

Capítulo III

LA SUPRANACIONALIDAD OPERATIVA DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL DERECHO INTERNO

I. INTRODUCCIÓN *

1. *La irreversibilidad del derecho supranacional en materia de derechos humanos*

No ha de olvidarse el principio de “la irreversibilidad de los compromisos comunitarios;” “Jurídicamente no hay, pues, vuelva atrás en la Comunidad. No está permitido poner de nuevo en tela de juicio los compromisos una vez asumidos; no está admitido nacionalizar de nuevo los sectores que han pasado ya bajo la autoridad de la Comunidad.”¹

La Convención como derecho supranacional elimina, obviamente, el dogma o mito interno de cada país —o gobierno— como poder incondicionado o ilimitado. Si había dudas posibles al respecto, “Es en el momento de prepararse para ratificar los tratados cuando cada Estado ha debido o deberá considerar y resolver los problemas de tipo constitucional que se le planteen. Cada uno es dueño de la solución que les dé; pero una vez que se ha aceptado el compromiso internacional con toda libertad, hay aquí un hecho histórico sobre el que ya no es posible volver.”²

“Lo que sería entonces inadmisibles, porque se opone a la buena fe de los tratados internacionales, sería que un Estado Miembro, o una de sus autoridades, por ejemplo, una jurisdicción, tratara de poner en duda los compromisos aceptados

* El acápite III de este cap., pp. 16-30, pertenece a ADELINA LOIANNO.

¹ PESCATORE, PIERRE, *Aspectos judiciales del “acervo comunitario,” Revista de Instituciones Europeas*, Madrid, 1981, p. 331 y ss., p. 336.

² PESCATORE, *op. cit.*, p. 348.

³ PESCATORE, *op. cit.*, p. 349. BIDART CAMPOS, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, t. 3, Buenos Aires, Ediar, 1989, pp. 117-118, aunque menos categórico. Comparar GUTIÉRREZ POSSE, HORTENSIA D. T., *Los derechos humanos y las garantías*, Buenos Aires, Zavalia, 1988, p. 35.

⁴ Como lo hace uno de los párrs. de la opinión del Procurador General de la Nación en la causa *E., F.E., suc., LL, 1/IX/87*, p. 3, con nota de FERNANDO N. BARRANCOS y VEDIA. *La Corte Suprema de*

invocando, ‘a posteriori’, obstáculos constitucionales.”³

Del mismo modo, el art. 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, aprobada por ley 19.865, establece que “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado,” lo cual no puede razonablemente pretenderse aplicable sólo en las relaciones internacionales del Estado,⁴ pues ello importaría una duplicidad de interpretación contraria a la indispensable unidad del orden jurídico.

2. *Innecesariadad de su admisión constitucional*

En materia de derechos humanos en general tenemos un orden jurídico supranacional¹ y supraconstitucional² que cumplir, operativo,³ directa⁴ e inmediatamente aplicable⁵ también en el orden interno⁶ y por los jueces⁷ y demás órganos⁸ nacionales del Estado. A tal efecto de operatividad directa e inmediata⁹ no necesitamos de una previa reforma constitucional.

Por supuesto, de llegarse a concretar la reforma no estará de más puntualizarlo

Justicia y la operatividad de las normas del Pacto de San José de Costa Rica en el orden jurídico interno, revista y lugar citados.

^{2.1} En el plano europeo, SÁNCHEZ MORÓN habla de un derecho internacional de los derechos humanos: GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y otros, *El sistema europeo de protección de los derechos humanos*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1983, p. 27.

^{2.2} GARCÍA DE ENTERRÍA, *op. cit.*, p. 15, destaca “un standard mínimo y común de libertad en todo el espacio europeo, por encima tanto de Estados y regímenes políticos, como, sobre todo, en el orden práctico, de sistemas y tradiciones jurídicas.”

^{2.3} Sobre la hermenéutica para “una inmediata e incondicionada aplicación de normas de rango constitucional,” equivalente al “particular empeño para asegurar la aplicabilidad inmediata de cláusulas de tratados y otros actos internacionales,” ver VANOSSI, *La protección de los derechos humanos en la Argentina, R.D.P.*, 2: 36-37, Buenos Aires, FDA, 1987.

^{2.4} Ver por ejemplo SÁNCHEZ MORÓN, “La aplicación directa de la Constitución en materia de derechos fundamentales: el nuevo derecho de asociaciones,” *REDA*, 22: 442; SÁINZ MORENO, “Los casos de aplicación directa de la Constitución: el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos,” *REDA*, 24: 118.

^{2.5} Para no caer en las palabras de GARCÍA DE ENTERRÍA cuando expresa que debe dejarse atrás el “procedimentalismo y leguleyismo”—“típica huida de la responsabilidad de toda burocracia”— que caracteriza la “degradación de la Justicia en burocracia,” *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*, Madrid, Civitas, 1984, p. 110.

^{2.6} GARCÍA DE ENTERRÍA, *op. cit.*, p. 16, recuerda en el caso europeo el “valor en derecho interno” de la Convención. BIDART CAMPOS, *op. cit.*, p. 119; COLAUTTI, CARLOS E., *El Pacto de San José de Costa Rica*, Buenos Aires, Lerner, 1989, p. 2.

^{2.7} Art. 8º.

^{2.8} Art. 2º *in fine*: “medidas legislativas o de otro carácter.”

^{2.9} ZAFFARONI, “La Convención Americana sobre Derechos Humanos y el sistema penal,” *Revista de Derecho Público*, 2: 61, Buenos Aires, 1987; EKMEKDJIAN, “La ejecutoriedad de los derechos y garantías reconocidos en el Pacto de San José de Costa Rica y la acción de amparo,” *LL*, 1987-B, p. 263.

^{2.10} Al respecto puede verse MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO, *El ordenamiento jurídico de la Comunidad Europea y la Constitución española*, Civitas, Madrid, 1980, p. 23 y ss.

^{2.11} Para esta antinomia del pasado europeo ver MENZEL, EBERHARD, comentario en la revista *Die öffentliche Verwaltung*, Stuttgart, 1969, cuaderno 15/6, pp. 579-580.

^{2.12} GARCÍA DE ENTERRÍA y otros, *El sistema europeo de protección de los derechos humanos*, Madrid,

expresamente,¹⁰ para sosiego o desazón, según sea el caso, de los escépticos del derecho supranacional, los anti- “eurofóricos” locales.¹¹ Pero el tiempo no necesariamente se quedará a la vera del camino, a la espera del avance de los rezagados. El desarrollo europeo del derecho comunitario de los derechos humanos debiera marcar el derrotero.¹² Esas normas supranacionales, en las bellas palabras de LORD DENNING, son cada vez más como la “marea creciente. Penetra en los estuarios y sube por los ríos. No puede ser detenida.”¹³

Si algunas normas internas admitían dos o más interpretaciones posibles, “sólo pueden interpretarse en el futuro en el sentido compatible con el texto de la Convención;”¹⁴ es que en verdad el lineamiento garantizador de la Constitución se ve ahora precisado en la Convención.¹⁵

Por todo lo expuesto, en materia de derechos humanos no es necesario reformar la Constitución. Basta con aplicar la Convención Americana de Derechos Humanos y, en forma congruente con ella, armonizar la interpretación y aplicación del resto del derecho interno.

3. Aplicación directa en el derecho interno

No podemos, sea en materia de derechos constitucionales o de los reconocidos en la Convención, retornar a las épocas en que se sostenía que una garantía determinada era inaplicable “por no existir aún ley que la reglamente.” La misma tesis clásica de la aplicación directa de la Constitución ha de ser entonces la tesis de la aplicación directa de la Convención.

En ello no ha de perderse de vista que el art. 31 inc. 1º de la Convención de Viena establece que el tratado debe ser interpretado “de buena fe,” “en su contexto y a la luz de su objeto y finalidad” y esa finalidad no es otra que la reafirmación y mayor tutela de los derechos, no su restricción.¹ A igual conclusión llevará el tener presente la circunstancia fáctica que determinó nuestra adhesión,² todo lo cual debe ser tenido en cuenta en la interpretación. Así por ejemplo, si algunas

Civitas, 1983.

^{2.13} LORD DENNING, *The Discipline of Law*, Londres, Butterworths, 1979, p. 18.

^{2.14} ZAFFARONI, *op. cit.*, p. 61, quien agrega que por cierto, en muchos casos “parece tratarse de consecuencias que también hubiesen podido deducirse de una correcta y garantizadora exégesis de nuestros preceptos constitucionales.”

^{2.15} ZAFFARONI, *op. cit.*, p. 62.

^{3.1} Entre otros, ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, *La Convención Americana sobre Derechos Humanos y el sistema penal*, en “Revista de Derecho Público,” 2: 78, Buenos Aires, FDA, 1987.

^{3.2} O arcóntica, rectora, determinante, que fue “causa” en suma de la sanción legislativa; o sea, la insuficiencia previa de tales derechos en su funcionamiento o aplicación práctica.

^{3.3} ZAFFARONI, *op. cit.*, p. 61, quien agrega que “parece tratarse de consecuencias que también hubiesen podido deducirse de una correcta y garantizadora exégesis de nuestros preceptos constitucionales.”

^{3.4} ZAFFARONI, *op. cit.*, p. 62.

^{3.5} La norma más claramente programática. (Art. 260.)

^{3.6} El derecho a la propia personalidad jurídica (art. 3º), a no ser sometido a esclavitud (art. 6º inc. 1º), a la vida y no ser privado de ella arbitrariamente (art. 4º inc. 1º), libertad de conciencia y

normas internas admitían dos o más interpretaciones posibles, “solo pueden interpretarse en el futuro en el sentido compatible con el texto de la Convención.”³ En verdad, el lineamiento garantizador de la Constitución se ve ahora precisado en la Convención.⁴

3.1. Claro está, cabe distinguir en ella las disposiciones de carácter programático,⁵ operativa,⁶ y principios jurídicos indeterminados,⁷ así también el tipo de derechos y la consiguiente legitimación procesal,⁸ los conflictos entre derechos de igual fuente o eventuales jerarquías de derechos.

