funciones.

7) Recepción del control de convencionalidad *ex officio*: a partir del caso Mazzeo³⁰ del año 2007 la Corte Suprema argentina recibe, adopta, hace propia y pretende imponer a los jueces de todas las instancia la doctrina del control de convencionalidad *ex officio* desarrollada por la Corte IDH a partir del caso Almonacid Arellano del año 2006³¹. Ya no se trata tan sólo del seguimiento de la jurisprudencia que fije este tribunal sino de una obligación de realizar en todos los casos un control de convencionalidad de todas las normas que un juez está llamado aplicar, más allá de que exista jurisprudencia interamericana sobre ese

²⁸ Los hechos del caso son los siguientes: el actor es un juez provincial que fue destituido por el golpe militar de 1976. Tras el regreso al orden democrático inició acciones para obtener su restitución en su cargo, lo que no le fue concedido alegando que se trataba de una cuestión política no justiciable. Tras agotar las instancias locales, el actor denunció al Estado argentino ante la Comisión IDH. Este organismo mediante el Informe 30/97 reconoció la responsabilidad del Estado argentino por considerar que al no resolver el fondo del reclamo del actor, se violó su derecho a la tutela judicial efectiva. En base al mencionado informe el actor inicia acción de daños y perjuicios contra el Estado Nacional por privación del servicio de justicia, que es acogida favorablemente en primera y segunda instancia. El dictamen del Procurador General, en lo que a nosotros nos interesa, se inclina por el rechazo de la demanda. Señala que “las únicas decisiones de los órganos de protección del sistema interamericano que son obligatorias para los Estados son las sentencias contenciosas de la Corte Interamericana, y ello, por un lado, dentro de los términos del art. 68.1 de la Convención Americana y, por el otro, siempre y cuando esas sentencias no impongan una medida que implique desconocer derechos fundamentales del ordenamiento jurídico interno, tal como ha sostenido el Ministerio Público Fiscal cuando en oportunidades anteriores, criterio éste similar al reconocido por la jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional alemán respecto de las sentencias del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos”.

²⁹ CS, A. 917. XLVIII, 30/12/2014.

³⁰ Fallos, 330:3248 (2007).

³¹ Así, en el consid. 21 del voto mayoritario en el caso Mazzeo, con remisión al parág. 124 de la sentencia de la CIDH en el caso “Almonacid” del 26/9/2006, se puede leer: “...el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”. El juez “... debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”.

punto o la parte lo haya pedido. La obligación y facultad reconocida a los jueces de todas las instancias de ejercer simultáneamente el control de constitucionalidad y de convencionalidad aumenta enormemente su ámbito de decisión.

8) Cumplimiento de las sentencias de la Corte IDH que afectan el contenido de los fallos pronunciados por la Corte Suprema argentina: también ha sido zigzagueante el criterio de nuestro máximo tribunal respecto del cumplimiento de las sentencias condenatorias del Estado argentino por parte de la Corte IDH³², cuando ello implicaba dejar sin efecto sentencias de la propia Corte Suprema. Veamos en este sentido lo ocurrido en los casos “Cantos”³³, “Espósito”³⁴ y “Derecho”³⁵.

El caso Cantos es un claro ejemplo de posibles dificultades que pueden surgir en la articulación entre la jurisdicción nacional e internacional con motivo del cumplimiento de sentencias emanadas de los tribunales internacionales. La Corte Interamericana de Derechos Humanos había dictado sentencia en la causa “Cantos”, decidiendo que, al haber aplicado al caso la ley de tasa de justicia y de honorarios profesionales, el Estado argentino había violado el derecho de acceso a la justicia consagrado en los arts. 8.1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pretendiendo cobrar al actor sumas exorbitantes una vez terminado el juicio. En consecuencia, se dispuso que el Estado argentino debía : a) abstenerse de cobrar a Cantos la tasa de justicia y la multa por falta de pago de la misma, levantado todas las cautelares trabadas al efecto; b) fijar en un monto razonable los honorarios que habían sido regulados en el caso resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y c) asumir el pago de los honorarios y costas correspondientes a todos los peritos y abogados del Estado y de la Provincia de Santiago del Estero. A raíz de esta sentencia del tribunal interamericano, el Procurador del Tesoro de la Nación se presenta ante la Corte Suprema a los fines de que este tribunal instrumente el cumplimiento de lo dispuesto por la Corte Interamericana. La mayoría de la Corte declina la intervención solicitada por el Procurador del Tesoro. Se dice que, de hacerlo, se estarían infringiendo ostensiblemente los derechos constitucionales de los profesionales que habían intervenido en la causa. En efecto, la reducción de honorarios ordenada por el tribunal interamericano, importaría violar, no sólo el derecho de propiedad de los mentados profesionales, sino también su derecho a la defensa en juicio, toda vez que no habían tenido oportunidad de participar en el procedimiento desarrollado ante la instancia internacional. Por lo demás, señala la mayoría que no corresponde sustanciar pedidos de esta índole fuera de una causa judicial. En suma, la Corte se resiste en este caso a ordenar el cumplimiento de una sentencia del tribunal interamericano, no sin antes deslizar una aguda