3.2. Como consecuencia de la aplicación directa de la Convención, toda norma contraria preexistente—sea legal o reglamentaria—ha perdido automáticamente vigencia a partir de la entrada en vigor de la Convención,⁹ en la medida que la respectiva cláusula pueda interpretarse como operativa.¹⁰ Esta cuestión ha dado y seguirá dando lugar a no pocas controversias; así por ejemplo se había resuelto que el art. 17 inc. 5° de la Convención, sobre igualación de los hijos, no era operativo sino programático, por lo cual sólo entró en vigencia para el futuro en el derecho interno en tal tesitura—al sancionarse la ley 23.264 estableciendo otra vez lo mismo.¹¹

4. *Obligación judicial de tutelar en el derecho interno los derechos de la Convención*

religión (art. 120), pensamiento y expresión (art. 13), reunión pacífica (art. 15), de asociación (art. 16), derecho a la nacionalidad (art. 200), circulación y residencia (art. 230), etc.

^{3.7} O, en otras palabras; “Es preciso reconocer operatividad a todas sus normas en el sentido de que constituyen directivas de interpretación para los jueces:” COLAUTTI, CARLOS E., “La protección del derecho a la vida en el Pacto de San José de Costa Rica,” separata, Buenos Aires, 1987, p. 15. Aún en ausencia de prescripción concreta, los juicios de valor de sus normas son de necesaria aplicación orientadora en la interpretación por el juez de la unidad del orden jurídico. Comparar COLAUTTI, *El Pacto de San José de Costa Rica. Protección a los derechos humanos, op. cit.*, p. 23.

^{3.8} Derecho subjetivo, interés legítimo (o derecho reflejo, debilitado, difuso) e interés simple; derechos así llamados de primera, segunda y tercera generación, etc.

^{3.9} ZAFFARONI, *op. cit.*, p. 61; ERMEKDJIAN, MIGUEL ANGEL, “La ejecutoriedad de los derechos y garantías reconocidos en el Pacto de San José de Costa Rica y la acción de amparo,” *LL*, 1987-8, p. 263; en contra BARRANCOS Y VEDIA, artículo citado más abajo, § II.

^{3.10} Ver HYNES, LUISA MARÍA, “La operatividad de los derechos reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos,” *Revista de Derecho Público*, 2: 89, Buenos Aires, FDA, 1987.

^{3.11} Corte Suprema, *E.F.E.*, *LL* del 1/IX/87, con nota en igual sentido de BARRANCOS Y VEDIA, FERNANDO N.: “La Corte Suprema de Justicia y la operatividad de las normas del Pacto de San José de Costa Rica en el orden interno,” revista y lugar citados. La solución transgrede el *juicio de valor* del art. 17 inc. 5°, al no encontrar arbitraria ni disvaliosa la solución contraria de la legislación anterior.

^{4.1} Art. 20: “Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el art. 19 no estuvieren ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar ... las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.”

^{4.2} “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial.”

^{4.3} “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 presente Convención.”

^{5.1} RABOSI, EDUARDO, “Los derechos humanos y la política del gobierno nacional,” *R.D.P.*, 2: 47.

^{5.2} En tal sentido POPPER, KARL, *La lógica de la investigación científica*, Tecnos, Madrid, 1973.

Los jueces deben llevar a cabo esa aplicación directa de la norma posterior de mayor jerarquía,

1°) por la obligación que tienen los órganos de los Estados de instrumentarlos con los mecanismos complementarios —legislativos “o de otro carácter”— que fueren convenientes;¹

2°) porque los Estados signatarios se han obligado *ipso jure* “a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella” (art. 1° inc. 1°), y a “garantizar su libre y pleno ejercicio,” a lo cual mal podrían nada menos que los jueces declararse ajenos;

3°) porque esa garantía de libre y pleno ejercicio requiere la indispensable tutela jurisdiccional, por aplicación de la garantía de acceso a la justicia que consagran los arts. 8° inc. 1°² y 25 inc. 1°.³

II. LOS DERECHOS HUMANOS COMO ORDEN JURÍDICO SUPRANACIONAL Y SUPRACONSTITUCIONAL

5. *Carácter de normas jurídicas operativas de las normas y principios supranacionales*

Se ha dicho que el país ha decidido ser “fiel a un principio básico en materia de derechos humanos; el de que la comunidad internacional, a través de los órganos jurisdiccionales creados al efecto es el árbitro final de su vigencia y de sus violaciones,” de allí la firma del Tratado y el Protocolo “que reconoce la jurisdicción obligatoria” de la Corte de San José.¹

Conforme los mismos criterios interpretativos que hemos siempre sostenido para la Constitución nacional como orden supremo en el derecho interno, postulamos como hipótesis o conjetura básica,² como concepto fundante³ del nuevo sistema⁴ u orden jurídico supranacional, la aplicación en un grado superior de las mismas pautas interpretativas elaboradas en el plano interno para la Constitución nacional. En

^{5.3} LINARES, J. F., *Los sistemas dogmáticos en el derecho administrativo*, Buenos Aires, FDA, 1984, pp. 51-52: “de modo tal que los elementos de ese conjunto observen una correlación tal que pueden ser derivados por deducciones escalonadas desde un superconcepto fundante. Pero estas deducciones no son de pura lógica formal sino de lógica compositiva.”

^{5.4} ALCHOURRÓN y BULYGIN, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas*, Buenos Aires, Astrea, 1975, cap. IV, pp. 92-93, y cap. V.

^{5.5} PESCATORE, *op. cit.*, p. 340 y ss., y jurisprudencia que cita.

^{5.6} VASAK, KAREL, *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos*, vol. III, Barcelona, Serbal/UNESCO, 1984, p. 873, transcribiendo una frase del caso *Austria contra Italia*.

^{5.7} LAGRANGE, citado por MUÑOZ MACHADO, *op. cit.*, p. 27.

^{5.8} PESCATORE, *op. cit.*, p. 344.

^{5.9} PESCATORE, *op. cit.*, p. 340.

^{6.1} Como dicen PIGRETTI y BELLORIO, *Derecho ambiental*, Buenos Aires, Educa, 1985, pp. 14-15.

^{6.2} Según lo desarrollamos para el derecho nacional en el *Tratado de Derecho Administrativo*, t.

3, *El acto administrativo*, 8° ed., Buenos Aires, FDA, 2004, cap. XI.

^{6.3} Y reafirmar por esa vía el carácter jurídico de tales normas, para quienes adoptan la definición

primer lugar y según estamos viendo, es un derecho a la vez objetivo y compulsivo, es un derecho que obliga plenamente;⁵ más aún, es “un orden público común.”⁶

Para algunos no se trata de una primacía entre un derecho comunitario preeminente y un derecho nacional subordinado, sino “la sustitución del derecho nacional por el derecho comunitario, en los dominios en que la transferencia de competencias ha sido operada: en estos dominios es, en lo sucesivo, la regla del derecho comunitario la que se aplica.”⁷ Para otros existe primacía;⁸ cualquiera sea el caso, lo cierto es que el carácter jurídico, obligatorio, imperativo, incondicionado, de este derecho es indubitable.⁹

6. *Las sanciones supranacionales e internas por incumplimiento. La invalidación*

Aún en los supuestos en que no exista una sanción puntual y específica establecida en la Convención para el caso de incumplimiento a sus normas, el tribunal nacional e internacional tienen siempre como obligación mínima la de *invalidar* toda actuación o comportamiento estatal o privado que se haya apartado de tales preceptos jurídicos. Si se trata de un comportamiento material, corresponderá ordenar la cesación del mismo.¹

Esa invalidación o privación de efectos, que podrá ser constitutiva o declarativa según la gravedad de la infracción,² constituye por cierto una sanción,³ que integra el concepto de norma jurídica de la disposición respectiva, aún en una estricta aproximación kelseniana.

7. *La condena pecuniaria*

Pero, a mayor abundamiento, no sólo el tribunal nacional sino también y muy en especial el internacional de la Convención, están expresamente facultados, además de declarar la antijuricidad de la conducta y consecuentemente invalidarla, también para aplicar sanciones pecuniarias en favor de la *persona física* cuyos derechos fundamentales hayan sido lesionados por actos, hechos u omisiones de su país, en el plano interno.¹ Adviértase que hay en ello una “aplicabilidad

kelseniana. Desarrollamos el punto en la remisión de la nota precedente.

^{7.1} Obviamente, es el ciudadano o habitante de su propio país de nacimiento o residencia, el que resulta lesionado en sus derechos individuales por su propio gobierno. Hay por ello al mismo tiempo derecho nacional y supranacional violado.

^{7.2} Para recordar las palabras de PESCATORE, *op. cit.*, p. 352, explicando la jurisprudencia del tribunal europeo.

^{7.3} PESCATORE, *op. cit.*, p. 343, y jurisprudencia que cita.

^{7.4} NIKKEN, PEDRO *La protección internacional de los derechos humanos. Su Desarrollo progresivo*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Madrid, Civitas, 1987, caps. III y IV.

^{8.1} PIGRETTI y BELLORIO, *op. cit.*, pp. 14-15.

^{8.2} LORD DENNING, *The Discipline of Law*, Londres, Butterworths, 1979, p. 18.

^{8.3} Ese será, por supuesto, el seudo argumento o la falsa excusa, pues ninguna norma constitucional se halla en pugna con la Convención y ningún conflicto es posible para el intérprete bien inspirado.

directa como estado normal del derecho”² comunitario, que no depende para nada del derecho nacional.

Por lógica derivación de la misma potestad, el Tribunal puede también fijar *astreintes* hasta tanto cese la conducta lesiva, y reparaciones ejemplificadoras cuyo objeto sea castigar la conducta dañosa y prevenir su repetición a través de un mensaje claro al resto de la comunidad. Entre tales reparaciones puede incluirse la publicación de la sentencia a costa del infractor al orden jurídico supranacional.

Es de recordar, por lo demás, el “carácter compulsivo del derecho derivado,”³ donde cabe sin duda reconocer a la jurisprudencia supranacional como fuente de derecho comunitario.

De todas maneras, es clara la tendencia hacia la definición progresiva de los derechos protegidos, la competencia progresiva supranacional, la progresiva operatividad del sistema,⁴ y ello importa el necesario desarrollo de la potestad anulatoria y reparativa, además de interpretativa y preventiva, de la jurisprudencia del tribunal.

8. *La imperatividad y supremacía de las normas supranacionales*

Tanto la coacción interna prevista en el sistema jurídico nacional, como la coacción internacional por la vía jurisdiccional prevista en el tratado, son los medios por los cuales los órganos jurisdiccionales nacionales y supranacionales deberán hacer efectiva tal imperatividad. Del mismo modo, la supremacía del orden supranacional por sobre el orden nacional preexistente no puede sino ser supremacía jurídica, normativa, provista de fuerza coactiva, de imperatividad. Estamos en suma ante “un normativismo supranacional.”¹

No tiene sentido resolver el sometimiento a un orden jurídico supranacional, y a un tribunal con competencia formal para aplicarlo y sancionar al incumplidor, para luego pretender *la supuesta supremacía del orden local por sobre el orden internacional*. Por ello dice Lord Denning que “sin duda” las cortes nacionales “deben seguir los mismos principios” que las cortes internacionales, en la aplicación de los tratados que contienen normas de derecho interno.²

Ninguna norma nacional o carencia de ella puede hoy en día ser argumento válido para declararse esclarecido y honroso partidario de la esclavitud, la tortura, el asesinato, el genocidio, la persecución racial, y así sucesivamente.

El punto está claro por lo demás en los incisos a), b) y c) del art. 29 de la Convención.

^{8.4} *Tratado de derecho administrativo, op. cit.*, t. 1, caps. VI y VII.

^{8.5} Creemos haber probado el error de tales concepciones a partir de la 1^o ed. de nuestra *Introducción al derecho administrativo*, Buenos Aires, Perrot, 1962, que reiteramos en el *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, *op. cit.*, cap. V; estimamos ahora oportuno formular la subsiguiente hipótesis que estamos desarrollando en el texto.

^{9.1} EISSEN, MARC-ANDRÉ, *El Tribunal Europeo de los Derechos Humanos*, Madrid, Civitas, 1985, pp. 90-91.

^{10.1} *Introducción al derecho administrativo*, Perrot, Buenos Aires, 1962, p. 52 y ss. Lo hemos man-

Por ello, tampoco puede “jurídicamente” argüirse un “derecho” interno, así sea constitucional,³ para justificar la lesión de un derecho supranacional en materia de cualesquiera otras garantías, derechos y libertades públicas mínimos de cada individuo en su propio país.

El precio de ser parte de la comunidad civilizada es reconocer el respeto a sus mínimas normas de convivencia y comportamiento por lo menos en el plano *interno*. Así como una persona de vida disipada no es admitida en sociedad, así también el país debe aprender a vivir en la austeridad y auto-control del permanente y diario respeto a tales derechos, asumiendo a través de sus ciudadanos y todos sus poderes el criterio de rechazar una hipotéticamente “válida” violación o desconocimiento interno de los derechos individuales previstos en la Convención.

Por lo expuesto, dado que el país ha establecido en forma expresa su sometimiento a la jurisdicción de un tribunal internacional de justicia, con competencia para dictar sentencias en contra del Estado argentino en caso de desconocimiento por éste de las garantías individuales mínimas de sus propios habitantes, lo menos que se puede decir, en una perspectiva teleológica y de razonable futuro, es que tenemos allí un verdadero derecho supranacional, con todas las características propias de un orden jurídico supremo.

Concluimos pues que las características de la Constitución como orden jurídico supremo en el derecho interno,⁴ son aplicables en un todo a las normas de la Convención en cuanto orden jurídico supremo supranacional. No dudamos que muchos intérpretes se resistirán a considerarlo derecho *supranacional* y *supraconstitucional* sin perjuicio de los que ya se niegan a considerarlo siquiera *derecho interno*, o *derecho* a secas.

También están, por lo demás, los que han negado a ultranza a la misma Constitución como derecho,⁵ y no faltaron ni faltan siquiera los que de igual modo razonan con las leyes, preconizando su inexigibilidad en ausencia de reglamentación administrativa.

Pero son estas conjeturas falsas del pensamiento humano, que no pueden entorpecer el razonamiento científico y político del jurista contemporáneo que busque racionalmente interpretar el mejor orden jurídico con el cual asegurar la paz, la justicia, el orden, en su país. El camino del futuro está claramente señalado: por encima de las vacilaciones, contradicciones y hasta negaciones formales que este nuevo orden jurídico supranacional tenga que sufrir, ellas no debieran poder cambiar el curso sustancial de la historia del mundo, a menos que también en esto prefiramos, como país, no seguir el signo de los tiempos.

El proceso de evolución europea en materia de derechos humanos, que consa-

tenido en nuestro *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, *op. cit.*, cap. VI, § 4, pp. 29-56; cap. VII, § 18.3, p. 70; *Teoría general del derecho administrativo*, Madrid, 1984, p. 160 y ss. y obras ulteriores.

^{10.2} SÁINZ MORENO, FERNANDO, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Madrid, Civitas, 1976, cap. IX.

^{10.3} LINARES, JUAN FRANCISCO, *Razonabilidad de las leyes. El “debido proceso” como garantía*,

gra la vigencia de un orden jurídico supranacional en aquel caso, la Convención europea y el resto del derecho comunitario—, marca el derrotero en forma por demás simple y obviamente aplicable por analogía de método interpretativo.

9. Interpretación extensiva de los derechos humanos

Por lo demás, conviene seguir la orientación del Tribunal de Estrasburgo, que “no se muestra partidario, en conjunto, de una lectura exegética, timorata o estrecha de las cláusulas que enuncian los derechos y libertades garantizados. En este sentido, hace constar el carácter puramente indicativo de la lista de los derechos.”¹

10. Los principios jurídicos indeterminados

10.1. Caracterización

No sólo cabe aplicar en forma directa e inmediata los derechos taxativamente enumerados, sino algunos no enumerados y los juicios de valor y principios jurídicos de la Convención. Por nuestra parte, ya sostuvimos el carácter *constitucional* de ciertos principios jurídicos,¹ criterio hoy en día bastante difundido: corresponde también plantearlo a nivel del nuevo orden jurídico supranacional.

Es conocido el concepto de principios jurídicos indeterminados,² sea en relaciones entre particulares (abuso del derecho, buena fe, lesión), o como límites al Estado frente a los individuos: desviación y exceso de poder, arbitrariedad o razonabilidad, etc., y sólo se trata de visualizarlo aquí en la definición amplia de la esfera de derechos individuales.

10.2. La garantía de la razonabilidad

Este principio, aplicable al legislador,³ administrador⁴ y juez,⁵ se incorpora a *innominada en la Constitución Argentina*, 2° ed., Buenos Aires, Astrea, 1970. Comparar PADILLA, *op. cit.*, pp. 71-80.

^{10.4} LINARES, *Razonabilidad de las leyes, op. cit.*, p. 107; *Poder discrecional administrativo*, Buenos Aires, 1958, p. 155 y ss.

^{10.5} CARRIÓ, *Recurso extraordinario por sentencia arbitraria*, Buenos Aires, 1967; SAGÜÉS, *Recurso extraordinario*, Buenos Aires, Depalma, 1984.

^{10.6} Para una explicación en ese derecho en comparación al derecho francés, ver SCHWARZ, BERNARD, *French Administrative Law and the Common-Law World*, New York University Press, Nueva York, 1954, p. 211 y ss.

^{10.7} WADE, H. W. R., *Administrative Law*, 5° ed., Clarendon Press, Oxford, 1982, p. 414.

^{10.8} DE LA CRUZ FERRER, JUAN, *Una aproximación al control de proporcionalidad del Consejo de Estado francés: el balance costes-beneficios en las declaraciones de utilidad pública de la expropiación forzosa*, REDA, 45: 71, Madrid, 1985; BRAIBANT, GUY, *Le principe de proportionnalité*, Paris, Mélanges Waline, 1974, p. 297 y ss.

^{10.9} PERELMAN, CHAÏM, *Le raisonnable et le déraisonnable en Droit. Au-dela du positivisme juridique*, L.G.D.J., París, 1984.

^{10.10} Art. 1°, inc. 1°; art. 249. A su vez, el decreto-ley 7.722 aprobó la “Convención internacional sobre eliminación de todas las formas de discriminación racial” y previamente el n° 17.677 hizo lo

nuestro derecho como garantía de razonabilidad, por vía del derecho norteamericano, como parte del debido proceso en sentido sustantivo,⁶ y es el mismo que en el derecho inglés se incluye dentro de la justicia natural;⁷ también ha llegado al derecho francés⁸ y belga,⁹ entre otros.

La garantía de razonabilidad, que hasta ahora tenía rango constitucional, pasa a tenerlo también supraconstitucional o supranacional. Ella no solamente está presente como garantía innominada en los arts. 8º, inc. 1º y 25 inc. 1º de la Convención, sino que también está explícitamente contemplada como exclusión de arbitrariedad o garantía de razonabilidad en los arts. 4º inc. 1º, 7º incs. 3º y 5º, 11 inc. 2º, 13 inc. 3º (“abuso”), 20 inc. 3º.

10.3. Otros principios jurídicos supranacionales

Otras normas y principios jurídicos de la Convención son la no discriminación,¹⁰ proscripción del odio y la persecución,¹¹ protección de la vida, integridad y salud humanas frente a la contaminación del medio ambiente,¹² dignidad de la persona humana,¹³ tutela de la privacidad,¹⁴ respeto a las tradiciones y costumbres,¹⁵ derecho a la tolerancia y al pluralismo,¹⁶ derecho a la participación,¹⁷ etc.

Ellos se ven reforzados en su aplicación concreta por el principio del debido proceso legal tanto en sentido adjetivo (derecho a ser oído) como sustantivo (garantía de razonabilidad), de previo nivel constitucional y hoy en día, como

propio con el convenio 111 de la OIT referido a la discriminación en el empleo.

^{10.11} Art. 13, inc. 50 en igual sentido el art. 4º de la Convención mencionada en la nota precedente.

^{10.12} Arts. 4º y 5º. Su aplicación en este contexto es explicada por PIGRETTI, EDUARDO, y BELLORIO, DINO LUIS, *Derecho ambiental*, Buenos Aires, EDUCA, 1985, p. 15.

^{10.13} Art. 11, inc. 1º *in fine*.

^{10.14} Art. 11, inc. 2º.