³² Hasta el año 2016 la Argentina ha sido demandada en diecisiete casos contenciosos ante la Corte IDH por incumplimiento de sus obligaciones contraídas en la CADH, siendo condenada en catorce de ellos. Ocupa el séptimo lugar entre los países más demandados ante ese tribunal interamericano.

³³ Fallos, 326:2968 (2003).

³⁴ Fallos, 327:5668 (2004).

³⁵ CS, 11-VII-07.

reflexión, al hacer notar que “bajo el ropaje de dar cumplimiento con una obligación emanada de un tratado con jerarquía constitucional, se llegaría a la inicua –cuanto paradójica- situación, de hacer incurrir al Estado argentino en responsabilidad internacional por afectar garantías y derechos reconocidos a los profesionales, precisamente, en el instrumento cuyo acatamiento se invoca”.

En el caso Espósito³⁶ la Corte Suprema resuelve un recurso extraordinario contra la resolución de la Cámara que había declarado prescripta la acción en el conocido caso Bulacio. Los hechos de la causa habían sido tratados y conocidos por la Corte IDH que declaró la responsabilidad internacional del Estado Argentino debido a la deficiente tramitación de la causa judicial que se tradujo en la violación del derecho a la tutela judicial efectiva de los familiares de la víctima. En su sentencia la Corte IDH estableció que “el Estado debe proseguir y concluir la investigación del conjunto de los hechos de este caso y sancionar a los responsables de los mismos: que los familiares de la víctimas deberán tener pleno acceso y capacidad de actuar, en todas las etapas e instancias de dichas investigaciones, de conformidad con la ley interna y las normas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y que los resultados de las investigaciones deberán ser públicamente divulgados”. Aunque la acción estaba prescripta para el derecho argentino, la Corte Suprema, teniendo en cuenta la sentencia de la Corte IDH, declaró inaplicables al caso las normas generales sobre la extinción de la ley penal y ordenó la prosecución de la causa. Señaló el tribunal que “la decisión mencionada resulta de cumplimiento obligatorio para el Estado argentino (art. 68.1 CADH), por lo cual también esta Corte, en principio, debe subordinar el contenido de sus decisiones a las de dicho tribunal internacional”. No obstante esta decisión, el tribunal argentino señala su discrepancia con el fallo de la Corte IDH por entender que es lesivo de las garantías penales establecidas en el art. 18 de la CN.

Una situación similar al caso “Espósito” se presentó en la causa “René Derecho”³⁷, en el que también se discutía la prescripción de la acción penal iniciada contra un agente de las fuerzas de seguridad acusado de apremios ilegales. En un primer pronunciamiento el 11 de julio de 2007, la Corte Suprema argentina declaró la prescripción de la acción penal y cerró la causa, dejando de lado su anterior postura asumida en el caso Espósito y no siguiendo la doctrina sentada en ese caso por la Corte IDH. Previamente, en mayo de 2007, la Corte IDH en el caso “Bueno Alves vs Argentina” había establecido la responsabilidad internacional del Estado argentino en relación a su deber de investigar los hechos denunciados en esta causa. La Corte Interamericana consideró que los hechos denunciados por el señor Bueno Alves –víctima del delito reprochado a Derecho- constituía un caso de torturas y por ende una vulneración a derechos humanos, por lo que entendió que el Estado Argentino debía realizar las investigaciones para determinar las correspondientes responsabilidades que surgieran de ellas y aplicar las consecuencias que la ley prevea. Esa sentencia recién fue notificada

³⁶ Fallos, 327:5668 (2004).