^{10.15} Puede construirse a partir del art. 12 (conservar, profesar y divulgar su religión y creencias); 8º, inc. 2º, ap. a (ser asistido por traductor o intérprete, por lo tanto usar su propio idioma), 20 (mantener la nacionalidad), 22, incs. 6º a 8º (tutela del extranjero en sus *condiciones de tal*, y principio consiguiente de tolerancia y pluralismo), a *contrario sensu*, de la prohibición de toda forma de menoscabo étnico o racial que surge del art. 1º.

^{10.16} Que, por cierto, es nota tradicional de todo régimen que se pretenda democrático: VANOSI, JORGE REINALDO, *El estado de derecho en el constitucionalismo social*, Buenos Aires, Eudeba, 1982, p. 367 y ss.

^{10.17} Art. 23, inc. a). Nuestro libro *Problemas del control de la administración pública en América Latina*, Madrid, Civitas, 1981, cap. I; *Participation in Latin America*, Nueva York, 1982; nuestro art. en la *Revista Internacional de Ciencias Administrativas*, Bruselas, 1981, vol. XLVII, 1981, 2; pp. 126-132.

^{10.18} Igual interpretación extensiva de los derechos en la convención europea, cuyo Tribunal ha señalado “el carácter puramente indicativo de la lista de derechos:” EISSEN, MARC-ANDRÉ, *El Tribunal Europeo de los Derechos Humanos*, Madrid, Civitas, 1985, pp. 90-91.

¹¹ *Ekmekdjian, Miguel A. c/ Sofovich, Gerardo y otros*, CSJN, 7/VII/92, LL, 1992-C, 543.

²¹ Comparar ALEXI, quien plantea una insoslayable separación entre “reglas” y “principios,” que reside en que los principios son también normas pero que ordenan hacer algo en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas, en tanto que las “reglas” son normas que exigen un cumplimiento pleno, de manera que “pueden ser sólo o cumplidas o incumplidas:” ALEXI, ROBERT, *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Doxa 5/88, Alicante, p.

ya dijimos, de rango también supranacional.

10.4. *Aplicación directa. Garantías o derechos no enumerados*

Tales principios pueden invocarse para la aplicación directa de la convención y utilizarse como guía interpretativa en la solución de casos en apariencia no taxativamente resueltos por normas de rango inferior.

De igual modo que en la Constitución los arts. 19 y 33 tutelan los derechos no enumerados, así también tales principios jurídicos de la Convención generan iguales derechos “no enumerados” a nivel supranacional como por lo demás lo estatuye expresamente el art. 29, inc. 3° de la Convención.¹⁸

En el capítulo pertinente volvemos sobre el punto para ejemplificarlo en lo atinente a la salud y medio ambiente, pero podemos adelantar aquí que se produce una inversión normativa: en lugar de sentar como norma que puede dañarse la salud ajena cuando un texto legal no lo prohíbe, el principio pasa a ser que no puede dañarse la salud de los demás ni el medio ambiente sino con específico y expreso sustento legal, suficiente y razonable. Este razonamiento, que desarrollamos a continuación, sirve a *fortiori* para otros temas en los cuales falta ley instrumentadora pero alcanza y sobra con el principio jurídico supranacional y la voluntad judicial de tutelarlos en los casos ocurrentes.

11. *Nacimiento ipso jure de norma interna faltante. Los derechos y deberes implícitos*

Como inevitable consecuencia de la aplicación directa de la Convención, de la existencia en ella de una garantía sustantiva de razonabilidad, de la derogación *ipso jure* de las normas internas que se le opusieren, de la obligación de los jueces de arbitrar los medios jurisdiccionales para la efectiva tutela de los derechos, de la supranacionalidad de sus normas y principios jurídicos, se sigue inevitablemente que no puede argüirse la necesidad de esperar la sanción de alguna norma interna “reglamentaria” para proceder a la inequívoca aplicación garantizadora de la Convención.

En algunos casos puede tal vez intentarse una argumentación dogmática, en el sentido de mostrar la supuesta inexistencia de norma expresa en determinado sentido. También puede, a la inversa, argumentarse cómo diversas normas de la Convención consagran en forma inequívoca determinados derechos y hacen incongruente e ilógico abstenerse de tutelarlos a la espera de la norma “reglamentaria” de derecho interno. Veremos este aspecto, en el cap. siguiente, a la

139 y ss.

^{2.2} Conforme el art. 27 de la Convención de Viena: “...una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.”

luz del derecho a la salud y al medio ambiente.

III. INCIDENCIA DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA Y DE LAS RECOMENDACIONES DE LA COMISION EN EL DERECHO INTERNO

ADELINA LOIANNI

1. *Esquema actual de la supremacía constitucional.*

Uno de los temas trascendentes de la reforma constitucional de 1994 ha sido la modificación del esquema de supremacía constitucional tradicional, al reducir los márgenes interpretativos que permitieron a nuestra Corte Suprema mantenerse hasta no hace mucho ajena al derecho público contemporáneo, al considerar subsistente la prelación del derecho interno respecto del derecho internacional.

Si bien resulta normativa y axiológicamente inaceptable que un Estado se comprometa internacionalmente ratificando un tratado para luego sujetar su ejecutoriedad e interpretación a criterios de subsidiariedad, la experiencia jurisprudencial argentina se deslizó por ese carril hasta poco antes de la reforma,¹ de manera que la incorporación del art. 75 inc. 22 en la Constitución Nacional no sólo despejó dudas respecto del orden de prelación entre los tratados y las leyes, sino que elevó expresamente algunos de ellos a su mismo rango.

En su consecuencia, la inteligencia acordada a los diversos aspectos de la supremacía y especialmente el control de constitucionalidad presentan en la actualidad cambios significativos.

A su vez el reconocimiento que ha efectuado la Corte a la obligatoriedad de la jurisprudencia que deriva de las sentencias y opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos e incluso de las recomendaciones e informes de la Comisión Interamericana; muestra una visión bastante aproximada del novedoso panorama de la reforma en el tema de la prelación normativa.

2. *Algunos problemas interpretativos*

La redacción del art. 75, inc. 22 de la CN parece suficientemente explícita, sin embargo su interpretación provoca algunas dificultades derivadas de la incidencia en el razonamiento del intérprete de su personal modo de reconocer la relación entre *reglas y principios*.¹

^{2.3} HYNES, LUISA MARÍA, *La operatividad de los derechos reconocidos en la CADH*, en *Revista de Derecho Público*, 2: 89, FDA, 1986.

^{2.4} BIDART CAMPOS, GERMÁN, *Manual de la Constitución Reformada*, Ediar, 1996, t. 1, p. 346.

^{2.5} BIDART CAMPOS, *op. cit.*, t. 1, p. 312; VIGO, RODOLFO L., *Interpretación constitucional*, Abeledo Perrot, 1993, p. 83 y ss.

^{2.6} Sobre las dificultades que presenta reconocer la fuente material de la decisión judicial puede verse PRIETO SANCHIS, LUIS, *Ideología e Interpretación Jurídica*, Tecnos, 1987, p. 54 y ss.

Un ejemplo podría ser la *regla* de la supremacía de los tratados respecto de las leyes, que siendo expresa en el texto constitucional, admite la posibilidad de su postergación ante la calificación de *programaticidad* que pudiere otorgarle el intérprete en el caso concreto. Ello como resultado de la escisión entre la citada *regla* y el *principio* que la sustenta, que sería en este punto la obligación del estado de cumplir el tratado que ha suscripto.² Asimismo, debiéndose imponer la buena fe en la tarea de interpretación y aplicación de los tratados, el esfuerzo por *presumir* su operatividad no parece desmedido.³

El problema presenta mayor complejidad cuando se aplica a los tratados sobre derechos humanos a los que se otorga “*jerarquía constitucional*.” Es indudable que el constituyente ha pretendido colocar a los once instrumentos internacionales a que alude el inc. 22 del art. 75 en idéntico nivel con la Constitución. Las referencias a la “*complementariedad*” y “*no derogación*” de las normas constitucionales preexistentes afianzan el sentido de la referida *jerarquización*.⁴

Sin embargo, algunos entienden que la “*no derogación*” mantiene algún tipo de superioridad para los arts. que ya integraban la Constitución, tesis que a nuestro entender desconoce el único sentido con que debe interpretarse de buena fe la reforma introducida en el art. 75.

Los aspectos antes aludidos muestran porqué se impone interpretar en primer término la propia Constitución para luego atribuir un significado al derecho infraconstitucional a partir del resultado del primer proceso.⁵ Precisamente en ese punto es donde la obligatoriedad de la interpretación del derecho internacional de los derechos humanos realizada previamente por los organismos internacionales incorpora un elemento nuevo al proceso de formación de la decisión judicial, ampliando su fuente material.⁶

3. *Obligatoriedad de las decisiones de la Corte Interamericana de DH según su propia jurisprudencia.*

La doctrina mayoritaria en materia de derecho internacional público es coincidente en negar a la jurisprudencia el carácter de fuente de derecho internacional, reservando esa condición exclusivamente a los tratados, la costumbre y los principios generales de derecho. No obstante se puede advertir una importancia creciente de su incidencia en la interpretación de las normas.

Sin desconocer que la jurisprudencia es un medio auxiliar para desentrañar

^{3.1} El desarrollo de la influencia que paulatinamente adquiere la jurisprudencia de los tribunales internacionales en los pronunciamientos de los tribunales nacionales puede verse en TRAVIESO, JUAN ANTONIO, *La jurisprudencia en el derecho internacional*, LL, 1997-D, 934.

^{3.2} Opinión consultiva OC-1/82, “Otros Tratados,” CIDH 24/IX/92, considerando 51.

^{3.3} *Giroldi, Horacio D. y otro*, LL, 1995-D, 463.

^{4.1} Sentencia de la CIDH en *Caballero Delgado y Santana*, 8/XII/95.

^{4.2} BIDART CAMPOS, GERMÁN y ALBANESE, SUSANA, *La interpretación del término recomendaciones a la luz de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, JA, 25/IX/96, p. 2.

^{4.3} CSJN, *Bramajo*, 12/IX/96, cons. 8° y 9°, LL, 1996-E, 411.

el significado de las normas de derecho internacional, ha sido la propia Corte Interamericana quien fue perfilando con sus fallos y opiniones consultivas la importancia de esos pronunciamientos para los Estados que han aceptado expresamente su competencia. Por ello actualmente podría admitirse la existencia de un *usus fori* de indiscutible valor. Para los tribunales de los países involucrados en el sistema de protección supranacional de los derechos humanos, se han constituido por ese medio una serie de pautas que amplían considerablemente los parámetros de interpretación de los tratados sobre derechos humanos.¹

Algunas diferencias deben marcarse respecto de la obligatoriedad de los pronunciamientos de la Corte Interamericana según se trate de sentencias o de opiniones consultivas.

Las sentencias, que representan la decisión del Tribunal en casos específicos en los que se han denunciado violaciones de derechos humanos constituyen jurisprudencia obligatoria y vinculante para los tribunales internos.

La obligatoriedad de los fallos dictados por la Corte Interamericana tiene fundamento normativo en la jerarquía constitucional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Al actuar éste Tribunal como órgano de control del Pacto tiene competencia para conocer en cualquier caso relativo a la aplicación e interpretación del mismo (art. 62) siendo sus sentencias definitivas e inapelables y encontrándose los Estados obligados a cumplirlas (arts. 67 y 68 CADH).

Respecto de las opiniones consultivas, que implican una función de colaboración con los integrantes del sistema interamericano en el cumplimiento de sus obligaciones relativas a la protección de los derechos humanos, la propia Corte ha entendido que “*no tienen el mismo efecto vinculante que se reconoce para sus sentencias en materia contenciosa.*”²

Sin embargo el desarrollo posterior de la función consultiva que ha producido hasta hoy quince opiniones sobre diversos aspectos relacionados tanto con la interpretación de los instrumentos internacionales de derechos humanos como del derecho interno de los países consultantes; muestran el desarrollo de contenidos que han ido construyendo el marco interpretativo particular del sistema interamericano.

En la OC-3/83 se dijo que “*el proceso consultivo está destinado a ayudar a los Estados y Órganos a cumplir y aplicar los tratados... sin someterlos al formalismo y al sistema de sanciones que caracterizan el proceso contencioso,*” pero la evolución en cuanto a la importancia de esos pronunciamientos para el funcionamiento efectivo del sistema se advierte en la OC-14/94 del 9/XII/94, cuando la Corte afirma que es su función “*... emitir interpretaciones que contribuyan a*

^{4.4} Ver SAGÜÉS, NÉSTOR P., *El valor de los pronunciamientos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, JA, 15/IV/97, p. 2.

^{5.1} *Urteaga Facundo c/ Estado Mayor s/ Habeas Data*. En lo referente a la legitimación del actor también deben tenerse en cuenta los Comentarios del Comité de Derechos Humanos del PIDCP

fortalecer el sistema de protección de los derechos humanos...” (Párr. 23.)

En la OC-15/97 (14/XI/97) el Tribunal estimó que “...*aún cuando la opinión consultiva no tiene el carácter vinculante de una sentencia en un caso contencioso, tiene en cambio efectos jurídicos innegables*” (párr. 26.) Pero es a través del voto concurrente del Juez A. A. CASCADO TRINDADE donde se advierte con mayor precisión la trascendencia que poseen las opiniones consultivas para la propia Corte en la actualidad. El magistrado critica el razonamiento previo de la Comisión respecto de la competencia del Tribunal para decidir la emisión de una Opinión Consultiva, diciendo que “... *su razonamiento (de la Comisión) revela una visión de... la función consultiva internacional propia de otra época y de muy difícil sustentación en nuestros días.*” En cuanto a la finalidad que se persigue con el procedimiento consultivo expresa que consiste en “... *obtener una interpretación... que facilite y perfeccione la aplicación*” (de la CADH y de otros tratados, conforme la OC-1/82.) Seguidamente el voto resalta que el procedimiento actúa en beneficio de todos los Estados Partes y de los órganos del sistema de protección y que se inspira en valores comunes superiores.

Es decir que si bien el objetivo de las opiniones de la Corte vertidas a través del ejercicio de su competencia consultiva es *colaborar* en la tarea de interpretación para afianzar la aplicación uniforme de los documentos internacionales; dicho mecanismo se va fortaleciendo paulatinamente.

Nuestra Corte Suprema ha avanzado más que el propio tribunal interamericano en cuanto a la obligatoriedad de la jurisprudencia emanada de las opiniones consultivas, al considerar que la interpretación que surge de tales pronunciamientos se constituye en obligatoria para nuestros tribunales. Es así como en *Giroldi* al considerar la responsabilidad en que incurriría la Nación en caso de ignorar lo resuelto por la Corte Interamericana, integró en el concepto de *jurisprudencia* a los fallos y las opiniones consultivas.³

4. *La Comisión Interamericana de DH y la obligatoriedad de sus pronunciamientos*

Para la Corte Interamericana las “recomendaciones” a que alude la Convención Americana no constituyen decisiones jurisprudenciales de carácter obligatorio de manera que su incumplimiento, en principio no generaría responsabilidad del Estado.¹ Sin embargo de la propia redacción de la Convención y su interpretación a través de las Opiniones Consultivas, surgen varios aspectos que merecen considerarse y de los cuales derivan especiales consecuencias respecto de la obligatoriedad de sus pronunciamientos.

La Convención cuando se refiere a la forma que adquieren las decisiones de la Comisión Interamericana, emplea los términos “*informes*” (arts. 41 *c*) y *g*), 49, adoptados en la reunión 1411 del 5 de abril de 1995 (Informe del Comité de Derechos Humanos, vol. 1, ... entre los cuales se encuentran las recomendaciones al Estado Argentino para continuar las investigaciones acerca del destino de las personas desaparecidas...;” cons. 16 del voto del Dr.

50.1.2.3 y 51.1.2.3) “proposiciones” (art. 50.2) y “recomendaciones” (art. 41.b, 50.3 y 51.2.)

Podríamos decir que los *informes* son documentos en los que se expone una determinada situación respecto de la vigencia de los derechos humanos, pudiendo diferenciarse el *informe anual* a la Asamblea General de la O.E.A. (art. 41. g), de los *informes* que se emiten durante el procedimiento desarrollado ante la Comisión en relación con una denuncia o comunicación relativa a alguna específica violación de derechos (arts. 49, 50, 51.)

Por su parte las “recomendaciones” indican una determinada conducta a seguir por los gobiernos del Estado al que se dirigen, según la pauta general del art. 41.b y como veremos, presentan ciertas complejidades.

Las “proposiciones” no sólo “recomiendan” alguna modificación en la situación que provoca la lesión a los derechos, sino que sugieren concretamente el modo en que debería procederse con el fin de que el Estado destinatario lo adopte. *Recomendaciones y proposiciones* pueden ser formulados en oportunidad de transmitirse el informe del art. 50.3.

El alcance y contenido del informe que emitirá la Comisión cuando se arribe a una solución amistosa (art. 49) no presenta dificultades interpretativas. Por el contrario los informes de los arts. 50 y 51 ha sido objeto de motivo de varios pronunciamientos de la Corte, fundamentalmente en la OC-15/97 (14/XI/97.)

El del art. 50 constituye un *informe preliminar* atento que no clausura la intervención de la Comisión, expone los hechos y conclusiones de lo actuado hasta ese momento y eventualmente puede incluir *proposiciones y recomendaciones* (OC-15/97 cons. 35.) A partir de la remisión de éste informe se abre una plazo de tres meses, período durante el cual el asunto podrá ser solucionado o sometido a la decisión de la Corte.

La tercera posibilidad es la que se regula en el art. 51 y que corresponde al *segundo informe de la Comisión*, de carácter facultativo, en el que se dejará constancia de la opinión del Cuerpo y las conclusiones de lo actuado, se harán las recomendaciones pertinentes y se fijará un plazo para que el Estado tome las medidas necesarias para remediar la situación examinada. Si bien la OC-13/93 calificó este informe como *definitivo*; en la OC 15-97 la Corte dijo expresamente que las expresiones “*preliminar y definitivo son términos puramente descriptivos que no establecen categorías jurídicas de informes.*”

Según la interpretación en ese documento el proceso a través del cual la comisión puede tomar una decisión de publicar el informe del art. 51 tiene dos etapas: *Primera*: La Comisión posee un poder *discrecional* para emitir su opinión y conclusiones, efectuar las recomendaciones pertinentes y fijar el plazo para que éstas sean cumplidas. *Segunda*: Si la comisión ha ejercido su poder *discrecional*, al final del plazo debe decidir: a) Si el Estado ha tomado o no las medidas adecuadas y b) si publica o no su *informe*, es decir su *opinión, conclusiones y*

recomendaciones .(OC 15-97 cons. 46.)

Queda en claro que cuando ha precluido el período en que la Comisión o el Estado pueden someter un caso a la Corte, la primera continúa conociendo siendo el único órgano de la Convención que puede hacerlo. En estas circunstancias el informe que emita y las recomendaciones que formule conforme el art. 51.2, ¿son obligatorias para el Estado receptor?

Para BIDART CAMPOS y ALBANESE la única recomendación no obligatoria sería la que emite la Comisión en función del art. 51.2 con posterioridad a la presentación del caso a la Corte. De tal modo, tanto las recomendaciones del informe preliminar como las del definitivo aludido en el art. 51.2 son obligatorias y generan responsabilidad al Estado incumplidor.²

Parecería que sin perjuicio de lo resuelto en *Caballero Delgado y Santana*, la Corte coincide en el mismo criterio de los autores citados cuando al resolver sobre el punto principal de la consulta en la OC 15-97 analiza la *validez* del informe del art. 51 cuando ha sido modificado, hipótesis que autoriza sólo en circunstancias excepcionales.

En conclusión, si bien las recomendaciones, proposiciones e informes emitidas por la Comisión no son “*decisiones jurisdiccionales*” tienen efectos jurídicos y poseen obligatoriedad para los Estados.

En la causa *Bramajo*³ la Suprema Corte argentina otorgó un valor significativo al criterio de la Comisión expuesto en el informe anual 1988/9 en relación con el concepto de “plazo razonable de detención sin juzgamiento.” Dijo al respecto que “*la opinión de la Comisión... debe servir de guía o jurisprudencia para nuestros tribunales en lo que hace a la interpretación de los preceptos del Pacto de San José de Costa Rica*” (cons. 15.) Si para nuestra Corte Federal el parecer de la Comisión contenido en un informe se constituye en “*jurisprudencia*” o “*guía de interpretación*” no cabe duda respecto de la obligatoriedad de las recomendaciones contenidas en ese informe.⁴

5. *El criterio de nuestra Corte Suprema. Pautas de interpretación a partir de la Jurisprudencia Supranacional.*

Fue al resolver la causa *Giroldi Horacio David y otro s/ recurso de casación* (7/IV/96) que la Corte Suprema al examinar el sentido de la expresión “*en las condiciones de su vigencia*” del art. 75, inc. 22 CN, expresó que las convenciones internacionales (en el caso se trató de la CADH), operan para el derecho interno en iguales condiciones que lo hacen en el ámbito internacional.