³⁷ CS, 11-VII-07

oficialmente a la Corte Suprema argentina el 21 de septiembre de 2007. Cuatro años después, en noviembre de 2011, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en decisión dividida³⁸, hizo lugar al recurso de revocatoria de la parte querellante, dejó sin efecto la sentencia dictada por el propio Tribunal el 11 de julio de 2007 y dispuso devolver las actuaciones para que un tribunal inferior dé cumplimiento a lo dispuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos –sentencia “Bueno Alves vs Argentina”.

Como podemos observar, tanto en materia de seguimiento de las recomendaciones de la Comisión Interamericana como de cumplimiento de las sentencias de la Corte IDH la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina es algo ambigua e inconsistente y no se ha consagrado aún de modo definitivo una supremacía tanto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos sobre las disposiciones Constitucionales, como de las decisiones de la Corte IDH sobre los fallos de la propia Corte Suprema argentina. Estaríamos en presencia no solamente de un conflicto entre normas, sino entre tribunales nacionales e internacionales, en el que la Corte Suprema pretende mantener su carácter de tribunal final y supremo del sistema político argentino, sin admitir una plena subordinación a las instancias internacionales. Sin embargo, en las decisiones de la Corte Suprema de los últimos años se advierte una mayor apertura y tendencia al cumplimiento más estricto tanto de las sentencias de la Corte IDH como de las recomendaciones de la Comisión.

9) posible existencia de conflictos insalvables entre las normas constitucionales y los textos o jurisprudencia internacionales: más allá de estas pautas de armonización entre el derecho interno y el derecho internacional de los Derechos Humanos que hemos analizado en los acápites anteriores, se puede plantear la cuestión de cómo un juez nacional debe resolver un conflicto insalvable entre la Constitución Nacional y una norma o criterio interpretativo proveniente del Derecho Internacional de los Derechos Humanos³⁹. Las preguntas decisivas que corresponde plantear y resolver en torno a esta problemática son las siguientes:

- ¿a qué norma, la constitucional o la convencional, corresponde el máximo rango normativo en el sistema jurídico argentino?
- ¿en caso de conflicto insalvable, el juez nacional por cuál norma tiene que elegir: la constitucional o la convencional?
- ¿corresponde realizar el control de convencionalidad de las normas

³⁸ Integraron la mayoría los ministros Enrique Petracchi, Juan Carlos Maqueda (por su voto) y Eugenio Zaffaroni y Elena Highton de Nolasco. En tanto, que Carlos Fayt y Carmen Argibay entendieron que debía rechazarse la presentación.

³⁹ Cfr., Sagüés, Néstor P., “El ‘control de convencionalidad’, en particular sobre las constituciones nacionales”, Revista La Ley, Bs. As., 2008, donde este destacado constitucionalista argentino hace un llamado a la prudencia por parte de la Corte Interamericana en el ejercicio del control de convencionalidad. De lo contrario, el propio tribunal debilitaría su natural autoridad y ascendiente.

constitucionales⁴⁰ o, más bien, lo procedente es hacer el control de constitucionalidad de las disposiciones convencionales y/o de las interpretaciones que de ella hagan los tribunales internacionales?

- ¿cuál es la instancia jurídica suprema? ¿a quién debe lealtad final el juez nacional?

No se trata de meras elaboraciones “de laboratorio”, sino de cuestiones que comienzan a plantearse en nuestra práctica jurídica. Alcanza para ello mencionar tres ejemplos:

- en el caso Brusa⁴¹ se planteó la cuestión de si, aun teniendo en cuenta que el art. 115 de la CN establece el carácter irrecurrible del fallo del Jurado de Enjuiciamiento, corresponde o no su revisión judicial para no cercenar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en la CADH;
- en el caso Mazza⁴², en un *obiter dictum* del voto individual del Dr. Zaffaroni, se señala que, no obstante que el art 60 de la CN permite la inhabilitación del funcionario destituido por juicio político, en virtud que esa inhabilitación es una pena y las penas sólo pueden ser establecidas de acuerdo con las disposiciones del derecho internacional de los Derechos Humanos por los integrantes del Poder Judicial, el Senado, que es un tribunal político, no puede imponer más esa medida accesoria a la destitución⁴³;

⁴⁰ Cabe recordar que la Corte IDH ha analizado, al menos implícitamente, la convencionalidad de normas constitucionales al menos en los siguientes casos:

- La OC 4/84 sobre las propuestas de modificación a la Constitución Política de Costa Rica.
- Caso "La Última Tentación de Cristo", en el que la Corte analizó la Constitución Política y concluyó que sus disposiciones que establecían la censura previa eran violatorias de la Convención, y que debían ser reformadas (párr. 88).
- Caso "Causar Vs. Trinidad y Tobago", en el que la Corte también ordenó al Estado enmendar su Constitución (párr. 133), por establecer en su sección VI que determinadas normas no podían ser objeto de impugnación judicial.
- Caso "Tristán Donoso vs. Panamá", en el que la Corte destacó la importancia de adoptar las medidas necesarias “para implementar [una] reforma constitucional” en materia de intercepción de comunicación (párr. 206).
- "Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana", en el que la Corte analizó las Constituciones dominicana y haitiana, y ordenó la adopción de las medidas “inclusive, si fuera necesario, constitucionales” (párr. 470), en relación al trato de refugiados o inmigrantes. En párr. 235 también hay una apreciación sobre el tratamiento del Tribunal Constitucional doméstico sobre un tema en particular.

Agradecemos a Gisela Ferrari el aporte de estos precedentes.

⁴¹ Fallos, 326:4816 (2003). Hemos comentado ampliamente este fallo de la Corte Suprema, en el trabajo “La previsibilidad de los fallos del Jurado de Enjuiciamiento según la jurisprudencia de la Corte Suprema: el caso Bruza”, ED, Suplemento de Derecho Constitucional, diario del 23-VIII-05, donde remitimos.

⁴² CS, 6-X-09.

⁴³ “Se ha considerado que el juicio político constitucional no era antes de 1994 un juicio de naturaleza puramente política, sino político/jurisdiccional. Cualquiera sea la opinión al respecto antes de

- se ha planteado la cuestión de si la prohibición constitucional derivada del art. 89 de la CN de que un ciudadano naturalizado pueda ser candidato a la presidente puede ser considerada contraria o no a las exigencias del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.
- en los casos Simón⁴⁴ y Mazzeo⁴⁵, invocando la doctrina de la Corte IDH sobre persecución y castigo a los responsables de delitos de lesa humanidad, se han dejado de lado las garantías constitucionales en materia penal como son los principios de legalidad, irretroactividad de la ley penal y cosa juzgada⁴⁶.
- También, como hemos visto en el apartado anterior, se han planteado algunos casos en los que la Corte Suprema argentina se negó a dejar sin efectos sus propias decisiones, que habían sido declaradas “inconvenientes” por parte de la Corte IDH por entender que de dar cumplimiento a los fallos de la Corte IDH se estarían violando algunos derechos y garantías constitucionales.

La respuesta a los interrogantes arriba planteados aún no ha sido aún respondida de modo claro y definitivo por la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina⁴⁷, si bien en varios de los pronunciamientos arriba reseñados el máximo tribunal argentino pareciera de modo implícito flexibilizar el seguimiento de las normas constitucionales para acoger de modo creciente las decisiones o doctrinas jurisprudenciales emanadas de la Corte IDH.

Señala Kelsen al referirse a las relaciones que guardan entre sí el derecho internacional y el interno que “ambos sistemas son igualmente correctos e igualmente justificados. Es imposible, a partir de una especulación jurídico-científica, adoptar una decisión jurídico-científica a favor de uno de los dos”; en otras palabras, la decisión de cuál debe prevalecer “escapa a la ciencia del derecho”⁴⁸. No siendo de origen estrictamente jurídico el establecimiento de la primacía es una decisión política que establece cada comunidad soberana.

Consideramos que en el estado actual de la organización jurídico-política la instancia última normativa de derecho positivo le corresponde a la Constitución Nacional. Nos parece que es más realista afirmar que las normas internacionales,

1994, después de la inclusión de los tratados internacionales de derechos humanos en el inciso 22° del artículo 75, que sanciona definitivamente la tesis del derecho único y los coloca al mismo nivel que las normas de la Constitución Nacional, la conclusión acerca de la naturaleza del juicio político constitucional debe invertirse: precisamente por tratarse de una pena, el juicio debe mantenerse como puro juicio político y la pena de inhabilitación no puede ser ya impuesta por el Senado”, consid. 6.

⁴⁴ Fallos, 328, 2056 (2005).

⁴⁵ Fallos, 330:3248 (2007).

⁴⁶ Hemos analizado detenidamente esta cuestión en nuestro libro *Tiempo, Constitución y ley penal*, Lexis-Nexis, Bs. As., 2008, obra escrita en coautoría con el Dr. Héctor Sabelli.

⁴⁷ Hemos abordado esta cuestión en nuestro trabajo “Supremacía constitucional y primacía normativa”, en AAVV *El Derecho Constitucional de cara al Bicentenario 2010-2016*, EDUCA, Bs. As., 2011.

⁴⁸ HANS KELSEN, *Teoría pura del Derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1979, pág. 334.

excepto las que constituyen el *ius cogens*⁴⁹, adquieren en general su validez por medio del consentimiento que brindan los poderes públicos nacionales en base a las competencias establecidas por una Constitución, que el sostener que las constituciones nacionales son dictadas por una habilitación contenida en las normas internacionales. La sanción de una constitución por el Constituyente significa la máxima expresión del derecho positivo de un Estado y el punto de partida para el reconocimiento y la sanción de las restantes normas incluidas las internacionales.

Nos parece que la *supremacía* es siempre constitucional, si bien cabe la posibilidad de que sea el propio texto constitucional el que establezca la *primacía* del derecho internacional o comunitario sobre toda norma interna, incluida la constitucional. En ese caso, el intérprete privilegiando la norma internacional da plena operatividad a la propia Constitución. Nos parece que estos criterios son los que se corresponden con el estado actual de evolución de los Estados Nacionales en el marco del proceso de globalización. Éste ha debilitado Estado Nación moderno, ha relativizado partes importante de la soberanía estatal, pero aún estamos lejos de poder decir que ha desaparecidos. Los Estados Nacionales siguen siendo los principales sujetos y protagonistas del sistema político y jurídico y las instituciones y el derecho internacional aún está en proceso de conformación.

El Constituyente de 1994 podría haber establecido la primacía del derecho internacional aún sobre las propias normas constitucionales como lo han hecho algunas constituciones. Sin embargo, no lo hizo, sino que optó por darle al derecho internacional de los Derechos Humanos un carácter complementario de las disposiciones constitucionales.

III: Conclusiones

En los últimos veinticinco años se han producido profundas transformaciones en el sistema jurídico argentino con motivo de la recepción del derecho internacional de los derechos humanos.

Tanto a nivel constitucional como de la jurisprudencia de la Corte Suprema de sus últimas dos integraciones, se ha notado una creciente apertura a las normas internacionales y a la recepción de las doctrinas jurisprudenciales establecidos por

⁴⁹ Sostuvo el juez Maqueda en su voto en el caso Simón: "la consagración positiva del derecho de gentes en la Constitución Nacional permite considerar que existía —al momento en que se produjeron los hechos investigados en la presente causa— *un sistema de protección de derechos que resultaba obligatorio independientemente del consentimiento expreso de las naciones que las vincula* y que es conocido actualmente —dentro de este proceso evolutivo— como *ius cogens*. Se trata de la más alta fuente del derecho internacional que se impone a los estados y que prohíbe la comisión de crímenes contra la humanidad incluso en épocas de guerra. No es susceptible de ser derogada por tratados en contrario y *debe ser aplicada por los tribunales internos de los países independientemente de su eventual aceptación expresa*. Estas normas del *ius cogens* se basan en la común concepción —desarrollada sobre todo en la segunda mitad del siglo XX— en el sentido de que existen conductas que no pueden considerarse aceptables por las naciones civilizadas", *Fallos*, 328:2056, voto Dr. Maqueda, consid. 45.

los órganos del sistema interamericano de derechos humanos. Parecería ser esta una tendencia consolidada, más allá de algunos reparos y críticas que ha merecido por parte de la doctrina constitucional.

Los criterios que ha fijado la Corte Suprema en esta materia parecerían ir incluso más allá de la decisión del Constituyente de 1994, quien ya había manifestado una postura aperturista hacia el derecho internacional de los derechos humanos, pero estableciendo su carácter complementario y reconociendo la supremacía final de la Constitución. Se podría hablar en algunos puntos de un excesivo aperturismo, activismo e internacionalismo de los criterios que ha ido fijando nuestro máximo tribunal, fruto de una interpretación “expansiva”, “aditiva” y en alguna medida “infidel” del texto y las decisiones del Constituyente de 1994.