Considerando que el modo como rige un tratado internacional se determina no sólo por la forma en

^{5.2} *Acosta, Claudia B.*, CSJN 22/XII/98 voto de mayoría, cons. 13, votos de BOGGIANO y BOSSERT, cons. 10 y 14, *JA*, 30/VI/99, boletín n° 6148, con notas de SUSANA ALBANESE, GERMÁN, BIDART CAMPOS y NÉSTOR P. SAGÜES.

^{5.3} A nuestro modo de ver, la sentencia intenta más bien concordar el principio de seguridad

fiesta su vigencia en el derecho internacional, será necesario verificar la manera en que se produce la operatividad del documento a través de la interpretación que hagan del mismo los órganos supranacionales encargados de esa tarea.

Es así como la jurisprudencia emanada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se hace imperativa para nuestros tribunales no sólo por su propia manifestación a través de los fallos ya mencionados, sino por haberlo admitido expresamente nuestro supremo tribunal federal.

Con anterioridad a la reforma constitucional de 1994, ya la Corte Suprema se había manifestado en *Ekmekdjian Miguel A. c/ Sofovich s/ Amparo* sobre la importancia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana para nuestros tribunales. En *Giroldi* la Corte al hacer suya la interpretación que la Corte Interamericana hizo en la Opinión Consultiva 11/90 del art. 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dijo que lo resuelto por ese Tribunal debía servir de “*guía para la interpretación*” del mismo documento por los magistrados argentinos.

Con fundamento en la doctrina expuesta en *Giroldi*, un año después en la causa *Bramajo* ya citada, la Corte Suprema otorgó también la calidad de *guía para la interpretación de los preceptos convencionales* a “*la opinión de la Comisión Interamericana*” desarrollada en un informe en el que fijaba las pautas a tener en cuenta para reglamentar el “*plazo razonable de detención.*”

En *Urteaga* se llegó incluso a admitir la importancia de *recomendaciones* contenidas en los “Comentarios” del comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.¹

Sin embargo conforme lo resuelto recientemente en la causa *Acosta*, la Corte Suprema ha dicho que los informes y las opiniones de la Comisión Interamericana “*constituyen criterios jurídicos de ordenación valorativa*” siendo una “*inestimable fuente de hermenéutica en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos,*” pero que “*no equivalen a consagrar como deber para los jueces el de dar cumplimiento a su contenido al no tratarse... de decisiones vinculantes para el poder judicial.*”²

Parecería desprenderse del fallo un retroceso en cuanto a la obligatoriedad de los pronunciamientos de la Comisión contenidos en sus informes al otorgarles exclusivamente valor interpretativo. Creemos sin embargo que a pesar de la jurídica que impone mantener la estabilidad de las decisiones judiciales con su deber de aplicar los criterios interpretativos emanados de los órganos de control de la CADH conforme lo admitiera en los precedentes *Giroldi* y *Bramajo*. En ese sentido reafirma la inexistencia de una cuarta instancia y desplaza el deber de cumplir lo recomendado en el informe 55/97 a los demás poderes del Estado con fundamento en lo dispuesto expresamente en tales recomendaciones.

^{6.1} CSJN, *Monges Analía M. c/ Universidad de Buenos Aires*, 15/III/96, LL, 1996-D, 111.

^{6.2} Ver TRAVIESO, JUAN A, *op. loc. cit.*

^{6.3} RENATO RABBI-BALDI CABANILLAS, *La Corte Suprema en el origen y desarrollo de la constitucionalización de los Tratados sobre Derechos Humanos*, ED, 180: 1383.

^{7.1} VIGO, RODOLFO, *op. cit.*, p. 5.

consideraciones del alto tribunal, las recomendaciones contenidas en el informe 55/97 imponen claramente deberes que el Estado debe cumplir no sólo a través de la intervención de sus jueces, sino de todos los poderes públicos. (Art. 1 CADH.)³

6. *Limitaciones al control de constitucionalidad del derecho supranacional.*

Los tratados indicados en el art. 75, inc. 22 de la Constitución, al tener su misma jerarquía imposibilitan cualquier supuesto de contradicción siendo presumible que el constituyente ha verificado su coincidencia con la regulación constitucional preexistente de los derechos fundamentales.

Es éste el criterio expuesto en *Monges Analía c/ Universidad de Buenos Aires* en que la Corte dijo “...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 produce derogación alguna, juicio que no pueden los poderes constituidos desconocer.”⁴

Descartado el control de constitucionalidad de los tratados que han adquirido la misma jerarquía que la norma suprema, queda por considerar el modo en que los jueces tendrán que efectuar el análisis de la constitucionalidad de las normas de derecho interno infraconstitucionales ante una eventual contradicción con otras de derecho internacional de los derechos humanos.

Al considerar sus propias atribuciones, la Corte Interamericana en la OC 13/93 decidió que es competente “para calificar cualquier norma de derecho interno de un Estado parte como violatoria de las obligaciones que éste ha asumido.” Por el contrario no lo es “para dictaminar si contradice o no el ordenamiento jurídico interno de dicho Estado.”

De tal modo ha ratificado que las contradicciones entre el derecho interno de un Estado parte y el derecho internacional de los derechos humanos son de la competencia de los órganos de control de la CADH. Caben aquí las consideraciones precedentes respecto de la obligatoriedad de los pronunciamientos de la Corte y de la Comisión Interamericanas de Derechos Humanos.

Por el contrario, al impedirse de actuar en las contradicciones dentro del ordenamiento jurídico de un Estado, ha afianzado la necesidad de la intervención específica de los órganos a los que el propio ordenamiento constitucional de cada país ha otorgado el deber de ejercer el control de constitucionalidad. Se trata de una de las formas de cumplimiento de los deberes asumidos por los Estados parte conforme el art. 1º de la CADH.

Sin embargo si la cuestión planteada puede resolverse por aplicación de las normas de derecho internacional, no solo sería innecesario sino inadecuado, recurrir a los mecanismos internos de control.²

En otras palabras, si “*la armonía o concordancia entre los tratados y la Constitución es un juicio constituyente*” el control efectuado por el órgano supranacional sustituye la intervención en tal sentido de los órganos judiciales nacionales.³ Se trata de la única forma posible de interpretar sistemáticamente y de buena fe los derechos contenidos en la primera parte de la Constitución y en los Tratados aludidos en el art. 75, inc. 22.

7. Consideraciones finales

Lo resuelto en “*Giroldi*” respecto de la obligatoriedad de los pronunciamientos de la Corte Interamericana, contenidos en una sentencia o en las opiniones consultivas, constituye un imperativo ineludible tratándose de la “jurisprudencia” emanada del más alto Tribunal al que el sistema interamericano de protección de los derechos humanos asigna la función de control de cumplimiento de las normas convencionales.

En cuanto a los criterios expuestos por la Comisión Interamericana en sus informes, a través de recomendaciones o proposiciones, es evidente que ellos no constituyen técnicamente “jurisprudencia,” hecho que no obsta a reconocerles efectos jurídicos.

Nuestra Corte Suprema de Justicia si bien reconoció la importancia de las opiniones de la Comisión en la causa “*Bramajo*,” de algún modo retrocedió en “*Acosta*” cuando admitió que los jueces no tienen el deber de observar las recomendaciones de dicho órgano, sin perjuicio de asignarles trascendencia como “*fuentes de hermenéutica.*” Recordemos que la propia Comisión ha admitido ese criterio.

Sin embargo el sistema de valores que integra la Constitución a partir del reconocimiento de su misma jerarquía a los tratados sobre derechos humanos, impone la obligación de asumir las directivas emanadas de las recomendaciones de la Comisión, en la medida en que amplíen el status de protección.

La autolimitación asumida por la Comisión respecto de la imperatividad de sus opiniones no impide la activa intervención de los tribunales en el sentido indicado por una recomendación, atento las obligaciones contraídas por el Estado en relación con la efectiva vigencia de los derechos protegidos.

Es evidente que la actuación de los jueces en tal sentido conduce a un “protagonismo judicial” que seguramente provocará algún tipo de roce con los otros poderes del Estado.¹

La buena fe en la interpretación de las normas convencionales de protección de los derechos humanos impone a todos los poderes de un Estado, abstenerse de

rigideces técnicas aparentemente indiscutibles, cuya aplicación dogmática implique la postergación injustificada de medidas posibles a favor de los derechos humanos contenidos en las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

8. *Guía de lectura*

1.- ¿Qué criterio expuso la Corte Suprema en *Ekmekdjian c/ Sofovich* respecto de la jerarquía normativa de los tratados en relación con el derecho interno?

2.- ¿Constituye esa argumentación una novedad en la jurisprudencia de la Corte argentina? Describa los aspectos que identifican la originalidad del fallo.

3.- ¿Resulta coincidente el criterio expuesto en ese caso con lo regulado en la reforma constitucional de 1994?

4.- Comparando la jurisprudencia del caso *Ekmekdjian* con el esquema normativo actual de la Constitución, ¿cuál es el criterio que implica mayor standard de protección? Indique los elementos que ha considerado para dar su respuesta.

5.- Desde la misma óptica, ¿Cómo se compatibiliza la “jerarquía normativa” con la “complementariedad” de que habla el art. 75 inc. 22 de la CN? ¿Y con el concepto de “no derogación”?

6.- ¿Cómo fundamentaría Ud la obligatoriedad de las Opiniones Consultivas como pauta de interpretación de los tratados sobre derechos humanos?

7.- ¿Qué diferencias respecto de su obligatoriedad para los Estados parte en la Convención se podría establecer respecto de las sentencias? ¿Y que similitudes? ¿De dónde proviene su efecto imperativo?

8.- ¿La jerarquía constitucional de los tratados sobre derechos humanos indicados en el art. 75 inc. 22 obliga en todos los casos a su aplicación inmediata por los jueces? ¿Cabría la calificación de “*programaticidad*” para dejar de aplicar un Tratado? ¿Cuál es el límite para esa interpretación? ¿Cómo juegan en el tema los *estándares de protección*?

9.- ¿Qué argumentos podría esgrimir un Estado para dejar de aplicar un pacto sin violar el art. 27 de la Convención de Viena?

10.- ¿Qué rol cumpliría ese artículo respecto de la efectividad de los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos?

12.- ¿Los informes de la Comisión Interamericana, constituyen *jurisprudencia*? ¿Son obligatorios para los Estados que han ratificado la Convención? ¿En qué condiciones?

13.- ¿Qué parte del contenido de un informe podría considerarse obligatorio? ¿Cual sería la pauta de diferenciación entre aspectos obligatorios y no obligatorios de un informe? ¿Qué ha dicho la Comisión al respecto? ¿Cómo puede diferenciarse el informe de las recomendaciones y proposiciones que el mismo contenga? ¿Existen diferencias entre las recomendaciones y las proposiciones?

14.- ¿Qué ha resuelto nuestra Corte Suprema respecto de la obligatoriedad de

las recomendaciones de la Comisión? ¿Qué diferencias pueden señalarse entre los argumentos expuestos en *Giroldi* y *Bramajo* en relación con el pronunciamiento en la causa *Acosta*? ¿Puede considerarse que ello importa un retroceso en la jurisprudencia de la Corte Suprema? Identifique las razones que justifican su respuesta. ¿Cuál es el valor de los informes en el voto de la mayoría?

15.- ¿Cuáles son las normas de la CADH que podrían invocarse para justificar la obligatoriedad de las recomendaciones de la Comisión?

ANEXOS AL CAPITULO III

ANEXO I

LA DEMARCACIÓN TEMÁTICA DENTRO DE LA UNIDAD DEL ORDEN JURÍDICO

1. *Problema central:*

¿Dónde se encuentran regulados normativamente los derechos y garantías individuales, derechos de la persona física, libertades públicas, derechos humanos?

¿Qué distinciones terminológicas entre esas u otras expresiones pueden sustentarse en las diferentes regulaciones normativas existentes?

2. *Problemas particulares:*

¿Existen diferencias normativas, valorativas y prácticas entre derechos de carácter individual, grupal o social?

¿Se justifica el empleo de la expresión “derechos humanos” o “derechos humanos y garantías”? ¿Por qué? ¿Con qué alcance?

¿Cuáles derechos concretos es conveniente estudiar en esta materia, en función del tiempo disponible?

3. *Objetivos particulares:*

3.1. Entrenar al alumno en la identificación de las distintas ramas del derecho que tratan partes de lo que *lato sensu* son los derechos individuales.

3.2. Entrenar al alumno en identificar las estipulaciones verbales que responden a diferencias de régimen jurídico, y las estipulaciones verbales que responden a otros criterios, por ejemplo valorativos o filosóficos.

3.3. Entrenar al alumno a identificar y consultar los diferentes cuerpos normativos relacionados con los distintos derechos individuales, cualquiera sea su calificación o definición.

4. *Actividades*

4.1. *Normas programáticas y operativas*

Los Sres. alumnos traerán confeccionado y completado, para su discusión en clase, un cuadro de doble entrada que tenga las líneas y columnas que a continuación se indican, en cuyo interior estarán consignados los derechos y las normas que los contemplan, conforme al siguiente esquema:

A) Líneas:

1º) Derechos emergentes de normas operativas.

2°) Derechos previstos en normas programáticas.

B) Columnas:

1°) Pacto de San José,

2°) Constitución nacional.

3°) Código Penal.

4°) Código Civil.

5°) Otras normas nacionales o internacionales. (Una columna para cada grupo o cuerpo normativo.)

En la discusión en clase se analizarán los trabajos escritos presentados, con las conclusiones comparativas efectuadas previamente por los Sres. alumnos, procurando identificar aquellos derechos que emergen de normas operativas en forma simultánea de más de un cuerpo normativo, y aquellos de igual alcance que nacen solamente de normas internacionales o nacionales.

4.2. Derechos tutelados en forma análoga en el derecho internacional y en el derecho interno. Discusión de cuáles son las más convenientes para desarrollar el estudio de tales derechos

a) En base a la actividad 4.1, los señores alumnos identificarán cuáles derechos emergentes de normas operativas están solamente tutelados en forma explícita en normas internacionales, y que en principio no estarán necesariamente comprendidos en el estudio de las disciplinas referidas al derecho interno.

b) Luego de la actividad precedente, los Sres. alumnos discutirán los casos de derechos emergentes en forma explícita de normas internacionales operativas, y al mismo tiempo susceptibles de ser interpretados como comprendidos en forma implícita en normas internas programáticas u operativas, y procurarán identificar los argumentos en pro y en contra de su inclusión dentro de la presente materia o de las demás mencionadas.

4.3. Derechos previstos en normas programáticas

Los Sres. alumnos enumerarán los derechos previstos en normas programáticas en el derecho internacional y en el derecho constitucional, no instrumentados tampoco por otras normas del derecho positivo interno, y procurarán clasificarlos en orden a los siguientes criterios:

a) su importancia política y social histórica, y

b) actual;

c) la posibilidad política y práctica de su instrumentación legal en el corto, mediano y largo plazo;

d) la deseabilidad de su instrumentación

En todos los casos darán sustento fáctico y axiológico a su respuesta.

4.4. Selección de derechos cuyo análisis es conveniente realizar en esta disciplina

4.4.1. Trabajo escrito de identificación de los fundamentos fácticos y axiológicos, en pro y en contra, que a juicio de los Sres. alumnos justifiquen o no la conveniencia metodológica de estudiar determinados derechos en esta disciplina, del total de derechos contemplados en normas operativas y programáticas.

4.4.2. Discusión en clase de los trabajos presentados y decisión por los profesores a cargo del curso de los derechos sobre los cuales se organizará la siguiente unidad temática.

4.5. Esquema comparativo de los medios de tutela nacional e internacional de los diferentes derechos, y las disciplinas a que corresponde su estudio

4.5.1. *Identificación, enumeración, clasificación*

En base a los materiales que les serán proporcionados por los Sres. profesores, y los demás que investiguen y seleccionen los Sres. alumnos, identificarán y clasificarán según la disciplina los medios de tutela y los órganos ante los cuales se ejercen, de los diversos derechos según estén contemplados específicamente:

- a) en el derecho internacional en forma exclusiva;
- b) en el derecho procesal constitucional;
- c) en el derecho procesal civil y comercial;
- d) en el derecho procesal administrativo;
- e) en el derecho procesal penal;
- f) en el procedimiento administrativo;
- g) en el procedimiento parlamentario.

La identificación y caracterización de los medios de tutela y los órganos antes los cuales se ejercen, conforme a la enumeración y clasificación mencionadas, se hará en forma somera, procurando en una primera etapa señalar solamente el objeto del medio de tutela, el órgano ante el cual se ejerce, y la duración estimada en el tiempo que requiere habitualmente su trámite. No se incluyen en consecuencia, en principio, plazos de interposición, diferentes procesos o procedimientos, carácter de las acciones, recursos, denuncias, etc., todo lo cual queda para su análisis en las disciplinas antes mencionadas.

4.5.2. *Órganos y medios de tutela no analizados en otras materias*

Los Sres. alumnos identificarán qué medios de tutela resultan no comprendidos en otras materias, en sus respectivos programas concretos de estudio.

Tales medios y órganos de tutela serán estudiados en el curso mediante actividades a desarrollar en las unidades temáticas sucesivas, en forma conjunta con el problema de fondo que se analice en cada caso.

ANEXO II

I. *Algunos objetivos generales del aprendizaje con casos*

Actividades como las que siguen a continuación tienen como objetivo procurar entrenar a:

1º) percibir objetivamente los hechos internos y externos del caso; reconocer el carácter dinámico de todo caso; producir y valorar la prueba de los hechos; identificar el objeto del acto administrativo; identificar su causa fáctica, diferenciándola de su motivación; muy especialmente determinar su razonabilidad; todo ello, sin incurrir en falacias formales o no formales del razonamiento;

2º) buscar y encontrar la información teórica —normas, jurisprudencia, doctrina— que se refiere a los aspectos que cada caso contiene, y desde luego analizarla y aplicarla;

3º) encontrar las normas legales ó reglamentarias aplicables a cada aspecto del caso, interpretarlas razonablemente según las circunstancias fácticas del caso, y aplicarlas a su solución;

4º) imaginar y sobre todo razonar una o más vías de solución o comportamiento, conducta procesal, etc., plausibles y razonables para el caso, que no contravengan desde luego el ordenamiento jurídico y que a su vez tengan también viabilidad práctica desde todo punto de vista,

5º) diferenciar cada caso de otro “semejante” o “análogo” que hayan creído haber hecho

o visto previamente, y eviten tanto caer en errores anteriores como en “soluciones” de casos previos —una variante del mismo error metodológico—;

6°) reconocer entonces que no hay casos “típicos,” que es el método lo que hay que aprender, no los casos, y que en cada uno debe ejercitarse en la búsqueda de una solución nueva, creativa, imaginativa pero ajustada a la realidad del caso y de los hechos que le sirven de “causa,” que no sea entonces una mera adaptación o repetición de “soluciones” anteriores en casos semejantes en apariencia, pero que en verdad resultarán siempre diferentes en la nueva situación fáctica y por ende jurídica;

7°) identificar y analizar la razonabilidad de toda norma general o particular en un caso concreto, y la razonabilidad intrínseca de la solución del caso, con independencia de la norma; como, finalmente, la razonabilidad de todos los demás aspectos no jurídicos en apariencia que el caso presente.

II. *Algunos de los problemas que presenta ta resolución de casos*

1°) *Inexistencia de fórmulas genéricas previas para la solución de casos*

Constituye una falsa quimera el pensar que los casos de derecho tienen una única, necesaria y verdadera y válida solución; conviene recordar que la moderna filosofía de la ciencia, a partir de KARL POPPER, se basa en supuestos diametralmente opuestos de aquellos que estamos aquí criticando, por lo cual puede resultarles útil y hasta indispensable la lectura de la parte pertinente de libros tales como VILANOVA y otros, *Introducción al conocimiento científico*, Buenos Aires, Eudeba, 1985, entre otros.

Igualmente falaz es aún la pretensión de que la solución de un caso pueda sugerirse o darse por adelantado, cuando el objetivo es que sea el destinatario quien ejercite, perfeccione o aprenda a descubrir cómo se analizan los hechos, cómo se construye un razonamiento, cómo se efectúa un discurso hilvanado y lógico, cómo se propone una solución convincente y razonable, cómo se argumentan los pro y los contras de las diversas alternativas que cada caso puede presentar.

A tal efecto puede ser pertinente recordar el axioma popperiano de que “Nunca se puede estar seguro de nada;” pero ello no excluye que algunas pautas al menos puedan indicarse, siempre que se tenga en claro que ellas no constituyen la fórmula de solución de los casos, sino algunas advertencias de posibles errores comunes a ser evitados;

2°) *Del análisis de los hechos en el objeto del acto*

En tal sentido, cabe destacar en primer lugar la prioritaria y aguda necesidad de un análisis sumamente detallado, pausado, reflexivo, cuidadoso, crítico, imaginativo pero eminentemente realista de los hechos, como primera y fundamental tarea a ser realizada, de cuyo eventual fracaso depende el fracaso de todo el análisis posterior.

Dentro de ese minucioso análisis de los hechos queda comprendida desde luego la cabal comprensión del problema en su totalidad, incluyéndose aquí en primer lugar la adecuada percepción de cuál es el problema central a resolver, o cuáles son los problemas centrales en su caso.

Resulta necesario advertir entonces que debe darse atención prioritaria al objeto del acto, y reflexionarse realista y empíricamente sobre el tipo de problema que ese objeto o contenido central del acto plantea en la práctica, en la realidad material, prescindiendo

de meras reacciones emotivas no suficientemente razonadas. (Falacias *ad hominem*, *ad baculum*, *ad populum*, etc.)

En tal sentido, cabe también recordar a Santo Tomás cuando enseñaba que no se razona con la fe, ni se tiene fe con la razón, axioma que puede también ser parafraseado en su aplicación a los aspectos emotivos y racionales que cada caso pueda contener.

3°) *Del análisis de los hechos exteriores al acto, o “causa” del acto, o realidad fáctica específica en la cual el mismo se inserta o frente a la cual es dictado*

Asimismo, resulta indispensable que en el análisis de los hechos se perciba no solamente el texto del propio acto, tratándose de un acto escrito, o las palabras y circunstancias en que se lo expresa si se trata de un acto verbal, o ambos si se superponen actos verbales y escritos.

En efecto, el análisis del objeto del acto desde el punto de vista fáctico comprende indispensablemente el análisis de los hechos, expresados o no en el acto, de la realidad externa al acto y a la cual el mismo objetivamente se refiere o relaciona, o en la cual se inserta, o que lo enmarca y encuadra;

Una de las más difíciles tareas del estudiante y del abogado es precisamente la adecuada percepción de la realidad en la cual el acto se inserta, o sea, de la “causa” o motivo que el acto tiene en dicha realidad, independientemente de cuáles sean sus expresiones de razones o invocación de argumentos.

Debe también evitarse el error común de creer que todo lo que la autoridad dice es cierto, por el sólo hecho de que lo diga, confundiendo entonces presunción de legitimidad con verdad lisa y llana, lo que resulta no sólo lógicamente insostenible sino también un error político sustancial.

4°) *De la importancia del análisis de las vías alternativas de solución del caso*

Luego de haber analizado exhaustivamente los hechos,

- a) luego de haber adecuadamente resuelto lo atinente a la validez del acto, fundamentalmente a su razonabilidad frente a los hechos del caso, derechos que afecta, etc., lo más importante en el análisis jurídico es determinar:
- b) cuáles son las vías alternativas de comportamiento jurídico o material, incluso de acciones u omisiones;
- c) y cuáles son los aspectos positivos y negativos de cada una de ellas.

Dicho en otras palabras, qué razones en pro y en contra de cada una de ellas van llevando al estudio del problema a preferir o no alguna o algunas de tales vías de acción, recurso, omisión, comportamiento material, etc.

Resulta igualmente importante, una vez elegido el tipo de comportamiento que se considera preferible, desarrollarlo a través de la redacción del acto jurídico (recurso, reclamo, denuncia; acción judicial, etc.) que en su caso se considera preferible, o de la explicación del comportamiento material u omisión que se recomienda.

III. *Objetivos generales y articulares*

Los objetivos generales antes expuestos podemos ahora particularizarlos y especificarlos, en el sentido que se procura el entrenamiento en distinguir:

- a) los hechos del caso, incluido el tiempo o momento histórico en que se lo resuelve,
- b) las valoraciones sociales de la época, de la persona que opina o resuelve, y del legislador,
- c) que entre las valoraciones del legislador debe tener en cuenta las contenidas en otra legislación que la directamente aplicable al caso,
- d) que debe interpretar armónicamente el orden jurídico como una unidad sistemática, procurando dar un sentido razonable y coherente al conjunto,
- e) que la interpretación de las normas, sea de la Convención, otras leyes internas dictadas u omitidas, y la Constitución nacional, es un análisis dinámico y no estático, en el cual no debe ponderarse exclusivamente el texto gramatical de la norma sino su sentido a la luz de los hechos y las valoraciones sociales.
- f) la formulación y aplicación al caso de distintas filosofías jurídicas que pueden emplearse, y que llevan a soluciones diferentes de los problemas, unidas a distintas valoraciones y percepciones de los hechos. Esto último se percibe particularmente en el análisis del caso siguiente.

ANEXO III

El caso de los exploradores de cavernas

Conviene analizar detalladamente el presente caso a fin de entrenarse en identificar las similitudes y diferencias entre los distintos votos, en lo que hace a los hechos descritos u omitidos, los juicios de valor, la interpretación del lenguaje y las normas, y en especial las diferentes filosofías jurídicas aplicadas. Estos criterios serán empleados reiteradamente a lo largo de todos los casos, de modo que es fundamental diferenciarlos y aplicarlos adecuadamente.

Bibliografía: FULLER, *El caso de los exploradores de cavernas*, Abeledo-Perrot.

CARRIÓ, *Cómo estudiar un caso*, Abeledo-Perrot.

VILANOVA y otros, *Introducción al conocimiento científico*, FDA, cap. V (lenguaje), pp. 270-289. (Esencialismo aristotélico, empirismo, falsacionismo.)

GORDILLO, *El método en derecho*, Madrid, Civitas, 1988.

Guía de reflexión

1º) *Los hechos del caso*

Distinga en cada uno de los votos de FULLER cuáles son los hechos del caso, tal como los relata el magistrado opinante.

Identifique si existen diferencias en la descripción o percepción de los hechos en cada uno de los votos sucesivos respecto del de TRUEPENNY.

Señale qué hechos que influyen en cada voto siguiente al primero han sido omitidos por éste u otros.

Señale qué contradicción frontal respecto de un hecho existe entre qué votos.

Efectúe un listado de las contradicciones de hecho y las omisiones de hecho que se encuentran en los votos al compararlos entre sí.

¿Cuáles son las omisiones de hecho del voto de TRUEPENNY puntualizadas por FOSTER?

¿Cuáles son las omisiones de hecho de TRUEPENNY puntualizadas por HANDY?

Procure identificar razones metodológicas o de otra índole de esta distinta descripción o percepción de los hechos.

¿Los datos de la realidad son finitos o infinitos?

¿Qué es lo más importante en un caso de derecho?

2º) *Las valoraciones*

Distinga en cada uno de los votos de FULLER cuáles son las valoraciones explícitas o aparentes de cada uno de los magistrados.

Identifique si alguno o alguno de ellos tiene juicios de valor no explicitados que difieren de los explicitados.

Identifique la razón o el por qué de esta contradicción

Identifique qué votos contienen valoraciones más propensas a introducir en la aplicación del derecho al caso una modificación del *statu quo ante* normativo, cuáles tienen juicios de valor, expresos o implícitos, adversos a la modificación del mismo sistema.

Compare los votos con valoraciones propensas al cambio del *statu quo ante*, a fin de diferenciar el tipo de fundamentación que ellas tienen.

¿Qué tipo de ideología representa TRUEPENNY?

¿Es prevalente la aplicación del iusnaturalismo en el sentido de hacer prevalecer la valoración por sobre la norma, en la aplicación del derecho?

¿En la toma de decisión de las sentencias judiciales en el país, influyen en la consideración los intereses sociales en juego (políticos, económicos, etc.)? ¿Es esto lo mismo que el punto anterior?

¿La percepción de la realidad se ve influenciada o teñida por las valoraciones del observador?

¿Cuál es la valoración real implícita en TRUEPENNY, aplicando la máxima conforme a la cual “No me interesa lo que los jueces dicen que hacen, sino lo que hacen”?

3º) *Las normas. La interpretación. Las filosofías jurídicas.*

¿Por qué el voto de FOSTER está mejor escrito o argumentado que los demás?

¿Por qué el voto de HANDY está escrito por momentos caricaturescamente (por ejemplo, la referencia a la sobrina)?

Identifique qué interpretación y aplicación hacen de las normas vigentes los distintos votos.

¿Qué tipo de filosofía jurídica emplean respectivamente TRUEPENNY, FOSTER y HANDY?

Relacione las diferentes interpretaciones con las distintas percepciones de la realidad y juicios de valor

Señale en qué medida en cada voto la percepción de la realidad y el juicio de valor respectivo han sido determinantes de la solución normativa escogida

¿En nuestras sentencias judiciales, tal como quedan escritas y son dadas a luz, es frecuente hallar razonamientos desde la perspectiva de HANDY? ¿Se tienen en cuenta al momento de resolver ese tipo de razonamientos?

¿En nuestras sentencias judiciales, tal como quedan escritas, existen casos en que se emplee una filosofía jurídica similar a la de FOSTER? ¿Cuáles son? ¿No tienen en verdad mayor analogía con los razonamientos de HANDY, QUITADA LA PARTE CARICATURESCA? IDENTIFIQUE LOS RAZONAMIENTOS DE UNO Y OTRO TIPO EN CASOS CONCRETOS.

¿QUÉ CARACTERÍSTICA DEL LENGUAJE EXCLUYE LA PRECISIÓN EN LA INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS?