

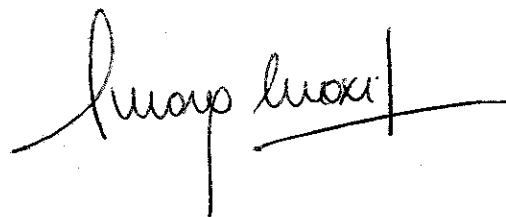
TESIS

**SOBRE LA RETROACTIVIDAD DE LA JURISPRUDENCIA FUNDAMENTAL Y EL
DEBER DE REPARAR ANTERIORES CONDENAS ILEGÍTIMAS.**

DIRECTOR DE TESIS: HERNÁN V. GULLCO

ALUMNA: MARÍA MARGARITA MAXIT

**MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL Y DERECHOS HUMANOS-
UNIVERSIDAD DE PALERMO**

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'María Margarita Maxit', with a long horizontal stroke extending to the right.

INDICE

Resumen.....	III
Nota del tutor de tesis.....	IV
Tabla de Contenidos.....	V
Introducción.....	1
Cuerpo de tesis.....	15
Conclusión.....	170
Bibliografía.....	172
Curriculum Vitae.....	187

RESUMEN

En esta tesis analizo la posición de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que rechaza aplicar retroactivamente la jurisprudencia internacional y constitucional más benigna para revisar las sentencias de personas condenadas con carácter de cosa juzgada.

A lo largo del trabajo, luego de examinar los aportes de la doctrina y jurisprudencia nacional y comparada y de rebatir los argumentos dados por la Corte para justificar su postura, demuestro que el deber de revisar estas condenas está basado en la necesidad de asegurar un igualitario reconocimiento de derechos, la legitimidad del Poder Judicial, en especial de la Corte, en tanto tiene intérprete de la Constitución Nacional así como la eficacia del sistema internacional de protección de los derechos humanos.

Buenos Aires, 29 de septiembre de 2007

Al Sr. Director Académico
Departamento de Posgrado
de la Facultad de Derecho
de la Universidad de Palermo
ROBERTO P. SABA

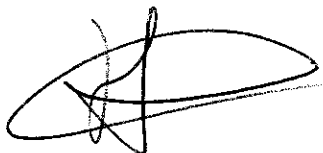
Tengo el agrado de dirigirme a Ud., en mi carácter de Director de tesis de María Margarita Maxit, alumna del Master en Derecho Constitucional y Derechos Humanos, a fin de informar, por este medio, que la tesis que ésta elaborara bajo mi supervisión se encuentra en condiciones de ser presentada para su defensa ante el jurado correspondiente.

En este trabajo, titulado "*Sobre la Retroactividad de la Jurisprudencia Constitucional e Internacional y el Deber de Remediar Anteriores Condenas Ilegítimas*", la maestranza analiza, de manera crítica, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que rechaza revisar sentencias condenatorias pasadas en autoridad de cosa juzgada respecto de personas a quienes en su momento se les denegó un derecho constitucional que fue reconocido posteriormente por la misma Corte o por un organismo internacional de protección de los derechos humanos.

El objeto de esta tesis aborda un problema normativo de enorme importancia en tanto apunta, directamente, a la adjudicación igualitaria y al efectivo reconocimiento de los derechos reconocidos en los pactos internacionales de derechos humanos. El tratamiento seguido para su examen es profundo, completo, minucioso, claro y novedoso. El trabajo demuestra que la alumna, no sólo comprende acabadamente los principios que hacen al rol de los derechos fundamentales en materia penal y a la dinámica de los sistemas nacionales e internacionales destinados a su protección, sino también que posee la capacidad de problematizar y argumentar sobre cuestiones derivadas y relacionadas a éstos. La seriedad de esta tarea se ve comprobada por haber la maestranda consultado toda la jurisprudencia y bibliografía, nacional y comparada, relevante para desarrollar su análisis y fundamentar la propuesta teórica que ofrece.

Además, de modo especial, me interesa destacar que esta tesis se trata de un trabajo original, que aporta respuestas maduras y personales a un problema que todavía no había sido objeto de discusión sistemática e integral, por lo que constituye un aporte relevante para la investigación jurídica.

Sin más, lo saluda atentamente.



Hernán Gullco

TABLA DE CONTENIDOS

Introducción.....	1
CAPÍTULO I	
LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN RECHAZA EL DEBER DE REVISAR CONDENAS EN FUNCION DE LA JURISPRUDENCIA FUNDAMENTAL MAS BENIGNA EN MATERIA DE GARANTIAS.....	15
I.a- Conformación del criterio jurisprudencial que rechaza la aplicación retroactiva de la jurisprudencia fundamental más benigna en materia procesal penal.....	15
I.a.1) El caso “La Tablada”: antecedente fáctico y normativo de esta cuestión.....	17
I.a.2) Intervención del sistema interamericano de derechos humanos.....	17
I.a.3) La Corte Suprema responde de modo prospectivo a lo ordenado en el sistema interamericano e incumple con la recomendación de la CIDH	20
I.a.3.1) Caso “Acosta”: el <i>habeas corpus</i> para recuperar la libertad.....	21
I.a.3.2) Caso “Boico”: el <i>habeas corpus</i> para implementar la recomendación de la CIDH.....	23
I.a.3.3) Caso “Felicetti”: el recurso de revisión como medio para asegurar la aplicación retroactiva del derecho reconocido por la CIDH.....	25
I.a.4) La no justiciabilidad determinó la politización de esta cuestión.....	28
I.b) El impacto del fundamento dado por la Corte para rechazar la aplicación retroactiva de la jurisprudencia fundamental.....	31
II- Estado actual de la cuestión en la doctrina en la doctrina nacional.....	40
II.a) Enfoques sobre la retroactividad.....	40
II.a.1) Retroactividad, ultra actividad y prospectividad de la jurisprudencia fundamental penal sustantiva en la doctrina local.....	41
II.a.2) Retroactividad de la jurisprudencia fundamental penal procesal.....	46
II.b) Estado actual de la cuestión en el derecho norteamericano.....	51
II.b.1) La génesis de la retroactividad.....	53
II.b.2) Hacia el establecimiento de criterios y reglas.....	57

II.b.3) Propuestas teóricas para el tratamiento de la retroactividad de la jurisprudencia constitucional más benigna en materia penal.....	62
CAPÍTULO II	
RAZONES QUE JUSTIFICAN APLICAR RETROACTIVAMENTE LA JURISPRUDENCIA QUE RECONOCE UNA GARANTÍA CONSTITUCIONAL EN MATERIA PROCESAL PENAL.....	69
I.a) Interpretación constitucional, poder, jerarquía e igualdad en el goce de derechos	70
I.a.1) Control judicial de constitucionalidad e interpretaciones constitucionales provisorias.....	71
I.a.2) Cambio de precedentes y el deber de remediar los costos colaterales del control judicial de constitucionalidad.....	81
I.b) La aplicación retroactiva de la jurisprudencia y la división de poderes.....	87
I.b.1) La antinomia “creación v. interpretación” del derecho, la retroactividad y la seguridad jurídica	89
<i>De-construyendo estas posiciones.....</i>	91
<i>La seguridad jurídica avala la aplicación retroactiva de la jurisprudencia.....</i>	98
<i>Hart, Dworkin y la retroactividad.....</i>	100
I.b.2) La división de poderes requiere de la aplicación retroactiva de la jurisprudencia.....	106
CAPÍTULO III	
IMPLEMENTACIÓN IGUALITARIA Y OPTIMIZADA DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.....	114
Implementación de las decisiones del sistema internacional de protección.....	121
I.a.1) La aplicación retroactiva como modo de reparar integralmente la violación al derecho convencional.....	130
I.a.2) Doctrina y jurisprudencia internacional que sustenta esta posición.....	137
<i>Sistema interamericano de protección de los derechos humanos.....</i>	138
<i>Sistema de Naciones Unidas.....</i>	142
<i>Sistema europeo de protección de los derechos humanos.....</i>	145
<i>Derecho constitucional latino y norteamericano.....</i>	149

<i>Derecho constitucional europeo</i>	153
II- Decantación igualitaria y eficiente del reconocimiento de derechos del sistema internacional.....	154
I.a.1) Igualdad en el reconocimiento de derechos.....	155
I.a.2) Maximización de la jurisprudencia internacional y de la eficacia del sistema internacional.....	160
I.a.3- Transformar las prácticas judiciales para lograr la internalización de los estándares internacionales en materia de garantías judiciales.....	165
CONCLUSIÓN.....	170
BIBLIOGRAFÍA.....	172
CURRICULUM VITAE MARIA MARGARITA MAXIT.....	187

INTRODUCCIÓN

Las constituciones nacionales y los pactos internacionales de derechos humanos representan las reglas bajo las cuales las sociedades y los Estados decidieron regirse. Estos instrumentos tienen dos características fundamentales. Por un lado, organizan el poder, ya sea estableciendo su distribución dentro de una misma organización política, o bien pautando la relación entre los estados y sus habitantes. Por otro lado, reconocen a las personas una serie de derechos fundamentales, más o menos amplia según el caso. Claro está que en muchos aspectos estas dos características no son escindibles y son los derechos fundamentales¹ los que dan forma al modo en que puede ejercerse ese poder². Lo inverso también es cierto: el modo en que se ejerce el poder también determina el alcance de esos derechos³.

En el sistema constitucional argentino, todos los jueces cualquiera sea su materia o jerarquía, tienen en el poder-deber de interpretar la Constitución Nacional y de aplicarla en los casos que les toca resolver⁴ y es precisamente la Corte Suprema de Justicia de la Nación

¹ Es importante aclarar que, de aquí en adelante, el término “derecho fundamental” hace referencia a los derechos reconocidos en la Constitución Nacional o en los pactos internacionales de derechos humanos, tengan o no jerarquía constitucional. Cuando en el cuerpo de este trabajo, se distingue expresamente entre el nivel de reconocimiento del derecho, constitucional o convencional, es porque esta distinción posee una consecuencia normativa importante que se quiere resaltar de manera expresa y que no puede ser automáticamente predicada respecto del otro supuesto.

² El principio de no discriminación constituye un buen ejemplo de cómo opera esta relación. Tal como lo puso de manifiesto claramente la Corte Suprema de los Estados Unidos en la celebrada opinión en el caso “Carolene Products” (304 US 144, sentencia del 25/04/1938) donde, partiendo de que “el prejuicio contra.. minorías puede ser una especial condición que puede limitar la articulación de los procesos políticos de los que ordinariamente se podría esperar que las protegieran”, sentó que aplicaría un estándar de escrutinio estricto para analizar la constitucionalidad de leyes que afectaran a las minorías insulares y sobre las que existieran extendidos prejuicios.

³ Ver Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-6/86 del 9/05/1986, donde al interpretar el art. 30 de la CADH sostuvo que el requisito de ley formal para la restricción de un derecho reconocido por la Convención opera en sí mismo como una garantía adicional para su respeto: “... (L)a protección de los derechos humanos requiere que los actos estatales que los afecten de manera fundamental no queden al arbitrio del poder público, sino que estén rodeados de un conjunto de garantías enderezadas a asegurar que no se vulneren los atributos inviolables de la persona, dentro de las cuales, acaso la más relevante tenga que ser que las limitaciones se establezcan por una ley adoptada por el Poder Legislativo, de acuerdo con lo establecido por la Constitución. A través de este procedimiento no sólo se inviste a tales actos del asentimiento de la representación popular, sino que se permite a las minorías expresar su inconformidad, proponer iniciativas distintas, participar en la formación de la voluntad política o influir sobre la opinión pública para evitar que la mayoría actúe arbitrariamente. En verdad, este procedimiento no impide en todos los casos que una ley aprobada por el Parlamento llegue a ser violatoria de los derechos humanos, posibilidad que reclama la necesidad de algún régimen de control posterior, pero sí es, sin duda, un obstáculo importante para el ejercicio arbitrario del poder”.

⁴ Poder-deber que incluye el declarar de oficio la inconstitucionalidad de una norma, conforme la doctrina del

el órgano que tiene la autoridad final para interpretar el alcance y sentido de los derechos reconocidos en la Constitución Nacional⁵. De este modo, este sistema permite que existan, por lo menos hasta el momento en que la Corte fija una interpretación constitucional, varias y, por ende, diversas interpretaciones judiciales acerca del alcance de los derechos fundamentales⁶. Pero asimismo, las interpretaciones fijadas por la Corte Suprema en un momento determinado pueden ser cambiadas posteriormente la propia Corte, a veces a instancias de críticas contenidas en fallos de tribunales inferiores que cuestionan su corrección o su conveniencia. Así, tenemos con que existen distintas interpretaciones de derechos constitucionales coexistentes en un momento determinado, y también, una secuencia variada de interpretaciones “finales” fijadas por la Corte Suprema a lo largo del tiempo. Por ello, el desarrollo interpretativo de los derechos puede ser progresivo, regresivo u oscilar entre esas dos direcciones.

Cualquiera sea la orientación que adopte la Corte a lo largo de su jurisprudencia, lo cierto es que el alcance reconocido a cada derecho, anunciado por cada nuevo criterio

fallo “Banco Comercial de Finanzas”, dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 19/08/2004.

⁵ La Corte Suprema en el caso “Fisco Nacional c/Ocampo” del año 1872, publicado en Fallos 12:135, ante un recurso interpuesto por el Procurador General contra una sentencia dictada por la propia Corte, justificó su facultad de resolver en última instancia las cuestiones con los siguientes argumentos: “el Señor Procurador General teme que, no habiendo recursos para corregir ‘los errores que cometa la Corte, porque, compuesta de hombres, los ha de cometer’... Un Tribunal a que se fijan reglas de criterio y a que se hace responsable, no será nunca, no podrá ser, aunque quiera, un tribunal arbitrario. El Poder Judicial, por su naturaleza, no puede ser jamás el poder invasor, el poder peligroso, que comprometa la subsistencia de las leyes y la verdad de las garantías que tiene por misión hacer efectivas y amparar. La Corte Suprema es el tribunal en último resorte para todos los asuntos contenciosos en que se le ha dado jurisdicción, como pertenecientes al Poder Judicial de la Nación. Sus decisiones son finales. Ningún tribunal las puede revocar... Esa es la doctrina de la Constitución, la doctrina de la ley, y la que está en la naturaleza de las cosas... Ella puede cometer errores. Sus miembros no tienen la pretensión de hallarse investidos con el divino don de la infalibilidad. Pero, cualquier tribunal a que se invista con la facultad de juzgar en último resorte, ha de hallarse en la misma situación, porque no puede concebirse tribunal alguno que no haya de ser desempeñado por hombres. De manera que, su para escapar del peligro de error posible hubiera de concederse recurso de las decisiones de la Corte, para escapar a idéntico peligro habría que conceder recurso de las decisiones del tribunal que pudiera revocar las decisiones de la Corte, y de éste otro por igual razón, estableciendo una serie que jamás terminaría porque jamás podría hallarse un tribunal en que no fuera posible el error. Habría que establecer, por consiguiente, la eterna incertidumbre del derecho con la impotencia de los poderes sociales para poner fin a los pleitos; y por temor de un peligro posible se caería en un peligro cierto, y sin duda alguna más grave, de una permanente anarquía”.

⁶ La importancia del desarrollo analítico de las cuestiones federales por parte de las máximas instancias locales y federales es uno de los fundamentos de los fallos “Strada” y “Di Mascio”, sentencias del 8/04/1986 y del 1/12/1988, en donde la Corte Suprema de Justicia de la Nación marcó la necesidad de asegurar esta intervención como manera de asegurar que por haber sido previamente profundamente discutidas la cuestión federal que le toque resolver constituyan un producto “más elaborado”. Asimismo, hay que tener en cuenta que la jurisprudencia y doctrina norteamericana valora positivamente que exista una instancia de “exploración”, por parte de las instancias judiciales locales y federales inferiores a la Corte Suprema, en cuanto a la determinación y resolución de cuestiones federales.

jurisprudencial, tiene una consecuencia directa en quienes son sujetos titulares de esos derechos⁷.

La definición de cualquier derecho constitucional impacta de manera inmediata en las demás áreas del derecho, ya sea el penal, el tributario, el laboral o el civil. Sin embargo, dado que el sistema penal emplea la fuerza más directa y honda que el Estado puede emplear contra un individuo⁸, el impacto de los cambios de jurisprudencia de la Corte Suprema es indudablemente sentido más duramente cuando estos tienen lugar en casos constitucionales en donde está involucrada la definición del alcance de los derechos y garantías de los acusados de un delito⁹.

Tengamos presente la siguiente situación. A₁ es juzgado en el momento M₁ y es condenado en virtud de la jurisprudencia J₁ de la Corte Suprema que admite, por ejemplo, que el tribunal de juicio pueda dictar sentencia condenatoria en ausencia de acusación fiscal. Dos años después, A₂ es juzgado en el momento M₂ y, en virtud de la nueva jurisprudencia J₂ de la Corte Suprema que sostiene que el tribunal de juicio no puede condenar en ausencia de acusación fiscal, es absuelto. Por otro lado, el individuo A₃ es juzgado en un momento temporalmente coincidente con el individuo A₁ –en lo que podemos llamar momento M₁– pero como su recurso contra la condena es analizado y

⁷Cfr. GONZÁLEZ, JOAQUÍN V., *Manual de la Constitución Argentina*, Editorial Estrada, Buenos Aires, 1983, pág. 728: “Sin duda, donde tiene la Constitución, las leyes y los tratados, en cuanto son ley suprema del país, su más sólido fundamento y prestigio, y su efectividad más directa, es en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación; porque es el intérprete final e irrevocable de todas las reglas, doctrinas y poderes que ella contiene, así relativas a los particulares a quienes obliga o ampara como a las autoridades y estados que de ella derivan su mayor fuerza y majestad”.

⁸ Para un desarrollo del derecho penal como última ratio, ver ROXIN, CLAUDIUS, *Derecho Penal. Parte General*, Ed. Civitas, Madrid, 2000, pág. 65 y ss.

⁹ Es importante aclarar que la cuestión de la retroactividad de las garantías procesales es sustantivamente distinta de la de las normas procesales que poseen una fundamentación autónoma e independiente del derecho constitucional. Respecto de esta clase de normas, rige el principio de *tempus regit actum* por el que son aplicadas de manera inmediata a los procesos en trámite. Sin embargo, es importante tener en cuenta la directa vinculación entre el cambio de normas procesales y la aplicación del derecho pena. Ver al respecto, cf. PASTOR, DANIEL R., Prohibición de la aplicación retroactiva de normas penales sustantivas, adjetivas y ambivalentes, *LA LEY 2002-B*, pág. 682: “el proceso penal integra la parte general del derecho penal en el sentido amplio de que su ausencia excluye la punibilidad como lo hacen también las causas de justificación, las de exclusión de la culpabilidad, las excusas absolutorias y la propia atipicidad de la conducta” y GULLCO, HERNÁN VÍCTOR, *Principios de la Parte General del Derecho Penal, Jurisprudencia Comentada*, Ed. del Puerto, Buenos Aires, pág. 31/2, año 2006, quien cita a Joaquín V. González para demostrar que una interpretación originalista de la Constitución revela que “el sentido constitucional de las palabras *ex post facto*, es que son expresiones técnicas cuyo significado es: 1° el de las leyes que hacen criminal un hecho que no lo era antes de su sanción; 2° o que agravan un crimen haciéndolo mayor; 3° o que cambian el castigo, aplicándole uno mayor del que tenía por la ley cuando fue perpetrado; 4° o que alteran las reglas de la prueba para hacer convicto al acusado”.

resuelto con posterioridad a M_2 -es decir en un momento M_3 - se beneficia de la aplicación de la jurisprudencia J_2 .

Que en un momento M_2 la Corte reconozca un derecho que fue negado en un momento M_1 , que ratifique esto en M_3 , y que como consecuencia de ello, los individuos A_2 y A_3 sean absueltos o tengan derecho a un nuevo juicio mientras que el individuo A_1 , deba permanecer condenado y hasta encarcelado porque la Corte no le reconoció el derecho fundamental que sí le correspondía, se presenta como una clara desigualdad que se registra actualmente en nuestro sistema jurídico.

El caso comentado no constituye una mera especulación teórica. Los fallos "Marcilese"¹⁰ y "Mostaccio"¹¹, que determinaron alternativamente, durante su respectiva vigencia, la condena y absolución de una cantidad importante de procesados por primero permitir y luego prohibir el dictado de una condena sin acusación fiscal, constituyen una muestra conocida de los frecuentes cambios de jurisprudencia que se operan en materia de garantías procesales de los imputados de un delito.

En este sentido, es claro que A_1 permanece condenado por una causa moralmente irrelevante¹² como es el momento temporal en que él fue juzgado y en que fue analizado su recurso, bajo el alcance de la doctrina sentada en "Marcilese". Esto porque si él lo hubiera sido en un momento M_2 o M_3 hubiera sido absuelto por aplicación de la doctrina sentada en "Mostaccio". De este modo, el reconocimiento de los derechos depende de lo que Thomas Nagel denomina suerte situacional, esto es, por contar con un contexto externo favorable que no depende del control ni del mérito de la persona que se ve por él beneficiada¹³.

¹⁰ Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Marcilese, Pedro Julio y otro s/ homicidio calificado -causa N° 15.888/98", sentencia del 15/08/2002, donde se modificó el criterio mantenido previamente en "Tarifeño, Francisco s/ encubrimiento en concurso ideal con abuso de autoridad" -sentencia del 28/12/1989- y se resolvió que como el requerimiento fiscal de elevación a juicio es una acusación suficiente, no se viola el derecho de defensa en juicio del imputado al condenarlo cuando el fiscal no acusó en el debate.

¹¹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Mostaccio, Julio Gabriel. s/ homicidio culposo", sentencia del 17 de febrero de 2004, que deja sin efecto el criterio de "Marcilese" y aplica el criterio de "Tarifeño".

¹² Ver, en este sentido, NINO, CARLOS SANTIAGO, *Ética y Derechos Humanos, Un ensayo de fundamentación*, Editorial Ariel, Barcelona, 1989, donde explica que el principio de dignidad de las personas obliga a tratarlas de acuerdo a acciones voluntarias y no por propiedades o circunstancias que escapan a su control. El principio de no discriminación que receptan los tratados de derechos humanos recepta este concepto al vedar que circunstancias como la ciudadanía, el sexo, la raza, etc. puedan ser invocadas como motivo para denegar o restringir el goce de un derecho.

¹³ MALAMUD GOTI, JAIME, Lo que nos puede tocar: sobre la suerte, el mérito y la responsabilidad, *NDP 2004/4*. Editores Del Puerto, Buenos Aires. Este autor señala que, acorde a la teoría desarrollada por Thomas Nagel en su célebre artículo "Moral Luck", la suerte situacional "obedece a las circunstancias que rodean nuestra vida, el medio en que actuamos y las situaciones que cada uno enfrenta".

Esta conclusión puede ser compartida sin necesidad de incluir, a esta altura del análisis, argumentos que busquen justificar y hasta avalar el sentido interpretativo adoptado por la Corte en un momento determinado respecto del alcance de una garantía.

La consideración a las consecuencias prácticas y normativas que estos cambios jurisprudenciales aparejan obliga a responder si la nueva jurisprudencia tiene que tener una aplicación prospectiva, es decir, para los casos resueltos con posterioridad a su dictado, o también retroactiva por beneficiar a los condenados que se encontraban en una situación análoga a la que ahora reconoce el nuevo precedente.

Esta importante cuestión no ha sido reconocida, suficientemente, por las distintas legislaciones procesales en materia penal que en nuestro país¹⁴ y ha sido, además, rechazada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Esto determina que las personas condenadas dictadas en infracción a los nuevos estándares jurisprudenciales no puedan hoy ser revisadas.

Por ello, en este trabajo analizaré específicamente la problemática especial que genera la posición de la Corte Suprema de Justicia que mantiene que los jueces no deben aplicar retroactivamente la jurisprudencia fundamental más benigna en materia de derechos y garantías procesales respecto de personas condenadas con sentencia firme pasada en autoridad de cosa juzgada, incluso cuando esta aplicación viene mandada por pronunciamientos de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos.

Si bien, tal como se referirá más adelante, la cuestión que analiza este trabajo presenta varios puntos comunes con la postura de la Corte que rechaza la aplicación retroactiva de la jurisprudencia fundamental penal más benigna y que no garantiza su ultra actividad; lo cierto es que la no retroactividad de la jurisprudencia fundamental más

¹⁴En efecto, la actual legislación procesal penal federal no prevé la posibilidad de revisar las condenas firmes con base en la jurisprudencia más benigna de la Corte en materia penal o de materia de garantías procesales. Tampoco lo hace el proyecto de código actualmente promovido en el ámbito del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. Sólo en la legislación procesal local se registra algún avance con relación a esta cuestión. Así, Chubut y Entre Ríos admiten la revisión de las condenas firmes en función de los cambios más benignos de jurisprudencia de la Corte Suprema (Chubut, art. 389 inc. 5; de Entre Ríos, art. 527, según ley 9.754 que entrará en vigencia el 03/01/2008). Por su parte, los demás códigos locales que admiten la revisión en función de la jurisprudencia más benigna la circunscriben a la de sus cortes provinciales: Buenos Aires (art. 467), Catamarca (art. 476 inc. 5); Córdoba (art. 489 inc. 5), Mendoza (art. 495 inc. 5), San Juan (art. 596 inc. 6), Tucumán (art. 489 inc. 5), Chaco (art. 482 inc. 5). Las legislaciones de Corrientes y Misiones admiten la revisión sólo para interpretaciones sustantivas más benignas (Corrientes, art. 514; Misiones, art. 476 inc. 6). De este modo, los condenados en esas jurisdicciones deberán esperar a que éstas recepen la jurisprudencia de la Corte federal para poder plantearla. Los códigos de forma de las demás provincias y el de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires no establecen previsión alguna con relación a esta cuestión.

benigna en materia procesal posee características propias que complejizan de manera importante el análisis sobre la aplicación retroactiva. Esto es así por tres razones que justifican esta atención especial.

En primer lugar, a diferencia de lo que sucede con la tesis de la retroactividad de la jurisprudencia fundamental más benigna en materia procesal penal, el argumento constitucional por la ultra actividad de la jurisprudencia penal más benigna y por la no retroactividad de la jurisprudencia penal más gravosa está directamente fundado en el respeto al principio de culpabilidad. En efecto, si el Estado cambia la interpretación constitucional respecto de una norma penal y desconoce el valor de guía que esta jurisprudencia tuvo para la decisión del individuo de realizar u omitir una conducta determinada, viola este principio constitucional¹⁵. Por ello, si bien esta posición tiene en cuenta el impacto de la jurisprudencia y valora la responsabilidad institucional que tiene el poder judicial respecto de los habitantes, en realidad se basa de manera autónoma y suficientemente en este principio que no tiene aplicación respecto de la jurisprudencia procesal.

En segundo término, la reacción social puede constituir una razón importante para que se rechace la aplicación retroactiva de la jurisprudencia fundamental más benigna en materia procesal penal, mientras que puede no existir la misma oposición respecto de la jurisprudencia penal. Esto en tanto la jurisprudencia penal más benigna, al sentar la ilegitimidad de sancionar determinadas conductas, opera como una cuestión de “todo o nada”. El aplicar esta regla para todos los casos alcanzados por esa norma legal considerada inválida sólo obliga al juez a aplicar retroactivamente una jurisprudencia que tiene como resultado despenalizar una conducta beneficia a personas que están sufriendo una condena y una pena por un hecho que, por razones constitucionales, ya no es considerado delito. Por el contrario, el juez que tiene que decidir si aplica retroactivamente una jurisprudencia

¹⁵ Conf. ROXIN, CLAUS, *op.cit.*, pág. 166 “...no es lícito castigar al sujeto por su confianza en el Derecho en caso que haya un cambio posterior de jurisprudencia). Ver también Zaffaroni, Eugenio Raúl; Plagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, *Derecho Penal. Parte General*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2000, pág. 119: “no es admisible que se pene a quien no podía conocer la prohibición ...porque eso equivaldría a pretender que los habitantes deben abstenerse de lo que la jurisprudencia considera legalmente prohibido, sino también de todo lo que podría llegar a considerar prohibido en función de posibles e innovadores criterios interpretativos. Es importante señalar que esta cuestión constitucional se encuentra actualmente a resolución de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Fernández Cobo”(F.325/05 (QUEJA) y F348/05 (REX). La Asociación por los Derechos Civiles presentó un memorial de *amicus curiae* en este caso autora, elaborado por los Dres. Hernán Gulco, Alejandro Carrió, Natalia Monti y Margarita Maxit.

procesal más benigna, enfrenta el importante costo social de anular condenas y, tal vez, de dejar en libertad a personas que fueron declaradas culpables por hechos que siguen constituyendo delitos¹⁶.

Por último, existe una razón pragmática que hace a la utilidad de este estudio. Los antecedentes institucionales revelan que, cuando la jurisprudencia declara la inconstitucionalidad de la punición de ciertas conductas, el legislador generalmente sanciona una ley penal que registra esta cuestión y tiene un alcance general que es prospectivo, retroactivo y ultra activo. De este modo, es prácticamente inexistente el problema de la falta de aplicación retroactiva de la jurisprudencia fundamental sustantiva más benigna¹⁷.

Por todas estas razones, es especialmente necesario brindar argumentos para que la nueva jurisprudencia procesal más benigna se aplique retroactivamente. De ahí que este sea el objeto de esta tesis.

La importancia de esta cuestión aumenta si se tiene en cuenta que, recientemente, la Corte Suprema ha dictado, sobre la base de argumentos de derecho constitucional e internacional, fallos trascendentales en materia de garantías fundamentales que han cambiado, radicalmente, las reglas básicas del proceso penal.

Así, por ejemplo, en el caso “Dubra”¹⁸ la Corte estableció que el derecho del imputado a recurrir su condena, garantizado en el art. 18 C.N, 8.2.h CADH y 14 g.5 del

¹⁶ Precisamente atendiendo a esta particularidad predicable para una enorme cantidad de casos, que se ha rechazado la aplicación retroactiva de la jurisprudencia constitucional procesal penal, ver en este sentido HEYTENS, Toby F., *Managing Transitional moments in criminal cases*, 115 Yale Law Journal 922, 929, (2006).

¹⁷ Los hechos del caso “Verbitsky” comprueban esta cuestión. El reclamante recurrió la condena que le fuera impuesta por ser considerado autor del delito de desacato ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, agraviándose de que esta sanción afectaba la garantía constitucional de la libertad de prensa. La Corte Suprema rechazó el recurso extraordinario declarándolo improcedente el 25/02/1992. Con motivo de la denuncia formulada ante la Comisión Interamericana, se arribó a una solución amistosa que incluyó el dictado de la ley 24.198, sancionada el 3/6/1993, que derogó esta norma penal ley y que posibilitó la consecuente absolución del condenado en virtud de que, mediante sentencia del 24/02/1994, la Cámara Nacional de Casación Penal hizo lugar al recurso de revisión por ley penal más benigna. Para un relato de estos antecedentes, ver Informe CIDH 22/94, de fecha 20/09/1994. Asimismo, tener en cuenta los antecedentes institucionales y jurídicos relacionados a la constitucionalidad de la sustantiva agravante del robo de automotores prevista por el art. 38 del decreto-ley 6582/58. La Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró la inconstitucionalidad de esta norma en el caso “Martínez”, sentencia del 6/06/1989. Si bien en el caso “Villada”, sentencia del 9/10/1990, la Corte rechazó que correspondiera aplicar la doctrina que surgía de este precedente retroactivamente a una persona que fue condenada con anterioridad al dictado de este fallo, finalmente la agravante de este delito fue derogada por la ley 24.721, sancionada el 23/10/1996.

¹⁸ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Dubra, David Daniel”, sentencia del 21 de septiembre de 2004.

PDCP, determina que el plazo de apelación sólo puede computarse a partir de que éste se notifica personalmente de la sentencia.

En los casos “Casal”¹⁹ y “Reinoso”²⁰ la Corte Suprema estableció que los arts. 18 C.N, 8.2.h CADH y 14 g.5 del PDCP aseguran a todo condenado el derecho a recurrir la sentencia para que un tribunal superior revise todos los fundamentos del fallo, incluidos los que hacen a la prueba del hecho con el único límite de los que están ligados a la inmediación.

En el caso “Benítez, Aníbal L.”²¹ la Corte Suprema reconoció el derecho del imputado a confrontar a los testigos de cargo, consagrado en los arts. 18 C.N, 8.2.f CADH y 14.3.e PDCP, y resolvió que la incorporación por lectura al debate de las declaraciones prestadas por estos durante la etapa de instrucción, frente a la oposición del imputado, era violatoria de ese derecho.

En el caso “Llerena”²² la Corte por primera vez declaró que viola la garantía constitucional de imparcialidad del juez, reconocida en los arts. 18 de la CN, 14.1 del PDCP y 8.1 de la CADH, que el mismo magistrado que investigó sea quien juzgue y sentencie al imputado. Posteriormente, en el caso “Dieser”²³ la Corte amplió el alcance de esta garantía al establecer que esta prohíbe que el juez que resolvió el recurso de apelación contra el procesamiento del imputado actúe durante la etapa del debate y dicte sentencia.

Estos precedentes, que como dijera modificaron ejes centrales del proceso penal, tienen un enorme impacto en la actualidad y también para el futuro. Pero, para lo que constituye el objeto de este trabajo, estos llevan a cuestionar la validez constitucional de las condenas de personas dictadas en el marco de procesos que no respetaron los estándares de protección ahora establecidos en estos fallos. Si bien no existen estudios empíricos que puedan ofrecer una estimación del número de condenas de las que se podría predicar este juicio normativo, cabe suponer que se trata de una importante cantidad ya que estos fallos establecen estándares que modifican prácticas consagradas a nivel legislativo y en entendimientos generales.

¹⁹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Casal, Matías Eugenio”, sentencia del 20/09/2005.

²⁰ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Reinoso, Luis A”, sentencia del 7/03/2006.

²¹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Benítez, Aníbal L.”, sentencia del 12/12/2006.

²² Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Llerena, Horacio Luis s/ abuso de armas y lesiones”, sentencia del 17/05/2005.

²³ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Dieser, María Graciela y Fraticelli, Carlos Andrés”, sentencia del 8/08/2006.

Buscando responder a este problema y a los fundamentos teóricos que lo explican, el modelo que se propondrá en la tesis será más bien formal, en el sentido de no estar supeditado a la plausibilidad sustantiva en sí de la jurisprudencia sentada. La propuesta de esta tesis postula que la consecuencia jurídica que debe seguir a todo de cambio de jurisprudencia fundamental más benigna en materia procesal penal es la de su aplicación judicial retroactiva para todo condenado, con independencia de las razones jurídicas que puedan de alguna manera justificar la validez de la anterior jurisprudencia restrictiva.

Además, para proponer este modelo, se tendrán en cuenta distintas cuestiones teóricas propias de la teoría constitucional y del derecho, pero sin compromiso con ninguna. Es decir, se busca ofrecer un modelo que pueda dar una respuesta a esta frecuente realidad desigualitaria que se produce dentro del sistema jurídico argentino como consecuencia de la no aplicación retroactiva de la jurisprudencia constitucional procesal penal más benigna que pueda ser aceptado con independencia de la teoría que se tenga respecto de los derechos fundamentales y del poder jurisdiccional.

La consideración del impacto dramático que los cambios de jurisprudencia tienen en el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas sometidas al poder penal estatal se efectuará atendiendo al doble nivel reconocimiento de derechos fundamentales en la Constitución Nacional y en los pactos internacionales y al diseño del sistema constitucional y de los sistemas internacionales destinados a su protección.

Respecto de los derechos constitucionales, el análisis resaltaré que esta desigualitaria atribución de derechos es un resultado a veces determinado por la interpretación judicial de normas de significado indeterminado. En segundo término, se valorará que esta interpretación es realizada en el marco de un diseño normativo de control judicial de constitucionalidad que nuestro país adoptó siguiendo el modelo norteamericano y que ha sido objeto, por parte de la teoría constitucional y de la filosofía política, de serias críticas fundadas en su supuesto carácter contramayoritario²⁴. Quiero aclarar que si bien aquí se hará referencia a estas objeciones, no tomaré partido ni por quienes la formulan ni por quienes las rechazan sobre la base de que esa misma característica institucional del

²⁴ Alexander Bickel planteó esta objeción en su seminal trabajo *The least dangerous branch*, Bibbs Merrill Educational Publishing, Indianapolis, 1962. Esta obra constituyó el punto de partida para el desarrollo teórico que, enrolado en esta corriente, objeta la adjudicación constitucional.

sistema es un presupuesto necesario para la vigencia de los derechos fundamentales²⁵. El análisis que se desarrollará a lo largo de este trabajo, tomará como un dato normativo el poder que tienen los jueces de definir en contra de la voluntad de las mayorías el alcance de los derechos constitucionales y, valorándolo en cuanto ejercicio de poder en sí mismo, indagará acerca de su incidencia respecto al deber de aplicar retroactivamente la jurisprudencia más benigna en materia de garantías procesales en materia penal a favor de quienes fueron condenados con anterioridad a su dictado. También se explorará si este deber se comporta como un reaseguro sustantivo para evitar la arbitrariedad en el ejercicio de este poder jurisdiccional en su faz de poder institucional, y si en consecuencia, tiene el valor de contribuir a legitimarlo.

Asimismo, respecto del reconocimiento de derechos consagrados en pactos internacionales de derechos humanos, este trabajo examinará el impacto que tiene la jurisprudencia internacional en la jurisprudencia local en materia procesal penal y analizará el rol que debe jugar la aplicación retroactiva de la jurisprudencia internacional para garantizar una adecuada implementación del derecho internacional. Para ello se tendrá en cuenta que, si bien la Corte Suprema también tiene el poder-deber de interpretar los derechos establecidos en los pactos internacionales de derechos humanos dotados de jerarquía constitucional, en este caso por la propia dinámica de estos instrumentos, son los órganos internacionales de protección de los derechos humanos previstos en cada uno de esos pactos los intérpretes finales en lo que hace a la determinación de sus contenidos

²⁵ Para una referencia y análisis de las fortalezas y debilidades de las propuestas teóricas de la academia norteamericana que, sobre la base del carácter contramayoritario del poder judicial, objetan o apoyan el control judicial de constitucional, ver FRIEDMAN, BARRY, *Constitucionalismo popular mediado*, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo* año 6, n° 1, Buenos Aires, 2005. En nuestro contexto, para una teoría crítica del control judicial de constitucionalidad, ver GARGARELLA, ROBERTO, *La justicia frente al gobierno*, Ed. Ariel, Buenos Aires, 1996 y también su trabajo *Inconsistencia y parcialidad. Un examen histórico de la jurisprudencia de la Corte Suprema Argentina*, *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, suplemento del 26/11/2003. Para una posición contraria, que sostiene que el control judicial de constitucionalidad tuvo desde la Constitución histórica legitimación normativa y política, ver CAYUSO, SUSANA, *El control de constitucionalidad y el rol del poder*, en BIDART CAMPOS, GERMÁN & GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS (coords.), *El derecho constitucional del Siglo XXI*, Ediar, Buenos Aires, 2000, pág. 111/150 y GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *Constitución de la Nación Argentina, Comentada y Concordada*, La Ley, Buenos Aires, 2003, pág. 803 y ss. Para una defensa “provisional” de este sistema, sujeta a mecanismos de fortalecimiento de la discusión pública en la designación de los jueces y la intervención de los *amicus curiae* en la resolución de casos constitucionales, ver CARRIÓ, GENARO R, *Nuestro sistema de control de constitucionalidad y el principio del gobierno de la mayoría (Propuestas de reformas normativas para hacerlos más compatibles)*, *LA LEY 1990-C*, pág. 1050.

mínimos²⁶. Con relación a esta cuestión, este trabajo interrogará cómo la cuestión de la retroactividad de esta clase de jurisprudencia puede solucionar los principales obstáculos actualmente existentes para el pleno cumplimiento del deber de garantía de los derechos reconocidos en los pactos internacionales. Fundamentalmente, como se verá, estos impedimentos están dados en la demora, y hasta renuencia, por parte de la Corte Suprema en aplicar los estándares internacionales de protección de los derechos humanos como por el empleo de categorías legales locales como la de cosa juzgada. Como se demostrará, la retroactividad de la jurisprudencia fundamental más benigna brinda una respuesta de calidad a los desafíos de asegurar, de modo cierto, efectivo e igualitario, la implementación de las decisiones de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos.

De este modo, en este trabajo, se valorará el modo en que el funcionamiento de los órganos locales o internacionales de protección de los derechos fundamentales determina el contenido y ejercicio de los derechos reconocidos en estos instrumentos tal y como son disfrutados por los habitantes de nuestro país.

Claramente, estas dos clases de órganos son receptivos a los cambios en los entendimientos sociales y culturales²⁷, a los movimientos cívico-populares²⁸, al transcurso del tiempo y a factores jurídicos- institucionales que aparejan nuevas concepciones de derechos²⁹ que a su vez forzarán a que tenga lugar, más o menos inmediatamente, nuevos reconocimientos de derechos y distintos ejercicios del poder.

Por esta razón, el objeto de análisis de esta tesis está directamente relacionado a una cuestión básica de la función que hace a la legitimación de la actividad judicial en sentido

²⁶ Del mismo modo que sucede respecto de la Constitución Federal y las constituciones locales, o de las interpretaciones que efectúa la Corte Suprema y las que motivan el accionar de los demás órganos federales, en lo que hace a los instrumentos internacionales, los estados partes pueden brindar un plus de protección (art. 29 CADH) y sus órganos pueden darle una interpretación más amplia o generosa.

²⁷ Para un ejemplo de esta cuestión, ver la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, "Lawrence v. Texas", sentencia del 26/06/2003.

²⁸ Ver SIEGEL, RIEVA B., El rol de los movimientos sociales como generadores de derecho en el derecho constitucional de los Estados Unidos, publicado en *Los límites de la democracia*, Seminario Latinoamericano de Teoría Constitucional y Política (SELA), Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005, donde analiza la manera en que distintos movimientos sociales, como los laboristas y feministas, modificaron los entendimientos constitucionales previos. Ver también, ACKERMAN, BRUCE, *We the people, Foundations*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1991.

²⁹ Por ejemplo, ver MAXIT, MARGARITA, El caso "Patti" y el desafío de asumirnos como una sociedad democrática transicional, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 7, N° 2, año 2006, donde se analiza como la reinstauración a la democracia en 1983 y la cláusula del art. 36 de la Constitución Nacional introducida por la reforma constitucional determinó un nuevo estándar de idoneidad para los cargos públicos.

*lato*³⁰, que refiere al poder de decir qué es el derecho y de proveer un remedio³¹ para el caso de su violación.

En este trabajo se analizará un aspecto específico de la mutua relación entre la organización del poder y la definición del alcance de los derechos en el actual sistema constitucional argentino. Así, me concentraré en explorar si existe de un deber institucional y constitucional, por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de remediar la falta de reconocimiento oportuno de las garantías fundamentales de personas que fueron condenadas en virtud de una interpretación restrictiva de sus derechos que posteriormente quedó evidenciada y superada por el cambio de jurisprudencia de la propia Corte o por la evolución de la jurisprudencia de los organismos internacionales de protección de los derechos humanos.

Se trata pues de un problema normativo actual e importante. Sin embargo, como se verá, esta ha merecido, con las notables excepciones de trabajos como los de Alberto Garay, Luis García, Manuel Garrido, Hernán Gulco y de Alejandro Rúa³² que han

³⁰ La aclaración se formula atendiendo a que los órganos de protección de los derechos humanos que existen en el ámbito de Naciones Unidas ejercen una función jurisdiccional material, a diferencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que la ejerce en sentido propio, más allá de las diferencias que ésta presenta con la jurisdicción doméstica. Ver para esta última cuestión, GOZAINI, OSVALDO ALFREDO, *La sentencia en el proceso transnacional*, publicado en *El Derecho*, tomo 140, Buenos Aires, año 1991, pág. 949, donde remarca que la jurisdicción de la Corte Interamericana presenta como características particulares que no puede ser provocada por la víctima sino sólo por el estado parte o por la Comisión Interamericana y que su coerción y ejecutoriedad presuponen de la colaboración del estado parte.

³¹ Para un análisis acerca del uso de este concepto en nuestro contexto, ver BERGALLO, PAOLA, Justicia y experimentalismo: la función remedial del poder judicial en el litigio de derecho público en Argentina, publicado en *Derecho y Pobreza*, Seminario Latinoamericano de Teoría Constitucional y Política (SELA), Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005.

³² Ver GARAY, ALBERTO F. Los cambios de jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema y la aplicación retroactiva de los nuevos criterios en materia penal, publicado en *La Ley*, tomo 1993-A-786, Buenos Aires; GARCÍA, LUIS, GARCÍA, LUIS, Protección Internacional subsidiaria de los derechos humanos y deber de reparar: entre el agotamiento de los recursos y la trampa de la cosa juzgada en el caso de "La Tablada" (A los enemigos de la democracia, ¿ni justicia?), publicado en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Casación*, Año 2, Nro. 2, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002; GARRIDO, MANUEL, La aplicación en el ámbito interno de la República Argentina de las decisiones de los órganos interamericanos de aplicación de la Convención Americana de Derechos Humanos. La cuestión de la cosa juzgada, publicado *Revista Argentina de Derechos Humanos*, Año 1, N° 0, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001; HERNÁN GULLCO, El recurso de revisión ante los cambios de jurisprudencia, publicado en *Jurisprudencia Argentina*, tomo 1999-II-606, Buenos Aires; RÚA, ALEJANDRO, RÚA, ALEJANDRO, Obligatoriedad de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y cosa juzgada en el ámbito interno, publicado en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, N° 9-C, Año V, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999 y ver también su artículo La negativa de la Casación a revisar "La Tablada" publicado en *Eldial.com* (sin fecha). Ver también, BIDART CAMPOS, GERMÁN, BIDART CAMPOS, GERMÁN, La revisión de una condena por cambio en la jurisprudencia de la Corte, publicado en *El Derecho*, tomo 141, pág. 97, año 1991; y ALTERINI, GUSTAVO JAVIER, ALTERINI, GUSTAVO JAVIER, Quid de la aplicabilidad retroactiva de la jurisprudencia penal más benigna de la Corte

analizado algunas de las cuestiones legales relacionadas con este tema, escaso interés por parte de la academia nacional y una respuesta desfavorable por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Por ello, el objetivo central de esta tesis es justificar tanto normativa como teóricamente por qué la Constitución Nacional y los pactos a ella incorporados imponen, a los jueces nacionales y locales, el deber jurídico de aplicar retroactivamente la jurisprudencia fundamental procesal penal que reconoce un derecho que había sido previamente denegado por el órgano que tiene en nuestro país la autoridad de ser el interprete final de los derechos y garantías constitucionales.

El análisis teórico que desplegaré a lo largo de esta tesis obligará a reflexionar sobre distintas cuestiones de la teoría general del derecho, de filosofía política, de derecho internacional y de teoría constitucional con relación al nivel de consistencia en la adjudicación que, en materia de garantías fundamentales del proceso penal, tiene lugar en nuestro sistema jurídico. De este modo, este análisis cruzará los conceptos de indeterminación del derecho, interpretación del derecho, retroactividad y prospectividad en la adjudicación, sistema continental y sistema difuso de control de constitucionalidad, división de poderes e igualdad.

En el transcurso de este análisis, sostendré que, por razones que hacen a la equidad, a la igualdad y al ejercicio no discrecional del poder institucional que posee la Corte Suprema de interpretar los derechos fundamentales, existe este deber de aplicar retroactivamente la jurisprudencia fundamental procesal penal más benigna. Además, mantendré que acorde con los propios lineamientos del derecho constitucional argentino, no existen razones para negar la procedencia de esta aplicación a quien fue condenado penalmente habiendo mediado una restricción indebida, producto de la inadecuada interpretación judicial, de un derecho fundamental. Por ello concluiré que el desconocimiento de este deber compromete seriamente la dimensión totalizadora que se le debe otorgar a la Constitución Nacional, a la vez que conspira contra una efectiva implementación de los pactos internacionales de derechos humanos que tienen jerarquía constitucional.

Suprema de Justicia de la Nación, publicado en *LL, Suplemento de Derecho Penal y Procesal Penal*, del 28 de febrero de 2006.

Por todo ello, el objetivo último de este trabajo apunta a brindar argumentos teóricos, de derecho comparado y local, para poner fin a estos nichos de legalidad que implican, en términos de Jürgen Habermas, un escape al Estado de Derecho y que determinan que haya en este momento muchas personas condenadas inválidamente y sin posibilidad de obtener un remedio judicial que ponga fin a ese ilegal castigo.

CAPÍTULO I

LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN RECHAZA EL DEBER DE REVISAR CONDENAS EN FUNCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA FUNDAMENTAL MÁS BENIGNA EN MATERIA DE GARANTÍAS

I.a- Conformación del criterio jurisprudencial que rechaza la aplicación retroactiva de la jurisprudencia fundamental más benigna en materia procesal penal

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sentada paradigmáticamente en los fallos “Acosta”³³, “Boico”³⁴ y “Felicetti”³⁵, niega la existencia del deber jurídico de aplicar retroactivamente a favor de los condenados la nueva jurisprudencia que reconoce garantías procesales anteriormente negadas.

Es importante realizar una aclaración.

La Corte Suprema plasmó esta postura en casos en los que estaba involucrada la aplicación retroactiva de un criterio jurisprudencial sentado por un órgano internacional de protección de los derechos humanos respecto de un condenado en sede local que posteriormente ocurrió ante esa instancia. Si bien este supuesto constituye un aspecto de la cuestión que analizo en este trabajo, particularmente en el Capítulo III, no lo agota.

Por el contrario, la posición de la Corte no se limita a fijar un criterio para este supuesto específico del justiciable que obtuvo una declaración por parte de un órgano internacional, sino que se apoya en fundamentos que rechazan, de plano y de manera general, la retroactividad de la jurisprudencia fundamental en materia de garantías en el proceso penal sea esta constitucional o internacional.

Esta posición, se ve ratificada, con el criterio fijado recientemente por la Corte en el caso “Rosza”³⁶. En esta oportunidad, la Corte, con el voto de los jueces Lorenzetti, Highton

³³ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Acosta, Claudia Beatriz y otros s/ habeas corpus”, sentencia del 22/12/1998.

³⁴ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Boico, Roberto José s/denuncia de habeas corpus”, sentencia del 12/12/2000.

³⁵ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Felicetti, Roberto y otros s/revisión”, sentencia del 21/12/2000.

³⁶ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Rosza, Carlos Alberto s/ recurso de casación”, sentencia del 23/05/2007. En este *leading case*, la Corte declaró inconstitucional el régimen de jueces subrogantes aprobado por resolución 76/2004 del Consejo de la Magistratura por ser contrario a la garantía de

de Nolasco, Maqueda y Fayt, resolvió que la nueva regla constitucional establecida, por la que se invalidaba el régimen de jueces subrogantes, regiría en el caso en que fue dictada y a partir de un año de la fecha en que fue resuelto. La Corte resolvió expresamente otorgarle a este precedente este ámbito temporal de vigencia para que no se cuestionaran los actos procesales dictados bajo el régimen del reglamento declarado inconstitucional. Con cita de jurisprudencia de la Corte norteamericana, el Tribunal sostuvo que “la afirmación general de un principio de invalidez retroactiva absoluta no puede ser justificada” y, por considerar que la aplicación retroactiva de esta regla lesionaría la seguridad jurídica, decidió delimitar su vigencia temporal con este alcance selectivamente prospectivo.

En este fallo, a diferencia de lo resuelto en los casos mencionados, la Corte no le negó a un condenado con sentencia firme la aplicación retroactiva de una nueva regla constitucional. Pero al anunciar que le daría a esta regla una aplicación prospectiva, por entender que su aplicación retroactiva lesionaría la seguridad jurídica, la Corte está adelantando que ratifica la posición mantenida en los casos “Acosta” y su progenie.

Desde esta perspectiva, la regla fijada por la Corte en los casos mencionados se aplica tanto respecto del supuesto específico de la nueva jurisprudencia internacional como también para rechazar, por ejemplo, la aplicación retroactiva del criterio sentado en “Mostaccio” a favor de quien fue condenado durante la vigencia de “Marcilese”. También vale para rechazar aplicar retroactivamente el fallo “Casal” a favor de quienes fueron condenados sin obtener una revisión amplia de su condena.

En mérito a ello, en los Capítulos II y III me dedicaré, respectivamente, a refutar la validez de la posición que expresamente adoptara la Corte en la serie de fallos dictados con relación al caso “La Tablada” para rechazar aplicar retroactivamente la jurisprudencia constitucional e internacional.

Explicitado esto, a fin de analizar los distintos aspectos jurídicos involucrados en estos casos y su relación inmediata con el objeto de esta tesis, se expone a continuación un relato analítico de estos antecedentes jurisprudenciales.

independencia protegida en la Constitución Nacional y en los pactos internacionales de derechos humanos que cuentan con jerarquía constitucional.

I.a.1) El caso “La Tablada”: antecedente fáctico y normativo de esta cuestión

En estos casos se planteaba la siguiente cuestión. Un grupo de personas, pertenecientes al “Movimiento Todos por la Patria” (MTP) que intervinieron en los episodios relacionados con el intento de toma del cuartel militar de “La Tablada” en el año 1989, fueron condenadas a sufrir severísimas penas por aplicación de la ley 23.077. Esta ley, llamada también Ley de Defensa de la Democracia, no sólo establecía penas de hasta 36 años de prisión o reclusión sino que además no permitía otra revisión judicial del fallo condenatorio que la prevista en el art. 14 de la Ley 48. Cuando los condenados hicieron uso de esta vía y recurrieron la sentencia por medio del recurso extraordinario federal, en el caso “Abella”³⁷, la Corte Suprema, por mayoría, rechazó el recurso con argumentos que descartaban la suficiencia de su fundamentación. De este modo, no fue analizado el agravio invocado con motivo de la instancia única que instauraba la mencionada ley³⁸.

I.a.2) Intervención del sistema interamericano de derechos humanos

Con posterioridad a que la Corte Suprema de Justicia dictara este fallo, y con motivo de esta intervención, los órganos del sistema interamericano de derechos humanos se pronunciaron con relación a la Ley de Defensa de la Democracia.

³⁷ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Abella, Juan Carlos y otros s/ artículo 80, incisos 2, 6 y 7, etc. del Código Penal, ley 23.077”, sentencia del 17/03/ 1992.

³⁸Significativamente, de la sentencia no se desprende que los recurrentes hubieran objetado la constitucionalidad de la supresión del derecho a la doble instancia que aparejaba la ley 23.077. Es recién del relato efectuado en el dictamen del Procurador General que surge que los recurrentes habían formulado este agravio y que, sobre esa base, habían invocado la necesidad de que se dejaran de lado los requisitos formales del recurso para así asegurar la suerte del único recurso que podían interponer contra esta sentencia. Sin embargo, la Corte, por mayoría y adhiriendo al dictamen del Procurador, descartó este argumento con el fundamento de que la instancia única no era violatoria de la defensa en juicio y que no había motivos para flexibilizar las exigencias previstas legalmente para la vía extraordinaria ya que estas no impedían el correcto servicio de justicia. Solamente el juez Fayt analizó los agravios formulados por los condenados contra la sentencia y, si bien descartó que hubiera mediado violación a la garantía de defensa en juicio y desconocimiento del derecho constitucional a armarse en defensa de la patria, consideró que los hechos habían sido encuadrados erróneamente en la norma penal por lo que propició se dictara un nuevo fallo. Para una completa descripción de los graves problemas constitucionales presentados en el caso “La Tablada” así como los que se originaron con posterioridad a esta intervención de la CIDH, cfr. GARRO, ALEJANDRO, El caso ‘La Tablada’ y la obligación internacional de cumplir con las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, publicado en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Año IX, N° 16*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003, págs. 243-279.

Así, en 1994, en el caso “Maqueda”³⁹, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) entendió que esta ley era violatoria del derecho a recurrir el fallo condenatorio reconocido en el art. 8.2.h de la Convención Americana. En su demanda, ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CoIDH), la CIDH declaró, además de la existencia de una serie de violaciones a la Convención⁴⁰, que la aplicación de la ley 23.077 violaba el derecho a la doble instancia y requirió que se condenara a nuestro país por no haber adoptado medidas de derecho interno tendientes a hacerlo efectivo. Concretamente, como reparación, la CIDH solicitó a la Corte que ordenara al Estado Argentino decretar la inmediata libertad de Guillermo Maqueda por vía de indulto o conmutación de la pena, indemnizarlo por el grave daño material y moral sufrido a consecuencia y *que declarara que estaba obligado a establecer un mecanismo ordinario que garantizara la doble instancia en el procedimiento establecido por la ley 23.077 con el fin de lograr la compatibilidad de dicha norma con la Convención Americana de acuerdo a lo establecido por su artículo 2.*

Sin embargo, la CoIDH no dictó sentencia condenatoria contra el Estado Argentino por haberse arribado a una solución amistosa⁴¹. Este acuerdo consistió en el dictado de un decreto de conmutación de pena, por parte del Poder Ejecutivo Nacional⁴², que le permitió al Sr. Maqueda recuperar su libertad por aplicación del instituto de la libertad condicional. En 1995, la CoIDH aceptó este acuerdo y sobreseyó al Estado Argentino valorando, como cuestión decisiva, que *“la cuestión central en el caso es la violación del derecho a la libertad del señor Maqueda y que ese derecho ha sido restituido mediante el acuerdo a que han llegado las partes, la Corte estima que éste no viola la letra y el espíritu de la Convención Americana. Aunque en la demanda de la Comisión presentada ante la Corte se citan otros derechos consagrados en la Convención, así como mecanismos y disposiciones de derecho interno, estos han sido planteados en relación con el derecho a la libertad”*.

La equivocada equiparación que la Corte Interamericana efectúa de los derechos que se denunciara fueran violados, entre ellos el de la doble instancia, con el derecho a la

³⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 17/94, caso 11.086 “Guillermo Maqueda c. Argentina”, del 9 de febrero de 1994.

⁴⁰ La CIDH declaró que el Estado Argentino había violado no sólo el derecho al recurso reconocido en el art. 8.2.h de la CADH, sino también el derecho a ser oído por un tribunal imparcial (artículo 8.1), el derecho a la presunción de inocencia (artículo 8.2) y las garantías judiciales del artículo 25.

⁴¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “Maqueda”, resolución del 17 de enero de 1995.

⁴² Decreto 1680/94.

libertad, determinó que fallara resolviendo que la conmutación de penas, que permitió que Maqueda recuperara su libertad, constituía una reparación adecuada de *todas* esas violaciones.

Claramente, este resultado no puede ser igualado a la reparación de los derechos cuya violación se alegara. Por el contrario, la privación de la libertad que sufría Maqueda como consecuencia de su condena era instrumental a la violación a las garantías procesales mencionadas y, específicamente, al derecho a la doble instancia. Esto en tanto, mediante la revisión del fallo, cada una de esas violaciones así como la alegada falta de prueba sobre la materialidad del hecho hubieran podido obtener una respuesta adecuada. De este modo, si bien Maqueda recuperó la libertad, permaneció condenado en virtud de una sentencia que, según se denunciara, fue dictada violando sus derechos convencionales y sin haber sido revisada por un tribunal superior.

Asimismo, la no resolución sobre el fondo del caso impidió que la CoIDH estableciera si la ley 23.077 violaba el art. 8.2.h y analizara si, en consecuencia, correspondía ordenar como reparación que el Estado Argentino estableciera un “procedimiento ordinario que garantice la doble instancia en el procedimiento establecido por la ley 23.077 con el fin de lograr la compatibilidad de dicha norma con la Convención Americana”, que era lo solicitado por la CIDH en su demanda⁴³.

La segunda intervención de la CIDH por este tema tuvo lugar en el año 1997 cuando, en el caso “Abella”, recomendó remediar la violación al derecho a la revisión judicial de otras personas condenadas por aplicación de esta ley en el marco del proceso penal llevado a cabo por el copamiento del regimiento “La Tablada”⁴⁴. Específicamente en lo que aquí interesa, en el Informe 55/97 la CIDH recomendó al Estado Argentino a: “ii. Que en cumplimiento de sus obligaciones previstas en los artículos 2 y 8.2.h de la Convención Americana, adopte las medidas necesarias con arreglo a sus procedimientos constitucionales, a fin de hacer plenamente efectiva, en lo sucesivo, la garantía judicial del derecho de apelación a las personas procesadas bajo la Ley 23.077. iii. Que, en virtud de las

⁴³ Como se verá posteriormente, una sentencia que declarara la violación a este derecho y estableciera el deber del Estado Argentino de crear este mecanismo para la revisión de las sentencias de los condenados por aplicación de esta ley, hubiera cambiado radicalmente la suerte de los demás condenados en el caso “La Tablada”. Esto en tanto, tal como se verá enseguida, el dictado de este sobreseimiento tuvo una consecuencia negativa para que, en sede doméstica, se reconociera el derecho a la doble instancia de estos justiciables.

⁴⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N° 55/97, caso 11.137 “Juan Carlos Abella c. Argentina”, del 18 de noviembre de 1997.

violaciones de la Convención Americana arriba expuestas, adopte las medidas más apropiadas para reparar a las víctimas o sus familiares el daño sufrido por las personas individualizadas en el párrafo 437(A) y 437(B)”⁴⁵.

I.a.3) La Corte Suprema responde de modo prospectivo a lo ordenado en el sistema interamericano e incumple con la recomendación de la CIDH

Con posterioridad a estas intervenciones de los órganos de protección del sistema interamericano de derechos humanos, en el caso “Gorriarán Merlo”⁴⁶ resuelto en 1999, la Corte Suprema declaró inconstitucional esta ley por ser violatoria del art. 8.2.h de la CADH.

Notablemente, el fundamento dado por la Corte para resolver de esta manera no estuvo basado en la incompatibilidad de esta norma que estableciera la CIDH en su informe en el caso “Abella” ni en el reconocimiento que de esta circunstancia efectuara el Estado Argentino en el compromiso amistoso arribado en el caso “Maqueda” ante la Corte Interamericana. Someramente, la Corte basó su decisión en la doctrina del fallo “Girolodi”⁴⁷, resuelto en 1995 con posterioridad a “Maqueda”, donde reconoció la inconstitucionalidad del art. 479 del Código Procesal Penal de la Nación que limita el derecho del condenado a recurrir el fallo ante un tribunal superior.

Claramente, la absoluta falta de referencia por parte de la Corte a las distintas intervenciones del sistema interamericano con relación a la inconstitucionalidad de la ley 23.077, que oculta, incluso, la incidencia que seguramente el caso “Maqueda” tuvo para

⁴⁵ En atención al propio comportamiento de la CIDH en el caso “Maqueda”, que sí sometió a la Corte Interamericana, no resulta comprensible por qué en este caso, para asegurar una eficaz protección y remedio de los derechos vulnerados, la Comisión decidió hacer uso del mecanismo de recomendación y publicación de informes y no del de sometimiento a la Corte Interamericana. El reclamo contenido en el caso “Abella” corroboraba la importancia de que se sometiera el caso a la Corte Interamericana para que esta pudiera sentenciar condenando a nuestro país a establecer un “procedimiento ordinario que garantice la doble instancia en el procedimiento establecido por la ley 23.077 con el fin de lograr la compatibilidad de dicha norma con la Convención Americana”, que era la originaria petición de la CIDH en “Maqueda”. Esta opinión también es compartida por Alejandro Garro, cfr. autor citado, *op.cit.*, pág. 251.

⁴⁶ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Gorriarán Merlo, Enrique Haroldo y Sívori, Ana María s/casación e inconstitucionalidad”, sentencia del 19 de octubre de 1999.

⁴⁷ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Girolodi, Horacio David y otro s/ recurso de casación”, sentencia del 7 de abril de 1995.

promover el dictado de “Girolodi”, grafica en su máxima expresión la brecha que existe para que haya una buena dinámica entre uno y otro sistema de protección de los derechos humanos.

Como consecuencia de este fallo, Carlos Gorriarán Merlo y Ana María Sívori, por la razón moral y jurídicamente irrelevante de haber estado rebeldes y ser juzgados con posterioridad a los demás condenados en el caso “La Tablada”, se beneficiaron del precedente “Girolodi” y les fue reconocido su derecho a recurrir el fallo condenatorio.

Desde mi punto de vista, a partir de los pronunciamientos del sistema interamericano, y de los precedentes “Girolodi” y, especialmente, “Gorriarán Merlo”, era indiscutible que a los restantes condenados en el caso “La Tablada” se les había vedado ilegítimamente su derecho fundamental a obtener la revisión judicial de su condena. Establecida esta cuestión, lo que restaba determinar era cómo implementar este derecho haciendo cesar esa violación en los términos recomendados por la CIDH.

Sin embargo, sucesivamente en los casos “Acosta”, “Boico” y “Felicetti” la Corte Suprema rechazó que correspondiera reparar judicialmente esta violación a su derecho a recurrir el fallo condenatorio.

En estos tres precedentes podemos encontrar fundamentos propios y comunes que justificaban, a juicio de la Corte, no hacer lugar a la aplicación de jurisprudencia internacional que se había solicitado. A continuación, se los analizará.

I.a.3.1) Caso “Acosta”: el *habeas corpus* para recuperar la libertad

En el caso “Acosta” la cuestión se le planteó a la Corte Suprema en el marco del recurso extraordinario interpuesto contra el rechazo de la Cámara Federal de San Martín del *habeas corpus* planteado por quienes habían sido condenados por su participación en el ataque a La Tablada.

En esta acción de *habeas corpus* se había solicitado que se implementara la recomendación de la CIDH de reparar “el daño sufrido” a los condenados y, para ello, se había argumentado que la manera de hacer operativa esta recomendación era disponiendo su libertad. Que se solicitara la libertad como reparación era comprensible si se tiene presente los términos de la sentencia dictada por la Corte Interamericana en el caso

“Abella” al aceptar la solución amistosa llegada por las partes. Pues bien, la Cámara Federal rechazó este *habeas corpus* con el fundamento que esta acción era improcedente porque la privación de la libertad de los condenados provenía de autoridad competente y porque las recomendaciones de la CIDH no eran vinculantes. De este modo, al recurrir esta decisión ante la Corte, los condenados plantearon tres cuestiones federales. La primera, que se había desconocido el carácter vinculante de las recomendaciones de la CIDH; la segunda, que se había interpretado erróneamente el alcance de la recomendación efectuada por la CIDH en el caso; y la tercera, que se había desconocido la aptitud del *habeas corpus* para revisar condenas firmes inválidas.

La Corte Suprema, con el voto mayoritario de Nazareno, Molina O'Connor, Fayt, Belluscio, López y Vázquez, rechazó el recurso extraordinario y confirmó la sentencia de la Cámara Federal. Además de ratificar que, a diferencia de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, las recomendaciones de la CIDH no eran vinculantes y de señalar que, de todas maneras, faltaba demostrar la relación entre la recomendación efectuada por la CIDH y la pretensión de recuperar la libertad ambulatoria; la Corte declaró que la jurisprudencia internacional “por más novedosa y pertinente que se repunte, no podría constituir un motivo de revisión de las resoluciones judiciales – equiparable al recurso de revisión-, pues ello afectaría la estabilidad de las decisiones jurisdiccionales, la que, en la medida que constituye un presupuesto ineludible de la seguridad jurídica, es exigencia de orden público y posee jerarquía constitucional”. Sobre esa base, consideró irrelevante tratar las restantes cuestiones federales planteadas por el recurrente. De este modo, la Corte no llegó a decidir si correspondía modificar su anterior jurisprudencia que, como críticamente sintetiza Alejandro Carrió, sentara la improcedencia del *habeas corpus* para cuestionar la constitucionalidad de una sentencia condenatoria⁴⁸.

⁴⁸Como expone CARRIÓ, ALEJANDRO D., *Garantías constitucionales en el proceso penal*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2006, págs. 200/11, la Corte estableció esta postura en el *leading case* “Pucci” del año 1959 (Fallos 243:306) y la ratificó, más recientemente, en el caso “Puchetta”, sentencia del 18/2/1988. En estos precedentes se destacan, respectivamente, las disidencias de los jueces Orgaz y Bacqué quienes postularon que la acción de *habeas corpus* debía admitirse para revisar sentencias dictadas con severas violaciones a las garantías constitucionales de los acusados. Carrió, cita, como excepciones a este criterio, los fallos “Ferroud” del Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos y “T.E.O. s/pedido de *habeas corpus* a favor de V.Y.G.G.” de la Cámara Federal de General Roca que admitieron la procedencia de esta acción para cuestionar la validez constitucional de una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, y concluye que: “es posible identificar en estos casos... y en las disidencias de los jueces Orgaz y Bacqué, un claro intento de superar ciertos obstáculos... con el objeto de darles plena vida a las garantías de la Constitución. Esta actitud ha sido descripta por algunos, en forma peyorativa, como ‘activismo judicial’. Quizás lo sea, pero tal vez convenga

Por su parte, los jueces Boggiano y Bossert, si bien aclararon que los jueces nacionales tienen el deber de seguir de buena fe las recomendaciones de la CIDH como guía hermenéutica, sostuvieron que, como la CIDH en su recomendación había establecido el deber del Estado Argentino de garantizar “en lo sucesivo” el derecho a la revisión del fallo condenatorio, no surgía el deber de aplicar en forma retroactiva el reconocimiento de este derecho. Además mantuvieron que el *habeas corpus* debía ser rechazado porque la actual privación de libertad provenía de autoridad competente y porque la detención primigenia tampoco había sido inválida. Por último, señalaron que la solución al problema planteado por los recurrentes debía provenir de los poderes políticos ya que los jueces eran incompetentes para brindarla. Por su parte, el juez Petracchi rechazó el recurso con el fundamento de la CIDH no había recomendado que se liberase a los condenados como forma de reparar su violación al derecho a la revisión del fallo condenatorio. En consecuencia, se abstuvo de pronunciarse sobre las demás cuestiones.

I.a.3.2) Caso “Boico”: el *habeas corpus* para implementar la recomendación de la CIDH

A fines del año 2000, los condenados en el caso “La Tablada” comenzaron una huelga de hambre en protesta por la falta de reparación al derecho a la revisión de su condena que fuera recomendada por la CIDH. Esta situación tuvo mucha repercusión pública y motivó una nueva intervención de la CIDH. El 11 de diciembre de 2000 este organismo emitió un comunicado de prensa en el que urgía al Estado Argentino a dar cumplimiento inmediato con las recomendaciones efectuadas en el Informe N° 55/97 y le requirió que informara en un plazo breve las medidas adoptadas en consecuencia⁴⁹.

Es interesante señalar que, si bien el caso “Boico” fue resuelto por la Corte un día después de ese comunicado de prensa, este ni siquiera fue mencionado en el fallo. Por el

recordar que fue gracias a un ‘activismo’ que en los Estados Unidos de Norteamérica la Corte federal modificó sustancialmente aspectos restrictivos de garantías básicas en materias de procedimiento penal en los años sesenta... Si por alguna razón –y nuestro país suele dar cada tanto chances para que ello ocurra– un condenado por sentencia firme puede seriamente argumentar que a esa condena se llegó con violación a sus derechos constitucionales, firmemente creo que los tribunales no deberían cerrarle a aquél, como de un portazo, la vía del *habeas corpus*”.

⁴⁹El comunicado se halla publicado en el sitio web institucional de la CIDH. Obtenido el 13/04/2007 desde <http://www.cidh.org/Comunicados/Spanish/2000/comunicado20-00.htm>

contrario, en el caso “Felicetti” que en seguida se analizará, esta intervención de la CIDH sí fue objeto de tratamiento. La sinuosidad con que tuvo lugar esta valoración da cuenta, una vez más, de la estrecha relación que existe entre el problema planteado en estos casos y la posibilidad de asegurar una correcta implementación de los criterios internacionales de protección de los derechos humanos, especialmente de aquéllos precisados en casos concretos surgidos de la jurisdicción argentina por medio de recomendaciones y sentencias emanadas de los órganos de protección.

Pues bien, en “Boico”, la Corte rechazó la acción de *habeas corpus* correctivo y preventivo que interpusiera directamente ante esa instancia un abogado a favor de los condenados en la causa “La Tablada”. En esa acción, Boico planteaba varias pretensiones. Por un lado, en su faz de *habeas corpus* correctivo, ante la situación de huelga de hambre, solicitó se requirieran informes médicos y se asegurara la integridad física de los condenados. Y en lo que aquí interesa, como una suerte de *habeas corpus* preventivo⁵⁰, solicitó se requiriera al Estado Nacional que informara qué medidas había adoptado a fin de dar cumplimiento a las recomendaciones de la CIDH en el Informe n° 55/97. Para Boico, la competencia originaria de la Corte estaba basada en la gravedad institucional del caso y en el precedente “Pérez de Smith”⁵¹ que estableció el deber del Poder Ejecutivo de proveer a los jueces todo lo necesario para la resolución de los *habeas corpus*.

Como se observa, las pretensiones de Boico eran muy distintas de las planteadas en el caso “Acosta”, también en el marco de una acción de *habeas corpus*. Aquí Boico no reclamaba ni la libertad ni buscaba que la Corte implementara por sí misma la recomendación de la CIDH, sino que pretendía que el Poder Ejecutivo informara cómo iba a darle cumplimiento. Dada la regla que surgía del caso “Acosta”, el *habeas corpus* era utilizado en esta oportunidad como una estrategia para hacer responsable al Poder Ejecutivo y obligarlo a dar una solución.

Por este motivo, y más allá de que la Corte, con los votos de Nazareno, Moliné O'Connor, Belluscio, López y Bossert, rechaza la acción de *habeas corpus* por ser ajena a su competencia originaria, la importancia de este precedente está dada en que los jueces

⁵⁰ La subsunción de esta pretensión dentro del instituto de *habeas corpus* preventivo está dada en que el objetivo de esta acción era obtener la producción de informes que dieran cuenta de cuál sería el resultado de la detención que los condenados venían sufriendo.

⁵¹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Pérez de Smith, Ana María y otros s/efectiva privación de justicia”, sentencia del 21/12/1978.

Fayt y Petracchi declararon que los condenados tenían derecho a obtener la revisión judicial de su fallo.

Sin embargo, estos jueces no precisaron por medio de qué vía los condenados podían obtener una reparación a la violación al mencionado derecho. Mientras que Fayt señaló, de modo general, que las instancias judiciales inferiores debían aplicar la doctrina sentada por la Corte en el fallo “Gorriarán Merlo” y que, de no ser así, intervendría la Corte en uso de su competencia apelada; Petracchi agregó, en términos que son aplicables tanto para el recurso de casación como para el de revisión⁵², que los “instrumentos procesales disponibles, interpretados a la luz de las exigencias de la Convención Americana de Derechos Humanos, permiten reparar la lesión constitucional al derecho a la doble instancia habilitando la revisión de las condenas”, por lo que le dio intervención a la Cámara Nacional de Casación Penal para que arbitrara los medios necesarios para revertir la violación a ese derecho.

I.a.3.3) Caso “Felicetti”: el recurso de revisión como medio para asegurar la aplicación retroactiva del derecho reconocido por la CIDH

En atención a la posición adoptada por los jueces Fayt y Petracchi en el caso “Boico”, los condenados intentaron conseguir la revisión de sus condenas interponiendo un recurso de revisión ante la Cámara Nacional de Casación Penal. Pero también aquí se le cerraron las puertas a su pretensión de obtener una reparación que implementara la recomendación efectuada por la CIDH.

A fines de noviembre de 2000, la Cámara de Casación rechazó el recurso de revisión interpuesto por los condenados⁵³. En esa presentación, los condenados argumentaron que la recomendación de la CIDH llevaba a considerar a la ley 23.984, que establece el actual código procesal penal nacional, como ley procesal más benigna en tanto asegura el derecho al recurso de casación. También mantuvieron que el recurso de revisión era procedente porque podía reparar la injusticia cometida contra los condenados al no haber podido ejercer el derecho a la doble instancia, a la par que permitía superar la

⁵² Recursos previstos en el ordenamiento procesal penal federal y nacional en los arts. 456 y 479 del C.P.P.N.

⁵³ Cámara Nacional de Casación Penal, Sala II, “Felicetti, Roberto y otros s/revisión”, sentencia del 23/12/2000.

desigualdad que se daba por la circunstancia de que, respecto del mismo hecho por el que ellos fueron condenados, los co-imputados Gorriarán Merlo y Sivori hubieran podido obtener la revisión de su condena merced a la intervención de la Corte Suprema⁵⁴.

La Cámara de Casación no hizo a lugar al recurso. Basándose en el precedente “Acosta” resolvió que no podía ni aplicarse la jurisprudencia de la Corte Suprema en forma retroactiva ni ampliar los supuestos de procedencia del recurso de revisión sin violar en ninguno de ambos supuestos los principios constitucionales de legalidad, seguridad jurídica y división de poderes. Además, descartó la violación al principio de igualdad denunciada por los recurrentes argumentando que en este caso se trataba de un caso cerrado y el de Gorriarán Merlo de uno en trámite que sí había permitido que la Casación controlara la sentencia.

El caso llegó a la Corte no por recurso extraordinario federal de los condenados sino por vía del recurso interpuesto por el Procurador del Tesoro de la Nación quien fundamentó su legitimación en la necesidad de evitar que por el incumplimiento de la recomendación de la CIDH se declarara que el Estado Argentino había incurrido en responsabilidad internacional.

De este modo, sobre todo a partir de la nueva intervención de la CIDH de fecha 11 de diciembre, en “Felicetti” la Corte tenía la oportunidad de modificar el criterio sentado en “Acosta” –que era un blanco directo de esa intervención- y establecer cuál era la vía para reparar tanto el desigualitario reconocimiento al derecho a la doble instancia como el incumplimiento de la recomendación que la CIDH formulara en este sentido.

La Corte, con los votos mayoritarios de Nazareno, Moliné O'Connor, Belluscio, López y Vázquez, reiteró el criterio mantenido en “Acosta” en cuanto a que sólo la jurisprudencia de la Corte Interamericana era vinculante, que la jurisprudencia internacional no era motivo de revisión de las sentencias judiciales, que la cosa juzgada posee jerarquía constitucional; y que de los propios términos de la recomendación de la

⁵⁴Las organizaciones de derechos humanos Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS); Madres de Plaza de Mayo Línea Fundadora, Asamblea Permanente por los Derechos Humanos (APDH), el Movimiento Ecueménico por los Derechos Humanos (MEDH) y Abuelas de Plaza de Mayo, se presentaron en calidad de *amicus curiae* y, apoyando los argumentos de las partes, hicieron hincapié en que debía interpretarse de manera amplia la procedencia del recurso de revisión –que literalmente no contemplaba este supuesto- para cumplir con la recomendación de la CIDH y asegurar el ejercicio del derecho fundamental violentado. El memorial de *amicus curiae* presentado por estas organizaciones fue obtenido el 2/01/2007 desde www.cels.org.ar

CIDH, en cuanto establecía que el deber de garantizar el derecho reconocido en el art. 8.2.h de la CADH debía ser “en lo sucesivo”, no surgía el deber de aplicar esta recomendación de manera retroactiva.

Este último razonamiento, por sobre todas las cosas, implicó desconocer el sentido de la intervención de la CIDH de fecha 11 de diciembre de 2000. Esta intervención y el reclamo urgente que en ella contenido presuponían, necesariamente, que para este órgano nuestro país estaba omitiendo realizar la conducta establecida en la recomendación formulada tres años antes. En otras palabras, esta intervención de la CIDH impedía sostener que en la recomendación antes efectuada solamente se quiso asegurar que el derecho a la revisión del fallo se reconociera a nivel local de manera prospectiva, extremo que hubiera podido entenderse satisfecho con el dictado del fallo “Girolodi” de la Corte Suprema argentina, ya que de haber sido así no hubiera reclamado a fines de 2000 conducta estatal alguna. De esta manera, si la recomendación hubiera podido considerarse ambigua o como estableciendo de modo específico que el reconocimiento al derecho a la doble instancia debía ser meramente prospectivo, lo que podría llegar a criticarse en tanto dejaría sin protección a los peticionantes, la intervención de la CIDH de diciembre de 2000 zanja de manera definitiva esta cuestión y establece con claridad el deber de reconocerle a éstos el derecho a obtener la revisión de su fallo condenatorio⁵⁵.

Precisamente esto es lo que interpretó el juez Bossert quien, por esta razón, modificó el criterio mantenido anteriormente en “Boico” y “Acosta”. Así, Bossert señala que el comunicado 20/2000 de la CIDH apunta a una conclusión contraria de la mantenida en “Acosta” que clarifica que la expresión “en lo sucesivo” utilizada en la recomendación formulada en el Informe 55/97 debe ser interpretada como requiriendo una aplicación retroactiva del derecho a recurrir el fallo ante un tribunal superior.

Por su parte, si bien Fayt y Boggiano omitieron valorar la trascendencia de este comunicado como pauta interpretativa de la recomendación anterior de la CIDH, llegaron,

⁵⁵Con relación a los problemas de interpretación derivados de los términos empleados en esta recomendación, Garro sostiene que: “...las recomendaciones fueron vagas referencias respecto de lo que el Estado Argentino debía hacer o dejar de hacer a efectos de ‘remediar’ las violaciones a la Convención... Aún admitiendo que la Comisión deba darle al Gobierno infractor cierto margen de flexibilidad para cumplir con las recomendaciones conforme a los procedimientos previstos en el derecho interno, atribuyo a esta indefinición en la formulación de las recomendaciones de la Comisión parte de la responsabilidad por el titubeo del presidente, legisladores y jueces argentinos para cumplir con las recomendaciones” (cf. GARRO, ALEJANDRO, *op. cit.*, págs. 257/8).

por otra fundamentación, a la misma conclusión. Fayt, entendió que como esa recomendación había obligado a “reparar” la violación sufrida por los condenados, el derecho debe hacerse operativo. Boggiano entendió que la recomendación limitaba de manera prospectiva el ejercicio del derecho de recurrir el fallo de los condenados y concluyó que, como esto restringía inválidamente el derecho reconocido en el art. 8.2.h de la CADH, los jueces argentinos estaban obligados a otorgar un mayor grado de protección⁵⁶.

Por estos distintos fundamentos, Bossert y Boggiano modificaron la postura que mantuvieran en “Acosta” y que la mayoría de la Corte ratifica en esta oportunidad. Así, Bossert y Boggiano se suman al criterio de los jueces Fayt y Petracchi que consideran que el recurso de revisión es procedente para remediar la violación desigualitaria al derecho al recurso que estaban soportando los condenados.

De esta manera, la postura fijada por la Corte con relación a esta cuestión fue adoptada por estricta mayoría, existiendo una minoría que reconoció la existencia de la violación al derecho de estos condenados a obtener la revisión del fallo condenatorio y el deber de los jueces de remediar esta situación. El recurso de revisión, desde esta posición minoritaria, aparece como una vía ya prevista legalmente que interpretada ampliamente permitiría restablecer a los titulares de este derecho en su ejercicio.

Como en los fundamentos de su rechazo la Corte específicamente señaló que el Poder Judicial no podía remediar esta solución y que, en todo caso, el interés expresado por el Poder Ejecutivo para interponer este recurso podía ser canalizado en el ejercicio de sus facultades privativas, era claro que la solución a este problema sólo podía ser arribada en el terreno político.

I.a.4) La no justiciabilidad determinó la politización de esta cuestión

Sin embargo, existía una renuencia en el poder legislativo a dictar una ley que estableciera un mecanismo de apelación para los condenados en el caso ‘La Tablada’⁵⁷. El

⁵⁶ Esta posición es relevante ya que ejemplifica que la jurisprudencia doméstica, sobre la base de una interpretación más generosa que la realizada por un órgano internacional o de fundamentos constitucionales, puede brindar un mayor alcance y protección a las garantías fundamentales.

⁵⁷ Ver CENTRO DE ESTUDIOS LEGALES Y SOCIALES (CELS), *Informe del CELS sobre la situación de los derechos humanos en Argentina 2001*, Siglo XXI-Catálogos Editora, Buenos Aires, 2001, cap. XII, El estado

motivo de esta oposición obedecía a la creencia de que abrir la instancia de revisión traería como consecuencia que la sentencia no estuviera firme y, que por aplicación de la ley 24.390⁵⁸ que disponía un cómputo de pena más benigno⁵⁹, las personas involucradas en este caso pudieran recuperar la libertad de manera inmediata⁶⁰ y, para el caso que la sentencia fuera confirmada, ver disminuidas sus penas a la mitad. Más allá de que esta última variable de la ley sólo hubiera sido aplicable a quienes fueron condenados a sufrir pena de prisión y no de reclusión⁶¹, la preocupación por que se materializaran estas consecuencias operó como obstáculo para que el Congreso diera cumplimiento a la recomendación de la CIDH y dictara una ley que estableciera un mecanismo recursivo. Seguramente, aunque no fuera expresamente referido por la Cámara Nacional de Casación Penal ni por la Corte Suprema, esta hipótesis también debió haber sido contemplada y tenida en cuenta por estas máximas instancias judiciales ya que este posible resultado les hubiera sido atribuido institucionalmente.

En ese contexto de falta de solución judicial o legislativa al problema de los condenados por el caso “La Tablada”, y teniendo en cuenta que la Comisión Interamericana

argentino frente a los organismos internacionales de protección de los derechos Humanos, elaborado por ANDREA POCHAK y FLORENCIA PLAZAS.

⁵⁸ Ley 24.390, publicada el 22/11/1994, reglamenta el derecho a ser juzgado en un plazo razonable o ser puesto en libertad que es tutelado en el artículo 7.5 de la CADH y en el art. 9.3 del PDCP. La ley vigente En su art. 1° establecía que “La prisión preventiva no podrá ser superior a dos años. No obstante, cuando la cantidad de los delitos atribuidos al procesado o la evidente complejidad de las causas hayan impedido la finalización del proceso en el plazo indicado, ésta podrá prorrogarse un año más por resolución fundada que deberá comunicarse de inmediato al tribunal de apelación que correspondiese para su debido contralor” y en su art. 2° disponía que ese plazo podía ser prorrogado por seis meses en caso de sentencia no firme. En su art. 7° preveía que “transcurrido el plazo de dos años previsto en el artículo 1, se computará por un día de prisión preventiva dos de prisión o uno de reclusión”. Esta ley fue posteriormente modificada por la nro. 25.430, sancionada el 9/05/2001, que modifica esos arts. 1° y 2° y deroga el art. 7°.

⁵⁹ Ver, GARRO, *op. cit.*, págs. 260/1, afirmando que en realidad esta hipótesis era incorrecta ya que “la concesión de un recurso, que pudo haber sido concedido por vía legislativa o judicial para armonizar el derecho interno con el internacional, no convirtió a los ‘condenados’ en ‘procesados’, como la difundida versión periodística pretendía hacer creer... Podría haberse introducido en el proyecto de ley una disposición expresa en el sentido de que la ley del ‘2X1’ no se aplicará en aquellos casos en que la sentencia de condena es impugnada al sólo efecto de cumplir con el requisito de la doble instancia”. Sin embargo, esta solución podría ser cuestionada en cuanto a su validez constitucional por desigualitaria y por hacer valer una garantía en contra de los condenados.

⁶⁰ Ver al respecto, noticia publicada en Clarín del 15/3/2000: “El diputado por la Alianza, Ramón Torres Molina, presentó un proyecto de ley que, de aprobarse, podría implicar la liberación de la mayoría de los condenados por el copamiento del cuartel militar de La Tablada, ocurrido en enero de 1989 con un saldo”. Ver también, con relación a la resistencia del Poder Ejecutivo a dictar un indulto, noticia publicada en Clarín del 6/07/2000: “El ministro de Justicia, Ricardo Gil Lavedra, descartó ayer cualquier posibilidad de un indulto a los presos por el ataque al cuartel militar de La Tablada...”.

⁶¹ Esto debido a que, para esa fecha, la Corte Suprema todavía no había declarado la invalidez del diferente cómputo entre la pena de prisión y reclusión, posición que recién adoptó en el caso “Méndez” resuelto el 22/05/2005.

había señalado que era del caso adoptar *medidas excepcionales* que podían “ser consistentes con las adoptadas por el anterior Gobierno ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos... en el caso... Maqueda”, a fin de evitar sanciones internacionales, el Poder Ejecutivo dictó el decreto que dispuso la conmutación de penas de estos condenados⁶².

De este modo, la respuesta institucional dada a la violación al derecho al recurso de los condenados en el caso “La Tablada” no estuvo sustancialmente motivada en el discurso de las razones que informan al derecho involucrado sino, fundamentalmente, en la lógica consecuencialista⁶³. Teniendo en cuenta que, por nuestra historia reciente, toda medida de conmutación o indulto está asociada a una medida de impunidad, la insuficiente discusión y valoración de los valores que estaban comprometidos en este caso pudo reeditar esa sensación de arbitrariedad, lo que introdujo el riesgo de que la sociedad equiparara esta medida a una decisión sobre el fondo del caso antes que a un medio de reparación del derecho fundamental desconocido⁶⁴. Esta latente confusión se vería de alguna manera reforzada ante el imaginario público por el hecho que, en mayo de 2003, alegando que el fin de resocialización de la pena estaba alcanzado, el Poder Ejecutivo indultó a Enrique Gorriarán Merlo, quien sí había gozado del derecho a que su condena fuera revisada por la Cámara Nacional de Casación Penal⁶⁵.

⁶² Decreto 1263/2000, publicado el 28/12/2000. En sus considerandos, luego de narrar los infructuosos esfuerzos adoptados por el Poder Ejecutivo para lograr el “cumplimiento de la recomendación... por las vías constitucionales pertinentes”, se concluye que “se ha evaluado la opción entre mantener la situación jurídica actual —recibiendo sanciones internacionales— o modificarla moderadamente en relación a personas que seguirán siendo condenadas por los graves hechos que cometieron y que continuarán cumpliendo su pena, considerándose la segunda alternativa más adecuada a fin de asegurar los altos intereses de la Nación”. Para una crítica a este decreto por insuficiente en su alcance, ver, informe presentado por la Federación Interamericana de Derechos Humanos (FIDH) y la Liga Argentina por los Derechos del Hombre (LADH) (Comité de Derechos Humanos, ONU, Distr. GENERAL E/CN.4/2001/NGO/98).

⁶³ Para un análisis del accionar de los tres Poderes del Estado con relación a este caso, ver el prólogo de VÍCTOR ABRAMOVICH al *Informe del CELS sobre la situación de los derechos humanos en Argentina 2001*, CELS-Siglo XXI-Catálogos Editora, Buenos Aires, 2001.

⁶⁴ En este sentido se pronuncia GARRO, *op. cit.*, pág. 278, quien afirma que: “la vulnerabilidad constitucional del decreto presidencial es evidente, y una vez más, como ocurrió durante la administración del presidente Alfonsín y del presidente Menem, la práctica de legislar por decreto volvió a empañar los esfuerzos por reconstruir un Estado de Derecho”.

⁶⁵ Decreto 1230/2003, publicado el 20/5/2003. Este decreto fue firmado cuando el Dr. Eduardo Duhalde, quien hubiera sido elegido Presidente de la Nación por la Asamblea Legislativa como culminación de la reciente crisis político-institucional-social-económica del 2001/2, estaba a punto de finalizar su mandato.

I.b) El impacto del fundamento dado por la Corte para rechazar la aplicación retroactiva de la jurisprudencia fundamental

La regla sentada por la mayoría de la Corte en los casos “Acosta”, “Boico” y “Felicetti” establece la imposibilidad de aplicar retroactivamente la jurisprudencia procesal penal más benigna a favor de los condenados con sentencia firme. Por su parte, la decisión adoptada en “Rosza” ratifica, además, la preeminencia del valor seguridad jurídica sobre la plena vigencia de las garantías fundamentales que deben regir el proceso penal.

Los fundamentos que sostienen esta posición son los siguientes: la jurisprudencia fundamental en materia procesal penal no puede ser equiparada a ley penal; los cambios de jurisprudencia, aún los motivados por la intervención de un organismo internacional de protección de los derechos humanos, no constituyen motivo de revisión de las sentencias judiciales y consecuentemente, el hecho de que la cosa juzgada tenga jerarquía constitucional precluiría este tipo de revisión; y, por último, que el principio de división de poderes determina que estas situaciones no puedan ser reparadas por el Poder Judicial y sólo puedan encontrar solución en las facultades constitucionales específicas de los poderes políticos.

Es importante aclarar que esta postura se alinea con un criterio reiterado de la Corte Suprema que también rechaza, pero en materia penal sustantiva, aplicar retroactivamente la jurisprudencia constitucional más benigna y mantener su ultra actividad así como también limitar la aplicación de la jurisprudencia constitucional más gravosa a una manera exclusivamente prospectiva. Así, tenemos el precedente “Villada”⁶⁶ y los precedentes

⁶⁶ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Villada, Juan Carlos y otros s/robo calificado”, sentencia del 9/10/1990. En este caso, la Corte analizó el recurso extraordinario interpuesto contra el rechazo de los recursos de revisión planteados a favor de dos condenados por el delito de robo de automotor. Estos recursos buscaban asegurar la aplicación retroactiva de la doctrina sentada por la Corte Suprema en el precedente “Martínez” (sentencia del 6/06/1989) que había declarado la inconstitucionalidad del art. 38 del decreto-ley 6582/58 que agravaba significativamente la pena para ese delito. La Corte, por mayoría, resolvió que era incorrecto pretender incluir, dentro de las causales del recurso de revisión previsto en el art. 551 del C.P.M.P., a la jurisprudencia más benigna de la Corte. Los jueces Petracchi, Fayt y Barra votaron en disidencia, y con cita del fallo “Téllez” (sentencia del 15/04/1986), argumentaron que “esta Corte ya tuvo oportunidad de señalar que decisiones suyas que alteran sustancialmente la inteligencia de la legislación deben equiparse a cambios en ésta a fin de asegurar que la defensa en juicio sea una realidad en la República (Fallos 308:552) porque de lo contrario, se daría una grave violación sustancial al principio de igualdad ante la ley y al derecho de defensa, análoga a la que procuró evitar esta Corte cuando admitió que aprovecharan a los apelantes recursos interpuestos por terceros, a los efectos de evitar el escándalo jurídico que supondría que quienes son

“Montalvo”⁶⁷ y “Albornoz”⁶⁸ en los que la Corte Suprema rechazó, respectivamente, la aplicación retroactiva de la jurisprudencia constitucional penal más benigna, la ultraactividad de la más benigna y la prohibición de aplicar retroactivamente la más gravosa⁶⁹. En estos casos se fundó esta postura en el argumento que la declaración de inconstitucionalidad de una ley sólo tiene efecto en el caso concreto. De esta premisa, se concluyó que la jurisprudencia no podía ser equiparada a la ley, por lo que se afirmó que los cambios de jurisprudencia no podían lesionar a los principios de legalidad y culpabilidad penal.

En este sentido, si bien en esta tesis me concentro en la cuestión específica de la retroactividad de la jurisprudencia más benigna en materia de derechos y garantías

autores de hechos de similar naturaleza, reciban un tratamiento por completo diferente, por virtud de alternativas procesales no imputables a los interesados. Que cabe recordar que esta Corte sostuvo que mediando entre la situación de dos personas una sustancial asimilación en lo que al caso interesa, parecería contradictorio una decisión del Tribunal que, por imperio de obstáculos procesales llevaba a la inadmisibile circunstancia de que, existiendo respecto de ambas agravio federal atendible, la queja de sólo uno de aquéllos sea atendida, lo cual no solamente lesiona la defensa en juicio y el debido proceso legal que les corresponde a ambos, sino que vulnera, además, la conciencia de la comunidad (Fallos 307:2236)”. La posición de la mayoría y la minoría fue reiterada, posteriormente, en el caso “Balbi, Ángel Antonio y otros s/ robo calificado”, sentencia del 5/03/1991.

⁶⁷ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Montalvo, Ernesto s/inf. Ley 20.771”, sentencia del 11/12/1990. En este caso, la Corte modificó el criterio sentado anteriormente en el *leading case* “Bazterrica” (sentencia del 29/08/1986), declaró la constitucionalidad del castigo penal de la tenencia de estupefacientes para consumo personal y confirmó la condena penal de Montalvo. Esto pese a que el proceso penal seguido contra Montalvo, pero no el hecho por el que fue condenado, tuvo lugar bajo la vigencia de “Bazterrica”. La mayoría solamente analizó las consecuencias constitucionales, para Montalvo, de este cambio de criterio, desde la perspectiva del trato igualitario, y en el considerando 6º, aclara que “esta Corte, en su actual integración, decide retomar la doctrina establecida a partir del citado caso “Colavini”, consciente de que tal variación jurisprudencial no afecta la garantía de igualdad ante la ley, pues, desde antiguo tiene dicho que esa garantía importa el derecho de todos a que no se establezcan privilegios o excepciones que excluyan a unos lo que se concede a otros en situaciones iguales (...), principio que es aplicable a una ley que contempla en forma distinta situaciones iguales, pero no puede alcanzar por analogía a un cambio de jurisprudencia que, por otra parte, no constituye cuestión federal alguna (V.77., XXIII, “Villada, Juan Carlos y otros s/robo calificado”, del 9 de octubre de 1990). En su histórico voto en disidencia, Petracchi argumentó sobre la necesidad de mantener el precedente “Bazterrica” por razones de seguridad jurídica, pero no particularizó en la cuestión de la ultraactividad de la jurisprudencia más benigna que este caso presentaba.

⁶⁸ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Albornoz, Juan Carlos s/inf. Art. 6 ley 20.771”, sentencia del 10/03/1992. En este caso, la Corte revocó una sentencia de la Cámara de Apelaciones que, al resolver un recurso fiscal contra una absolución, aplicó la doctrina establecida en “Bazterrica”, vigente al momento de comisión del hecho, con el fundamento que ésta integraba el concepto de ley penal más benigna. Con cita del precedente “Villada”, la Corte remarcó que la declaración de inconstitucionalidad de una ley sólo tiene efecto en el caso concreto. El juez Barra votó en disidencia, reeditando su disidencia en “Villada” y concluyendo que “no procede la tacha de arbitrariedad contra la sentencia que aplica analógicamente el art. 2º del Código Penal, y considera que el derecho vigente más benigno al momento de cometerse el hecho por el que se sometió a proceso a Juan C. Albornoz es el que reiteradamente aplicaba entonces esta Corte con sustento en sus precedentes “Capalbo” y “Bazterrica”, hasta que por decisión del 11 de diciembre de 1990, *in re* “Montalvo, Ernesto s/ infracción ley 20.771”, modificó su interpretación sobre el art. 6º de la referida ley”.

⁶⁹ El rechazo a aplicar prospectivamente la jurisprudencia penal más gravosa pero no la procesal penal será analizado más adelante al referirse al fallo “Téllez”, sentencia del 15/04/1986.

procesales, también analizaré el contexto en el que esta cuestión se inserta en la jurisprudencia de la Corte ya que existen algunos presupuestos teóricos que concurren para que en materia de jurisprudencia fundamental penal y procesal penal ni la ultra actividad ni la aplicación retroactiva de la jurisprudencia constitucional más benigna tengan acogida favorable.

Esta comunidad de fundamentos se explica en el abordaje a la cuestión temporal de la jurisprudencia constitucional en materia penal, sea sustantiva o procesal, desconociendo y negando que la jurisprudencia de la Corte Suprema y de los organismos internacionales de protección de los derechos humanos produce un efecto decisivo en el modo en que se aplican, reconocen y ejercen los derechos fundamentales reconocidos normativamente con el máximo nivel de jerarquía.

En efecto, la renuencia de la Corte Suprema a aplicar retroactivamente la jurisprudencia constitucional penal y procesal más benigna, y también a limitar de manera prospectiva la jurisprudencia constitucional penal más gravosa, responde a la idea de que los cambios de jurisprudencia no pueden ser equiparados a cambios en la *norma*. Para la Corte, sólo respecto de la norma puede predicarse el principio de ultra actividad y retroactividad de la ley más benigna y el de proscripción de aplicación retroactiva de la ley más gravosa.

De este modo, por los fundamentos que se desarrollarán en el próximo capítulo, la posición de la Corte se apoya en una desajustada auto evaluación de la importancia del rol que ejerce la justicia constitucional respecto de la interpretación, delimitación y reconocimiento de los derechos fundamentales que determinan qué puede ser castigado penalmente, de qué manera y por medio de qué procedimiento⁷⁰. Asimismo, estos casos demuestran, a partir del desigualitario reconocimiento de derechos que resulta, por ejemplo, de lo resuelto por la Corte respecto de lo fallado en la serie de casos “La Tablada” con relación a los coimputados Gorriarán Merlo y Sívori y, de lo reconocido a Rosza y no a los demás justiciables que previamente habían cuestionado la validez del régimen de subrogantes, la necesidad jurídica y axiológica de remediar a este tipo de situaciones.

⁷⁰ Ver en este sentido FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal*, Ed. Trotta, Madrid, 2ª edición, 1997, capítulo III “Las razones del derecho penal. La pena. Cuánto y cómo castigar. El delito. Cuándo y cómo prohibir. El juicio. Cuándo y cómo juzgar”, donde desarrolla y analiza estas cuestiones esenciales del derecho penal en el marco del Estado constitucional de Derecho.

Pero no sólo ello, esta postura también refleja una errónea comprensión de las consecuencias jurídicas implicadas por el diseño funcional de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos. En efecto, además del valor de *leading case* que tienen estos pronunciamientos, los casos “Acosta”, “Boico” y “Felicetti” tienen un valor adicional en tanto involucran la necesidad de aplicar, retroactivamente, un criterio de interpretación de un derecho fundamental sentado por la CIDH en la recomendación que formulara respecto de esos mismos justiciables.

De este modo, la cuestión de la aplicación retroactiva de la jurisprudencia más benigna en materia de derechos fundamentales puede impactar también directamente en la posibilidad de asegurar, de manera igualitaria, la implementación de los pactos internacionales de derechos humanos que, por la propia formulación del diseño del sistema para su aplicación, presuponen una definición y un reconocimiento supranacional ulterior a la intervención del sistema judicial doméstico⁷¹.

Se advierte también que, como denominador común a los fallos dictados en torno al caso “La Tablada” y como consecuencia al rechazo a la aplicación retroactiva de la nueva jurisprudencia garantizadora, se afirmó que la respuesta al desigual reconocimiento de derechos fundamentales expuesto en estos casos debía provenir de los otros poderes del Estado y no del Poder Judicial. Específicamente, se declaró que tanto la aplicación retroactiva de esta jurisprudencia como la elaboración de un remedio judicial que la garantizara y pusiera fin a la violación al derecho fundamental allí involucrada serían violatorias de la Constitución Nacional.

⁷¹ En el mismo sentido, ABRAMOVICH, VÍCTOR, Prólogo, publicado en *Informe del CELS sobre la situación de los derechos humanos en Argentina 2001*, op.cit, pág. 7: “Los sucesos dejaron al descubierto una asignatura pendiente. La adecuación del marco legal a fin de asegurar la ejecución e implementación de las decisiones dictadas por los órganos internacionales de protección. Una asignatura que como el caso Tablada, también deberá ser rendida a su modo por los tres poderes del Estado”. Ver también GARRO, ALEJANDRO, op. cit., págs. 278/9: “La lección más importante que deja el caso ‘La Tablada’ es la necesidad de cambiar esta visión del sistema interamericano a favor de una cultura jurídica, reflejada en la política exterior, orientada al cumplimiento cabal de las obligaciones internacionales, especialmente en aquellos casos en que las medidas a llevar a cabo surgen de una decisión de la Comisión Interamericana expedida en un caso concreto en donde ha declarado la responsabilidad internacional del Estado. Un paso eficaz hacia el cumplimiento de este objetivo sería la adopción de reformas legislativas o legislación especial destinada a viabilizar la revisión judicial de condenas pasadas en autoridad de cosa juzgada, cada vez que dicha revisión es impuesta por un tribunal internacional. Mientras no exista legislación idónea, cabe esperar que los órganos administrativos y jurisdiccionales cumplan con su obligación de adoptar las medidas necesarias para cumplir con la Convención y las decisiones emitidas por los órganos supranacionales encargados de su aplicación... Por lo tanto, no puede afirmarse que la revisión de la cosa juzgada en virtud de una decisión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, interpretando la Convención dentro de su órbita de competencia, pueda conllevar una violación del derecho interno”.

La trascendencia de esta afirmación, reiterada en el caso “Rosza”, radica en que la Corte sostiene que constitucionalmente, y de cara a los compromisos internacionales asumidos en la materia, no existe ni el deber ni el medio de reparar una violación a un derecho fundamental que, no solamente previamente no corrigió o evitó, sino que además causó a partir de una interpretación de una norma constitucional o convencional que, posteriormente, fue dejada de lado o quedó evidenciada como incompatible con los estándares internacionales.

Esta postura compromete la noción de una Constitución suprema y de pactos internacionales de derechos humanos que priman sobre cualquier otra disposición normativa, ya que, con esta perspectiva, existirían supuestos en los que no se procura preservar el imperio y el reestablecimiento de los derechos y garantías que al mismo tiempo se reconoce que estos instrumentos consagran.

En este trabajo se analizará detenidamente este argumento puesto que condiciona decisivamente la viabilidad de la hipótesis que se describiera al principio de este trabajo en el sentido de la existencia de un deber constitucional de reparar judicialmente esta clase de situaciones.

Me parece importante aclarar que la importancia de esta cuestión no se vería superada por la posibilidad de que el Poder Legislativo dicte una ley asegurando la revisión de las condenas dictas en violación a un derecho fundamental que ahora se reconoce jurisprudencialmente o de que el Poder Ejecutivo les otorgue el indulto o la conmutación de penas.

Existen tres importantes razones sustantivas que demuestran la importancia de establecer si la Constitución Nacional y los pactos internacionales de derechos humanos obligan a aplicar retroactivamente la jurisprudencia fundamental más benigna en materia de garantías a favor de los condenados con sentencia firme.

En primer lugar, la relevancia de determinar si el deber de revisar estas condenas está fundado en la Constitución y en los pactos internacionales, está ligada al enorme valor que tiene el reconocimiento de derechos, principalmente por vía de la adjudicación constitucional, para promover el grado de cohesión y adhesión social e institucional a una norma fundamental.

Pienso que el dictado de la conmutación de penas dispuestas respecto de los condenados en el caso “La Tablada”, que fuera forzado por el rechazo de la Corte Suprema a reparar la violación al derecho evidenciada en la recomendación efectuada por la CIDH, no constituyó un acto de poder que contribuyera a restablecer en la sociedad el valor del derecho fundamental en juego. Ante la falta de un discurso fundado en razones de derecho que restableciera a los condenados en su goce, la sociedad no necesariamente interpretó a los indultos y conmutación de penas dispuestos a favor de estas personas como un acto de justicia.

En segundo lugar, entiendo que el compromiso a la supremacía de los derechos fundamentales que apareja la postura de la Corte tampoco se vería suficientemente subsanado mediante el dictado de una ley que incluyera la retroactividad de esta jurisprudencia como supuesto de procedencia del recurso de revisión en materia penal.

En la medida que la Corte Suprema no afirme expresamente que la Constitución y los mencionados pactos de derechos humanos exigen reparar la situación de desigualdad que es revelada por los cambios de jurisprudencia en materia fundamental, una ley que previera la aplicación retroactiva como causal de revisión podría ser tachada de inconstitucional, o, en caso de ser admitida, carecería de pauta alguna para discutir o afirmar su validez. La inexistencia de un estándar constitucional expreso contra el cuál confrontarla disminuiría claramente la legitimidad de una ley de esta clase. Además, en tanto no ser constitucionalmente obligatoria, el dictado de esta ley no sería exigible y dependería de una decisión de política legislativa.

Las dos consideraciones recién mencionadas determinan que, si la posibilidad de que las condenas dictadas en violación a derechos fundamentales que ahora se reconocen careciera de un fundamento constitucional, su reconocimiento quedaría librada a una decisión de carácter precario y contingente. Teniendo en cuenta la experiencia relacionada a la sanción y posterior derogación de la ley 24.390 y que, en determinadas situaciones, esta revisión puede aparejar un resultado impopular, tiene sentido pensar que una norma de esta clase sería, seguramente, derogada o limitada respecto de determinados delitos.

El reconocimiento judicial de que una persona o grupo es sujeto de un derecho determinado, máxime cuando existió un desigualitario reconocimiento de derechos, no sólo tiene consecuencias jurídicas determinadas y afianza la vigencia del derecho en términos

discursivos. Esta clase de adjudicación constitucional tiene además el buen efecto de recomponer un lazo de solidaridad de la comunidad que fue previa e injustamente roto. Por ello es que se ha dicho que “el adscribir derechos a alguien implica una conexión moral con ella. Los derechos definen a una comunidad moral, tener derecho significa que mis intereses, mis aspiraciones y mis vulnerabilidades importan lo suficiente como para imponer deberes en los demás”⁷².

Por último, la determinación sobre la existencia de este deber de revisar las condenas es importante teniendo en cuenta que, de tener éste fundamento constitucional, deberá, en consecuencia, admitirse la necesidad de asegurar la revisión de las sentencias dictadas por las jurisdicciones locales.

En efecto, por imperio de lo establecido en los arts. 31 y 5 de la Constitución Nacional, las provincias deberían proveer de una instancia de revisión a estos efectos, sin perjuicio del rol de garante final de la supremacía constitucional que ejerce la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

La Corte ejerce jurisdicción para revisar actos u omisiones provinciales en el marco de su competencia originaria y por vía de jurisdicción extraordinaria, conforme lo previsto en los arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional⁷³. Ahora, considerando que la Corte no podría absorber originariamente todos los casos que se presenten, aún de modo subsidiario, sin menoscabo de sus demás funciones constitucionales, de modo análogo al sistema norteamericano que más adelante se reseñará, cabría pensar en la alternativa de acceso a los tribunales inferiores del fuero federal como instancia para garantizar la disponibilidad de esta revisión ante la negativa de las autoridades provinciales.

Cuando se trata de la revisión de una condena corresponda en función de un derecho reconocido en un tratado internacional, la disponibilidad de estas vías de acceso al fuero

⁷² KISS, ELIZABETH, *Alchemy or Fool's Gold? Assessing Feminist Doubts about rights*, *Dissent*, año 1995, pág.5.

⁷³ Constitución Nacional, Artículo 116: “Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferior de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inciso 12 del Artículo 75; y por los tratados con las naciones extranjeras; de las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros; de las causas de almirantazgo o jurisdicción marítima; de los asuntos en que la Nación sea parte; de las causas que se susciten entre dos o más provincias; entre una provincia y los vecinos de otra; entre los vecinos de diferentes provincias; y entre una provincia o sus vecinos, contra un Estado o ciudadano extranjero”; Artículo 117: “ En estos casos la Corte Suprema ejercerá su jurisdicción por apelación según las reglas y excepciones que prescriba el Congreso; pero en todos los asuntos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros, y en los que alguna provincia fuese parte, la ejercerá originaria y exclusivamente”.

federal es, además, particularmente importante, para que el Estado Federal pueda garantizar el respeto de los derechos y asegurar el cumplimiento de las decisiones emanadas de los órganos destinados a su protección⁷⁴.

La viabilidad de estas vías alternativas ha sido analizada por la Corte Suprema, aunque de manera incipiente y sin un desarrollo teórico que demuestre el reconocimiento de su enorme importancia.

En un precedente que podría ser aplicable en lo que hace a la revisión de una condena en función de una jurisprudencia constitucional más benigna, en el caso “Trelew Cable Color S.A.”⁷⁵ la Corte rechazó el planteo para ejerciera su jurisdicción originaria con motivo de una acción autónoma de nulidad de cosa juzgada irrita respecto de una condena civil dictada en la justicia provincial. El fundamento que dio la Corte consistió en que debían intervenir en primer término las instancias provinciales, sin perjuicio de que ella llegara a intervenir en el marco de la jurisdicción extraordinaria.

Por su parte, la Corte también ha establecido que son ajenas a su competencia originaria las acciones destinadas a implementar, de manera directa, las decisiones de los órganos internacionales de derechos humanos que ordenan al Estado Federal efectuar distintas clases de reparaciones.

Esta posición fue adoptada en una serie de oportunidades. La primera fue en el caso “Boico”, donde, como se viera, rechazó entender en una acción de *habeas corpus* que exigía que el Estado Nacional que informara qué medidas había adoptado a fin de dar cumplimiento a las recomendaciones de la CIDH en el Informe n° 55/97 en cuanto mandaba asegurar la revisión de las sentencias de los condenados en el caso “La Tablada”.

⁷⁴ Para un análisis de esta cuestión, ver DULITZKY, ARIEL, *Federalismo y Derechos Humanos. El caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la República Argentina*, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. VI, Universidad Autónoma de México, México, TRAVIESO, JUAN ANTONIO., *op. cit.*, pág. 299 y MANILI, PABLO L., *La ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el derecho argentino*, publicado en BIDART CAMPOS, GERMÁN & GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS (coords.), *El derecho constitucional del siglo XXI : diagnóstico y perspectivas*, Ediar, Buenos Aires, 2000, pág. 543/5, quien sostiene que la justicia local es competente para ejecutar las decisiones dictadas por los tribunales internacionales pero que, para otorgar mayor protección al justiciable, sería conveniente que estuviera disponible la justicia federal. Asimismo, ver los interrogantes que, con relación a esta cuestión, formula ABRAMOVICH, VÍCTOR, Introducción, publicado en ABRAMOVICH, VÍCTOR; BOVINO, ALBERTO & COURTIS, CHRISTIAN (comp.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2007, págs. VII/VIX y XII.

⁷⁵ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Trelew Cable Color S.R.L. c/ Chubut, Provincia del, s/acción autónoma de invalidación de la cosa juzgada irrita”, sentencia del 12/12/2000.

La segunda fue en el caso “Latrabusse”⁷⁶, donde se buscaba que se declarara que el Estado Nacional y la provincia de Chubut eran responsables de dar cumplimiento con la recomendación de reparación económica ordenada por la CIDH en el Informe nro. 30/97⁷⁷. En una tercera oportunidad se entendió incompetente para implementar la sentencia de la Corte Interamericana dictada en el caso “Cantos”⁷⁸ que obligaba a reducir determinados costos y honorarios judiciales. La cuarta fue en el caso “Asociación Comunidad de Aborígenes Lhaka Honhat”⁷⁹, donde por medio de una acción de certeza buscaba se dictara una sentencia que declarara la inconstitucionalidad de una ley, que llamaba a una consulta popular para decidir sobre la entrega en propiedad comunitaria de tierras ocupadas por las comunidades aborígenes, por ser contraria a las previsiones constitucionales y por vulnerar compromisos asumidos por la provincia de Salta y el Estado Nacional ante la CIDH⁸⁰. En todos estos supuestos, la Corte declaró que eran ajenas a su competencia originaria las acciones intentadas. Este criterio fue ratificado en el caso “Lavado”⁸¹, donde la Corte, luego de hacer lugar a ciertas medidas cautelares tendientes a garantizar la integridad física de los internos de las penitenciarias mendocinas y a evitar la responsabilidad internacional del Estado que ya estaba siendo analizada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, declaró que debían intervenir, en primer término, las instancias provinciales.

La negativa a intervenir en estos supuestos en el marco de la competencia originaria, debe ser complementada con el trascendente pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia, en el caso “Millacura Llaipén”⁸², donde, con fundamento en la responsabilidad internacional del Estado Nacional, estableció la competencia de los tribunales inferiores del fuero federal para investigar la comisión de hechos de desaparición forzada de personas acaecidos en la provincia de Chubut y que habían motivado la interposición de una denuncia ante la Comisión Interamericana que fuera declarada

⁷⁶ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Latrabusse”, sentencia del 12/03/2002.

⁷⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 30/97 “Carranza, Gustavo c. Argentina”, del 30/09/1997.

⁷⁸ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Resolución 1404/2003, Procurador del Tesoro de la Nación s/presentación”, del 21/08/2003.

⁷⁹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Lhaka Honhat”, sentencia del 27/08/2005.

⁸⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, solución amistosa arribada en el marco de la denuncia formulada en agosto de 1998 por CEJIL y CELS, registrada bajo el número de caso 12.094.

⁸¹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Lavado”, resolución del 23/03/2007.

⁸² Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Millacura Llaipén”, sentencia del 13/10/2005.

admisible⁸³ por violación al derecho a la vida, a la integridad física y a las garantías judiciales por la reticencia del poder judicial local en juzgarlos.

Considero que este fallo, tal vez, en el futuro marque el rumbo en lo que hace al rol de los tribunales inferiores de la justicia federal, y en último término de la Corte Suprema, para garantizar la supremacía constitucional y el cumplimiento con las obligaciones de protección de los derechos humanos asumidas internacionalmente frente a la renuencia o negativa de los poderes judiciales locales.

Todas estas razones demuestran la necesidad de examinar si existen razones normativas para afirmar el deber de aplicar retroactivamente la jurisprudencia en materia de garantías fundamentales a favor de personas condenadas con sentencia firme.

II- Estado actual de la cuestión en la doctrina en la doctrina nacional

II.a) Enfoques sobre la retroactividad.

La doctrina que emana de los fallos “Acosta”, “Boico” y “Felicetti”, ratificada en “Rosza”, niega que sea jurídicamente obligatorio aplicar retroactivamente la jurisprudencia que reconoce la existencia y vigencia de un derecho o garantía a quien fuera condenado habiéndole sido previamente negado que la Constitución Nacional o los pactos internacionales de derechos humanos le concedían ese derecho.

Esta postura jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia ha sido criticada, por parte de la academia local, desde un enfoque que no agota el objeto de esta tesis.

Puesto que la jurisprudencia de la Corte Suprema con relación a esta cuestión ratifica, en su esencia, la doctrina sentada en los fallos “Villada”, “Montalvo” y “Albornoz”, donde rechazara la ultraactividad de la jurisprudencia fundamental penal más benigna y la prospectividad de la más gravosa, es de interés tener en cuenta los trabajos elaborados por la doctrina local que analizan críticamente la posición de la Corte en estos casos. Sin embargo, puesto que estos estudios se han dedicado, principalmente, a examinar la relación que esta cuestión sustantiva con el respeto al principio constitucional de culpabilidad en

⁸³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N° 60/05 “Iván Eladio Torres c. Argentina”, 13/10/2005.

materia penal, el desarrollo de la doctrina local con relación a esta cuestión, si bien ofrece algunos ejes teóricos relevantes, no contesta totalmente el objeto de esta tesis.

Por otro lado, los estudios que tienen relación con la cuestión de la aplicación retroactiva de la jurisprudencia fundamental procesal más benigna, con la única excepción del trabajo de Hernán Gulco, se han enfocado principalmente en la necesidad de implementar en el ámbito doméstico las decisiones de los organismos internacionales de protección de los derechos humanos en los casos concretos en que han sido dictados.

Claramente, este aspecto está necesariamente contenido por el objeto de esta tesis, pero al ser su enfoque más acotado, no abarca la cuestión de la retroactividad de esas decisiones en todos los casos decididos en el ámbito local que no fueron litigados en el ámbito internacional. Esta es una diferencia decisiva con el objeto de esta tesis, ya que como se argumentará en esta tesis, la retroactividad con alcance general de esta jurisprudencia internacional es un requisito necesario para garantizar en condiciones igualitarias los derechos reconocidos en los pactos internacionales de derechos humanos y asegurar el óptimo funcionamiento de estos sistemas supranacionales de protección.

Contextualizado de este modo el estado de la cuestión en la jurisprudencia y doctrina local, en los apartados que siguen se analizará estos aportes de la teoría local que constituyen un marco conceptual de ineludible referencia para abordar su tratamiento.

II.a.1) Retroactividad, ultra actividad y prospectividad de la jurisprudencia fundamental penal sustantiva en la doctrina local

Dentro del grupo de trabajos relacionados con la cuestión de la ultra actividad de la jurisprudencia fundamental penal más benigna y la no retroactividad de la más gravosa, se destacan los trabajos de Alberto Garay, Edmundo Hendler y Hernán Gulco.

Así, Alberto Garay critica que la Corte Suprema en el caso “Albornoz” haya rechazado la prohibición de aplicar retroactivamente la jurisprudencia fundamental penal más gravosa⁸⁴.

⁸⁴ GARAY, ALBERTO F., Los cambios de jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema y la aplicación retroactiva de los nuevos criterios en materia penal, publicado en *La Ley*, tomo 1993-A-786, Buenos Aires, pág. 793.

Luego de sostener que, como la nueva jurisprudencia más gravosa opera como ley *ex post facto*, está vedada su aplicación retroactiva por imperio del principio constitucional de culpabilidad, Garay explica que este razonamiento no implica colocar a la jurisprudencia por encima de la ley.

Concretamente, Garay refuta el argumento que dio la Corte en ese caso, en cuanto a que la declaración de inconstitucionalidad de una ley sólo tiene efectos en el caso concreto en que se dicta y no puede ser equiparada a una ley que sí tiene alcances generales, marcando que esta afirmación constituye una inconsistente lectura con el propio rol que la Corte reconoce tener. Específicamente, este autor señala que una serie de principios de prudencia judicial que la Corte sigue a lo largo de su jurisprudencia para decidir sobre la constitucionalidad de una ley, como ser el carácter de última *ratio* de la declaración de inconstitucionalidad y la necesidad de ponderar los efectos que pueda tener esa declaración respecto de múltiples afectados que se encuentran en una situación jurídica y fáctica análoga, revelan que la Corte reconoce tanto el carácter vinculante que poseen sus sentencias constitucionales como que la decisión arribada en un caso particular trasciende al mismo.

Desde esta perspectiva, este Garay concluye que, con esta posición, la Corte viola los principios de igualdad y seguridad jurídica, por lo que debe ser modificada.

El trabajo de este autor presenta relevancia para el objeto de esta tesis al explicar por qué no deben ser descartados, como lo hace la Corte, los efectos normativos e institucionales de un precedente donde ese Tribunal determina la interpretación de un derecho constitucional.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que, pese a adoptar esta posición, Garay no deriva del impacto de la jurisprudencia fundamental penal el deber de aplicar retroactivamente la jurisprudencia constitucional más benigna a favor de los condenados con sentencia firme.

En efecto, tanto en este trabajo, como en otro anterior donde criticara el cambio de criterio adoptado por la Corte en el caso "Montalvo"⁸⁵, Garay expresamente señala que no necesariamente se registre una situación de desigualdad por desconocer la aplicación

⁸⁵ GARAY, ALBERTO F., La Corte Suprema debe sentirse obligada a fallar conforme sus propios precedentes (Aspectos elementales del objeto y de la justificación de una decisión de la Corte Suprema y su relación con el caso 'Montalvo'), publicado en *JA 1991-II*, Buenos Aires, pág. 881 y ss.

retroactiva o ultra activa de la jurisprudencia fundamental penal más benigna respecto de esta clase de condenados. Para este autor, la gravedad que posee dejar sin efecto una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada muestra que es razonable el criterio adoptado por la Corte en el caso “Villada”, de descartar la aplicación judicial retroactiva de la jurisprudencia fundamental penal más benigna a favor de un condenado por sentencia firme, y dejar al Poder Legislativo la decisión de incluir este supuesto dentro de los que hacen procedente el recurso de revisión en materia penal⁸⁶.

Sin embargo, buscando mitigar de alguna manera los efectos perjudiciales que la posición de la Corte causa a los justiciables y a la seguridad jurídica, este autor mantiene que en el caso “Montalvo” la Corte debió haber anunciado que modificaba su criterio y no aplicarlo respecto del Sr. Montalvo sino en los casos a resolver por hechos cometidos con posterioridad a su dictado. Esta propuesta de aplicación selectivamente prospectiva de la jurisprudencia fundamental penal más gravosa está basada en el criterio que la Corte adoptó en el caso “Téllez”⁸⁷, donde resolvió que a fin de resguardar el derecho de defensa de las partes la autoridad institucional del precedente “Strada”⁸⁸ regiría para las sentencias notificadas con posterioridad a su dictado.

Desde la mirada del derecho comparado, Hernán Gullco y Edmundo Hendler, al contrastar los argumentos de la Corte Suprema en los casos “Villada” y “Albornoz” con jurisprudencia extranjera e internacional, argumentan en contra de la aplicación retroactiva de la jurisprudencia penal más gravosa por ser violatoria de los principios fundamentales de legalidad y de culpabilidad⁸⁹.

Estos autores critican la postura adoptada por la Corte por distinguir entre creación e interpretación del derecho, cuando, en verdad, a los fines de la determinación del derecho

⁸⁶ Por adoptar esta posición, Garay también se opone a la ultra actividad de la jurisprudencia penal más benigna cuando no está en juego la aplicación del principio de culpabilidad. El argumento es que habría un tratamiento desigualitario respecto de los condenados con anterioridad al dictado de “Bazterrica” si el Sr. Montalvo, juzgado durante la vigencia de este precedente pero por un hecho cometido con anterioridad a su establecimiento, se beneficiara de la aplicación ultra activa de este precedente.

⁸⁷ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Téllez, María E. c. Bagalá, S. A.”, sentencia del 15/04/1986.

⁸⁸ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Strada, Juan L. c. Ocupantes del Perímetro Ubicado Entre las Calles Deán Funes, Saavedra, Barra y Cullen”, sentencia del 08/04/1986. Este fallo estableció, con carácter de *leading case*, que definía qué debía entenderse por “tribunal superior de la causa” a los fines del recurso extraordinario dirigido contra una sentencia dictada por un poder judicial local.

⁸⁹ GULLCO, HERNÁN V.; HENDLER, EDMUNDO S, *Casos de derecho penal comparado*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003, págs. 11/34.

vigente, no podría diferenciarse una de otra. Concretamente, Gullco y Hendler invocan el criterio adoptado, respectivamente, por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y por la Corte Europea de Derechos Humanos, cuyos cánones son tenidos en cuenta por la Corte Interamericana y, por ende, también por la Corte Suprema argentina⁹⁰, en los casos “Palacios”⁹¹ y “C.R. c. Reino Unidos”⁹² en donde se estableciera que la jurisprudencia es fuente de derecho y que, en consecuencia, no puede ser utilizada para modificar retroactivamente las normas penales.

Asimismo, Hernán Gullco, en un trabajo posterior y desde una perspectiva realista del derecho, amplía su crítica a la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina y señala que su falla argumentativa radica en que atiende al origen de la norma antes que a su efecto, sea que éste haya sido fijado por el legislador o determinado jurisprudencialmente⁹³. Así, este autor señala que, como la Corte reconoció en el caso “Téllez” el efecto de su jurisprudencia para la determinación del derecho vigente, es contradictoria su posición de no reconocer el problema constitucional que presenta la retroactividad de la jurisprudencia penal y la consecuente necesidad de otorgarle a la jurisprudencia penal más benigna los mismos efectos que a la ley penal más benigna.

⁹⁰ Conforme el criterio adoptado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la OC 5/85, del 12 de noviembre de 1985. Ver asimismo, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe Anual 1999, Consideraciones sobre la compatibilidad de las medidas de acción afirmativa concebidas para promover la participación política de la Mujer con los Principios de Igualdad y No Discriminación: “lo que la Corte y la Comisión Europeas han manifestado es igualmente aplicable para las Américas”. Para un ejemplo de la incidencia que la jurisprudencia europea posee respecto de la interpretación de las normas de la Convención para la Corte Suprema de Justicia de la Nación ver, entre muchos otros, el fallo dictado en la causa “Hooft, Pedro Cornelio Federico c/ Buenos Aires, Provincia s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, sentencia del 16/11/2004. Este criterio fue ratificado recientemente por la Corte Suprema de la Nación para interpretar diversas disposiciones de la Convención en materia de garantías en el proceso penal en los casos “Llerena” y “Benítez, Aníbal”.

⁹¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso “Palacios c. Argentina”, Informe 105/1999.

⁹² Tribunal Europea de Derechos Humanos, “C.R. v. Reino Unido”, sentencia del 22 de diciembre de 1995. En esta línea, es importante tener en cuenta que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha ratificado este criterio en el caso “Cantoni v. France” (sentencia del 15/11/1996, reiterado recientemente, entre muchos otros casos, en el fallo “Achour v. France”, sentencia del 29/3/2006) donde estableciera que el principio de legalidad, protegido en el pacto, requiere que el individuo puede conocer, de la formulación de la norma correspondiente, y si es necesario, con la ayuda de la interpretación judicial de ésta, qué actos y omisiones lo harán responsable penalmente. El Tribunal remarcó que el rol de adjudicación reservado a los jueces es precisamente disipar las dudas interpretativas que surgen de las insuperables penumbras del lenguaje normativo y que, a los efectos de la cuestión clave de la previsibilidad, tenía una importancia decisiva la jurisprudencia constante del tribunal con más alta jerarquía.

⁹³ Gullco, Hernán V., “El recurso de revisión ante los cambios de jurisprudencia”, publicado en Jurisprudencia Argentina, tomo 1999-II-606.

Luego de comentar el fallo “Marks v. United States”⁹⁴ de la Corte Suprema norteamericana que, ratificando el criterio sentado en “Bouie v. City of Columbia”⁹⁵, establece que viola el debido proceso sustantivo la aplicación retroactiva de la jurisprudencia penal más gravosa, Gullco concluye que la manera de implementar la jurisprudencia penal más benigna sería por medio de un recurso de revisión. Sin embargo, advierte que como este supuesto no está expresamente previsto en la norma que regula la procedencia del recurso de revisión, debe plantearse la inconstitucionalidad de la norma procesal que lo regula para poder asegurar la viabilidad de este remedio. Sobre esta última cuestión, Gustavo Alterini, entiende que no sería necesario llegar a esta declaración de inconstitucionalidad, en tanto la cuestión podría ser resuelta por una aplicación analógica de esta norma que estaría normativamente justificada por aplicación del principio *pro homine*⁹⁶ que rige la interpretación del derecho internacional de los derechos humanos y que mandaría extender el campo de aplicación del recurso de revisión⁹⁷.

Por su parte, Germán Bidart Campos, también analiza la cuestión de la retroactividad de la jurisprudencia penal más gravosa desde una postura realista del derecho pero con la finalidad de asegurar el principio de igualdad. Para ello, concluye que la postura adoptada por la Corte en el fallo “Villada” –y en su progenie– es errónea ya que excluye el peso de este principio con criterios formalistas del derecho que desconocen el impacto del derecho judicial y la igualdad real de trato ante las mismas circunstancias⁹⁸.

Esta línea es también seguida por Eugenio Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar quienes plantean que el principio de igualdad funda el deber de aplicar retroactivamente la jurisprudencia constitucional penal más benigna. Es interesante señalar

⁹⁴ Corte Suprema de los Estados Unidos de Norte América, “Marks v. United States”, 410 U.S. 188 (1977).

⁹⁵ Corte Suprema de los Estados Unidos de Norte América, “Bouie v. City of Columbia”, 378 U.S. 347 (1964).

⁹⁶ Para un completo análisis de este principio hermenéutico, ver PINTO, MÓNICA, El principio *pro homine*: criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos, publicado en ABREGÚ, MARTÍN & COURTIS, CHRISTIAN (compil.) *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997. Para una recepción, por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de este principio de interpretación que implica que, ante varias interpretaciones posibles de un derecho, el juez debe optar por aquella más favorable a la protección del derecho, ver el *leading case* “Cardozo, Gustavo F. s/rec. de casación”, sentencia del 20/06/2006.

⁹⁷ ALTERINI, GUSTAVO JAVIER, Quid de la aplicabilidad retroactiva de la jurisprudencia penal más benigna de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, publicado en LL, *Suplemento de Derecho Penal y Procesal Penal*, del 28 de febrero de 2006, pág. 30.

⁹⁸ BIDART CAMPOS, GERMÁN, La revisión de una condena por cambio en la jurisprudencia de la Corte, publicado en *El Derecho* 141, Buenos Aires, 1991, pág. 100.

que, en cuanto a la jurisprudencia más gravosa, estos autores introducen un argumento novedoso para el abordaje de esta cuestión. Ellos sostienen que la creación de una jurisprudencia más gravosa estaría directamente vedada por la prohibición de regresividad en la protección de los derechos humanos. De esta manera, esos autores directamente excluyen la posibilidad de que ésta pueda tener lugar y de que se lleguen a formular los interrogantes sobre su aplicación retroactiva o prospectiva⁹⁹.

II.a.2) Retroactividad de la jurisprudencia fundamental penal procesal

Dentro del grupo de trabajos que analizan aspectos jurídicos ligados a la cuestión de la retroactividad de la jurisprudencia fundamental procesal más benigna, existen distintas posiciones.

Mientras que autores como Víctor Bazán¹⁰⁰ y Juan V. Solá¹⁰¹ consideran que la limitación del alcance temporal de la regla en el caso “Rosza” constituye un razonable y prudente ejercicio del poder jurisdiccional, otras voces se alzan contra este criterio que, de manera reiterada, adoptara la Corte.

En primer lugar, específicamente con relación al fallo “Rosza”, Alfredo Vítolo mantiene que, la decisión de la Corte de declarar la invalidez del régimen de jueces subrogantes con un alcance selectivamente prospectivo, desconoce el principio de inviolabilidad de las personas, en tanto sacrifica el derecho de los justiciables a ser juzgados por un juez independiente e imparcial en aras de una razón consecuencialista como es la de evitar la revisión de innumerables procesos¹⁰².

Por su parte, la posición de la Corte adoptada en los fallos resueltos con relación al caso “La Tablada” en donde expresamente rechazó revisar sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada, es analizada y criticada, de manera destacada, por Hernán Gullco, Luis García, Alejandro Rúa y Manuel Garrido.

⁹⁹ ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL; PLAGIA, ALEJANDRO; SLOKAR, ALEJANDRO, *Derecho Penal, Parte General*, Ed. Ediar, 2000, pág. 119 y ss.

¹⁰⁰ BAZÁN, VÍCTOR, De jueces subrogantes, casos difíciles y sentencias atípicas, *JA 2007-III*, Buenos Aires, pág. 23.

¹⁰¹ SOLÁ, JUAN V., El caso de los jueces subrogantes, *JA 2007-III*, Buenos Aires, pág. 36.

¹⁰² VÍTOLO, ALFREDO, Cuando los remedios, antes que curar, enferman, *JA 2007-III*, Buenos Aires, pág. 42.

Sin embargo, como adelantara anteriormente, únicamente Hernán Gullco analiza esta cuestión desde una perspectiva normativa más amplia, ya que a diferencia de los demás autores, lo hace por argumentos que no necesariamente están relacionados con la implementación, en un caso concreto, de una decisión de un organismo internacional de protección de los derechos humanos¹⁰³.

En efecto, en su comentario a un fallo del Superior Tribunal de Justicia de La Pampa¹⁰⁴ que hizo lugar a un recurso de revisión para implementar la aplicación retroactiva de la jurisprudencia constitucional local en materia procesal penal que era más benigna, Gullco marca la diferencia sustancial que existe entre esta cuestión y la que involucra a la jurisprudencia penal en la que están involucrados los principios de legalidad y de culpabilidad.

Este autor contempla las consecuencias que siguen al reconocimiento de esta cuestión, a saber: la anulación de juicios pasados en autoridad de cosa juzgada, la posibilidad de que el paso del tiempo y la destrucción de pruebas impidan que se arribe a un nuevo pronunciamiento condenatorio y el riesgo de que los policías y funcionarios judiciales que ajustaron su conducta a los estándares constitucionales vigentes al momento de su actuación sientan que su trabajo fue frustrado indebidamente.

Sin embargo, con fundamento en el principio de igualdad ante la ley, Gullco mantiene la necesidad de que se aplique retroactivamente esta jurisprudencia a favor de los condenados. Para ello, alega que sería extremadamente irrazonable que la aplicación de un derecho constitucional se vea precluida “por la sola circunstancia de que los imputados... ‘tuvieron la mala suerte’ de ser perseguidos penalmente antes del dictado de la jurisprudencia garantista”. En conclusión, argumenta que debe hacerse lugar a esta aplicación retroactiva por medio del recurso de revisión, con la salvedad explicada anteriormente en cuanto a que debe impugnarse la inconstitucionalidad de la norma procesal que lo regula sin prever este supuesto.

Por su parte, con distintos matices, el resto de los autores analizan la retroactividad de la jurisprudencia internacional que es más progresista en materia procesal desde un foco muy concreto: esto es, como manera de implementar en el ámbito doméstico las

¹⁰³ GULLCO, HERNÁN V., El recurso de revisión ante los cambios de jurisprudencia, publicado en *Jurisprudencia Argentina*, tomo 1999-II, Buenos Aires, pág. 606.

¹⁰⁴ Tribunal Superior de Justicia de La Pampa, “Gandino”, sentencia del 13/6/1996.

recomendaciones de la CIDH y las sentencias de la CoIDH en los casos concretos en que fueron dictadas y que han concluido en el ámbito local en virtud de decisiones pasadas en autoridad de cosa juzgada.

Teniendo este objetivo en vista, Luis García, en su excelente análisis de los precedentes “Acosta”, “Boico” y “Felicetti”, critica la posición adoptada por la Corte Suprema concentrándose en la consecuencia negativa que tuvieron estos fallos para implementar la recomendación formulada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a favor de los condenados en el caso “La Tablada”. Este autor argumenta que, con esta postura, la Corte Suprema incumplió con principios y obligaciones básicas del derecho internacional de los derechos humanos, como son el principio de buena fe y el deber de garantizar los derechos reconocidos en la Convención Americana. Pero además, la critica por ser incompatible con la lógica del sistema interamericano que establece, como regla, su intervención respecto de sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada en el ámbito interno. Teniendo en cuenta este conflicto normativo y que la condena dictada a estas personas sería inválida por haberse dictado en violación a un derecho convencional, García postula que la cosa juzgada no puede ser invocada por el Estado Argentino para rehusar cumplir, en perjuicio del titular del derecho vulnerado, con lo ordenado en una recomendación de la CIDH o en una sentencia de la CoIDH¹⁰⁵.

Luego de establecer, en estas condiciones, el deber de aplicar retroactivamente a favor de estos condenados el criterio sentado por la jurisprudencia internacional, García se dedica a analizar por medio de qué vía debe canalizarse esta tarea. Para ello, sostiene que, en los casos de referencia, el recurso de revisión previsto en el art. 479 del CPPN no es la vía adecuada para asegurar la implementación al derecho a la doble instancia ya que, por su limitado campo de conocimiento, difícilmente podría asegurar la revisión amplia del fallo condenatorio a la que estos justiciables tenían derecho. Por este motivo, García afirma que

¹⁰⁵ GARCÍA, LUIS, Protección Internacional subsidiaria de los derechos humanos y deber de reparar: entre el agotamiento de los recursos y la trampa de la cosa juzgada en el caso de “La Tablada” (A los enemigos de la democracia, ¿ni justicia?), *op. cit.*, pág. 311: “el sistema al que ha adherido (nuestro país) impone agotar todos los recursos de jurisdicción interna para poder recurrir a la internacional, y es de mala fe, después de un pronunciamiento de un órgano internacional de supervisión, oponer el obstáculo de que ya no hay recursos de jurisdicción interna disponibles, porque la decisión judicial ha pasado en autoridad de cosa juzgada”. En el mismo sentido, PINTO, MÓNICA, El valor jurídico de las decisiones de los órganos de control en materia de derechos humanos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, publicado en ABRAMOVICH, VÍCTOR; BOVINO, ALBERTO & COURTIS, CHRISTIAN (comp.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2007, págs. 145 y 151.

el remedio constitucional para esta situación podía obtenerse por vía del amparo, dirigiendo esta acción tanto contra la ley 23.077 que consagra la violación al derecho a la doble instancia, como contra la omisión del legislador de proveer un medio de implementación de la recomendación de la CIDH. Desde esta lógica, el objetivo de esta acción sería asegurar el derecho a obtener una revisión del fallo condenatorio.

García admite que se podría argumentar que, como la ley nro. 16.986¹⁰⁶ que regula la acción de amparo no admite su procedencia contra decisiones judiciales, sería todavía aún más improcedente interponerla respecto de una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada. Sin embargo, apoya su argumento, por un lado, en el art. 43 de la Constitución Nacional¹⁰⁷ que asegura la procedencia del amparo ante la inexistencia de otro medio judicial para hacer valer un derecho fundamental, y por el otro, en el deber que tienen los jueces de remediar las violaciones a los derechos fundamentales mediante el dictado de las medidas adecuadas sentado por la Corte Suprema en el precedente “Siri”¹⁰⁸ y por la Corte Interamericana en la OC-7/86¹⁰⁹.

Por su parte, Alejandro Rúa, en criterio coincidente con García, rechaza que la cosa juzgada pueda ser invocada válidamente para omitir implementar las decisiones de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos. Para esto, argumenta que, como el sistema jurídico deja de lado la cosa juzgada cuando están en juego principios básicos de justicia, no existen razones constitucionales para no dejarla de lado en esta clase de supuesto, máxime cuando al hacerlo a favor del condenado no existe violación a las garantías de defensa en juicio ni de prohibición de doble juzgamiento. Este autor desarrolla

¹⁰⁶ Ley 16.986, sancionada y promulgada el 18/10/1966 y publicada el 20/10/1966. En su art. 2.b establece que “la acción de amparo no será admisible cuando... el acto impugnado emanara de un órgano del Poder Judicial”.

¹⁰⁷ Constitución Nacional, artículo 43: “Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva”.

¹⁰⁸ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Siri, Ángel s/habeas corpus”, sentencia del 27/12/1957.

¹⁰⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión consultiva OC-7/86, del 29/08/1986. En este opinión, la Corte recordó que el artículo 2 de la Convención dispone que “si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el Artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades” y que “este artículo... recoge una regla básica del derecho internacional, según la cual todo Estado Parte en un tratado tiene el deber jurídico de adoptar las medidas necesarias para cumplir con sus obligaciones conforme al tratado, sean dichas medidas legislativas o de otra índole”.

análogos argumentos de derecho constitucional e internacional que los empleados por García para fundar el deber de remediar las violaciones a los derechos fundamentales de los condenados declaradas por la Comisión o por la Corte Interamericana. Pero se diferencia en el remedio propuesto. Mientras que García propugna, para los condenados en el caso “La Tablada”, la interposición de una acción de amparo, este autor propone al recurso de revisión. Para ello, realiza una interpretación amplia de sus supuestos de procedencia con el fundamento de que no existe una verdadera distinción entre las modificaciones provocadas por leyes formales y las resultantes de los cambios de jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia¹¹⁰.

En esta línea se enmarca el trabajo de Manuel Garrido, quien también considera que el recurso de revisión el medio judicial para implementar las decisiones provenientes del sistema interamericano y, por dos razones, critica el criterio adoptado por la Corte Suprema en el caso “Acosta”. Primero, porque la tacha de contradictoria con su propia jurisprudencia que relativizara el valor de la cosa juzgada en casos en que estaban en juego valores de justicia o cuando la sentencia fue obtenida mediante fraude, estafa procesal, dolo o, en palabras utilizadas en el *leading case* “Martínez de Perón”¹¹¹, mediante un proceso no auténtico. En segundo lugar, Garrido advierte que la postura de la Corte, llevada a sus últimas consecuencias, determinaría la inconstitucionalidad de que el Poder Legislativo dictara una ley que asegure la revisión que el caso requiera. Luego de señalar que en países como Costa Rica, Perú, Alemania, Austria, Luxemburgo, Malta, Noruega y Suiza se admite la revisión de una sentencia como manera de cumplir, respectivamente, con una sentencia de la Corte Interamericana o del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, este autor marca

¹¹⁰ RÚA, ALEJANDRO, Obligatoriedad de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y cosa juzgada en el ámbito interno, publicado en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, N° 9-C, Año V, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, pág. 428. Claramente, esta postura se alinea con el criterio mantenido por la minoría de la Corte Suprema en el caso “Felicetti”. Por esta razón, con posterioridad al fallo de la Cámara Nacional de Casación en este caso, Rúa publicó una crítica al mismo en la que fustiga que esta Cámara lo haya citado en su resolución, de mala fe según él, para fundar el criterio contrario a lo que él verdaderamente mantenía. Ver, RÚA, ALEJANDRO, La negativa de la Casación a revisar “La Tablada”, publicado en Eldial.com. (sin fecha).

¹¹¹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Martínez de Perón”, sentencia del 22/09/1977: “La cosa juzgada es un efecto jurídico que sólo cabe atribuir a verdaderas decisiones jurisdiccionales” y “dado que la institución de la cosa juzgada debe organizarse sobre bases compatibles con los derechos y garantías constitucionales, como la defensa en juicio, el recurso extraordinario sería procedente en los casos en que, con seriedad, se la impugnara como contraria a ellas (Fallos 238:18)” y “El reconocimiento del carácter inmutable de una decisión judicial ‘requiere la existencia de un trámite anterior contradictorio en el que se hayan respetado substancialmente las exigencias de la garantía de la defensa en juicio”.

la necesidad de que se exploren alternativas en el derecho interno para cumplir con las decisiones de los órganos del sistema interamericano y, que en esta línea, se determine si esta implementación obliga a anular la sentencia condenatoria o a habilitar una instancia recursiva contra la misma¹¹².

II.b) Estado actual de la cuestión en el derecho norteamericano

En el contexto norteamericano, la cuestión de la aplicación retroactiva de la jurisprudencia fundamental respecto de condenados con sentencia firme, ha sido intensamente analizada por la academia y la jurisprudencia. Como se verá a continuación, la jurisprudencia de la Corte Suprema norteamericana, posteriormente receptada por el poder legislativo, reconoce como regla general esta aplicación retroactiva de la jurisprudencia constitucional por medio de la acción de *habeas corpus*.

Vale aclarar que dada la distinta relación normativa de ese sistema jurídico con el sistema internacional de protección de los derechos humanos, especialmente respecto del interamericano, la cuestión de la retroactividad de la jurisprudencia constitucional ocupó, hasta un tiempo muy reciente, el centro de la escena casi con exclusividad. Sin embargo, como se analizará también, esto comienza a cambiar a partir de la nueva jurisprudencia en la que se plantea implementar, de manera retroactiva, las decisiones de la Corte Internacional de Justicia. Claramente, este desarrollo aprovecha la importante ventaja de que dentro del sistema norteamericano ya estuviera resuelto el tema de la aplicación retroactiva de la jurisprudencia.

Por tres razones, es relevante realizar analizar el estado de esta cuestión en el contexto norteamericano. La primera, como ya se adelantara, porque de manera paradigmática y especial ha sido en el marco de este sistema que esta fue analizada y que se diseñaron los remedios para implementarla a favor de condenados con sentencia firme. La segunda, porque si bien se trata de una cuestión normativa de reciente tratamiento en ese

¹¹² GARRIDO, MANUEL, La aplicación en el ámbito interno de la República Argentina de las decisiones de los órganos interamericanos de aplicación de la Convención Americana de Derechos Humanos. La cuestión de la cosa juzgada, publicado *Revista Argentina de Derechos Humanos*, Año 1, N° 0, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, pág. 153.

sistema, existe respecto de ella un mayor grado de experimentación y reflexión jurídica que el que registra nuestro sistema. Por último, este examen permite demostrar que la afirmación que efectuó la Corte en el caso “Rosza”, en el sentido que la jurisprudencia norteamericana estableció que la retroactividad de la jurisprudencia no es un principio absoluto, es absolutamente parcial, en la medida que soslaya las importantes excepciones en las que esta aplicación retroactiva tiene lugar en materia penal.

Efectuadas estas aclaraciones, es importante resaltar que deben diferenciarse dos cuestiones a la hora de analizar el estado de esta cuestión en el sistema jurídico norteamericano, atendiendo a si esta retroactividad es más benigna o es más gravosa en términos de reconocimiento de derechos.

En primer lugar, la Corte Suprema federal ha establecido la prohibición constitucional de aplicar retroactivamente la jurisprudencia constitucional penal sustantiva más gravosa. Tal como se adelantara en el punto anterior al analizar la crítica de Gullco a la jurisprudencia de la Corte Suprema Argentina, la Corte norteamericana prohíbe esta clase de aplicación a fin de asegurar el respeto al principio de culpabilidad.

Por su parte, en cuanto a la retroactividad de la jurisprudencia constitucional penal más benigna, ya sea sustantiva o adjetiva, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha ido modificando paulatinamente su criterio receptivo a esta cuestión, para ir reduciéndolo significativamente. En los apartados que siguen, examinaré este desarrollo jurisprudencial y su correspondiente contrapartida teórica.

Quiero aclarar que si bien tendré en cuenta que la cuestión objeto de esta tesis ha merecido respuesta favorable, aunque con importantes excepciones, en el sistema constitucional norteamericano, mi idea no es limitarme a proponer la adopción acrítica para el caso argentino del modelo adoptado en este sistema¹¹³.

Esto no con la única finalidad de incurrir en una falacia de autoridad¹¹⁴, sino también porque el objetivo de esta tesis es reflexionar sobre los problemas que se presentan

¹¹³ Para un análisis de las razones que harían constitucional y políticamente ilegítimo “transplantar” de manera automática y con fuerza normativa al caso argentino la respuesta dada a esta cuestión por el sistema norteamericano, ver ROSENKRANTZ, CARLOS F, En contra de los “préstamos” y de otros usos “no autoritativos” del derecho extranjero, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 6, Número 1, Buenos Aires, 2005.

¹¹⁴ COPI, IRVING, *Introducción a la lógica*, Eudeba, Buenos Aires, 1999, pág. 91, caracterizando a la falacia que apela a la autoridad como aquella que emplea como argumento decisivo la opinión de un experto en un área ajena a su competencia.

en el campo penal argentino a raíz de los cambios de interpretación de derechos constitucionales y del sistema interamericano de protección de los derechos humanos. En consecuencia, la bibliografía y la jurisprudencia norteamericana serán analizadas en la medida que, los distintos tratamientos dados a los muchos aspectos que posee esta cuestión, sirvan para reflexionar sobre la viabilidad de su reconocimiento en nuestro contexto.

II.b.1) La génesis de la retroactividad

Concretamente, en un principio, la Corte Suprema norteamericana no analizó directamente la cuestión de la retroactividad de la jurisprudencia como una cuestión distinta a la de la propia aplicación de la jurisprudencia. Es decir, que sobre este tema no existía ninguna clase de preocupación. Se entendía que la regla general era que la jurisprudencia fuera aplicada a todos los casos que se presentaban para resolver, siendo irrelevante determinar si la nueva regla había sido tenida en cuenta efectivamente por las partes al momento de concretarse la relación jurídica.

Este principio de retroactividad en la jurisprudencia tomó base a partir de las palabras del Juez Marshall quien afirmó que “si con posterioridad a una sentencia y antes de la decisión del tribunal de apelaciones, una ley interviene y cambia objetivamente la regla que gobierna el caso, esa ley debe ser obedecida o esa obligación denegada... La Corte debe decidir acorde a las leyes existentes, y si es necesario, debe anular un fallo, correcto cuando rendido, pero que no puede ser confirmado sin violar la ley”¹¹⁵. Si bien aquí este juez hace referencia al cambio jurídico que se produce por el dictado de una ley, desde este momento, que fue contemporáneo al dictado del *leading case* “Marbury v. Madison” que estableciera el control judicial de constitucionalidad, la Corte receptó el principio de que debe aplicarse la ley o el criterio de interpretación vigente al momento del fallo y no al momento en que tuvo lugar la relación jurídica¹¹⁶.

¹¹⁵ Corte Suprema de los Estados Unidos, caso “United States v. The Schooner Peggy”, 5 U.S. (1 Cranch) 103, sentencia del 1/12/1801, voto del Juez Marshall.

¹¹⁶ HEYTENS, TOBY T., *op.cit.*, pág. 985.

De este modo, durante casi doscientos años, la adjudicación constitucional fue realizada aplicando retroactivamente los criterios de interpretación que ella consagraba.

Por ello, la retroactividad de la jurisprudencia es un problema jurídico relativamente nuevo en este sistema, ya que se planteó como tal a mediados de la década del '60.

Una razón muy puntual es la que explica por qué entonces y no antes surgió la preocupación por una cuestión que, en realidad, está intrínsecamente ligada a la adjudicación constitucional y que, por tal motivo, tuvo origen desde el nacimiento mismo del sistema que la prevé. Esta razón es el establecimiento, por parte de la Corte Suprema norteamericana durante la presidencia del Juez Earl Warren, de una jurisprudencia muy robusta en materia de derechos de los acusados de un delito, entre otras cuestiones constitucionales¹¹⁷.

Durante este período, la Corte norteamericana dictó *leading cases* en esta materia, reconociendo garantías en el proceso penal que los estados locales debían respetar, como ser el derecho del acusado indigente a contar con un abogado defensor ("Gideon v. Wainwright")¹¹⁸ y de ser informado por parte de las autoridades policiales de su derecho a no declarar y a contar con la asistencia del abogado defensor ("Miranda v. Arizona"¹¹⁹), entre muchos otros.

Por otro lado, de manera previa al dictado de estos fallos que abrieron aguas en el derecho penal y procesal penal, a fin de garantizar la efectiva aplicación de los estándares federales a nivel estadual, en el caso "Brown v. Allen"¹²⁰ la Corte previsoriamente amplió el alcance del *habeas corpus* como mecanismo idóneo para revisar, ante la justicia federal, las condenas dictadas por la justicia local en violación a las garantías constitucionales federales.

Esta decisión fue verdaderamente revolucionaria, estimándose que implicó la revisión de miles de sentencias criminales estaduales¹²¹.

¹¹⁷ La Corte Suprema de los Estados Unidos, durante el período en que el Juez Warren ejerció la presidencia (1953-1969), dictó fallos paradigmáticos que promovieron las libertades y derechos constitucionales, sobre todo los de las minorías. Entre sus muchos fallos célebres se destacan los que fueron los dictados en materia de discriminación racial (*Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483) y de derecho a la intimidad (*Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479, 85).

¹¹⁸ Corte Suprema de los Estados Unidos, "Gideon v. Wainwright", 372 U.S. 335, sentencia del 18/03/1963.

¹¹⁹ Corte Suprema de los Estados Unidos, "Miranda v. Arizona", 384 U.S. 436, sentencia del 13/6/1966.

¹²⁰ Corte Suprema de los Estados Unidos, "Brown v. Allen", 344 U.S. 443, sentencia del 9/04/1953.

¹²¹ Ver HEYTENS, TOBY T., Managing Transitional moments in criminal cases, 115 *Yale Law Journal* 922, año 2006, págs. 922 y 931.

La garantía del *habeas corpus* estaba reconocida en una ley que databa del año 1867 y que establecía su procedencia para confrontar la constitucionalidad de la detención de una persona dispuesta por una autoridad estatal¹²². Históricamente, hasta el año 1953, esta norma fue interpretada de una manera muy similar a como funciona en nuestro sistema, esto es, autorizando exclusivamente el control de la legalidad de la detención a la determinación de la existencia de orden de autoridad competente. Pues bien, en “Brown v. Allen”, con base en el mismo texto legal del año 1867 y sin encontrar apoyo expreso en ningún precedente anterior o en alguna cláusula constitucional, la Corte analizó los reclamos constitucionales invocados por un condenado por la justicia estadual y sentó así la regla de que el *habeas corpus* podía ser utilizado para revisar la validez de la detención de una persona que era el resultado de una condena firme impuesta por un tribunal local¹²³.

La preocupación de la Corte por “crear” este remedio revela claramente que este era considerado un presupuesto necesario para asegurar la vigencia de los nuevos derechos que posteriormente reconocería.

Sin embargo, existía una cuestión de política institucional que la Corte debía evaluar para asegurar la obediencia y legitimidad de sus fallos. El problema que se le presentaba a la Corte era el siguiente. Teniendo en cuenta el criterio entonces imperante que establecía que la jurisprudencia se aplicaba retroactivamente y que se había creado a través del *habeas*

¹²² El Acta de *Habeas Corpus* de 1867 establecía que “los distintos tribunales de los Estados Unidos, y los distintos magistrados de esos tribunales, dentro de sus respectivas jurisdicciones, además de la autoridad que les es conferida legalmente, tendrán el poder de otorgar writs de *habeas corpus* en todos los casos en que cualquier persona tenga restringida su libertad en violación de la Constitución, de un tratado o de una ley de los Estados Unidos”. (La traducción es de mi autoría).

¹²³ En la decisión, como referencia expresa al cambio de paradigma en la interpretación de esa norma sólo está la escueta explicación del juez Frankfurter, quien en su voto, afirmó que era deber de la Corte “dar pleno efecto a la jurisdicción otorgada por el legislador en materia de *habeas corpus*”. Ver en este sentido, FRIEDMAN, BARRY, A Tale of Two Habeas, 73 *Minnesota Law Review* 247, año 1992, pág. 252: “En ese caso, la Corte dio lugar a la expansión del alcance del *habeas corpus* del reducido enfoque tradicional que lo limitaba a los casos de falta de jurisdicción a uno por el que se podía contener cualquier reclamo de violación de un derecho constitucional invocado por un condenado en custodia de la justicia local. La expansión del alcance del *habeas corpus* en *Brown*, sin embargo, tuvo lugar de una manera muy peculiar. Antes que de manera explícita discutir la expansión del *habeas corpus*, y de esta manera también discutir la naturaleza de este último, la Corte simplemente presumió su alcance ampliado. Porque la modificación con relación al *habeas corpus* ocurrió *sub silentio*, la Corte nunca proveyó un fundamento de la ampliación del alcance del *habeas corpus*. Desde entonces, *Brown* ha estado en la búsqueda de un fundamento”. (La traducción es de mi autoría). Para este académico, el motivo por el que la Corte amplió en ese caso el alcance del *habeas corpus* radicó en que la Corte previó que no iba a poder revisar ella misma todas las sentencias criminales estaduales y era necesario así asegurar a los condenados por las justicias estaduales —renuentes a implementar los derechos federales— una instancia federal que funcionara como apelación directa. De esta manera, se salvaguardaba el derecho a recurrir al fuero federal y la supremacía de los derechos constitucionales.

corpus un mecanismo de revisión de sentencias estatales firmes, el dictado de estos fallos que revolucionaban el contenido de los derechos de los acusados y reestructuraban todo el sistema de administración de justicia podía aparejar un impacto tal, en los distintos sistemas estatales, que implicaría la anulación de una gigantesca cantidad de sentencias condenatorias.

Esto claramente, atentaría contra el objetivo buscado por estos fallos de ser persuasivos para lograr un cambio de cultura constitucional en materia de garantías en el proceso penal y de ser acatados, en tanto arriesgaría una reacción negativa por parte de los jueces estatales, a quienes claramente la Corte ya estaba limitando sus potestades al dictar este importante número de precedentes que establecían estándares federales obligatorios.

Como resultado, como se explicará a continuación, paradójicamente será una Corte liberal la que establece el criterio de que las nuevas reglas constitucionales no se aplican necesaria y obligatoriamente de manera retroactiva. Claramente, este recorte en la aplicación temporal de esta nueva jurisprudencia constitucional estuvo motivado en el objetivo de contar con la seguridad de poder dictar fallos revolucionarios sin demasiados costos institucionales, sociales o políticos¹²⁴.

Es en este contexto particular que aparece el problema de la aplicación temporal de la jurisprudencia constitucional en materia penal –sustantiva y adjetiva– como cuestión jurídica conceptualmente distinta del derecho reconocido en esta jurisprudencia. Surgen así, como una cuestión normativa que la Corte Suprema norteamericana deberá resolver a la hora de crear jurisprudencia, si su aplicación será plenamente retroactiva, retroactiva solo a los casos pendientes de resolución, prospectiva o selectivamente prospectiva, esto es, para todos los casos resueltos en el futuro y no para el caso en donde fue dictada.

La retroactividad y prospectividad de la jurisprudencia son así creadas¹²⁵. Estas cuestiones, su constitucionalidad, su conveniencia, sus alcances y límites serán tratadas de

¹²⁴ FALLON, RICHARD H; MELTZER, DANIEL J., *New Law, Non-retroactivity, and constitutional remedies*, 104 *Harvard Law Review* 1731, año 1991, pág. 1733: “Las decisiones de la Corte Warren que no reconocían la retroactividad de la jurisprudencia atrajeron una enorme cantidad de críticas... Los críticos objetaban que la aplicación no- retroactiva de las ‘nuevas’ reglas facilitaba, en un sentido práctico, a la Corte el revolucionar el derecho constitucional en materia de garantías en el proceso penal”. (La traducción es de mi autoría).

¹²⁵ Ver FRIEDMAN, BARRY, *Habeas and Hubris*, 45 *Vanderbilt Law Review* 797, año 1992, pág. 804: “Antes de *Brown v. Allen*, estableciendo que los tribunales que resuelvan los *habeas corpus* podían revisar las condenas de los presos estatales por cualquier clase de argumento de error constitucional, el problema (de la retroactividad) no era acuciante. La revisión era generalmente improcedente, de manera que la retroactividad era un problema sólo para los casos en apelación”. (La traducción es de mi autoría).

forma distinta a lo largo del desarrollo jurisprudencial y normativo relacionado a la revisión de las sentencias condenatorias firmes y a la aplicación retroactiva de la jurisprudencia constitucional más benigna.

II.b.2) Hacia el establecimiento de criterios y reglas

Se pueden establecer, a partir del análisis del desarrollo jurisprudencial de la Corte Suprema norteamericana, diferentes categorías en cuanto a la definición del tratamiento retroactivo o prospectivo de la jurisprudencia constitucional procesal penal.

En efecto, una vez llegado al estadio en que decidió elegir si proseguía o no con la plena regla de la retroactividad, la Corte fue definiendo esta cuestión de manera diferente atendiendo a cuestiones relacionadas al momento procesal en que esta jurisprudencia debe ser aplicada, a la conveniencia de su aplicación y a la clase de derecho involucrada.

En una primera etapa, en el caso “Linkletter”¹²⁶ resuelto en 1965, la Corte afirmó que “la Constitución ni prohíbe ni requiere la aplicación retroactiva y es, en cada caso, que la Corte determinará si es apropiada la aplicación retroactiva o prospectiva”. En consecuencia, estableció como regla que, mientras que en los casos pendientes de apelación (*direct review*) se aplicaría retroactivamente la jurisprudencia más garantista, su aplicación retroactiva en los casos pasados en autoridad de cosa juzgada y sometidos a revisión colateral por medio del *habeas corpus* federal (*collateral review*) dependería de varios factores.

Se crea así el *Linkletter test* que establece que, para decidir si se aplica retroactivamente la jurisprudencia constitucional más benigna en materia de garantías procesales a favor de condenados con sentencia firme, se deben ponderar las siguientes variables: la historia y propósito de la nueva regla y si este propósito sería logrado con la retroactividad, la confianza en la anterior jurisprudencia y el efecto que su aplicación retroactiva produciría en la administración de justicia¹²⁷. Este *test*, claramente, establece

¹²⁶Corte Suprema de los Estados Unidos, “Linkletter V. Walker”, 381 U.S. 618 (1965), sentencia del 7/06/1965.

¹²⁷ En este fallo, la Corte empleó este test y decidió que no correspondía aplicar retroactivamente la doctrina sentada en el precedente “Mapp v. Ohio” - 367 U.S. 643 (1961) –que establecía la exclusión de las pruebas obtenidas en violación a la Cuarta Enmienda-. Esta enmienda establece que “el derecho de los habitantes de que sus personas, domicilios, papeles y efectos se hallen a salvo de pesquisas y aprehensiones arbitrarias, será

criterios consecuencialistas para arribar a la decisión de si se va a permitir disfrutar a un condenado de un derecho constitucional que le fuera previamente indebidamente denegado y que fue posteriormente reconocido.

En una segunda etapa, un año después en el caso “Johnson v. New Jersey”¹²⁸ la Corte decidió que el *Linkletter test* también era aplicable a los casos que están pendientes de resolución en la instancia de apelación. Se igualó, entonces, el tratamiento entre los casos resueltos definitivamente y los casos pendientes de resolución.

En una tercera etapa, en el caso “United States v. Johnson”¹²⁹ resuelto en 1982, la Corte resolvió modificar su anterior postura y afirmó que la retroactividad de esta clase de jurisprudencia debía analizarse de manera distinta según se tratara de casos sentenciados con carácter de firme o de casos en instancia de apelación. Pero fue recién en el caso “Griffith v. Kentucky”¹³⁰, resuelto en 1987, que concretizó en qué debía consistir este diferente tratamiento. En esta oportunidad, la Corte resolvió que la negativa a aplicar las nuevas reglas constitucionales a los casos pendientes de apelación violaba normas básicas de la jurisdicción constitucional. Para la Corte, una vez que declarada una nueva regla en un caso en el que entendió por apelación, tanto la integridad con la que debe operar el poder judicial como el principio de igualdad requerían aplicar esta misma regla a todos los demás casos en apelación.

Sentada la regla de la plena retroactividad de la nueva jurisprudencia constitucional para los casos pendientes de resolución, quedaba pendiente de resolver si se seguiría aplicando el *Linkletter test* a los casos resueltos de manera definitiva o si se modificaba este criterio. De modificarse, existían dos opciones. La primera, que los principios de integridad

inviolable y no se expedirá al efecto mandamientos que no se apoyen en un motivo verosímil, estén corroborados mediante juramento o protesta y describan con particularidad el lugar que deba ser registrado y las personas o cosas que han de ser detenidas o embargadas”. (La traducción es de mi autoría). El razonamiento utilizado por la Corte —que revela cómo funciona el *Linkletter test* en un caso concreto— fue el siguiente: la regla de exclusión establecida en el caso “Mapp v. Ohio” tiene como objetivo disuadir a las autoridades policiales y judiciales de que violen ilegalmente la intimidad de las personas para obtener prueba de cargo y se valgan de ellas para condenarlas. Aplicar retroactivamente esta jurisprudencia no co-adyudaría a ese fin disuasorio ya que, por tratarse de una regla nueva, esas autoridades no habrían tenido posibilidad de motivarse en ella. En esta línea, la Corte consideró que la confianza en las anteriores reglas jurisprudenciales sobre el tema y el efecto perjudicial que la aplicación de la nueva jurisprudencia tendrían en la administración de justicia, llevaban a no reconocer la aplicación retroactiva del precedente “Mapp v. Ohio”.

¹²⁸ Corte Suprema de los Estados Unidos, “Johnson v. New Jersey”, 384 U.S. 719, sentencia del 20/06/1966.

¹²⁹ Corte Suprema de los Estados Unidos, “United States v. Johnson” 457 U.S. 537, sentencia del 21/06/1982.

¹³⁰ Corte Suprema de los Estados Unidos, “Griffith v. Kentucky”, 479 U.S. 314, 321, sentencia del 13/01/1987.

judicial y de igualdad tenidos en cuenta para establecer el estándar de plena retroactividad a todos los casos en apelación que fuera sentado en “Griffith v. Kentucky” también jugaran respecto de los casos pasados en autoridad de cosa juzgada. La segunda posibilidad consistía en aplicar un criterio consecuencialista pero distinto al fijado en el *Linkletter* test.

Pues bien, en el año 1989 la Corte adoptó un nuevo criterio consecuencialista, distinto al de *Linkletter*, que posee características muy especiales. Esto tuvo lugar en el célebre caso “Teague v. Lane”¹³¹, que modificó de manera significativa el rumbo en el tratamiento de la retroactividad de la jurisprudencia constitucional más benigna para los condenados con sentencia firme. El impacto de este fallo fue especialmente importante porque su regla fue receptada por el legislador federal, al reglamentar el *habeas corpus* federal contra sentencias estatales¹³² y porque, pese a haber sido ferozmente criticado por la más autorizada doctrina constitucional norteamericana¹³³, ha logrado imponerse hasta la fecha.

En “Teague v. Lane” la Corte afirmó que, más que nunca, “la retroactividad debía ser repensada”. En primer lugar, decidió que la decisión acerca de si un precedente que creaba una regla nueva¹³⁴ debía tener efecto retroactivo tenía que adoptarse en el mismo momento en que este se dictaba.

En segundo lugar, en cuanto a la cuestión en sí de la retroactividad de la jurisprudencia constitucional penal más benigna, en “Teague v. Lane” la Corte decidió que la regla era que se aplicara la jurisprudencia vigente al momento en que fue dictada la sentencia firme. Como fundamento de este principio, la Corte afirmó que la finalidad de prevención general que posee el sistema penal requiere que haya sentencias definitivas. Y sólo reconoció dos excepciones a esta regla.

La primera excepción está dada cuando la nueva jurisprudencia constitucional más benigna desincrimina penalmente una conducta, por ejemplo, declarando la

¹³¹ Corte Suprema de los Estados Unidos, “Teague v. Lane”, 489 U.S. 288 (1989).

¹³² 28 U.S. CODE, Section 2244.

¹³³ Las principales críticas apuntan a señalar que este fallo constituye una desviación que no encuentra apoyo en los precedentes de la Corte, que consagra resultados injustos y que limita indebidamente el rol de los tribunales inferiores en la interpretación y aplicación de la Constitución Federal. Para un desarrollo de estas objeciones y por referencias sobre otros trabajos críticos a este fallo, ver BANDES, SUSAN, *Taking Justice to its logical extreme: A comment on Teague v. Lane*, 66 *Southern Californian Law Review* 2453, (1993) y FRIEDMAN, BARRY, *Habeas and Hubris*, *op.cit.*, pág. 800.

¹³⁴ Por regla nueva, dijo la Corte, se debe entender la regla que impone una obligación a los estados o al Estado Federal que no estaba dictada por los precedentes anteriores.

inconstitucionalidad de su punición. La segunda excepción puede tener lugar cuando la nueva jurisprudencia constitucional más benigna reconoce derechos y garantías procesales fundamentales para asegurar la libertad y autonomía de las personas (*those procedures implicit in the concept of ordered liberty*)¹³⁵ y relevantes para asegurar la corrección de la condena. De esta manera, no todos los “nuevos derechos” que sean fundamentales podrán ser aplicados retroactivamente a los condenados, sino sólo aquéllos que tengan una naturaleza tal que su inobservancia no haya podido impedir que se condenara a un inocente.

Es importante desagregar en sus dos partes la referida segunda excepción para poder percibir de qué manera ésta restringe el alcance del *habeas corpus* como remedio constitucional para asegurar la aplicación retroactiva de la jurisprudencia constitucional más benigna.

Veamos qué pasa con la exigencia de que se trate de un derecho o garantía que sea implícita en el concepto de “*ordered liberty*”. A primera vista podría pensarse que este requisito es meramente nominal, ya que intuitivamente uno concibe como fundamentales a todos los derechos y garantías de los acusados de un delito. Sin embargo, el concepto que aquí maneja la Corte no posee tal amplitud ya que, para este tribunal, no todos los derechos están incluidos en la categoría de “*ordered liberty*”. A tal punto que, en el mismo caso “Teague”, consideró que no tenía esta calidad el derecho a que el fiscal no excluya a miembros afro-americanos del jurado por otra razón que la de su raza, derecho que la Corte

¹³⁵ El juez Benjamín Cardozo de la corte suprema norteamericana en el caso “*Palko v. State of Connecticut*”, 302:319 (1937) definió por primera vez este concepto de “*ordered liberty*” estableciendo que ésta refiere a aquéllos derechos o “principios de justicia tan enraizados en nuestras tradiciones y en la conciencia de nuestro pueblo como para ser considerados fundamentales”. (La traducción es de mi autoría). En su voto, el juez Cardozo enumeró como tales a la libertad de expresión, la defensa en juicio y el juicio previo. La relevancia normativa de esta categoría radica en que aquellos derechos que la poseen son incorporados a la Decimocuarta enmienda y oponibles a los estados locales. Dado que nuestro sistema constitucional no formula estas distinciones (arts. 5 y 31 C.N), esta concepto no le es aplicable. Ahora, teniendo en cuenta el trabajo de Carlos Ronsenkranz, *op.cit.*, que examina el trasplante irreflexivo de doctrinas jurisprudenciales norteamericanas al caso argentino, podría temerse que este deber ser no haya tenido su correlato en la jurisprudencia de la Corte. Sin embargo, a diferencia de lo que sucedió con la aplicación de otras doctrinas jurisprudenciales elaboradas por su par norteamericana, la Corte Suprema Corte de Justicia de la Nación no ha empleado este concepto en su jurisprudencia constitucional. Solamente el juez Enrique Petracchi, en su voto en el *leading case* “Bazterrica”, utilizó este concepto al afirmar que “(e)l art. 19 de nuestra Constitución resulta ser una pieza de esencial importancia en la configuración del sistema de las libertades individuales que caracteriza a nuestro orden jurídico. Él, evidentemente, no se limita a la garantía de la privacidad de los individuos -ya establecida en el art. 18 de la Constitución-, sino que consagra, como se ha afirmado antes, lo que Cardozo denominaba “un esquema de ordenada libertad” es decir, el eje sobre el que gira un “sistema” de libertad personal, más allá de la garantía de la mera privacidad...”.

había reconocido anteriormente como derivado del debido proceso y la igualdad ante la ley en el caso “Bastón v. Kentucky”¹³⁶.

Examinemos la segunda exigencia contenida en el segundo supuesto de excepción a la regla de no retroactividad. La Corte limita aún más el ámbito de aplicación retroactiva de la nueva jurisprudencia constitucional. No sólo tiene un amplio campo de discrecionalidad en determinar qué derecho constitucional está implícito en el concepto de “*ordered liberty*” sino que además, aún en caso de tratarse de esa clase de derecho, denegará esta aplicación si no se trata de un derecho con la capacidad de incidir en la capacidad epistémica del proceso penal. A partir de esta exigencia, queda, por ejemplo, definitivamente descartada la aplicación de nuevos precedentes relacionados a la violación de la Cuarta Enmienda - nuevas reglas que establezcan exclusiones probatorias- ya que estos, por definición, no inciden en la determinación de la culpabilidad¹³⁷.

La consecuencia de que por medio del *habeas corpus* sólo pueda solicitarse la aplicación retroactiva de esta particular clase de precedentes fue expresamente buscada por la Corte¹³⁸. La restricción del alcance de este remedio estuvo motivada en dos consideraciones pragmáticas¹³⁹. La primera, en que era importante que los casos terminaran alguna vez, ya que de lo contrario, en los casos de pena de muerte se malgastarían los recursos de los estados locales a la espera de las decisiones de las cortes federales en los casos de *habeas corpus*. La segunda, en que si se aplicara retroactivamente cualquier clase de nueva regla, los jueces estatales se sentirían frustrados porque, pese a haber aplicado el derecho constitucional vigente, sus condenas serían invalidadas.

¹³⁶ Corte Suprema de los Estados Unidos, “Batson v. Kentucky”, 476 US 79 (1986).

¹³⁷ Con aplicación del *Linkletter test* ya anteriormente la Corte Suprema de Estados Unidos, en el caso “Stone v. Powell”, sentencia del 6/07/1976, resolvió que en el marco de un *habeas corpus* no se aplicaban retroactivamente las nuevas reglas constitucionales basadas en la Cuarta Enmienda. A partir de lo resuelto en el caso “Teague” esta prohibición es absoluta y no está basada en los criterios de conveniencia establecidos en el *Linkletter test*.

¹³⁸ Es decisivo resaltar que la propia Corte expresó que era muy improbable que se presentaran nuevos casos que pudieran satisfacer estas exigencias.

¹³⁹ Además, de forma derivada a esta decisión, la Corte también resolvió en este caso que el “*habeas corpus* no podría ser utilizado como un vehículo para la creación de nuevas reglas constitucionales en materia de procedimiento penal, a no ser que esas reglas pudieran ser aplicadas retroactivamente a todos los peticionantes que requieren la revisión de su condena bajo alguna de las dos excepciones aquí articuladas”. Si bien este aspecto de la decisión no será analizado en esta tesis por ser ajeno a su objeto, es importante tenerlo en cuenta porque corrobora que el objetivo de “Teague” era poner un freno al desarrollo de una jurisprudencia más garantista. Ver específicamente las importantes críticas formuladas con relación a este punto por BARRY FRIEDMAN, *Habeas and Hubris*, *op.cit*, nota 127, así como MEYER, LINDA, *Nothing We Say Matters: Teague and New Rules*, 61 *University of Chicago Law Review* 423, (1994).

II.b.3) Propuestas teóricas para el tratamiento de la retroactividad de la jurisprudencia constitucional más benigna en materia penal.

Como surge del análisis del estado de esta cuestión en la jurisprudencia constitucional norteamericana, la retroactividad de la jurisprudencia constitucional penal más benigna fue abordado teniendo en cuenta distintos factores normativos y valorativos.

La academia constitucional norteamericana no ha sido ajena a esta cuestión y existen importantes trabajos que se han dedicado a examinarla, haciendo énfasis en distintos aspectos.

Por un lado, Bradley Scott Shannon, preocupado por cierta hesitación que advierte en la Corte Suprema norteamericana para mantener la firma regla de la retroactividad para los casos que no adquirieron todavía carácter final, propugna un reconocimiento retroactivo de esta jurisprudencia para estos casos y argumenta que la decisión de darle un ámbito de aplicación temporal meramente prospectivo es criticable por cinco razones. La primera, porque conduce a resultados desigualitarios; la segunda, por ser contraria a la naturaleza de la función judicial que implica decir qué es el derecho y aplicarlo en los casos que se le presentan para resolver; la tercera, porque desdibuja la distinción entre *holding* y *dicta*; la cuarta, porque desconoce la fuerza del precedente que obliga a resolver los casos conforme lo resuelto antes y, por último, porque la prospectividad en la adjudicación disminuye la confianza en el Poder Judicial como institución, en tanto apareja que un tribunal aplique reglas distintas a personas cuya situación no es distinguible por ningún motivo relevante¹⁴⁰.

Puesto que Shannon circunscribe su hipótesis de trabajo a los casos pendientes de resolución, no parece válido criticarle que no haya analizado en qué medida las razones que señala como justificantes de la aplicación retroactiva en esos supuestos no son también aplicables a los casos pasados en autoridad de cosa juzgada. Esta discusión pendiente la retomo en la sección II.

En segundo lugar, en lo que constituye uno de los trabajos que analizó esta cuestión de manera más sistemática, corresponde mencionar a Richard Fallon y Daniel Meltzer quienes mantienen que la cuestión de la retroactividad de la jurisprudencia constitucional

¹⁴⁰ SHANNON, BRADLEY SCOTT, The retroactive and prospective application of judicial decisions, 26 Harv. J. L. & Pub. Pol'y 811, (2003).

penal debe ser abordada, no desde una teoría de la adjudicación, sino desde la perspectiva de los remedios constitucionales¹⁴¹.

Para estos autores, el análisis de esta cuestión ha sido complicado innecesariamente por creerse que esta implicaba resolver si los jueces crean o interpretan al derecho. Partiendo del dato objetivo de que la jurisprudencia cambia, Fallon y Meltzer proponen analizar estos cambios en función de una categoría distinta, la de cambio predecible o impredecible, para concluir que la pregunta relevante es qué tipo de remedio judicial debe proveerse o negarse a cada una de esta clase de cambios jurisprudenciales. De este modo, desarrollan una teoría de los remedios constitucionales que atiende a dos objetivos primordiales, el primero, de carácter individual, consistente en proveer un remedio para cada violación a un derecho; el segundo, de carácter general, consistente en fortalecer el Estado de Derecho obligando a los poderes a mantenerse dentro de sus límites. Desde este marco, argumentan que al decidirse la aplicación retroactiva de esta jurisprudencia en los casos pendientes de resolución se debe valorar el grado de imprevisibilidad del cambio legal, la naturaleza y propósito de la nueva regla y las consecuencias que tendría en el sistema de administración de justicia. De esta ponderación puede resultar que, en algunos casos, sea correcto rechazar la aplicación retroactiva de la jurisprudencia –denegación de un remedio individual- si esto no impide asegurar la sujeción al derecho por parte del poder público.

Por ello, sostienen que un buen ejemplo de cuando no corresponde reconocerle a un litigante la aplicación retroactiva de una regla lo constituye el caso *Miranda*, ya que la nueva regla que introducía era impredecible para las autoridades policiales y judiciales, tenía un propósito preventivo que sólo puede cumplirse con su aplicación prospectiva y porque su aplicación retroactiva suprimiría prueba en numerosos juicios en los que era improbable la condena de inocentes. Asimismo, estos autores mantienen que, el efecto disruptivo que la aplicación retroactiva de la jurisprudencia en el marco del *habeas corpus* causa en la administración de justicia, determina que esta sólo esté justificada en dos supuestos de excepción: la revisión de condenas dictadas en violación de precedentes

¹⁴¹ FALLON, RICHARD H; MELTZER, DANIEL J., *New Law, Non-retroactivity, and constitutional remedies*, 104 Harvard Law Review 1731 (1991).

establecidos o de precedentes, aún nuevos, que puedan incidir en la legitimidad de la conducta juzgada o en la determinación de la validez epistémica de las mismas¹⁴².

Se puede concluir que esta teoría, de manera análoga que la doctrina fijada en el fallo *Teague*, al condicionar de modo *prima facie* la procedencia de la aplicación retroactiva de la jurisprudencia al análisis de factores como el grado de confianza que las autoridades tenían en el precedente anterior y el desincentivo que su aplicación aparejará para que éstas busquen ajustarse a los criterios vigentes al momento de actuar, es necesariamente conservadora y, antes que en buscar reparar la violación sufrida por un sujeto de derecho, está principalmente focalizada en asegurar resultados generales de sujeción de los funcionarios públicos a las normas y a criterios ya establecidos. En consecuencia, esta postura está basada en un entendimiento bastante restringido de lo que requiere el imperio del Estado de Derecho, al no considerar que su satisfacción requiere el reconocimiento igualitario de los derechos constitucionales.

Una propuesta teóricamente creativa es la que aporta Jill Fisch al argumentar que la cuestión relevante que se debe ponderar a la hora de determinar la aplicación retroactiva de la jurisprudencia –o de la legislación– radica en el efecto que ocasionará en el sistema legal concreto en que ésta tiene lugar. Así, esta autora expone que en sistemas legales o áreas normativas estables, la confianza en la ley tiene más cabida y la seguridad jurídica aconseja la aplicación prospectiva de las nuevas reglas. Por otro lado, Fisch explica que en áreas inestables del derecho, como la adjudicación constitucional que, de manera prototípica, es evolutiva, la jurisprudencia debe tener aplicación retroactiva. Esto porque en este supuesto el valor confianza no se ve lesionado –sino que debe ser asumido como un riesgo más de los que afectaban a la actividad así reglada– y porque la nueva regla pone fin a la incertidumbre que caracterizaba como inestable a este sistema¹⁴³.

¹⁴² FALLON, RICHARD H; MELTZER, DANIEL J., *New Law, Non-retroactivity, and constitutional remedies*, 104 *Harvard Law Review* 1731, 1810-20. Si bien esta postura parecería confundirse con el criterio sentado por la Corte Suprema norteamericana en *Teague*, Fallon y Meltzer aclaran que la diferencia está dada en que ellos admiten la aplicación retroactiva de una regla que condicione la validez del procedimiento seguido en abstracto. Curiosamente, el estándar que estos autores proponen para analizar la viabilidad de la aplicación retroactiva de la jurisprudencia constitucional penal más benigna en los casos pendientes de resolución es más restrictivo que el propuesto para los casos resueltos con carácter final, lo que se contradice con el objetivo que ellos persiguen de proveer de un incentivo a los litigantes para la discusión de todas las cuestiones constitucionales potencialmente relevantes durante la sustanciación de los casos.

¹⁴³ FISH, JILL E., *Retroactivity and Legal Change: an equilibrium approach*, 110 *Harvard Law Review* 1055 (1997).

La posición de Fisch, en cuanto relaciona la viabilidad de la aplicación retroactiva de la jurisprudencia en sistemas o áreas inestables y de desarrollo evolutivo se presenta como particularmente relevante en el contexto constitucional penal argentino, ya que a la inestabilidad democrática institucional y a la aparejada por la falta de respeto a la regla de precedente, se le suma el hecho de ser un área que, como lo reconociera la Corte en el caso “Casal”, es palmariamente inestable por encontrarse en plena evolución como consecuencia de la herencia inquisitorial y la demora injustificada en la adecuación a estándares mínimos de validez. Además, esta teoría es particularmente relevante teniendo en cuenta que el derecho internacional de los derechos humanos posee un *desarrollo progresivo* que ha impulsado a la Corte, de manera decisiva, a modificar su jurisprudencia¹⁴⁴.

Por último, es imposible soslayar la propuesta teórica, que podemos llamar radical, de Kermit Roosevelt III¹⁴⁵. Este autor reconoce que el problema de la retroactividad de la jurisprudencia surgió como consecuencia de los cuestionamientos realizados por la filosofía del derecho acerca de si la interpretación constitucional constituye, o no, una creación jurídica.

Así, Roosevelt resalta que el problema de la retroactividad nace con la Corte Warren que dictó decisiones judiciales que no podían entenderse como derivadas de precedentes anteriores y que aparejaron cambios sustantivos en los entendimientos constitucionales. Por ello, plantea que la retroactividad es un problema causado por la propia Corte cuando creó el *Linkletter test* para disminuir el impacto de su jurisprudencia novedosa. Para este autor,

¹⁴⁴ Para un reconocimiento expreso y paradigmático, por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de la manera en que el desarrollo progresivo del derecho internacional de los derechos humanos impacta en su jurisprudencia, ver los votos de los jueces Petracchi, Lorenzetti, Boggiano, Maqueda, Zaffaroni y Argibay en el *leading case* “Simón, Julio Héctor y otros s/privación ilegítima de la libertad, etc. Causa nro. 17.768”, sentencia del 14/06/2005. En contra de esta postura, ver el voto del Juez Fayt en el *leading case* “Mazzeo, Julio Lilo”, sentencia del 13/07/2007, donde cuestiona la idea de que sea “la ‘última’ evolución histórica de la ‘interpretación de los derechos humanos’” y no los textos internacionales la que aclare “las cosas” (sic). Para una posición que entiende que la jurisprudencia interamericana posee esta característica por una razón estratégica y que considera que la Corte argentina ha ido acompañando dinámicamente este desarrollo, ver TRAVIESO, JUAN ANTONIO, *Garantías fundamentales de los derechos humanos*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1999, pág. 221. Es importante tener en cuenta que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso “Bueno Alves vs. Argentina”, sentencia del 11 de mayo de 2007, afirmó que la necesidad de atender al desarrollo de la jurisprudencia internacional está dada en que ‘al dar interpretación a un tratado no sólo se toman en cuenta los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con éste (inciso segundo del artículo 31 de la Convención de Viena), sino también el sistema dentro del cual se inscribe (inciso tercero del artículo 31). Esta orientación tiene particular importancia para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que ha avanzado sustancialmente mediante la interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección’.

¹⁴⁵ ROOSEVELT III, KERMIT, A little theory is a dangerous thing: The Myth of Adjudicative Theory, 31 *Connecticut Law Review* 1075 (1999).

con este *test* la Corte crea la retroactividad al distinguir conceptualmente entre la norma vigente al momento en que tuvo lugar la relación jurídica (modelo de la transacción) y la norma vigente al momento de la decisión judicial (modelo de la decisión judicial). Esta distinción obliga a la Corte a decidir en qué supuestos la nueva norma puede modificar la norma anteriormente vigente, lo que la fuerza a reconocer que la norma anterior constituía una interpretación errónea que ahora es rectificada por la nueva interpretación o que la nueva interpretación crea de hecho una nueva norma.

Como Roosevelt acertadamente resalta, con los distintos *tests* creados por la Corte para decidir la vigencia temporal de su jurisprudencia, este tribunal en realidad le está otorgando una naturaleza casi legislativa a su jurisprudencia y esto crea, innecesariamente, una serie de problemas constitucionales normativos y teóricos. Para este autor, la postura de la Corte también es problemática porque no justifica suficientemente la situación de desigualdad generada por el hecho de que la nueva jurisprudencia se aplica en los casos pendientes de apelación pero no en los resueltos con carácter final, ya que, como argumenta, el interés en que los juicios tengan un fin no puede superar el derecho del condenado a que se le reconozca la garantía que le fuera desconocida.

Por ello, Roosevelt propone desligar la cuestión de la aplicación temporal de la jurisprudencia de conceptos teóricos y abrazar el modelo de la decisión judicial.

De este modo, plantea que la Corte debe retomar el anterior modelo teórico según el cual siempre se deben aplicar las interpretaciones vigentes de la Constitución a los casos que los jueces deben resolver, ya que esta es por naturaleza y por imperio constitucional la función del poder judicial. Además, este autor explica que este modelo permite tanto evadir la complicada cuestión de definir si el anterior criterio era errado o no, ya que simplemente obliga aplicar la nueva regla, como superar la situación de desigualdad antes señalada ya que la nueva jurisprudencia se aplica tanto en los casos pendientes de resolución como en los casos en los que se busca una revisión por medio del *habeas corpus*.

En estos últimos casos, Roosevelt señala que la cuestión no es decidir si al momento de la conducta policial o judicial se le desconoció al condenado un derecho *entonces* vigente, sino exclusivamente si la privación de libertad que está sufriendo el condenado es, al momento en que se solicita la revisión, válida de acuerdo a los actuales entendimientos constitucionales. Pero esta última posición, que parece a primera vista muy amplia, es

ulteriormente precisada al darle al *habeas corpus* un alcance similar al establecido por la Corte en el caso *Teague*: el de mecanismo de revisión de condenas de personas privadas de su libertad por conductas que no son más castigadas o en virtud de condenas dictadas ignorando garantías que comprometen su validez epistémica.

La propuesta de Roosevelt es sumamente atractiva porque busca eliminar de raíz el problema de la retroactividad. También lo es porque está basada en sólidos argumentos constitucionales, que serán posteriormente utilizados y desarrollados en la Sección II de esta tesis. Sin embargo, creo que ésta no resuelve totalmente esta cuestión, por lo menos en lo que es aplicable para el caso argentino.

En efecto, puesto que este autor condiciona la aplicación retroactiva de la jurisprudencia constitucional a la finalidad que persigue el *habeas corpus* en el contexto norteamericano, resulta claro que no podríamos trasladar automáticamente su propuesta a nuestro sistema. En la medida que en nuestro sistema no está resuelta la existencia del deber de aplicar la nueva jurisprudencia a los casos resueltos y no existe un mecanismo de revisión que asegure alguna clase de revisión a estos supuestos, el adoptar automáticamente la propuesta de Roosevelt equivaldría a obviar el debate de cuestiones de una enorme importancia teórica y normativa que merecen una mayor discusión. Además, cabe destacar que esta teoría sólo tendría aplicación respecto de los condenados que se encuentran privados de su libertad, lo que dejaría sin protección a la demás clase de condenados.

Por último, como ejemplo de una postura absolutista que rechaza de plano la retroactividad de la jurisprudencia constitucional penal más benigna, es relevante citar el reciente y sólido trabajo de Toby Heytens¹⁴⁶.

El primer fundamento que da este autor para rechazar la aplicación retroactiva de la jurisprudencia está dado en que la absoluta retroactividad es impracticable respecto de los condenados que ya murieron o fueron liberados. El segundo es que esta aplicación enfrenta serios costos, como la recuperación de la libertad de muchos condenados y los nuevos enjuiciamientos de quienes se beneficiarían con la misma, que conspiran contra su admisión como pauta judicial. Pese a reconocer que esta posición consecuencialista puede ser fuertemente criticada porque al “denegar... reparación a algunas personas que, al menos bajo las actuales interpretaciones del derecho, tendrían reclamos constitucionales ciertos”

¹⁴⁶ HEYTENS, TOBY T., *op.cit.*, págs. 922, 925, 980 y 985. (La traducción es de mi autoría).

atenta contra el simbolismo de la equidad en la adjudicación, Heytens afirmar que la no retroactividad representa un caso de honestidad intelectual que asume que no todos los condenados podrán acceder a un remedio.

La justificación teórica que subyace a esta posición será criticada directamente en el Capítulo II al explicar las razones que obligan a reconocer el deber institucional, por parte del poder judicial, de aplicar retroactivamente la jurisprudencia constitucional penal más benigna.

CAPÍTULO II

RAZONES QUE JUSTIFICAN APLICAR RETROACTIVAMENTE LA JURISPRUDENCIA QUE RECONOCE UNA GARANTÍA CONSTITUCIONAL EN MATERIA PROCESAL PENAL

Como se viera, la posición actual de la Corte Suprema de Justicia que niega la aplicación retroactiva de la jurisprudencia fundamental procesal más benigna es consistente con su rechazo a la ultraactividad de la jurisprudencia constitucional penal más benigna y a la prospectividad de la más gravosa.

Esta postura será criticada en este trabajo con el argumento de que conspira contra la necesidad de asegurar tanto la legitimidad del sistema de control judicial de constitucionalidad como el óptimo funcionamiento del sistema supranacional de protección de los derechos fundamentales.

En este capítulo, me concentraré en la primera objeción mencionada y, así, argumentaré que la postura de la Corte constituye una lectura incorrecta de los principios políticos, morales y jurídicos que, en virtud del principio de igualdad, sustentan el ejercicio del control judicial de constitucionalidad en nuestro sistema. También sostendré que la seguridad jurídica y el respeto al principio constitucional de división de poderes no constituyen obstáculos para que los jueces apliquen retroactivamente la jurisprudencia constitucional más benigna, sino que, por el contrario, éstos se ven salvaguardados cuando la aplicación retroactiva tiene lugar.

Entiendo que el análisis de la cuestión de la retroactividad de la jurisprudencia constitucional más benigna en materia penal debe ser abordado situándolo en el contexto teórico y normativo que corresponde. Esto es, en el marco del sistema de adjudicación constitucional que elabora esa jurisprudencia y con atención a los problemas que plantea la interpretación constitucional. La posición de la Corte Suprema de Justicia debe ser criticada, precisamente, por descontextualizar indebidamente la cuestión de la retroactividad de la jurisprudencia.

Por ese motivo, para poder responder a este interrogante, se debe examinar la relación que guardan el sistema de control judicial de constitucionalidad y el impacto de los

cambios jurisprudenciales con cuestiones tan relevantes como la legitimación judicial, la adjudicación igualitaria e imparcial y la seguridad jurídica. También se debe analizar qué sistema de aplicación temporal de la jurisprudencia es compatible, verdaderamente, con el principio de división de poderes.

A continuación, el apartado I.a) aborda ese primer análisis, mientras que el I.b) se avoca al segundo.

I.a) Interpretación constitucional, poder, jerarquía e igualdad en el goce de derechos

Como se dijera, la cuestión de la aplicación retroactiva de la jurisprudencia constitucional procesal penal más benigna no puede analizarse separadamente del marco teórico y normativo en el que tiene lugar la adjudicación constitucional. A su vez, la consideración del control judicial de constitucionalidad adoptado por nuestro sistema jurídico no puede separarse de la cuestión de la interpretación del texto constitucional. Mientras que el primer aspecto hace a la estructura del ejercicio del control judicial de constitucionalidad, la interpretación hace al contenido constitucional que es finalmente adjudicado.

Con esto en mente, me interesa analizar en este apartado qué consecuencias teóricas y normativas siguen, para la cuestión objeto de esta tesis, al hecho de que nuestro país haya adoptado un sistema de control judicial de constitucionalidad cuando, ineludiblemente, la interpretación constitucional enfrenta áreas de penumbra o casos difíciles¹⁴⁷.

Este interrogante, reformulado, puede ser expresado de la siguiente manera: el hecho de que un órgano no responsable políticamente interprete, sin infalibilidad pero con perdurabilidad, el sentido y alcance de los derechos reconocidos a los imputados por la Constitución Nacional ¿posee alguna relevancia para decidir si corresponde la aplicación retroactiva de la jurisprudencia que reconoce a un condenado un derecho que antes le fuera denegado por imperio del anterior criterio jurisprudencial?

¹⁴⁷ Con relación al problema de la vaguedad que ocasiona la textura abierta del lenguaje y sobre los límites del lenguaje normativo, ver CARRIÓ, GENARO R., *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998.

Por las razones que enseguida desarrollaré, este marco conceptual posee una importancia decisiva para responder a este interrogante a favor de la aplicación retroactiva de la jurisprudencia constitucional más benigna.

I.a.1) Control judicial de constitucionalidad e interpretaciones constitucionales provisorias

En momento de organizarse política y jurídicamente, la Argentina adoptó un sistema de control judicial de constitucionalidad análogo al norteamericano. De este modo, la interpretación constitucional se da en el marco de un sistema en el que los jueces poseen un rol decisivo en lo que hace a la determinación del derecho y del que, en teoría, carecen cuando se trata de aplicar la legislación codificada que responde al paradigma del juez como boca del legislador.

Como es sabido, este sistema tuvo su primera aplicación en el célebre fallo de la Corte Suprema de los Estados Unidos expedido en el caso “Marbury vs. Madison”¹⁴⁸. En este precedente se estableció que era función de los jueces interpretar y aplicar la Constitución, y de ser necesario, declarar la inconstitucionalidad de una norma como manera de remediar el desconocimiento de la supremacía constitucional. Este criterio fue receptado por la Corte Suprema de Justicia nacional en los precedentes “Sojo”¹⁴⁹ y “Municipalidad c. Elortondo”¹⁵⁰ con sustento normativo en el art. 100 de la constitución de 1853/60.

Es ampliamente conocido en la comunidad jurídica que, respecto de este modelo, parte de la doctrina norteamericana célebremente liderada por Alexander Bickel¹⁵¹ elaboró la llamada *objeción contramayoritaria*. Esta posición critica que la interpretación constitucional de derechos constitucionales, que casi por definición poseen contenido indeterminado y ambiguo, sea fijada en forma (casi) definitiva por jueces no responsables

¹⁴⁸ Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de Norteamérica, “Marbury vs. Madison”, sentencia del 24/02/1803.

¹⁴⁹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Sojo, Eduardo c/ Cámara de Diputados de la Nación”, sentencia del 22/09/1887.

¹⁵⁰ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Municipalidad de la Capital c. Elortondo”, sentencia del año 14/04/1888.

¹⁵¹ BICKEL, ALEXANDER, *op. cit.*

electoralmente en vez de serlo por las interpretaciones plausibles que democráticamente la mayoría efectúe por medio de sus representantes.

Fundamentalmente, esta posición sostiene que este sistema viola el principio de igualdad que inspira al principio democrático de la regla de mayoría¹⁵² y objeta la pretensión de que esta facultad jurisdiccional represente el único diseño institucional que permita asegurar la vigencia de los derechos constitucionales¹⁵³. Importar un sistema implica también heredar sus críticas, por lo que la objeción contramayoritaria también ha sido aplicada a nuestro sistema, paradigmáticamente, por Roberto Gargarella¹⁵⁴.

Durante la vigencia de la Constitución Argentina de 1853/60 y 1957, la justificación de este sistema en el ámbito nacional se basó en la necesidad de salvaguardar la preeminencia de las cláusulas constitucionales. De este modo, con un argumento similar al empleado por el Juez Marshall en el fallo "Marbury", pese a la inexistencia de una norma que expresamente estableciera esta facultad, se entendió que ésta derivaba de la propia consagración normativa de estos derechos en el máximo escalón del orden normativo y en la función de los jueces de aplicar la Constitución como ley suprema.

Ahora bien, en el caso argentino, a partir de la reforma constitucional del año 1994, las objeciones que alegan la invalidez de la *pretensión normativa* que daría fundamento a este sistema ya no son aplicables. Esto porque, con esta última reforma constitucional, el sistema de control judicial de constitucionalidad fue ratificado y ampliado en el art. 43 del nuevo texto constitucional que establece que "el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva" a los derechos constitucionales¹⁵⁵.

¹⁵² DWORIN, RONALD, *Freedom's Law*, Harvard University Press, Massachusetts, 1999.

¹⁵³ Ver, en este sentido, los argumentos reseñados por Carlos Nino al rebatir el supuesto carácter axiomático del argumento de Marshall, en *La Constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 1997.

¹⁵⁴ GARGARELLA, ROBERTO, *op.cit. La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial*, Editorial Ariel, 1996, Barcelona.

¹⁵⁵ Ver CAYUSO, SUSANA, *op.cit.* Es importante aclarar que, del hecho de que se haya previsto esta facultad en el marco del amparo, donde su aplicación había sido anteriormente muy discutida (ver Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Peralta, Luis A. y otro c/ Estado nacional. Ministerio de Economía", sentencia del 27/12/1990), no se debe concluir que el constituyente únicamente buscó zanjar esta controversia. Una interpretación de esta clase soslayaría el verdadero impacto que esta norma tiene en el diseño del poder. Concretamente, la circunstancia de que se haya convalidado el control judicial de constitucionalidad de las normas en el marco del amparo, con los límites probatorios y de tiempo que este instituto posee, no convierte a este poder en uno de excepción. Por el contrario, esta reforma implica la expresa recepción normativa del control judicial de constitucionalidad como supuesto indispensable para asegurar la protección de los derechos fundamentales, a punto tal que debe estar indiscutiblemente presente en el "recurso sencillo" del amparo como mecanismo que tiene por definición asegurar esta protección (cf. GORDILLO, AGUSTÍN, Los amparos de los art.43 y 75 inc.22 de la Constitución Nacional, publicado en ABREGÚ, MARTÍN & COURTIS,

Es claro que la ratificación de este sistema también se ve avalada, de manera decisiva, por la circunstancia de que se le haya otorgado jerarquía constitucional a diversos pactos internacionales de derechos humanos que obligan a la judicatura local a analizar la compatibilidad de las leyes con los derechos reconocidos a nivel convencional¹⁵⁶.

De este modo, pese a que el control judicial de constitucionalidad ha sido objeto de severas críticas fundadas en argumentos filosóficos-políticos que cuestionan la legitimidad y conveniencia de esta poder, la visión favorable al control judicial de constitucionalidad se ha impuesto como una de las bases fundamentales del sistema jurídico nacional.

Con este argumento no estoy violando la ley de *Hume*, que prohíbe derivar conclusiones prescriptivas de premisas fácticas o la inversa¹⁵⁷, ya que no estoy afirmando que del hecho que actualmente se utilice el control judicial de constitucionalidad se siga que tenga un fundamento filosófico válido. Valoro y reconozco que los fundamentos teóricos que animan la *objeción contramayoritaria* valen en tanto puedan desafiar y provocar un cambio normativo o conduzcan a que este sistema en la práctica opere con mayor o menor amplitud¹⁵⁸. Pero entiendo que es indiscutible que el ejercicio por parte de los jueces argentinos del control judicial de constitucionalidad se encuentra a nivel constitucional *normativamente* justificado para la protección de todo derecho fundamental.

Ahora bien, el dato normativo de que el Poder Judicial tenga la facultad de controlar la constitucionalidad de las leyes, y en particular, que la Corte Suprema de Justicia posea la

CHRISTIAN (compil.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997.

¹⁵⁶ Ver, en este sentido, Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Almonacid Arellano y otros vs. Chile", sentencia del 26/09/2006, donde estableció que: "La Corte 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 mermadas 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". Ver, también, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión consultiva OC-7/86, del 29/08/1986, según la cual la decisión judicial es una medida legítima para promover el ejercicio de un derecho fundamental.

¹⁵⁷ FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal*, Ed. Trotta, pág. 241, nota 15.

¹⁵⁸ El impacto de esta objeción teórica en la legitimidad del control judicial de constitucionalidad explica el desarrollo de doctrina "Ashwander" que establece pautas para evadir la adjudicación, ver FALLON, RICHARD H; MELTZER, DANIEL J.; SCHAPIRO, DAVID, *Hart and Wechsler's, The Federal Courts and the Federal System*, The Foundation Press, New York, 1996, pág. 652.

última palabra en materia de interpretación, nos lleva al eje central de la toma de posición de esta tesis con relación a la retroactividad de la jurisprudencia constitucional.

En efecto, nuestro diseño institucional establece el control judicial de constitucionalidad precisamente porque implica derribar juicios morales de segundo grado contrarios a los derechos reconocidos como fundamentales. Este argumento normativo permite derribar la objeción por violación al principio de igualdad contenido en la regla mayoritaria. Sin embargo, el ejercicio de este poder jurisdiccional –ahora indudablemente legal- está más que nunca sometido a una importante cuota de responsabilidad institucional necesaria para no incurrir en violación al principio de igualdad pero ahora por otras razones a las que denunciaba la objeción contramayoritaria.

En primer lugar, porque pese a su posición de poder institucional y a la competencia normativamente atribuida en la Constitución para ejercer el control de constitucionalidad, el poder judicial, y más específicamente la Corte Suprema, se encuentra en una condición de exposición y de sujeción a la ciudadanía a la que le debe explicar sus decisiones.

En este sentido, el respeto al principio de reciprocidad, derivado del principio de igual consideración y respeto que es precondition para la aplicación de toda norma que atribuya derechos y responsabilidades¹⁵⁹, impacta en el ejercicio del poder judicial ya que

¹⁵⁹ DWORKIN, RONALD, *Los derechos en serio*, Editorial Ariel, Barcelona, 1999, capítulos 9 y 13. También Adela Cortina argumenta que “todo eventual participante en un discurso práctico (tiene que ser reconocido como persona”, citada por ROBERT ALEXI en *El concepto y la validez del derecho*, Editorial Gedisa, Barcelona, 1997, p. 152. Este principio de no discriminación y de igualdad real tiene recepción normativa en todos los decálogos de derechos fundamentales y por ende condiciona el modo de cumplimiento de las obligaciones estatales de respeto, garantía y promoción respecto de cada uno de los derechos comprometidos. Cfr. Constitución Nacional, art. 16: “La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas”; artículo 20: “Los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano...”; art. 75 inc. 19 “Corresponde al Congreso... sancionar leyes de organización y base de la educación que... aseguren la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna”; art. 75 inc. 23 “Corresponde al Congreso: legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad”. Los siguientes pactos que tienen jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 CN) también aseguran el principio de igualdad: Convención Americana de Derechos Humanos, art. 1: “Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”, art. 2: “Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las

exige que al afectado por una decisión que propugna un entendimiento constitucional distinto se le ofrezcan argumentos sustantivos que justifiquen esa afectación¹⁶⁰ y que demuestren que ésta es imparcial¹⁶¹. Por ese motivo, la Corte sólo consigue legitimidad y logra que sus fallos sean diferenciados de un mero ejercicio de poder si puede ofrecer argumentos persuasivos que logren demostrar la insuficiencia de los juicios mayoritarios de cara al principio de igual consideración.

Ahora, en atención a los insuperables límites del lenguaje natural, la interpretación constitucional enfrenta áreas de penumbra. Esto determina que pueda ser errada, incompleta, parcial y, principalmente, que siempre sea perfectible. Además, la Corte, como institución social y política, es y debe ser receptiva a los cambios en los entendimientos sociales y culturales, a los movimientos cívico-populares, al transcurso del tiempo y a factores institucionales, que aparejan nuevas concepciones de derechos que a su vez forzarán a que tenga lugar, más o menos inmediatamente, nuevos reconocimientos de derechos y distintos ejercicios del poder.

medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades. Pacto de Derechos Civiles y Políticos, Art. 2: "1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. 2. Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter. 3. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que: a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales; b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial; c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso"; Art. 3 "Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto".

Asimismo, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982; Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982; Opinión Consultiva 8/86 del 9 de mayo de 1986; sentando que el Estado se compromete a garantizar a sus habitantes sin discriminación el cumplimiento de las obligaciones de garantizar, promover y respetar los derechos reconocidos en la Convención y en la Declaración Americana de Derechos Humanos.

¹⁶⁰ Cfr. DWORKIN, RONALD, *Los derechos en serio*, Editorial Ariel, 1999, Barcelona capítulos 9 y 13. También Adela Cortina argumenta que "todo eventual participante en un discurso práctico (tiene que ser reconocido como persona", citada por ROBERT ALEXI en "El concepto y la validez del derecho", Editorial Gedisa, Barcelona, 1997, pág. 152.

¹⁶¹ Para una posición teórica que argumenta que todos los derechos constitucionales buscan asegurar la imparcialidad en la toma de decisiones, ver SUNSTEIN, CASS, *The partial Constitution*, Harvard University Press, Massachusetts, 1993

De este modo, esta “verdad” constitucional que declara la Corte es siempre provisoria y se sitúa en un momento institucional determinado que constituye sólo una primera instancia del diálogo moral que debe entablar la Corte con la ciudadanía y por el que la interpretación constitucional se va construyendo¹⁶², revisando y modificando¹⁶³.

Pese a que esta cuestión no ha sido reconocida explícitamente por la Corte Suprema, sí corresponde derivarla de las propias premisas que la jurisprudencia constitucional que ha sentado.

En efecto, es un principio establecido que la importancia de la doctrina sentada por la Corte Suprema en un precedente está dada por su autoridad institucional de intérprete “final” de la Constitución Nacional y porque a sus fallos va unida la presunción de verdad y justicia por la que los tribunales inferiores deben acatar su doctrina, salvo que puedan dar razones jurídicas para fundamentar una interpretación distinta de los preceptos constitucionales.

¹⁶² Este concepto de diálogo entre la Corte y la ciudadanía y, posteriormente, por el Congreso es sugerido por el juez Petracchi en su voto en el caso “Sejean” –sentencia del 27/11/1986: “El efecto perdurable de las decisiones judiciales depende de la argumentación que contengan y de la aceptación que encuentren en la opinión pública, con la que los jueces se hallan en una relación dialéctica distinta que la que mantiene el legislador. Esa relación es también relevante, pues no poseen otro medio de imposición que el derivado del reconocimiento de la autoridad argumentativa y ética de sus fallos, y del decoro de su actuación... Que por último esta Corte, que no puede dejar de ejercer su responsabilidad del control constitucional de las disposiciones legales, hubiera preferido no verse obligada a esta declaración de inconstitucionalidad. Porque toda declaración de inconstitucionalidad marca una discordancia entre el discurso jurídico y las prácticas sociales efectivas o entre tramos de dicho discurso, que siempre debe resolverse a favor de la consolidación y resguardo del sistema de libertades y garantías de la Constitución. Pero, al mismo tiempo que esta Corte se hace cargo de esa obligación, no puede sino señalar tal discordancia y el hecho de que debe comprenderse por todos que una tal declaración de inconstitucionalidad no significa, ni con mucho, la solución del problema a través del fallo de un caso concreto como el *sub judice*, pues dicha solución escapa a su competencia. Es importante eliminar el riesgo de confundir una decisión judicial, que en el ejercicio de la competencia de este tribunal resulta en el señalamiento de un grave problema, con su solución, si no se quiere generar una nueva ficción jurídica no menos perniciosa que las ya señaladas en los considerandos precedentes.” En el contexto norteamericano fue sugerido y desarrollado por BARRY FRIEDMAN, *Dialogue and Judicial Review*, 91 *Mich. L. Rev.* 577 (1993), donde argumenta que la interpretación constitucional es fruto de una elaborada discusión entre los jueces, las instituciones políticas y la ciudadanía.

¹⁶³ Ver ALEXY, ROBERT, *Ley fundamental y teoría del discurso*, publicado en CARDINAUX, NANCY; CLÉRICO, LAURA & D’AURÍA, ANIBAL (coord.), *Las razones de la producción del derecho*, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2006, pág. 36: “la jurisdicción constitucional no sólo muestra una desconfianza frente al proceso democrático, sino también una confianza en la racionalidad de los ciudadanos. Ahora bien, cuando no tiene nada que ver con la realidad, esa pretensión denota un puro y simple paternalismo. Si, por el contrario, encuentra en el espacio público y en las instituciones políticas una repercusión que conduzca a discursos de los que resulten convicciones bien meditadas, entonces puede hablarse, siempre que dicho proceso de reflexión entre el espacio público, el legislador y el Tribunal Constitucional se estabiliza duraderamente, de una lograda institucionalización de la racionalidad discursiva en el Estado Constitucional Democrático”.

Con este principio la Corte guía su accionar al resolver los casos constitucionales y también tutela que la doctrina que establece al interpretar la Constitución tenga vigencia en tanto asegura la primacía del texto constitucional –así interpretado– sobre cualquier otro precepto normativo. Esta fórmula, aún cuando no implique darle al precedente un valor normativo vinculante semejante al que le confiere la regla del *stare decisis* propia del *common law*, sí le otorga valor a la jurisprudencia constitucional como fuente de derecho y constituye una importante excepción para la tradición continental que, en nuestro país, respecto del derecho común, le niega ese valor al precedente judicial¹⁶⁴.

Sin embargo, la propia Corte admite que esa interpretación “final” que hace de la Constitución no prevalecerá si el juez que decide un caso constitucional proporciona razones fundadas para apartarse de ese entendimiento y resolver el caso conforme a otra lectura.

Así, esta facultad de resolver, sobre la base de una interpretación distinta a la fijada antes de manera provisoriamente obligatoria por la Corte, está justificada porque se reconoce que lo que importa es analizar la sustancia de los juicios morales sustentados por ambas posiciones y asegurar que triunfe –esto es, que los jueces reconozcan– el que se presente como el entendimiento más favorable de la Constitución. Y es claro que en esta “lucha” de argumentos morales también pueden y deben ser discutidos los previos entendimientos de la Constitución. Esto es lo que postula Ronald Dworkin al sostener que

¹⁶⁴Ver SAGÜÉS, NÉSTOR, Cosa juzgada constitucional. Modelos y correcciones, *La Ley 1995-E*, Buenos Aires, pág. 1063: “La doctrina de la eficacia vinculante, aunque condicionada, de las sentencias de la Corte Suprema... ha sido pergeñada por la Corte Suprema argentina. Se trata de una creación pretoriana, no basada en la ley. En concreto, la Corte alerta que sus fallos merecen, en principio, seguimiento por los tribunales inferiores del país. Ello ha implicado para ellos un deber originalmente “moral” pero más tarde “institucional”... Esta doctrina reconoce una frontera: los jueces están como regla obligados a seguir a la Corte Suprema pero pueden apartarse de ella dando razones valederas, o sea, controvirtiendo los fundamentos del alto tribunal...”. En el mismo sentido, FAYT, CARLOS S., *La Corte Suprema y la evolución de su jurisprudencia. Leading cases y holding. Casos trascendentes*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2004. Asimismo, ver LEGARRE, SANTIAGO, RIVERA (H), JULIO CÉSAR, Naturaleza y dimensiones del ‘stare decisis’, *La Ley 2005-F*, pág. 850: “esta doctrina no existe, como principio general... en los sistemas jurídicos “continentales” o “civilistas” donde, a lo sumo, la jurisprudencia adquiere importancia cuando una determinada solución se repite en el tiempo y genera costumbre. Aunque es cierto... que existe una tendencia a la convergencia entre las dos grandes familias jurídicas del mundo occidental -common law and civil law- tendencia que también se evidencia en el rol que se asigna a la jurisprudencia como fuente de derecho... la obligatoriedad del precedente es al common law lo que la obligatoriedad de la ley al civil law y (Eduardo) Oteiza da a entender que esto es así en casi todos los países latinoamericanos donde la preeminencia de la ley vs. la relativa palidez de la jurisprudencia están implicadas en la distinción entre “fuentes formales” (entre las que sobresale la ley) y “fuentes materiales” (que incluyen la jurisprudencia)”.

los jueces deben adoptar la lectura moral que, de modo imparcial, se ajuste a los principios fundamentales de justicia¹⁶⁵.

Entiendo que este supuesto de excepción a la obligatoriedad de los fallos de la Corte Suprema tiene una importancia decisiva para lo que aquí se discute, ya que demuestra que la propia Corte admite la necesidad de que en el sistema de control judicial de constitucionalidad exista un mecanismo que asegure la constante confrontación con el texto constitucional para encontrar la lectura que mejor se compadece con su filosofía política y moral. Al dejar abierta una vía para que sean contempladas nuevas interpretaciones constitucionales, es claro que la Corte descarta la idea de infalibilidad de sus fallos.

La institución del poder judicial, así diseñada, en cuanto permite reabrir el debate y que prevalezca sólo el juicio moral que más persuada por razones sustantivas, robustece la vigencia del Estado de Derecho ya que asegura tanto la deliberación como la efectiva protección a los derechos humanos. Al reconocerse como no infalible, la Corte se compromete a modificar sus propias lecturas de la Constitución Nacional cuando esto se presente como necesario¹⁶⁶.

Esta cuestión no necesariamente implica avalar la práctica seguida por la Corte de cambiar, discrecionalmente, de criterio en lo que hace a los entendimientos fundamentales de la Constitución. Una cuestión es reconocer la posibilidad y hasta la necesidad de admitir

¹⁶⁵ DWORKIN, RONALD, *Freedom's Law*, op.cit, pág. 13, justificando que la Corte Suprema norteamericana en el *leading case* "Brown v. Board of Education" (sentencia del 17/05/1954) dejara sin efecto la doctrina de "Plessy" (sentencia del 18/05/1896), por ser la lectura que mejor satisfacía el derecho a igual consideración y respeto establecido en la 5ª y 14ª enmienda.

¹⁶⁶ Por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo "Sejean", donde cambió sustancialmente el entendimiento de un precepto constitucional reconociendo un derecho que había sido previamente denegado, sostuvo que "el control judicial de constitucionalidad no puede desentenderse de las transformaciones históricas y sociales. La realidad viviente de cada época perfecciona el espíritu de las instituciones de cada país, o descubre nuevos aspectos no contemplados antes, sin que pueda oponérsele el concepto medio de una época en que la sociedad actuaba de distinta manera (Fallos 211:162). Esta regla de hermenéutica no implica destruir las bases del orden interno preestablecido, sino defender la Constitución Nacional en el plano de su perdurabilidad y la de la Nación misma para cuyo gobierno pacífico ha sido instituida (fallo citado), puesto que su interpretación autentica no puede olvidar los antecedentes que hicieron de ella una creación viva, impregnada de realidad argentina, a fin de que dentro de su elasticidad y generalidad siga siendo el instrumento de la ordenación política y moral de la Nación (Fallos 178:9). Esta Corte que no rechazó el desconocimiento de los derechos electorales de la mujer, ¿mantendría esa postura si todavía hoy el legislador no los hubiera reconocido? Cuestiones que no hieren la sensibilidad de una época pueden ofender profundamente a la de las que siguen; los tormentos y azotes que proscribió la Constitución Nacional de 1853 fueron detalladamente previstos en legislaciones anteriores, y constituyeron una práctica judicial corriente universalmente, no por uno sino por muchísimos siglos... Cabe entonces admitir que esas transformaciones en la sensibilidad y organización de la sociedad coloquen bajo protección de la Constitución Nacional situaciones que anteriormente interpretó que no requerían su amparo".

el cambio de criterios jurisprudenciales, otra muy distinta es apoyar la manera en que se lo ha hecho o avalar las razones que lo motivaron.

En efecto, históricamente la jurisprudencia de la Corte Suprema se caracterizó por no fundamentar de manera adecuada los cambios sustanciales en la interpretación constitucional. Generalmente, la explicación radicó, expresa o implícitamente, en el cambio de composición del Tribunal¹⁶⁷ o en la somera afirmación de que un precedente se presentaba como inadecuado¹⁶⁸.

Por este motivo, debe lamentarse que, hasta de manera muy reciente, la Corte no haya adoptado de manera expresa el criterio mantenido por el juez Petracchi en su célebre disidencia en el caso "Montalvo" donde remarcó que, a fin de asegurar la confianza pública en la igualdad de adjudicación, "tienen que existir 'causas suficientemente graves... para hacer ineludible tal cambio de criterio'".

Ha sido recién en el año 2006, en el caso "Barreto"¹⁶⁹, que la Corte Suprema receptó la propuesta de por Petracchi en esa valiosa disidencia y la adopta como regla. En esta oportunidad, la Corte reconoce la necesidad de que la jurisprudencia sea constante como manera de garantizar la seguridad jurídica y de que los cambios de criterio sean debidamente fundamentados. Para ello cita el fallo "Barretta", también invocado por Petracchi en el mencionado voto, y concluye que esta "regla no es absoluta ni rígida con un grado tal que impida toda modificación en la jurisprudencia establecida, pues los tribunales no son omniscientes y como cualquier otra institución humana también pueden aprovechar

¹⁶⁷ Para una formulación expresa ver el caso "Montalvo".

¹⁶⁸ Ver en este sentido, el trabajo de ALBERTO GARAY, La Corte Suprema debe sentirse obligada a fallar conforme sus propios precedentes (Aspectos elementales del objeto y de la justificación de una decisión de la Corte Suprema y su relación con el caso 'Montalvo'), *op.cit.*, pág. 883.

¹⁶⁹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Barreto, Alberto D. y otra c/Pcia. de Buenos Aires" sentencia del 21 de marzo de 2006. Voto de los jueces Petracchi, Highton de Nolasco, Maqueda, Zaffaroni, Lorenzetti y Argibay. Fayt no votó. En este caso, la Corte considera que la "evidencia empírica... demuestra que el criterio empleado a partir de 1992 para discernir la presencia de una "causa civil" ha tenido, como consecuencia de su amplia formulación semántica, una significativa expansión en el ámbito de la competencia originaria del Tribunal de procesos de esta naturaleza, caracterizados por una gran diversidad de temas fácticos y jurídicos concernientes a la responsabilidad patrimonial de los estados de provincia por la llamada falta de servicio, o regulados por el derecho común y el derecho público local, con la consecuente afectación de los siempre limitados recursos humanos y materiales existentes que en gran medida están siendo destinados al conocimiento y decisión de asuntos que, por su naturaleza y más allá de su fuente, son ajenos a la trascendente e insustituible atribución institucional de este Tribunal ... De ahí, pues, la imperiosa necesidad de revisar un criterio que, sostenido en una hermenéutica posible y fundada, se muestra como gravemente inconveniente en su aplicación actual. No debe olvidarse que a este Tribunal no incumbe emitir juicios históricos, ni declaraciones con pretensión de perennidad, sino proveer justicia en los casos concretos que se someten a su conocimiento (doctrina de Fallos: 308:2268 y del voto de los jueces Maqueda y Zaffaroni in re I.349.XXXIX. "Itzcovich, Mabel c/ ANSeS s/ reajustes varios", sentencia del 29 de marzo de 2005)".

del ensayo y del error, de la experiencia y de la reflexión. ...Para que ello suceda... tienen que existir "causas suficientemente graves, como para hacer ineludible tal cambio de criterio" o es necesario que "medién razones de justicia al efecto", entre las cuales se encuentra el reconocimiento del carácter erróneo de la decisión, la adecuada apreciación de las lecciones de la experiencia o si las cambiantes circunstancias históricas han demostrado la conveniencia de abandonar el establecido".

La posterior jurisprudencia de la Corte mostrará si ella respetará este precedente que sienta la necesidad de respetar la regla del precedente. Pero lo cierto es que este fallo es trascendente porque se sienta las reglas de juego institucionales con las que se manejará la adjudicación constitucional.

Recapitulando. Se puede concluir que es un principio que gobierna el ejercicio del control jurisdiccional de constitucionalidad que, si bien el principio de imparcialidad en la adjudicación exige acatar los previos entendimientos de la Constitución¹⁷⁰, no sólo se tolera sino también que se autoriza, con una permisión en sentido fuerte, que este debate esté abierto en la búsqueda de la racionalidad y justicia. Esto porque el objetivo que gobierna al ejercicio de esta facultad es el asegurar el mejor entendimiento constitucional.

De este modo, los precedentes que dicta la Corte Suprema gobiernan como interpretación del derecho vigente en tanto constituyan una lectura moralmente integra del texto constitucional. Esta interpretación es el producto del máximo esfuerzo interpretativo del texto fundamental realizado en un momento histórico determinado, pero no obliga para siempre. Los argumentos normativos y jurídicos que la sustentan están sujetos a una discusión pública e institucional que motive una revisión ulterior por parte del propio poder judicial y, eventualmente, por el sistema supranacional.

Desde esta perspectiva, el concepto de "finalidad" de la interpretación que la Corte efectúa de la Constitución Nacional no impide que esté siempre sujeta a revisión. La

¹⁷⁰ SCHAUER, FREDERICK, *Neutrality and Judicial Review*, KSG Working Paper No. RWP03-008, 16/07/2003. Obtenido el 1/10/2006 desde <http://ssrn.com/abstract=380920>. En este trabajo, este autor explica que: "cuando la Corte resuelve un caso se ve obligada a dar razones. Ahora, "(p)orque una razón es por necesidad más general que el resultado para el que se da como razón, la razón dada por una corte... engloba generalmente otros casos que el decidido. Por dar una razón, una corte en efecto decide un grupo de casos y no solamente uno". Por ello, cuando la Corte resuelve casos en forma inconsistente y no aplica las razones de principio sentadas en otra oportunidad, bastardea con ello su propia fuente de legitimidad" (La traducción es de mi autoría). Asimismo, además de la posición de Dworkin ya citada, para una explicación detallada acerca de que cuando los jueces resuelven en forma inconsistente no siguiendo las razones de principio comprometen la legitimidad del poder de adjudicación constitucional, ver WECHSLER, HERBERT, *Toward Neutral Principles in Constitutional Law*, *Harvard Law Review*, 73 (1959).

posición fijada por la Corte en un precedente sí puede ser modificada y la validez de este cambio de jurisprudencia dependerá de que satisfaga las condiciones fijadas en "Barreto".

Claramente, esta postura se basa en la necesidad, reconocida por la Corte, de que como cuestión de diseño institucional el ejercicio del control judicial de constitucionalidad asegure a los sujetos de derecho la posibilidad de rediscutir el entendimiento de los derechos fundamentales.

Todas estas reflexiones apuntan a fundamentar la posición que se desarrollará en el siguiente apartado.

I.a.2) Cambio de precedentes y el deber de remediar los costos colaterales del control judicial de constitucionalidad.

Los problemas interpretativos derivados de la indeterminación del derecho llevan a que el sistema de control judicial argentino reconozca, aunque sea implícitamente, que no es infalible y que, como consecuencia de ello, se previsible que se produzcan cambios sustantivos en las interpretaciones constitucionales. La siguiente cita resume este concepto: "si... la norma jurídica parece salirse del curso del tiempo, el tiempo irrumpe en ella a través de la interpretación y la aplicación"¹⁷¹.

Mi punto es el siguiente. Si esto es así, es claro que este diseño de poder debe asegurar que no haya, de cara al principio de igualdad, costos irreversibles a él imputables que sean consecuencia de los límites interpretativos del derecho y de los cambios de interpretación que son su corolario.

Esto es particularmente relevante cuando el cambio de precedente se efectúa respecto del alcance de las garantías constitucionales del proceso penal que trae como resultado que ahora se reconozca un derecho que antes fue desconocido. El hecho de que una persona permanezca condenada, en virtud de la violación a un derecho cuya titularidad es reconocida *ex post facto* por el nuevo criterio jurisprudencial, claramente compromete la legitimidad del castigo penal.

¹⁷¹ RUTUOLO, MARCO, El tiempo y las funciones del Estado, Reflexiones sobre el tiempo en la actividad normativa, administrativa, jurisdiccional y en la interpretación jurídica, publicado en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Casación, Nro. 3*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003.

Desde mi perspectiva, como las desigualdades en el goce de los derechos constitucionales en materia penal que se producen cuando se produce un cambio de criterio jurisprudencial no son imputables a los justiciables, sino a la institución judicial que ejerce el control de constitucionalidad, es necesario que exista un remedio legal a esta situación para que este sistema sea legítimo.

Hay que aclarar aquí que este principio de imputación de responsabilidad institucional no necesariamente presupone, o está asociado, a conceptos subjetivos de culpa. Seguramente, en muchos casos, ciertos criterios jurisprudenciales adoptados en un momento dado hubieran podido ser fácilmente evitados ya que existían fuertes razones para no seguirlos. La cuestión del derecho a la revisión del fallo condenatorio ante un tribunal superior, dada la claridad de su reconocimiento normativo en el art. 8.2.h de la CADH, constituye un buen ejemplo de ello.

Sin embargo, en atención a la insuperable determinación del derecho constitucional en los casos difíciles y a las zonas de penumbra que este registra, la atribución de responsabilidad institucional generadora del deber de reparar el desigualitario reconocimiento de derechos materializado por una anterior jurisprudencia restrictiva no está supeditada a que el criterio dejado de lado haya sido palmariamente erróneo o adoptado con mala fe.

Es decir, que tomando como dato objetivo que nuestro sistema admite y necesita, en las condiciones ya señaladas, el cambio de jurisprudencia constitucional, debe asegurarse que no haya reconocimientos desigualitarios de derechos provocados por una causa moralmente irrelevante como es el momento temporal en que el individuo fue juzgado y en el que se adoptó un criterio de interpretación que fue posteriormente superado por otro más benigno.

Como se viera, la posición de la Corte Suprema sobre esta cuestión descarta que esta situación sea violatoria del principio de igualdad. El argumento es que los casos fueron resueltos en momentos cronológicos distintos, por lo que mientras que cabe aplicar la jurisprudencia más benigna a los casos pendientes de resolución, no corresponde hacerlo retroactivamente respecto de los casos que adquirieron carácter final.

En realidad este argumento contiene una petición de principio, ya que pretende probar que no hay trato desigualitario basándose en la propia descripción de la situación que precisamente podría generar esa desigualdad¹⁷².

Contrariamente a lo que la Corte sostiene, la cuestión de la retroactividad de la jurisprudencia constitucional procesal penal más benigna toca directamente a la cuestión de la igualdad en el reconocimiento de derechos.

Planteado el supuesto de que en un momento M_2 la Corte le reconozca a A_2 un derecho que fue negado a A_1 en un momento M_1 , que ratifique esto en M_3 y que como consecuencia de ello, los individuos A_2 y A_3 sean absueltos o tengan derecho a un nuevo juicio mientras que el individuo A_1 deba permanecer condenado y hasta encarcelado porque la Corte no le reconoció el derecho fundamental que sí le correspondía, intuitivamente provoca la objeción de estar frente a una situación desigualitaria.

En este sentido, es claro que A_1 permanece condenado por una causa moralmente irrelevante como es el momento temporal en que él fue juzgado y en que fue analizado su recurso. Esto porque si él lo hubiera sido en un M_3 , hubiera sido absuelto por aplicación de la jurisprudencia J_2 ¹⁷³.

Es interesante tener en cuenta que, justamente al analizar la relación entre la consistencia en la adjudicación constitucional y el principio de igualdad –que obliga a los jueces a valorar los precedentes anteriores y resolver los casos difíciles interpretando esa jurisprudencia “a la mejor luz”- y con referencia al caso “Linkletter”, Ronald Dworkin formula el siguiente interrogante: “supongamos que la Corte Suprema ordena poner en libertad a un preso porque la policía se valió de procedimientos que, ahora, la Corte considera constitucionalmente prohibidos, aunque haya decisiones previas de la misma Corte que los respaldaban. La Corte, para ser congruente, ¿debe liberar a todos los otros presos previamente condenados en virtud de esos mismos procedimientos?”¹⁷⁴.

Dworkin no responde directamente esa pregunta y se dedica, a lo largo de su obra, a argumentar por qué la integridad del sistema judicial y el principio de igualdad requieren

¹⁷²COPI, IRVING, *op.cit.*, pág. 94, caracterizando a esta falacia como aquella que “toma como premisa de su razonamiento la misma conclusión que pretende probar”.

¹⁷³ Es interesante señalar que el problema de la desigualdad que plantea esta situación ha sido reconocido aún por quienes, en el contexto constitucional norteamericano, han rechazado la aplicación retroactiva de esta jurisprudencia. Ver, en este sentido, HEYTENS, Toby F. *op.cit.*, págs. 925 y 980.

¹⁷⁴ DWORKIN, RONALD, *Los derechos en serio*, *op.cit.*, pág. 62. (La traducción es de mi autoría).

que se respete la fuerza del precedente para los casos futuros¹⁷⁵. Desde esta posición, afirma que “la principal fuerza del argumento subyacente de equidad apunta hacia el futuro, no hacia el pasado”¹⁷⁶. Debido a que Dworkin pone el énfasis en la fuerza gravitacional prospectiva del precedente como garantía del trato igualitario¹⁷⁷, se concluiría que, para este autor, de aquélla no correspondería derivar la obligación de la aplicación retroactiva de la jurisprudencia constitucional procesal penal más benigna.

Sin embargo, si se tiene en cuenta su tesis de los derechos, se puede llegar a la conclusión contraria, esto es, que Dworkin reconocería la existencia de un problema de igualdad en la situación antes planteada. En efecto, las razones de peso por las que Dworkin propugna su teoría del precedente en la adjudicación constitucional –el respeto al principio de igualdad y la necesidad de que el poder judicial opere con integridad en la determinación del derecho, hablando con una sola voz–, se aplican enteramente para justificar la aplicación retroactiva de la jurisprudencia constitucional procesal penal si se tiene en cuenta la situación de quien fue condenado en virtud de habersele desconocido un derecho que ahora sí se reconoce.

Por ello, un concepto clave de la posición que aquí sostengo es que la única garantía contra la adjudicación constitucional desigualitaria en materia penal consiste en que las nuevas interpretaciones constitucionales en materia procesal penal tengan aplicación retroactiva y plena respecto de quienes se encontraban en una situación fáctica análoga que los convierte en sujetos del derecho reconocido con ese nuevo alcance.

Con esta postura, entonces, mantengo que la aplicación retroactiva de esta clase de jurisprudencia constituye la vía para asegurar el principio de igualdad en la adjudicación de

¹⁷⁵ DWORKIN, RONALD, *Los derechos en serio*, op.cit., pág. 185/90: “La fuerza gravitacional de un precedente se puede explicar, no apelando a la prudencia de imponer leyes, sino a la equidad de tratar de manera semejantes casos semejantes”, por lo que se “debe descubrir principios que no solamente se adecuen al precedente particular al cual le obliga a prestar atención algún litigante, sino a todas las otras decisiones judiciales que caen dentro de su jurisdicción general... Su deber de mostrar que su decisión es congruente con principios establecidos –y por ende justa– no se cumple si los principios que cita como establecidos son incoherentes con otras decisiones que también se propone confirmar su tribunal”. (La traducción es de mi autoría).

¹⁷⁶ DWORKIN, RONALD, *Los derechos en serio*, op.cit., pág. 192.

¹⁷⁷ Para una postura que rebate esta tesis de Dworkin, argumentando que el principio de igualdad no tiene peso sustancial para justificar la fuerza del precedente, mientras que sí la tendrían razones consecuencialistas como la confianza en el sistema judicial, la preservación de los recursos judiciales, etc., ver el trabajo de PETERS, CHRISTOPHER J, Foolish Consistency: On Equality, Integrity and Justice in Stare Decisis, 105 *Yale L.J.* 2031, año 1996, pág. 2114.

derechos en su esfera individual, a la vez que constituye una garantía orgánica institucional que asegura la legitimidad de la función judicial¹⁷⁸.

Para sostener esta posición, me inspiro en el concepto milliano¹⁷⁹ de igualdad tal como fuera ampliado por el autor norteamericano Ian Schapiro. Este académico sostiene que todo sistema legal jerárquico, como indudablemente lo es el sistema de control judicial de constitucionalidad, debe proveer una salida legal que asegure la libertad e igualdad y que opere como “válvula de escape” contra las injusticias que genera y que, de otra manera, deberían soportar indefectiblemente quienes son sus perjudicados¹⁸⁰.

Desde esta perspectiva, la aplicación retroactiva de la jurisprudencia constitucional procesal penal más benigna neutraliza el costo colateral ocasionado por un sistema de control judicial de constitucionalidad que no puede sortear la inevitable progresividad en la interpretación constitucional y que, de otra manera, tendría que soportar ilegítimamente el condenado. Con la aplicación retroactiva de la jurisprudencia, obtiene legitimidad la adjudicación constitucional por parte de un órgano con las características institucionales como las del judicial.

Considero que la aplicación retroactiva incidiría positivamente no sólo respecto de la adjudicación igualitaria en casos concretos para aventar agravios particulares de discriminación. Fundamentalmente, la aplicación retroactiva de esta jurisprudencia, en tanto tiene la entidad de operar como un reaseguro contra la adjudicación discrecional, que se comporta como una garantía institucional de igualdad en la interpretación constitucional,

¹⁷⁸ Para un concepto de garantías orgánicas, ver FERRAJOLI, LUIGI, *op.cit.*, pág. 582/3.

¹⁷⁹ MILL, JOHN STUART, *On Liberty*, Hacket Publishing Company, Indiana, 1978; *Principles of Political Economy*, Penguin, 1985.

¹⁸⁰ IAN SHAPIRO, *Democratic Justice*, Yale University Press, 1999, capítulo III. Es relevante introducir la teoría de este autor. En su obra dedicada a analizar la justicia democrática, Schapiro la define como la justicia que tiene que ver “tanto con la oposición al ejercicio arbitrario del poder como con el autogobierno” y que “nos invita a buscar diseños institucionales y otros mecanismos estructurales que limiten las jerarquías y mitiguen sus efectos corrosivos innecesarios”. Por ello, Shapiro afirma que los procedimientos democráticos de toma de decisiones deben ser preferidos a cualquier otra forma de jerarquía institucional que promoviera el vanguardismo moral. En este sentido, sostiene que las jerarquías sólo pueden ser justificadas si son necesarias, abiertas, simétricas y aisladas, si institucionalizan a la oposición, promueven el bien común y aseguran la responsabilidad política ante la ciudadanía (accountability). Si bien cuando se refiere específicamente al sistema de control judicial de constitucionalidad, Shapiro mantiene que sólo sería un ejemplo válido de justicia democrática un ejercicio restringido del poder jurisdiccional como el que en el caso “Brown” declaró inconstitucional el principio de “separados pero iguales” y forzó a las legislaturas a encontrar un remedio adecuado: creo que no es incorrecto aplicar su concepto clave de “salida legal” respecto de un sistema de control judicial de constitucionalidad como el nuestro que permite incluso un uso más robusto del poder jurisdiccional del que él entiende como aceptable. Pareciera que por el contrario, por esa misma razón, ello estaría más fuertemente justificado.

legítima la adjudicación constitucional en sí misma. La aplicación retroactiva como *regla de juego* constituye, desde la óptica de la persona sometida a la jurisdicción constitucional, una garantía o un reaseguro para aceptar y acatar su ejercicio, en tanto admite la posibilidad de que ésta se beneficie de un criterio que reconoce el derecho que antes se le denegó.

Este efecto legitimante se ve alcanzado, asimismo, por el hecho que la aplicación retroactiva de la jurisprudencia constituye un fortísimo incentivo para evitar el manipuleo en la adjudicación, ya que en virtud de ella es imposible retacear de modo duradero el igualitario reconocimiento de derechos¹⁸¹.

En efecto, pensemos en el supuesto de que la Corte en un caso determinado se aparte, sin un adecuado fundamento, de su jurisprudencia y restringe el alcance de un derecho constitucional. Pensemos también en la posibilidad de que en un caso determinado la Corte recorte el alcance de un derecho en atención a una razón consecuencialista como es la repercusión social negativa que tendría fallar de modo favorable al derecho constitucional del imputado. En ambos supuestos, la Corte tiene el poder institucional de resolver de ese modo y de determinar un resultado constitucionalmente incorrecto o injusto. Sin embargo, esta lectura incorrecta y hasta ilegítima de la Constitución será eventual pero inexorablemente derribada.

La aplicación retroactiva de la jurisprudencia constituye la manera de remediar esta adjudicación discrecional en tanto impide que “se salgan con la suya” las interpretaciones arbitrarias por no haberse realizado los mejores esfuerzos para dar una lectura de buena fe de los antecedentes constitucionales.

Por otro lado, la aplicación retroactiva de la jurisprudencia como garantía contra la discrecionalidad, opera también como un incentivo para el caso contrario, esto es, cuando la Corte debe decidir si reconoce un derecho. Esto porque al resolver esa cuestión, la Corte deberá asumir que si reconoce ese derecho, esa decisión beneficiará también a todos aquellos situados co-temporal y anteriormente en la misma posición del justiciable del caso que está analizando. Como esta consecuencia aumenta el deber de justificar cada decisión que se toma, constituye un incentivo para evitar interpretaciones constitucionales indebida

¹⁸¹ Para un ejemplo de esta clase de manipuleo como cambio estratégico, ver KAPISZEWSKI, DIANA, La Corte Suprema y la política constitucional en la Argentina Post-Menem, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 7, n° 1, Buenos Aires, julio 2006, pág. 26, donde analiza el caso “Stancanelli”, sentencia del 20/11/2001, como un supuesto de cambio de jurisprudencia motivado en razones políticas que benefició sólo a determinadas personas.

o ilegítimamente motivadas, lo que interesa particularmente a aquellos preocupados por el denominado *activismo judicial*¹⁸².

Por todo lo dicho anteriormente, la línea argumental desarrollada en este apartado lleva a hacer base firme en dos conclusiones.

La primera es que el poder judicial argentino está normativamente facultado a interpretar la constitución y a adjudicar sobre derechos fundamentales. La segunda es que, en virtud de los principios de imparcialidad y de igualdad, y atendiendo a la propia falibilidad intrínseca del sistema y al cuestionamiento extra-normativo al que está expuesto y para conservar su legitimidad como ejercicio de poder, es necesario que se reconozca la aplicación retroactiva de la jurisprudencia constitucional procesal penal más benigna.

I.b) La aplicación retroactiva de la jurisprudencia y la división de poderes

En la sub-sección anterior expuse los argumentos normativos y teóricos que considero fundan el deber de aplicar retroactivamente la jurisprudencia constitucional más benigna en materia penal.

En ésta analizaré la consistencia del argumento fundado en la división de poderes que la jurisprudencia de la Corte Suprema da, como razón primera y exclusiva, para rechazar la procedencia de esta aplicación.

Esta objeción puede ser explicada por el peso de una tradición continental del derecho que erróneamente aplica al área de la adjudicación constitucional los presupuestos teóricos que la animan. De este modo, por considerarse que la jurisprudencia constitucional

¹⁸²Ver en este sentido, HEYTENS, TOBY T., *op.cit.* pág. 985, quien al proponer la selectividad prospectiva en la aplicación de la nueva jurisprudencia, señala que quienes contrariamente propugnan que la nueva jurisprudencia se aplique a todos los casos pendientes de resolución argumentan que “requerir que las nuevas decisiones tengan inmediato efecto en los casos por resolver, tiene el saludable efecto de demorar el ritmo y disminuir la magnitud del cambio al forzar a los jueces a sopesar las ventajas de la nueva decisión contra el impacto que tendría su inmediata plena implementación. En contraste, porque disminuye el costo de los cambios legales, la no retroactividad es vista por estos críticos como la sirvienta del activismo judicial”. (La traducción es de mi autoría). Ver también, SHANNON, BRADLEY SCOTT, *op.cit.* págs. 833 y 859, quien destaca que: “algunos aspectos de la retroactividad en verdad son más propiciadores del cambio legal. Por un lado, la retroactividad es un buen incentivo para que los litigantes argumenten a favor del cambio legal, sabiendo que, si prosperan, la ‘nueva regla’ será aplicada a su caso”, pero que “con la prospectividad se ayuda a mitigar los costos asociados a la implementación de un cambio legal”. (La traducción es de mi autoría).

no es una fuente formal de derecho al ser un mero acto de aplicación de la norma, se concluye que ésta no puede constituir motivo para revisar sentencias judiciales¹⁸³.

¹⁸³ Con relación a los distintas clases de jueces, propias del sistema continental y del common law, ver el clásico texto de OST, FRANÇOIS, Júpiter, Hércules y Hermes : tres modelos de juez, *Doxa*, N° 14, Alicante, 1993, págs. 169/74. Para un análisis de la incidencia de estos modelos, y su errónea aplicación respecto de la adjudicación constitucional en el caso argentino, ver SABA, ROBERTO P., Las Decisiones Constitucionales de Ulises. Acerca de las Dificultades para la Construcción Colectiva de una Práctica Constitucional en Argentina", publicado en "Las Decisiones Constitucionales de Ulises. Acerca de las Dificultades para la Construcción Colectiva de una Práctica Constitucional en Argentina, publicado en *Los límites de la democracia*, Seminario Latinoamericano de Teoría Constitucional y Política (SELA), Buenos Aires, Editores del Puerto, 2006, págs. 286 y ss.: "debido a la influencia de la tradición continental en Argentina (que espera de los jueces un proceder estrictamente técnico que se reduce a la mera "aplicación" del derecho), el rechazo a las decisiones estratégicas en el ámbito de la justicia arrastra también consigo el rechazo a las decisiones de los jueces que se fundan en principios, cuya identificación se logra sólo a través de la tarea interpretativa, *prima facie* vedada a los jueces, de la tradición continental. La interpretación del derecho, mal que le pese a la ortodoxia de la tradición del civil law, es inevitable en el proceso de aplicación del derecho y trae aparejada inevitablemente la toma de decisiones valorativas. Para algunos, estas decisiones valorativas son asimiladas a "políticas" contribuyendo a la confusión que trata a las decisiones estratégicas y a las valorativas de modo indiscriminado.. cuando en realidad forma parte inevitable de la labor interpretativa del juez en el proceso de hacer efectivo el respeto de la ley en una democracia constitucional en la que se le reconoce la facultad del control de constitucionalidad. La creencia de que es posible aplicar el derecho sin recurrir a decisiones valorativas se apoya en el presupuesto de la tradición continental de que los jueces no deben permitir que sus valoraciones interfieran al momento decidir, sino que sólo aplican el derecho "avalorativamente", lo cual implica, para algunos, decidir "jurídicamente" como diferente a decidir "políticamente", de modo que la única voluntad política ("valorativa") aplicable sea la voluntad del pueblo representado en el Parlamento al momento de sancionarse las leyes". Ver, asimismo, OTEIZA, EDUARDO, *La Corte Suprema, entre la justicia sin política y la política sin justicia*, Editorial Librería Platense S.R.L., La Plata, 1994, pág. 37, quien con relación a esta cuestión afirma que: "en el plano de la dimensión política del Poder Judicial, la utilización simultánea de dos modelos contrapuestos, en cuanto al rol de los jueces, es una de las causas que explica por qué la C.S.J.N. pasó durante una gran parte de la historia argentina sin ser vista como un factor de poder". En la misma línea, MILLER, JONATHAN, Control judicial de constitucionalidad y estabilidad institucional: Sociología del modelo estadounidense y su colapso en la Argentina, *Revista Argentina de Teoría Jurídica de la Universidad Torcuato Di Tella, Volumen 1, Nro. 2*, julio de 2000, págs. 32/5, obtenido el 1/05/2007 desde <http://www.utdt.edu>, donde refiere que con la sanción del código civil "se sucedieron inmediatamente cambios en la educación jurídica. Los historiadores del derecho argentinos han reconocido en general que la codificación generó un cambio gradual en la mentalidad jurídica nacional que llevó a ver a los jueces como meros técnicos, ciegos a las consecuencias sociales de la ley" y que "no es sorprendente que la mentalidad jurídica que vino con la codificación haya afectado también a la Corte Suprema argentina". Ver, también, BÖHMER, MARTÍN, La Corte de los 80 y la Corte de los 90. Un diálogo sobre el *Rule of Law* en Argentina, *Estado de Derecho y Democracia. Un debate acerca del "Rule of Law"*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2002, pág. 117, explicando que: "La discusión entre ambas Cortes, o entre ambas formas de concebir el derecho argentino supone una profunda discusión sobre la fuente de la autoridad del derecho. En la Argentina, las tradiciones que se enfrentan conciben diferentes fuentes de autoridad que en algunos casos se contradicen. Cuando ello sucede, la decisión depende de la momentánea correlación de fuerzas entre los ministros contendientes. En ambas tradiciones existen fuerzas que limitan la posibilidad de que sea el mero número de jueces alineados de la Corte lo que termine decidiendo un debate constitucional. En la tradición anglosajona, el *stare decisis* funciona como la fuerza inhibidora de la voluntad desnuda del juzgador. En la tradición continental fue siempre la doctrina de los juristas la que ponía coto a la arbitrariedad de los tribunales. En la Argentina carecemos de ambas". Para un análisis similar que compara la adjudicación constitucional en el *common law* americano y en la tradición continental europeo, ver ROSENFELD, MICHEL, Constitutional adjudication in Europe and the United States: Paradoxes and contrasts, *2 International Journal of Constitutional Law* 633, año 2004.

Como se viera, este fundamento es invocado para rechazar la aplicación retroactiva de la jurisprudencia con el argumento que implicaría equiparar el impacto de la interpretación constitucional con el dictado y el alcance general de un acto legislativo. Para esta posición, esto sería constitucionalmente inválido ya que la competencia institucional para interpretar el derecho no comprende la de su creación. Esta postura, en realidad revela la preocupación por el respeto al valor seguridad jurídica que le da razón de ser a este principio constitucional.

La posición que mantendré en este trabajo cuestiona la validez de este argumento sobre la base de dos razones. La primera atiende a demostrar la irrelevancia de la controversia acerca de si la interpretación constitucional crea o implica derechos y que, en merito de ello, la seguridad jurídica se ve mejor asegurada con la aplicación retroactiva de la jurisprudencia constitucional. La segunda razón apunta a establece que el principio de división de poderes en realidad se ve respetado cuando esta jurisprudencia se aplica de forma retroactiva..

I.b.1) La antinomia “creación v. interpretación” del derecho, la retroactividad y la seguridad jurídica

Como se explicara al exponer el estado de la cuestión en la jurisprudencia de la Corte Suprema, la primera razón para justificar la negativa a aplicar retroactivamente la jurisprudencia fundamental procesal penal más benigna responde a la idea de que la aplicación retroactiva de una jurisprudencia entraña darle a esta un carácter general que es propio de la legislación.

Desde esta perspectiva, esta aplicación implicaría asimilar la interpretación judicial a la creación del derecho, con la consecuente conversión del poder judicial en un poder legislativo y la violación al principio constitucional básico de la división de poderes.

Esta objeción presupone, entonces, que existe una clara distinción conceptual, legal e institucional entre la función interpretativa del derecho, propia de los jueces, y la función

creadora del derecho, propia del poder legislativo. Desde esta perspectiva, para algunos sería precisamente el respeto a esta distinción lo que otorgaría legitimidad a la función judicial.

Claramente, este presupuesto es el contrapunto de la tesis que formulan quienes sostienen la llamada objeción contramayoritaria a la que se hiciera referencia en el punto anterior. Según ésta, la insuperable indeterminación de los derechos fundamentales y la consecuente imposibilidad de diferenciar la hermenéutica de la creación del derecho, hacen que la interpretación judicial constituya, necesariamente, una sustitución inaceptable de la voluntad de la ciudadanía expresada en el acto legislativo. Quienes se enrolan en esta posición, sin duda objetarían también la aplicación retroactiva de la jurisprudencia constitucional procesal penal ya que ampliaría los alcances del poder cuya legitimidad controvierten.

Por su parte, quienes sostengan una interpretación originalista de la Constitución¹⁸⁴ también se opondrían a esta aplicación. Como sería sumamente improbable que en el caso argentino surjan nuevos precedentes en esta materia salvo que se trate de un supuesto tan claro como el que mande la realización del juicio criminal por jurados, la aplicación retroactiva de una jurisprudencia que los originalistas rechazan en sí misma interrumpiría aún más con el valor de la tradición que buscan tutelar.

De este modo, tres posiciones absolutamente encontradas en la teoría constitucional como la de quienes defienden el ejercicio del control judicial de constitucionalidad por tratarse de un mero acto de interpretación del derecho, la de quienes lo impugnan y la de quienes sólo lo admiten en caso de que aplique los entendimientos constitucionales originarios, aunque partiendo de distintos presupuestos teóricos, coincidirían en rechazar la aplicación retroactiva de la jurisprudencia constitucional más benigna en materia procesal penal sobre la base del respeto a la división de poderes.

La contundencia de este rechazo se podría explicar teniendo en cuenta que en muchos ámbitos, tanto locales como extranjeros, la jurisprudencia que reconoce derechos y garantías a los acusados de un delito no sólo es denominada peyorativamente *garantista* sino que además es señalada frecuente como el ejemplo por excelencia del *activismo*

¹⁸⁴ Para un análisis sobre la posición originalista, ver GARGARELLA, ROBERTO, "Interpretación del derecho" en ALBANESE, SUSANA/DALLA VÍA, ALBERTO/GARGARELLA, ROBERTO/HERNÁNDEZ, ANTONIO/SABSAY, DANIEL, *Derecho Constitucional*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2004, pág. 655 y ss.

judicial que se debe evitar¹⁸⁵. Por ello, un mecanismo que amplifique el impacto de esa jurisprudencia y le permita tener efecto expansivo de manera retroactiva sería seguramente ampliamente resistido, ya que esta aplicación retroactiva presupondría dejar sin efecto sentencias condenatorias que se están cumpliendo por delitos ya juzgados y sentenciados.

Además, en muchos casos, esta aplicación retroactiva se consideraría particularmente grave en tanto se daría respecto de precedentes nuevos, que marcan un antes y un después en términos de derechos, y no de precedentes consolidados en la historia constitucional y que cuenten con tal consenso arraigado que se sienten como propios.

Esta situación constituye un ejemplo del '*endowment effect*' por el cual los nuevos precedentes se perciben como amenazantes y poniendo fin a la protección de seguridades que antes eran legalmente resguardadas. La aplicación retroactiva de esta nueva jurisprudencia profundizaría esta percepción.

Ahora, tal como señala Cass Sunstein, es especialmente en este tipo de casos que el activo control judicial de constitucionalidad está justificado, ya que ante situaciones de prejuicios arraigados, sólo la adjudicación constitucional que garantice la supremacía del derecho a la igualdad puede contribuir a modificar preferencias distorsionadas por prejuicios duraderos¹⁸⁶, en este caso, los que obstan al reconocimiento de la clase de "los condenados" como sujetos de derecho.

De-construyendo estas posiciones

¹⁸⁵ Para un análisis que da cuenta del reciente debate institucional y del estado de la discusión ciudadana sobre la jurisprudencia que reconoce derechos a los acusados de un delito, ver ASOCIACIÓN POR LOS DERECHOS CIVILES (ADC), *La Corte y los Derechos. Un informe sobre el contexto y el impacto de sus decisiones durante el período 2003-2004*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2005, capítulo V "Derechos de las personas sometidas a juicio penal y límites constitucionales al accionar de las fuerzas de seguridad", págs. 149/150, donde luego de analizar las encuestas sobre el sentimiento de inseguridad ciudadana y el impacto que tuvo el caso 'Blumberg' para los reclamos de una mejor y más rigurosa administración de justicia, se hace referencia a "...la vigencia del discurso que presenta a los derechos y a la seguridad como una antinomia. En el proceso de consulta pública para la designación del actual juez de la Corte Suprema Eugenio Zaffaroni –llevado a cabo a mediados de 2003– se lo cuestionó por considerarlo demasiado "garantista" (en el sentido de proteger las garantías constitucionales al extremo de resultar benigno en exceso con los delincuentes)... El punto siguió teniendo interés en el análogo proceso seguido con la jueza Carmen Argibay –propuesta por el Poder Ejecutivo para la Corte luego de Zaffaroni– en el que, si bien fue muy cuestionada por su posición respecto al aborto y la religión, se valoró positivamente que como jueza de un tribunal oral criminal hubiera impuesto penas severas a delitos como la violación de menores". Para un análisis de esta cuestión en el caso norteamericano, ver FRIEDMAN, BARRY, *Constitucionalismo popular mediado*, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 6, n° 1, Buenos Aires, 2005, pág. 152/3.

¹⁸⁶ SUNSTEIN, CASS, *The partial Constitution*, Harvard University Press, Massachussets, 1993, pág.188.

Una primera aproximación a estas tres posturas teóricas consiste en desconfiar de su consistencia en atención a que, pese a ser antagónicas, confluyen en resistir la aplicación retroactiva incondicionada de toda jurisprudencia constitucional procesal penal más benigna.

Desde otra perspectiva, una lectura de esta situación podría, para algunos, sugerir la conclusión opuesta. Así, el hecho de que estas tres posiciones irreconciliables descarten la validez de la aplicar retroactivamente esta clase de jurisprudencia podría ser entendido como una buena razón para sostener la ilegitimidad de esa aplicación, en tanto, cualquiera sea la teoría constitucional que se tenga, se debería concluir que esta aplicación retroactiva acarrearía como consecuencia el compromiso al Estado de Derecho.

Sin embargo, creo para eludir el engaño de un razonamiento que parece tan persuasivo, se debe analizar la cuestión de fondo: la consistencia de la aplicación retroactiva de la esta jurisprudencia con el valor seguridad jurídica.

Efectivamente, al examinar estas tres posturas con detenimiento, se observa que poseen como denominador común básico la preocupación por el rol que juega la falta de certeza en la determinación del derecho.

Desde esta perspectiva, la división de poderes operaría aquí como una garantía orgánica de seguridad jurídica al impedir la aplicación retroactiva por parte del poder judicial de jurisprudencia, cuando ésto no responde a una decisión legislativa. En este caso, esta preocupación recae sobre la falta de determinación de las reglas que deciden los conflictos sociales de mayor gravedad como son los que debe resolver el sistema penal. Como la certeza está directamente unida conceptualmente a la *previsibilidad*, desde esta perspectiva, resulta comprensible el rechazo a la aplicación retroactiva de la jurisprudencia que implica un enorme aumento del poder de los jueces al hacer valer reglas que no regían y, en consecuencia, no eran previsibles en un momento anterior determinado.

Sin embargo, la relevancia de la previsibilidad de estas reglas en materia penal puede ser fácilmente cuestionada.

En primer lugar, porque como señalaban García, Garro, Garrido y Rúa, este argumento desconocería que los principios de legalidad, cosa juzgada e igualdad de armas que recogen este valor operan sustancialmente como una garantía a favor de la libertad y no pueden ser invocados para justificar decisiones que son perjudiciales para los

justiciables¹⁸⁷. Es precisamente por esta razón que es jurídicamente errado el argumento de seguridad jurídica invocado por la Corte Suprema para rechazar aplicar retroactivamente la jurisprudencia más benigna y cumplir con la recomendación de la Comisión en la serie de casos que le tocó resolver respecto de los condenados en el caso 'La Tablada'.

Por otro lado, tampoco puede tener cabida el argumento de la previsibilidad respecto de los distintos funcionarios –policiales, judiciales y del Ministerio Público– que guiaron su accionar conforme a la jurisprudencia en materia de garantías procesales entonces vigente.

Desde esta lógica, receptada en la jurisprudencia constitucional norteamericana, conmovér la sentencia implicaría conmovér esta actuación judicial¹⁸⁸. Sin embargo, puesto que la aplicación retroactiva de la jurisprudencia presupone la aplicación de una jurisprudencia establecida con posterioridad a su intervención, es claro que al momento de ejercer sus competencias legales estos funcionarios cumplieron su función y no pueden invocar agravio a título personal o funcional por el hecho de que las consecuencias jurídicas de su accionar sean revisadas ulteriormente por aplicación de una jurisprudencia posterior que no conlleva imputación por falta de cumplimiento de sus deberes. Del mismo modo, el argumento de la frustración que podrían sentir estos funcionarios, por ver revocadas estas condenas pese a haber procurado su dictado adecuando su conducta a los estándares entonces vigentes, es irrelevante ya que este resultado no puede ser balanceado con los

¹⁸⁷ Es importante añadir, a los argumentos que brindan los autores mencionados respecto de la improcedencia de invocar la cosa juzgada como obstáculo, que si bien desde una perspectiva contraria al acusado, pero por esa mismo es aún más relevante, la Corte Suprema de Justicia en el *leading case* "Simón, Julio y otro", sentencia del 14/06/2005, cuando declaró la invalidez de las leyes de Obediencia Debida y Punto Final que obstaban al enjuiciamiento y castigo de los responsables a las violaciones masivas a los derechos humanos cometidas en nuestro país durante la última dictadura militar, aclaró que la cosa juzgada no podía ser un obstáculo para que el Estado Argentino cumpliera con este deber fundado en el derecho internacional y receptado por nuestra Constitución Nacional. Esta postura fue ratificada, expresamente, en el fallo "Mazzeo", sentencia del 13/07/2007.

¹⁸⁸ La jurisprudencia norteamericana sí tiene en cuenta, para diseñar y decidir la procedencia y el alcance de varios remedios constitucionales destinados a reparar las violaciones a las garantías procesales, como la regla de exclusión y el habeas corpus que pretende remediar la falta de aplicación de un precedente judicial o que busca la aplicación retroactiva de la nueva jurisprudencia, el efecto que estos tendrían para alentar o disuadir el comportamiento conforme a la ley de estos funcionarios. Ver, EVAN TSEN LEE, *The Theories Of Federal Habeas Corpus*, *Washington University Law Quarterly*, 72, *WAULQ* 151, pág. 72: "La postergación del carácter final de las sentencias penales aparea diferentes costos. El saber que las cortes federales decidirán en definitiva las cuestiones 'subvierte el sentido de responsabilidad de los jueces estatales, su conciencia subjetiva que juega un papel tan difícil y sutil en el arte de adjudicar bien...' (la traducción es de mi autoría).

derechos constitucionales reconocidos por la nueva jurisprudencia. Los derechos constitucionales son algo más que meros límites o guías al accionar de las autoridades.

Por este motivo, como nuestra jurisprudencia constitucional, a diferencia de su par norteamericana, basa el respeto a las garantías procesales en materia penal en consideraciones de principio y no en razones consecuencialistas¹⁸⁹, no podría invocarse como razón para rechazar la aplicación retroactiva de esta jurisprudencia que, al no mediar previsibilidad, esta nueva jurisprudencia no podría a los funcionarios del sistema de justicia penal a adecuarse a los estándares constitucionales.

Entiendo que sólo en una clase particular de supuestos de conflictos de derechos se podría afirmar que la previsibilidad sí podría tener importancia y que podría, en consecuencia, ser *prima facie* válidamente invocado el argumento de la seguridad jurídica: cuando este reclamo lo efectúe la víctima del delito.

En efecto, si bien desde la conformación del sistema penal en el estado moderno¹⁹⁰ el proceso penal fue concebido como un ámbito en que, expropiación estatal del conflicto mediante, el imputado se enfrentaba exclusivamente al poder punitivo estatal, por lo que ni la sociedad ni la víctima participaban ni tenían derecho a exigir el castigo, este paradigma ha cambiado sustancialmente a partir del desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos¹⁹¹.

¹⁸⁹ La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso "Montenegro", sentencia del 10/12/1981, resolvió que el respeto a las garantías constitucionales impedía a los jueces darle efectos jurídicos a prueba obtenida por medios ilícitos y que, de lo contrario, la administración de justicia se convertiría en beneficiaria de un ilícito. Para un análisis de los presupuestos que animan al deontologismo y al consecuencialismo, ver BAYÓN, JUAN CARLOS, Causalidad, consecuencialismo y deontologismo, *Doxa* N° 6, Alicante, 1989, págs. 461/500.

¹⁹⁰ Para una contundente explicación de la génesis del sistema penal moderno, con las características de monopolio de la violencia en manos del soberano, acompañado de la constitución del poder judicial ver FOUCAULT, MICHEL, *La verdad y las formas jurídicas*, Editorial Gedisa, Barcelona, 1995, págs. 76 y 77 "... En este momento aparecen una serie de fenómenos totalmente nuevos...: una justicia que no es más un pleito entre individuos y libre aceptación por estos individuos de ciertas reglas de liquidación sino que, por el contrario, se impondrá a individuos, oponentes, partidos. Los individuos no tendrán en adelante el derecho de resolver, regular o irregularmente sus litigios; deberán someterse a un poder exterior a ellos que se les impone como poder judicial y político... Aparece asimismo una noción absolutamente nueva: la infracción, mientras el drama jurídico se desenvolvía entre dos individuos, víctima y acusado, se trataba sólo del daño que un individuo causaba a otro. A partir del momento en que el soberano o su representante dicen "Yo también he sido lesionado por el daño", resulta que el daño no es solamente una ofensa de un individuo a otro, sino también... un ataque del individuo contra la ley misma". Ver también ESER, ALBIN, *Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la víctima*, publicado en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, año II, N° 7, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997, págs. 28/34, donde relata el desarrollo teórico dentro de la dogmática penal que condujo a la actual abstracción de la construcción de un bien jurídico totalmente despersonalizado, lo que tuvo como resultado la exclusión total de la víctima y del ofendido.

¹⁹¹ La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación todavía no ha reconocido de manera expresa que la víctima del delito tenga un derecho constitucional —es decir con base exclusivamente en la

De este sistema jurídico de protección de los derechos fundamentales han surgido dos reglas claras.

La primera regla, que surge de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos “Velásquez Rodríguez”¹⁹², “Barrios Altos”¹⁹³ y “Bulacio”¹⁹⁴, que fuera receptada por la Corte Suprema en el caso “Simón”, establece que la obligación de garantizar y respetar los derechos asumidos internacionalmente obliga al Estado a prevenir sus violaciones, investigarlas, castigar a los responsables y repararlas. Si bien en los dos primeros casos mencionados, se trataba de supuestos de violaciones masivas a los derechos humanos producto del terrorismo de Estado, la relevancia de esta regla no debe limitarse a estos supuestos extremos. Como lo prueba la sentencia en el caso “Bulacio”, que trataba de la violación al derecho a la vida imputable al Estado Argentino por violencia institucional pero que no constituía terrorismo estatal, para la Corte Interamericana, siempre que se trate de una violación de esta naturaleza, regirá esta obligación estatal de investigar, juzgar y sancionar¹⁹⁵.

Constitución Nacional y no en los pactos internacionales dotados de igual jerarquía- a ser querellante en el proceso penal y a exigir el enjuiciamiento y castigo del autor del delito que lo afectó. Para un desarrollo detallado y comprensivo de esta cuestión, ver ASOCIACIÓN POR LOS DERECHOS CIVILES (ADC), *op.cit.*, pág. 169 y ss. Esta situación no ha sido modificada por la reciente sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Juri, Carlos Alberto s/homicidio culposo”, en fecha 27/12/2006, ya que si bien en esta oportunidad el Tribunal hizo mención a que los arts. 8 y 25 de la CADH le otorgan a la víctima del delito el derecho a la protección judicial, eludió decidir si las limitaciones recursivas de la querella son inconstitucionales y resolvió el caso con un fundamento de derecho común que es autónomo e independiente a la cuestión federal planteada.

¹⁹² Corte IDH, “Caso Velásquez Rodríguez c/Honduras”, sentencia del 29/07/1988.

¹⁹³ Corte IDH, “Barrios Altos, Chumbipuma Aguirre y otros vs. Perú”, sentencia del 14/03/01.

¹⁹⁴ Corte IDH, sentencia del 18 de septiembre de 2003.

¹⁹⁵ Para una posición doctrinaria que limita esta obligación para los casos graves de violaciones a los derechos humanos, aunque no constituyan delitos de lesa humanidad, ver también DI CORLETO, JULIETA, El derecho de las víctimas al castigo a los responsables de violaciones graves a los derechos humanos, publicado en *La Ley 2004-A*, pág. 702: “los órganos de aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos disponen que, aunque existan limitaciones prácticas, el compromiso de los Estados debe ser el de criminalizar y perseguir penalmente todas las violaciones graves a los derechos humanos.... En el modelo propuesto por la Corte, la negación de la capacidad de impulsar el proceso penal para procurar el castigo de los perpetradores de violaciones graves a los derechos humanos implicaría una violación a la regla que exige que las personas tengan a su disposición un recurso efectivo para garantizar sus derechos. Asimismo, para una postura que también deriva de la jurisprudencia del sistema interamericano el derecho de las víctimas a ser querellantes en el proceso penal sólo en casos que posean esta gravedad, ver el trabajo de MADINA, MARCELO AUGUSTO, Los derechos del imputado y la víctima en los tratados internacionales y su conflicto en el seno del proceso penal, publicado en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2005, t.II*, editado por la Fundación Konrad Adenauer- Stiftung, Montevideo. Ver, asimismo, el voto del Juez Fayt en el *leading case* “Mazzeo, Julio Lilo”, sentencia del 13/07/2007, donde expresamente rechaza que esta jurisprudencia internacional dé base a “un derecho constitucional a la pena” ya que “la protección a las víctimas establecida en los instrumentos internacionales de derechos humanos no implica necesariamente castigo penal (lo que, por otra parte, no se concediría con su carácter fragmentario y de *ultima ratio*).

La segunda regla, que también surge de esta última sentencia, consiste en que las víctimas deben tener pleno acceso y capacidad de actuar en todas las etapas e instancias de las investigaciones, de acuerdo con la ley interna y las normas de la Convención Americana. En consecuencia, esta pauta fortalece el rol de la víctima en el proceso penal.

Es en este contexto que pueden tener lugar conflictos de derechos fundamentales, entre los de los imputados –y posteriormente condenados– y los de las víctimas. Los mencionados casos “Bulacio” y “Espósito”¹⁹⁶, resueltos respectivamente por la Corte Interamericana y por la Corte Suprema de Justicia de la Nación con posterioridad al anterior, ejemplifican la tensión entre dos derechos fundamentales: el derecho del imputado a ser juzgado en un plazo razonable o a que se declare la prescripción de la acción penal¹⁹⁷ y el derecho de la víctima¹⁹⁸ del delito a que se juzgue y castigue al responsable.

La aplicación retroactiva de la nueva jurisprudencia beneficiosa para los condenados podría originar un reclamo por parte de las víctimas sobre la afectación a la previsibilidad que debe regir en el proceso penal.

Debe formularse una aclaración.

El hecho de que esta jurisprudencia deba ser aplicada retroactivamente lleva como presupuesto que este nuevo precedente establece el deber de reconocerle al imputado –ahora condenado– un derecho fundamental. Desde este punto de vista, la víctima del delito no sería despojada de derecho alguno ya que, claramente, esta jurisprudencia viene a establecer que el condenado siempre tuvo este derecho. Sin embargo, pese a no haber un desconocimiento indebido de los derechos de la víctima, esta aplicación retroactiva sí puede llegar a afectar la previsibilidad de las reglas tenidas en cuentas por la víctima, se haya constituido como querellante o no, para decidir denunciar, participar en el proceso

¹⁹⁶ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Espósito, Miguel Ángel s/incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa”, sentencia del 23/12/2004. En esta oportunidad, la Corte resolvió que debía aplicarse la referida sentencia de la Corte IDH que sentaba el deber del Estado Argentino de juzgar y sancionar a los responsables de la muerte de Walter Bulacio y declaró inaplicables al caso las disposiciones de prescripción de la acción penal que, de otra manera, hubieran beneficiado a uno de los presuntos responsables. En esta sentencia, hubo mayorías para distintas cuestiones. Específicamente respecto de la cuestión de la relevancia de la sentencia de la Corte Interamericana, formaron mayoría los jueces Petracchi, Zaffaroni, Belluscio, Maqueda y Boggiano. Para un desarrollo detallado y comprensivo de este caso, ver ASOCIACIÓN POR LOS DERECHOS CIVILES (ADC), *op.cit.*, págs.163/4.

¹⁹⁷ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Barra, Roberto Eugenio Tomás s/defraudación por administración fraudulenta”, sentencia del 9/03/2004. Voto de los jueces Zaffaroni, Petracchi, Boggiano, Fayt y Vázquez. Rechazaron el recurso por cuestiones formales Maqueda y Belluscio.

¹⁹⁸ En este caso, el concepto “la víctima del delito” incluye no sólo a quien fue la víctima material del asesinato sino también a sus familiares.

penal y declarar el modo en que fue afectada por el trasgresor de la norma penal. Por ejemplo, una víctima menor de edad de una violación que decidió denunciar al presunto autor de este delito por valorar que, conforme la legislación procesal, está exenta de ser interrogada por éste o por su defensa técnica. Por aplicación del precedente “Benítez”, la condenada dictada sobre la base de esta declaración podría ser revisada por ser violatoria de la garantía de interrogar a los testigos de cargo prevista en el art. 8.2.f de la CADH y en el art. 14.3.e del PDCP.

Aquí no importan solamente los recursos de tiempo y materiales destinados por la víctima para desplegar su pretensión punitiva. Lo más importante es que las reglas procesales bien pudieron haber operado como una condición para que la víctima tomara su decisión de acercarse y participar en el proceso penal, sobrepasando los costos emocionales y de victimización que generalmente ello implica¹⁹⁹. El hecho de que, por aplicación retroactiva de una jurisprudencia, la condena pueda ser posteriormente anulada o que el proceso deba reeditarse, puede provocar en la víctima el sentimiento de que fue fútil soportar estos costos y haber logrado una condena de quien atentó contra su un bien jurídico y de que la justicia no fue alcanzada.

De este modo, debe admitirse que la aplicación retroactiva de jurisprudencia constitucional más benigna al cambiar retroactivamente las reglas que determinaron el proceso penal, puede afectar la previsibilidad así entendida y, en consecuencia, lesionar la creencia de la víctima de contar con una serie de derechos relevantes en el proceso penal amparados por el sistema jurídico y judicial.

Esta perturbación a la previsibilidad de las reglas que la víctima tuvo o pudo tener en cuenta aumenta de manera significativa el *costo* que implica reconocer la aplicación retroactiva de esta jurisprudencia. Ya no se trataría solamente de enfrentar el reproche o la crítica social, sino de asumir de manera concreta y directa cómo se materializa de manera negativa este resultado en la víctima, lo que puede resultar particularmente duro.

Aunque esto no debe tener una incidencia normativa definitiva para decidir la cuestión de la retroactividad de la jurisprudencia fundamental más benigna, ya que los

¹⁹⁹ La victimización en el proceso penal de las personas que sufrieron, directa o indirectamente, un delito ha sido reconocida por la “Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder” de Naciones Unidas (A.G. res. 40/34, annex, 40 U.N. GAOR Supp. (No. 53) p. 214, ONU Doc. A/40/53 -1985).

derechos recluyen cualquier otra pretensión en contrario, por lo que sería inválido que la judicatura renunciara a aplicar retroactivamente esta jurisprudencia que implica reconocer y dar pleno efecto al derecho fundamental que le fuera desconocido previamente al condenado²⁰⁰, esta cuestión podría explicar la renuencia a aceptar esta aplicación retroactiva con fundamento en la previsibilidad y en la seguridad jurídica²⁰¹.

La seguridad jurídica avala la aplicación retroactiva de la jurisprudencia

Sin embargo, las objeciones a la aplicación retroactiva de la jurisprudencia fundamental procesal penal más benigna formuladas con base en la seguridad jurídica son inconsistentes con el principio que dicen defender. Como enseguida argumentaré, la consideración a este valor, expresamente invocado por la Corte en la serie de fallos

²⁰⁰ Ver en este sentido, WILLIAM BRENNAN, JR. en su conferencia Reason, Passion and the progress of Law, *Cardozo Lectures, Volume III*: "es frecuente el llamado al juez a resistir la fuerza de sus sentimientos. No existe mejor ejemplo de ello que en el derecho penal, donde la conciencia de la brutalidad subyacente al crimen a menudo amenaza sobrepasar la mente y la discreción del más avezado juez. Sin embargo la tarea del juez es no ceder a las tentaciones viscerales de ayudar a perseguir al delincuente, sino la de preservar los valores y las garantías de nuestro sistema de justicia, cualquiera sean las implicancias en el caso individual". (La traducción es de mi autoría). También hay que destacar las palabras del Juez Bossert en su voto en el paradigmático caso "Fernández Prieto", resuelto por la Corte Suprema de Justicia el 12/11/98: "las garantías que surgen del art. 18 de la Constitución Nacional protegen a todos los habitantes en todo momento, incluso a aquellos que resultan autores o sospechosos de lesionar bienes jurídicos, pues justamente es en esas situaciones críticas que aquéllas adquieren plena justificación".

²⁰¹ Un argumento que podría invocarse para mantener la inconveniencia de esta aplicación retroactiva, pero que no analizo aquí por tener un carácter meramente pragmático y no normativo, es el que marcaría que en virtud de esta aplicación se malgastarían los importantes recursos económicos que demandó el juzgamiento de los condenados cuyas sentencias se dejarían sin efecto. Esto porque, como cuestión normativa, el supuesto carácter anti-económico de esta aplicación retroactiva no constituye un argumento válido para sustraerse a la obligación constitucional de remediar la violación a un derecho fundamental. En este sentido, en materia de garantías de los imputados, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Massaccesi" (sentencia del 22/12/1998) estableció que las cuestiones presupuestarias no pueden ser invocadas para justificar el incumplimiento de normas y garantías. Esta objeción apunta a una cuestión que no es menor, si se tiene en cuenta que, para el año 2003, el costo medio de tramitación de un caso penal en la justicia federal de la Ciudad de Buenos Aires demandó \$67.013 y en la justicia ordinaria de la misma ciudad alcanzó los \$22.473, cf. MARCHISIO, ADRIÁN, El costo de la justicia penal. Estudio referido a la Justicia Ordinaria y Federal de la Ciudad de Buenos Aires, *NDP 2005/A*, Buenos Aires, pág.361. Sin embargo, también puede ser refutada por inconsistente dentro de la lógica de su propio razonamiento. En efecto, aún cuando esta objeción fuera considerada a primera vista como plausible, esta falla en demostrar que en términos económicos, al menos respecto de los condenados privados de su libertad, no sea conveniente que el sistema penal no aplique su coacción sobre personas condenadas en violación a un derecho que ahora se reconoce como fundamental. Si bien no pude acceder a estadísticas oficiales que den cuenta del gasto anual por alojamiento de un interno en un establecimiento penitenciario federal, acorde con la información presupuestaria que me suministrara el CELS, se puede estimar que para el año 2004 esta cifra superaba los \$36.000, un valor anual que, más o menos inmediatamente, neutraliza el costo del juicio.

relacionados al caso "La Tablada" y más recientemente en "Rosza", en verdad reclama que esta aplicación retroactiva tenga lugar.

Claramente, la previsibilidad del derecho y de las reglas jurídicas es una característica que define al concepto de seguridad jurídica. Esta es un requisito esencial del Estado de Derecho en tanto la previsibilidad de las reglas genera la válida expectativa de que su sujeción permite prever las consecuencias legales de las conductas humanas y de las potestades públicas.

Para la posición que busco refutar, el principio de división de poderes, por el cual el poder legislativo crea el derecho y el poder judicial lo interpreta, asegura la previsibilidad. La sujeción del poder judicial a las reglas preestablecidas por otro órgano procura que la adjudicación no altere el carácter previsible del derecho²⁰². La retroactividad de la jurisprudencia es rechazada en tanto afectaría esta previsibilidad.

Ahora bien, por los argumentos que enseguida desarrollaré, mantendré que la seguridad jurídica –entendida como previsibilidad– siempre se ve lastimada cuando tiene lugar la interpretación constitucional, ya que esta ineludiblemente apareja reconocimientos retroactivos de derechos. Por esta razón, alegaré que la aplicación retroactiva de la jurisprudencia contribuye a la seguridad jurídica en tanto evita el escándalo de que el reconocimiento de derechos esté supeditado a una cuestión moralmente irrelevante como el tiempo en que un caso se decide y que es, además, imputable a la institución judicial. Al decir de Arturo-Enrique Pérez Luño, la seguridad jurídica vale en tanto "una función del Derecho que asegura la realización de las libertades"²⁰³. Con esto en cuenta, concluiré que la retroactividad de esta jurisprudencia debe ser receptada y buscada por aquellos interesados en la construcción y fortalecimiento del Estado de Derecho.

²⁰² Ver en este sentido el trabajo de CARACCILO, RICARDO, Discreción, respuesta correcta y función judicial", publicado en *Estado de Derecho y Democracia. Un debate acerca del "Rule of Law"*, Seminario Latinoamericano de Teoría Constitucional y Política (SELA Buenos Aires, Editores del Puerto, 2002, pág. 213: "creo que se puede describir la idea básica de la Rule of Law de la siguiente manera: a) las decisiones de los jueces en todas las controversias de carácter particular deben estar determinadas por el derecho existente, previamente a cada decisión. Ello significa al menos que, si se satisface esta exigencia, la respuesta jurídicamente correcta a cada controversia no depende del arbitrio de los jueces. Esta idea es neutral, por ahora, porque no se dice si esa respuesta tiene que resultar de una regla (a la manera de Hart) o si también hay que incluir para ello a los principios (de acuerdo con Dworkin). También es neutral porque no se abre juicio sobre si esa respuesta remite a consideraciones morales o no, al menos en los denominados casos difíciles. Los jueces, de acuerdo con esta idea, deben limitarse a aplicar el derecho, aún cuando para satisfacer este deber tengan que recurrir a argumentos morales".

²⁰³ PÉREZ LUÑO, ANTONIO-ENRIQUE, Seguridad jurídica, publicado en GARZÓN VALDÉS, ERNESTO Y LAPORTA, FRANCISCO J. (edit.) *El derecho y la justicia*, Editorial Trotta, Madrid, 1996, pág. 483.

Hart, Dworkin y la retroactividad

La interpretación de la Constitución y de los pactos internacionales de derechos humanos no es un asunto sencillo.

Ya sea por la vaguedad de los términos con que los derechos están allí reconocidos o por la insuperable indeterminación de los conceptos básicos que estos buscan asegurar – igualdad, justicia, razonabilidad, etc.-, la interpretación de los derechos no es unívoca. Por ende, tampoco es lógica ni produce ni puede asegurar certeza. La interpretación constitucional podrá ser persuasiva, convincente, absurda, conservadora, progresista, prejuiciosa, prudente, pero siempre será discutible.

No hay manera de escapar a esta cuestión. Ni siquiera el originalismo constituye una base segura, ya que como acertadamente se ha señalado esta propuesta basa su autoridad en una petición de principio²⁰⁴. De esta manera, la interpretación de los derechos fundamentales constituye un problema enorme e insalvable.

Pese a ello, en nuestro sistema, los jueces tienen la facultad normativa de interpretar y aplicar los derechos reconocidos en la Constitución y en los pactos internacionales de derechos humanos. La Corte y los tribunales inferiores han guiado el ejercicio de este deber por pautas interpretativas y políticas, más o menos discutibles y a veces contradictorias entre sí. Así, el principio *pro homine*, de interpretación literal, de interpretación dinámica y sistemática o teleológica, por mencionar sólo algunos, han sido utilizados de modo anárquico y para fundar posturas contradictorias por los tribunales argentinos a la hora de responder distintas preguntas constitucionales²⁰⁵. Justamente por esta razón, es que se argumenta que la aplicación de los precedentes anteriores en sí misma

²⁰⁴ Ver, al respecto, GARGARELLA, ROBERTO, "*Interpretación del derecho*", *op.cit.*, pág. 655 y ss.

²⁰⁵ Para esta cuestión confrontar SAGÜES, NÉSTOR, Interpretación constitucional y alquimia constitucional, *Jurisprudencia Argentina*, IV-9, año 2003, pág. 62 y ss., donde el autor individualiza y ejemplifica la serie de criterios interpretativos empleada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en su jurisprudencia constitucional. Ver, en el mismo sentido, QUIROGA LAVIÉ, HUMBERTO; BENEDETTI, MIGUEL A.; CENICACELAYA, MARÍA DE LAS NIEVES, *Derecho Constitucional Argentina*, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2001, págs. 83/106.

constituye una guía de interpretación que busca asegurar la coherencia y limitar la discrecionalidad de cada juez, priorizando un criterio institucional de interpretación²⁰⁶.

Podría decirse que todos estos principios hermenéuticos buscan racionalizar la actividad que realiza el juez, dotarla de una apariencia de tecnicismo e imparcialidad que eliminen dos fuertes e importantes temores: el de discrecionalidad y el de creación del derecho²⁰⁷. Estos resultados son temidos precisamente porque, de concretarse, la adjudicación constitucional carecería de legitimación y de legalidad.

Pero como la interpretación de los derechos fundamentales no es unívoca, se debe aceptar que esta circunstancia abre la puerta a la discrecionalidad. Vale aclarar que la discrecionalidad no siempre está asociada a un resultado injusto, sólo a uno que es resultado del voluntarismo del intérprete porque no se desprende de la norma.

Ahora bien, sea que se comparta esta posición que considera inevitable este margen de discrecionalidad en la adjudicación o, por el contrario, se piense que mediante el empleo de determinados criterios de interpretación éste puede ser reducido, lo cierto es que la adjudicación constitucional siempre aparejará el reconocimiento retroactivo de los derechos. Quiero aclarar que, en este contexto, aludo al concepto de retroactividad

²⁰⁶ Ver, William Brennan, Jr., *op.cit.*: "Desde los orígenes del derecho constitucional norteamericano, la regla de precedente fue conceptualizada como indispensable para limitar la discreción judicial: 'Para evitar las arbitrarias discrecionalidades de los jueces, es indispensable que ellos sean vinculados por reglas estrictas y precedentes que sirvan para definir y puntualizar su deber en cada caso particular que se les presenta', Alexander Hamilton, *The Federalist* No. 78. La publicación de las decisiones de los jueces fue entendida como condición necesaria para garantizar la vigencia de esta regla de precedente y el control sobre la actividad de los jueces. Varias jurisdicciones tienen una regla por la cual las decisiones no publicadas no tienen valor como precedente". (La traducción es de mi autoría).

²⁰⁷ Ver, BOVINO, ALBERTO y COURTIS, CHRISTIAN, Por una dogmática conscientemente política, publicado en *Anuario de Filosofía del Derecho* por el Ministerio de Justicia de España, t. XVII, año 2000, pág. 186, donde estos autores destacan que para Carlos Nino: "la reformulación del sistema legislado es una de las funciones más importantes de la dogmática jurídica, y que esta función no resulta incompatible con la adhesión al derecho positivo pues la utilización de ciertas técnicas oculta esta función creadora. Esta función creadora de derecho es ocultada por las técnicas de interpretación utilizadas por los dogmáticos y por el desarrollo de elaboraciones conceptuales denominadas 'teorías jurídicas'. La operación de los mecanismos y técnicas que reformulan el derecho legislado presupone un bagaje de construcciones teóricas generales caracterizadas por su elevado nivel de abstracción, por la multiplicidad de categorías conceptuales y por su amplio grado de generalidad". Estos autores también remarcen que "la tarea dogmática no sólo deduce reglas y principios del derecho positivo, sino que además permite realizar inferencias de reglas y principios *no contenidos* en el sistema legislado. La fecundidad de una teoría dogmática puede ser medida en términos de las posibilidades para deducir de ella reglas no contenidas en el derecho positivo..." y, agregando con cita de Nino, en págs. 187/8, que "esa doble vinculación con las normas legisladas y las reglas originadas en la misma dogmática permite presentar a estas últimas como derivadas de los mismos presupuestos que aceptó el legislador al formular su sistema... El dogma de la adhesión al derecho positivo es incompatible, aparentemente, con la función creadora de nuevas soluciones, y para mantener la operatividad de ambos ideales se recurre a un complicado desarrollo conceptual que presenta la reformulación del derecho como un conjunto de soluciones ya contenidas en el derecho positivo".

haciendo referencia a que, cuando judicialmente se establece una interpretación constitucional se lo hace de modo retroactivo, ya que la definición de esta cuestión no estaba totalmente establecida con anterioridad.

Cierto es que podría entenderse que algunas reglas constitucionales surgían implícitamente de los precedentes anteriores y que, en consecuencia, no sería retroactivas. Sin embargo, como enseguida se explicará, en algún punto su definición importa el establecimiento de una nueva regla y en la medida que esta regla predica cuál es el derecho, este acto alcanza a situaciones anteriores que serán contrastadas con un nuevo estándar constitucional.

Como es sabido, el problema de la retroactividad en la adjudicación, como consecuencia de las dificultades intrínsecas a la interpretación, fue justamente el que enfrentó teóricamente a Herbert Hart²⁰⁸ y a Ronald Dworkin²⁰⁹ y provocó su célebre debate²¹⁰.

Las posiciones de estos autores son particularmente relevantes para lo que aquí argumento. No quiero decir que las teorías de Hart y de Dworkin resuman la posición sustantiva de cada una de las distintas teorías constitucionales que existen acerca la interpretación constitucional. Lo que mantengo es que las posiciones de Hart y Dworkin exponen paradigmáticamente las distintas consecuencias que siguen, respecto de la retroactividad en la interpretación constitucional, a las posturas que afirman y niegan, por las razones de fondo que sean, la discreción judicial.

Para Hart, debido a la textura abierta del lenguaje, la discreción judicial es un resultado no deseado de la interpretación del derecho que, en los casos difíciles, es insalvable. Cuando esto sucede, el juez crea una norma, una solución jurídica no preestablecida por el derecho, y de esta manera, se viola la previsibilidad. Esta discreción judicial en sentido fuerte comprometería la exigencia del Estado de Derecho, ya que “en

²⁰⁸ HART, H.L., *El concepto de derecho*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1961.

²⁰⁹ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, *op.cit.*, págs. 43/303.

²¹⁰ Es importante tener en cuenta la advertencia formulada por Carlos Santiago Nino acerca de que “el significado del discurso jurídico se distorsiona seriamente si se hace una distinción radical entre las proposiciones acerca del deber judicial formuladas en casos claros y las que se formulan en casos controvertibles. Cuando, frente a un caso controvertible, se dice que los jueces están obligados a resolverlo de cierta forma, esto no expresa una propuesta para reformar el derecho o una aspiración acerca de cómo el derecho debería ser, sino que es una afirmación acerca de lo que el juez está obligado a hacer aquí y ahora de acuerdo con el derecho”, cf. NINO, CARLOS SANTIAGO, *La validez del derecho*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1985, pág. 151.

este modelo tendría que existir la posibilidad empírica de conocer anticipadamente cuál es (la) respuesta correcta²¹¹.

Frente a esto, la teoría de la “respuesta correcta” de Dworkin aparentemente refutaría el argumento que plantea Hart acerca de que la interpretación constitucional es siempre retroactiva. Para Dworkin, cuando los jueces deciden casos constitucionales, aún los difíciles, no actúan discrecionalmente sino que bucean en los precedentes para interpretarlos a mejor luz y encontrar los principios que resuelven el problema de la determinación del derecho presentado por la cuestión traída a su juzgamiento. Para esta teoría de interpretación constitucional, no hay creación de reglas *ex post facto* sino que se trata de la aplicación de reglas preexistentes. Así, la certeza en la determinación del derecho estaría asegurada a la vez que se salvaguardaría el Estado de Derecho en tanto los casos se resuelven conforme al derecho preexistente.

Sin embargo, la tesis de los derechos de Dworkin, aunque persuasiva, sólo sería consistente para solucionar el problema de la determinación del derecho más no el de su retroactividad. Como explicaré a continuación, se han formulado dos críticas relevantes a la tesis de los derechos de Dworkin que cuestionan que con ésta se asegure la previsibilidad en la determinación del derecho.

La primera objeción es la que desarrolla Ricardo Caracciolo quien argumenta que la tesis de Dworkin no alcanza a eliminar el problema de la previsibilidad del derecho porque, como el peso relativo a cada principio no puede generalizarse y sólo puede determinarse en el caso concreto, la respuesta correcta sólo puede tener alcance particular y no ser retroactiva únicamente respecto de las partes que pudieron exponer sus argumentos de manera previa a su resolución y pudieron contribuir a la determinación del derecho que es finalmente consagrada con el dictado del precedente²¹².

²¹¹ CARACCILO, Ricardo, *op. cit.*, pág. 215: “si, de acuerdo con Hart, la textura abierta es inevitable, el derecho será en todo caso parcialmente indeterminado. Por otro lado, si se adopta el escepticismo radical acerca de las reglas todas las decisiones de los jueces tendrán que considerarse discrecionales. Ningún diseño institucional podrá en ambos supuestos eliminar la discreción. En el primero, la exigencia normativa del Rule of Law sólo se puede satisfacer parcialmente. En el segundo, semejante exigencia constituye un ideal imposible de alcanzar”.

²¹² CARACCILO, Ricardo, *op. cit.*, pág. 220.

Por su parte, el académico norteamericano Kenneth Kress formula una segunda importante objeción a la tesis de Dworkin²¹³. Este autor argumenta que, como la tesis de Dworkin apunta a evitar la discreción judicial, se ha asumido erróneamente que también soluciona la cuestión de la retroactividad en la adjudicación. Por esto, postula que los propios principios que animan la tesis de Dworkin, llevados a su consecuencia lógica, determinan que tenga lugar esta retroactividad. Para esta posición, la teoría de determinación del derecho que propone Dworkin ocasiona que cuando se resuelve un caso difícil en un sentido *A*, las cuestiones jurídicas *X* que no habían estado previamente determinadas en su contenido cambian esta condición, pasando a estar determinadas y establecida su correspondencia a una categoría deóntica (permitida, prohibida, obligatoria). Kress señala que la solución de los casos difíciles genera este “efecto dominó” en el sistema jurídico así modificándolo, no de modo discrecional, pero sí retroactivamente²¹⁴.

²¹³ Ver KRESS, KENNETH J. Legal reasoning and Coherence Theories: Dworkin's right tesis, retroactivity and the linear order of decisions, 72 *Calif. L. Rev.* 369, año 1984, págs. 374/377: “Dworkin argumenta que la tesis de los derechos evita la retroactividad indebida que critica el positivismo. Un examen detenido de la teoría legal de Dworkin revela que la tesis de los derechos de Dworkin es vulnerable a la misma crítica que Dworkin efectúa del positivismo de Hart. La tesis de los derechos también requiere de la aplicación retroactiva del derecho” (la traducción es de mi autoría).

²¹⁴ Ver KRESS, KENNETH J., *op. cit.*, pág. 377 y 381/2: “Para entender el ‘efecto dominó’ es necesario explicar la teoría jurídica de Dworkin... Para Dworkin, cuando un juez se enfrenta a una cuestión legal primero debe determinar cuál es el derecho establecido en su jurisdicción *DE*. Este derecho está integrado por toda la historia institucional de la jurisdicción incluyendo la Constitución, la sanción y derogación de leyes, pronunciamientos judiciales y, tal vez, las reglamentaciones administrativas... Algunos aspectos del derecho establecido pueden llegar a ser descartados como errores... Ajustar el derecho establecido eliminando los errores es un proceso sutil que Dworkin ha descrito como ‘equilibrio reflexivo’ entre los hechos institucionales y una coherente teoría institucional que pueda justificarlos... La teoría que ‘lee el derecho a su mejor luz’ puede ser concebida como una serie de principios básicos *P* de cual cada una de las proposiciones del derecho establecido puede ser deducida lógicamente. Sin embargo, habrá algunas proposiciones de derecho *D* que permanecerán abiertas en el sentido de que ni su proposición ni su negación se deducirán lógicamente (o teóricamente) de los principios básicos *P*. El grupo de cada una de esas proposiciones *D* comprende el grupo *N* de sus no-consecuencias. Este grupo *N* de no-consecuencias puede ser concebido como un grupo de pares ordenados de proposiciones y sus contradictorias. Debido a que en la teoría de Dworkin siempre hay una sola respuesta correcta, exactamente una proposición de cada uno de esos pares ordenados será verdadera. La clase conteniendo todas las proposiciones verdaderas... será el grupo de derecho verdadero pero no establecido, *DNE*... La verdad de cada una de las proposiciones que integran *DNE* no puede consistir en su derivación de *P*... Antes bien, Dworkin nos dice, las proposiciones miembros de *DNE* son verdaderas por virtud de su coherencia... Entonces, en cualquier momento, las proposiciones de derecho que no son consecuencia de los principios básicos *P* son verdaderas (o falsas) en virtud de su mayor (o menor) coherencia con la teoría que ‘lee el derecho a su mejor luz’ en ese momento determinado. ... La teoría de Dworkin nos dice que en un caso difícil, cuando un juez es llamado a decidir una cuestión legal *Q* que no se deriva lógicamente (o teóricamente) de los principios *P*, debe hacerlo determinando si es *Q* o $\neg Q$ la proposición más coherente con la teoría que ‘lee el derecho a su mejor luz’. Consideren un caso en que *Q* guarde más coherencia con esa teoría que $\neg Q$ y que el juez así lo determina. En virtud de esa decisión, *Q* ya no es más parte de... *DNE*. Es ahora parte del derecho establecido. Esto modifica la teoría que ‘lee el derecho a su mejor luz’ y, como podría esperarse en una teoría de la coherencia, tiene efectos dominó en el resto del sistema. Más precisamente, el

De este modo, ya sea que se tenga una postura por así llamar *escéptica* de la interpretación constitucional o bien una que entienda que puede arribarse a una interpretación constitucional no discrecional, siempre se estará frente al problema de la retroactividad en el reconocimiento de derechos constitucionales. La importante diferencia entre una y otra concepción es que para la segunda, si bien existirá retroactividad, no existirá discrecionalidad.

La tesis que se mantiene en este trabajo es que, para cualquiera de estas dos posturas, la aplicación retroactiva de la nueva jurisprudencia es necesaria porque contribuye a evitar la discrecionalidad en el reconocimiento de derechos, porque remedia la desigualitaria adjudicación de derechos causada por los cambios de jurisprudencia y, en consecuencia, porque asegura la legitimidad del sistema de adjudicación constitucional.

Por un lado, porque si se adopta una concepción teórica que valora negativamente la adjudicación constitucional por equipararla a un acto de creación jurídica, la aplicación retroactiva de la nueva jurisprudencia fundamental, al elevar sustancialmente los costos institucionales y políticos de sentar un precedente que reconozca un nuevo derecho, constituye un excelente incentivo institucional para asegurar el ejercicio prudente de la adjudicación constitucional. De este modo, aquéllos preocupados por el ejercicio del contralor judicial de constitucionalidad deben coincidir en que, como este contralor es un dato *normativo* de nuestro sistema jurídico, la aplicación retroactiva de la jurisprudencia

derecho establecido ahora contiene una proposición más, a saber, *Q*. Llamémoslo *DE'*. La nueva teoría que "lee el derecho a su mejor luz" diferirá, en general con *DE* en que tiene que explicar y justificar la proposición adicional *Q*. Mientras que *DE'* no necesariamente necesita ser coherente con un diferente grupos de proposiciones que las de *DE*, en la mayoría de los casos sí lo hará... Esto es, para alguna proposición *X* del grupo de no-consecuencias *N*, *X* era más coherente con *DE* que lo que lo era $\neg X$, por lo que era antes de esa decisión verdadera y miembro del grupo *DNE* con respecto al *DE*. Después de la decisión, $\neg X$ es más coherente con *DE'*. *X* que era verdadera se convierte así en falsa por el 'efecto dominó' de que *Q* haya sido expresamente resuelta por una decisión judicial. Entonces, mientras que el juez descubrió el derecho y no creó la verdad de *Q*, la cuestión en juego, no obstante él ha creado como consecuencia no deseada la verdad de $\neg X$. En un sentido esto debió ser obvio: las decisiones judiciales cambian el derecho... Obsérvese que el juez ha causado inadvertidamente la aplicación retroactiva del derecho sin ser discrecional. *Q* era la respuesta correcta, requerida por la teoría de adjudicación de Dworkin, desde que *Q* era más coherente con el *DE* que $\neg Q$. Vemos entonces que la tesis de los derechos de Dworkin requiere que sin ejercer la discreción los jueces a veces apliquen el derecho retroactivamente". (La traducción es de mi autoría). Para un ejemplo de cómo opera esta teoría, basta pensar en los precedentes "Mostaccio" y "Santillán", sentencia del 13/08/1998. "Mostaccio" sólo establecía que era violatorio de la defensa en juicio que se condenara al acusado sin que mediare acusación fiscal. Este precedente fue aplicado a situaciones en que había mediado acusación del querellante, cuestión que constituía un aspecto no determinado por éste y que lo fuera recién en "Santillán". Este fallo, así, retroactivamente establece esta cuestión.

constituye un factor clave para evitar reconocimientos discrecionales de derechos que responden más al decisionismo que al normativismo²¹⁵.

Por otro lado, quienes consideren que la interpretación constitucional no crea derechos constitucionales, sino que se limita a descubrir o reconocer derechos preexistentes, para ser consistentes con esta posición que defiende la existencia de “la respuesta correcta”, deben estar también interesados y comprometidos en lograr que este reconocimiento de derechos, que siempre es retroactivo, lo sea de modo igualitario. En efecto, la aplicación retroactiva de la jurisprudencia fundamental más benigna es la única manera de evitar que, el obstáculo para que el justiciable pueda disfrutar del derecho que en verdad le corresponde, obedezca a una razón moralmente irrelevante como el momento en que fue decidido un caso y que es, además, imputable a la institución del Poder Judicial. De este modo, se neutraliza la inseguridad jurídica que de otra manera ineludiblemente conllevaría la adjudicación constitucional.

En atención a estas dos consideraciones, considero que existen razones suficientes para concluir que la aplicación retroactiva de la jurisprudencia fundamental más benigna, si bien no hace a la previsibilidad, contribuye a la seguridad jurídica en lo que hace al reconocimiento igualitario y no discrecional de los derechos de las personas sometidas al mayor poder estatal.

I.b.2) La división de poderes requiere de la aplicación retroactiva de la jurisprudencia

Como se viera anteriormente, el argumento esgrimido para rechazar la aplicación retroactiva de la jurisprudencia, basado en la división de poderes, sostiene que ésta implica equipararla a la legislación.

²¹⁵ Para un mayor análisis del normativismo (primacía del derecho sobre el poder) y el decisionismo (primacía del poder sobre el derecho), ver PAULSON, STANLEY, Subsunción, política jurídica y el reproche de ‘formalismo’. La discusión acerca del ‘guardián de la Constitución’, publicado en CARDINAUX, NANCY; CLÉRICO, LAURA & D’AURÍA, ANIBAL (coord.), *Las razones de la producción del derecho*, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2006, pág. 54, y también CÓRDOBA VIANELLO, LORENZO, La contraposición entre derecho y poder desde la perspectiva del control de constitucionalidad en Kelsen y Schmitt, *Revista Cuestiones Constitucionales, Universidad Nacional de México*, número 15, julio-diciembre de 2006, pág. 52. Para un análisis del decisionismo en la jurisprudencia de la Corte Suprema ver, CÁRCOVA, CARLOS MARÍA, *Derecho, Política y Magistratura*, Ed. Biblos, Buenos Aires, 1996, págs. 106/111.

También corresponde tener en cuenta que aún quienes no objetaran la aplicación retroactiva de esta clase de jurisprudencia a favor de los condenados con sentencia firme, en sí misma, podrían argumentar, como lo hiciera Garay respecto de la jurisprudencia constitucional penal, que en atención al alcance general de esta aplicación, sería más conveniente que fuera el Poder Legislativo quien la dispusiera²¹⁶.

Este argumento, que reserva esta decisión dentro de la esfera de competencia del Poder Legislativo, es atractivo por dos razones.

En primer lugar, porque democratiza, con todo lo que implica política e institucionalmente, el debate sobre las condiciones de ejercicio de los derechos constitucionales, en este caso, su alcance temporal. En segundo término, porque el alcance general que entraña la aplicación retroactiva de la jurisprudencia intuitivamente nos lleva a pensar que el ámbito para disponerla es el legislativo por ser el institucionalmente mejor preparado para adoptarla.

Pues bien, entiendo que este argumento, que a primera vista parece persuasivo, debe ser desechado por ser contrario al principio de división de poderes que dice inspirarlo.

Cuando justifiqué el objeto de esta tesis, expuse las razones que llevaban a sostener las *ventajas* institucionales por las que era más conveniente que la aplicación retroactiva de la jurisprudencia fuera reconocida y dispuesta por el Poder Judicial antes que por el Poder Legislativo o el Ejecutivo. Así, referí que el caso “La Tablada” demostraba que la fuerza del reconocimiento de los derechos se diluye a nivel discursivo cuando no viene acompañado de las *razones* que caracterizan la fundamentación judicial.

Por otra parte, a lo largo de este trabajo, justifiqué el deber de la aplicación retroactiva de la jurisprudencia constitucional más benigna en la necesidad de que el Poder Judicial obtenga y mantenga la legitimidad del ejercicio del control judicial de constitucionalidad. Este deber funda lógica y normativamente la consecuencia de que esta aplicación esté a su cargo, en tanto no sería más que el corolario de la propia adjudicación constitucional.

²¹⁶ Porque este argumento está fundado en el carácter general que tendría esta aplicación, no analizo aquí el argumento de que ésta deba ser dispuesta por el Poder Ejecutivo por medio de indultos, que claramente son actos particulares. Además, esta sería una propuesta radical con pocas probabilidades de ganar adeptos ya que, a diferencia de la decisión del Poder Legislativo de aplicar retroactivamente la jurisprudencia y permitir, en su caso, la realización de un nuevo juicio, el indulto clausuraría definitivamente la posibilidad de un nuevo juzgamiento.

Estos constituyen argumentos que buscan demostrar la conveniencia de que esta aplicación tenga lugar en sede judicial.

Pues bien, en este apartado me interesa justificar, en términos normativos, por qué el principio de división de poderes no condiciona la aplicación retroactiva de la jurisprudencia constitucional más benigna para los condenados con sentencia firme a la decisión del Poder Legislativo y por qué esta aplicación debe ser dispuesta por el Poder Judicial, aún frente a la inexistencia de una ley que la establezca.

Para ello, es importante recordar que actualmente en nuestro sistema jurídico el ámbito de vigencia temporal de la nueva jurisprudencia está dado del siguiente modo. Una nueva regla jurisprudencial se aplica en el caso en que es dictada, generalmente también en los casos pendientes de resolución aunque hayan sido iniciados con anterioridad a su dictado²¹⁷ y, por último, ésta rige la resolución de los casos que se inicien y se resuelvan en el futuro hasta el eventual momento en que sea modificada.

Ahora bien, como se demostró en el punto anterior, la resolución judicial de los casos constitucionales implica una determinación retroactiva de los derechos constitucionales. Por esto, confinar este alcance retroactivo de la jurisprudencia a los casos no resueltos con carácter final, como es el caso en nuestro sistema, implica atentar contra la división de poderes. En efecto, puesto que la función judicial por definición consiste en interpretar el derecho y aplicarlo a un hecho pasado, claramente la aplicación retroactiva de la jurisprudencia se enmarca dentro de la competencia del poder judicial.

En este sentido, se debe tener en cuenta que, como señala Thomas Cooley, “lo que distingue a un acto judicial de uno legislativo es que el primero es una determinación de la ley aplicable con relación a un hecho que ya sucedió, mientras que el segundo es la predeterminación de cuál será la ley para todos los casos futuros que caerán bajo sus provisiones”²¹⁸.

²¹⁷ La Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Téllez” –citado anteriormente– y a partir de allí en los casos “Itzcovich, Mabel c/Anses s/reajustes varios”, sentencia del 29/03/2005 y “Di Nunzio, Beatriz Herminia s/ excarcelación”, sentencia del 03/05/2005, a fin de preservar el valor seguridad jurídica y defensa en juicio, delimitó de modo prospectivo el ámbito temporal de aplicación de las nuevas reglas establecidas en esos precedentes a los recursos interpuestos con posterioridad a su dictado. Es importante tener en cuenta que en el caso “Rosza” la Corte estableció la vigencia de la autoridad institucional de ese precedente a partir de un año de la fecha en que fue dictado.

²¹⁸ COOLEY, THOMAS M.; GARRINGTON, WALTER, *A Treatise on the Constitutional Limitations which Rest Upon this Legislative Power of the States of the American Union, with Large Additions, Consideration of*

De este modo, la posición actual de la Corte, que hace “regir” la jurisprudencia a partir de la fecha en que fue dictada para el caso en que es sentada y para los casos resueltos con posterioridad a él, es incompatible con esta división de funciones entre los poderes legislativo y judicial. Esto en tanto materialmente equipara el dictado de esta nueva jurisprudencia al de la legislación, que como es sabido, rige a partir del momento en que es dictada²¹⁹.

Probablemente, el poner el acento en el momento la fecha en que la jurisprudencia es sentada, para hacerla regir de ahí al futuro, obedezca a que es incómodo reconocer que la interpretación constitucional es ineludiblemente retroactiva y que, en consecuencia, afecta la previsibilidad. Desde esta perspectiva, el limitar su vigencia de esta manera es un modo útil para atenuar tanto la trascendencia como el impacto de la interpretación constitucional²²⁰. Pero esta cuestión de política institucional no permite suplir su déficit constitucional.

Por este motivo, la postura que no admite la aplicación retroactiva de la jurisprudencia y que postula su exclusiva vigencia a partir del momento en que es dictada, subvierte la función y hasta la legitimación del poder judicial. Manipular de este modo el alcance temporal de la jurisprudencia, en casos en que su aplicación prospectiva no es obligada por los mencionados principios constitucionales, sí implica desdibujar el límite entre la función judicial y la legislativa.

Asimismo, este mismo fundamento que atiende a las facultades del poder legislativo y del judicial para establecer consecuencias jurídicas, respectivamente, para hechos futuros y pasados, convierte en constitucionalmente inadmisibles una propuesta de la clase formulada por la Corte Suprema en el caso “Felicetti” para que fuera el Poder Legislativo quien dispusiera que a los condenados en el caso “La Tablada” se les aplicara retroactiva de la jurisprudencia internacional. Respecto de esta posición, cabe recordar, como ya se

Amendments, and Iving the Results of the Recent Cases, Little, Brown & Company, Boston, 1927, pág.183 (la traducción es de mi autoría).

²¹⁹ Ver en este sentido, SHANNON, BRADLEY SCOTT, *op.cit.*, pág. 811, quien afirma que la retroactividad en los casos pendientes de apelación es requerida por la función judicial en tanto esta implica resolver los hechos del pasado e interpretar el derecho aplicable, tal como es entendido ahora.

²²⁰ Es importante tener en cuenta que esta cuestión nada tiene que ver con la necesidad de delimitar de manera prospectiva el ámbito de aplicación temporal de la jurisprudencia para, como se hiciera en el fallo “Téllez”, salvaguardar la seguridad jurídica y la defensa en juicio. Por el contrario, esta finalidad sí está presente en el caso “Rosza” en la medida que su aplicación selectivamente prospectiva buscó disminuir el impacto de la nueva regla, por lo que no resguarda, adecuadamente, el derecho de todos los justiciables a ser juzgados por un juez imparcial, idóneo e independiente.

señalara, que tal como advirtiera Garrido en su trabajo, la categórica posición de la Corte la obligaría incluso, por sus propios términos, a negar la constitucionalidad de una ley de esta naturaleza.

Personalmente, considero que el Poder Legislativo posee la facultad de eliminar para el futuro del sistema jurídico una norma que ha sido declarada inconstitucional por la Corte Suprema y también para proveer un remedio general para que se puedan revisar las sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada por aplicación de la jurisprudencia constitucional más benigna, por ejemplo, ampliando el alcance del recurso de revisión.

El buen diálogo entre los poderes públicos impone al Congreso atender las interpretaciones constitucionales fijada por la Corte, discutir las y, en caso de receptorlas, adecuar de manera consistente la legislación. La consagración legislativa de la regla de exclusión de la prueba obtenida en violación a una garantía constitucional, que había sido primeramente sentada por la Corte Suprema²²¹, constituye un buen ejemplo de cómo debería funcionar, idealmente, esta mecánica.

La objeción que aquí formulo se refiere a que el Poder Legislativo dicte leyes que afecten el modo en que se adjudicó en casos particulares, que era lo que propiciaba la Corte en el caso “La Tablada”.

Esta objeción constitucional se basa en que, como la Corte Suprema de Justicia es la intérprete final de la Constitución Nacional, el principio de división de poderes impide al Poder Legislativo alterar el modo en que fueron adjudicados constitucionalmente casos particulares en el pasado.

Para esto, me apoyo nuevamente en Cooley quien sostenía “una ley declaratoria es una que es sancionada en orden a despejar toda duda acerca de cuál es la norma...y puede declarar que la otra ley es diferente a lo que los tribunales han interpretado... La legislatura es siempre competente para cambiar una norma existente por medido de una ley declaratoria, y cuando esta ley rige sólo respecto de casos futuros, no es objetable que

²²¹ La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el *leading case* “Florentino”, sentencia del 27/11/1984, sienta la regla de exclusión en garantía constitucional, confirmando así la doctrina fijada en “Montenegro”, sentencia del 10/12/1981.

El Código Procesal Penal de la Nación en el art. 172 consagra esta regla al establecer que “la nulidad de un acto, cuando fuere declarada, hará nulos todos los actos consecutivos que de él dependan. Al declarar la nulidad, el tribunal establecerá, además, a cuáles actos anteriores o contemporáneos alcanza la misma por conexión con el acto anulado. El tribunal que la declare ordenará, cuando fuere necesario y posible, la renovación, ratificación o rectificación de los actos anulados”.

asuma que la ley fue en el pasado lo que ahora se declara deberá ser en el futuro. Pero la acción legislativa no puede retrotraerse a controversias pasadas y a revertir decisiones que las cortes, en ejercicio de su indiscutible autoridad, han dictado, porque esto... constituiría el ejercicio del poder judicial... Las legislaturas no pueden dejar sin efecto las interpretaciones de la ley que han realizados las cortes en casos concretos... Declarar qué es el derecho corresponde al poder judicial, declarar cuál deberá ser el derecho corresponde al poder legislativo”²²².

La importancia de esta cuestión no ha pasado desapercibida para la propia Corte Suprema.

En efecto, en dos oportunidades sumamente trascendentes para la historia constitucional e institucional de nuestro país, la Corte tuvo que analizar la validez de leyes que establecían, en forma retroactiva, consecuencias jurídicas determinadas a hechos que habían sido ya resueltos por el Poder Judicial o que estaban todavía sujetos a revisión. Como se verá, estas leyes establecían consecuencias que pueden ser valoradas como negativas o como favorables para los derechos humanos, según se ponga el foco en los derechos de los acusados o en el derecho de las víctimas de las violaciones masivas a los derechos humanos ocurridas en la última dictadura militar a que se enjuicie y castigue a los responsables de estos hechos. Con esta aclaración busco enfatizar que la constitucionalidad de una ley de esta naturaleza no depende del contenido del derecho que ésta busca establecer ni de la corrección normativa del resultado que busca asegurar.

La primera oportunidad en que esta cuestión fue advertida y analizada por la Corte fue en el precedente “Camps”²²³, donde los jueces Petracchi y Bacqué, con apoyo expreso en la posición doctrinaria de Cooley, sostuvieron que, de considerarse que la ley de Obediencia Debida²²⁴ obligara a los jueces a fallar en determinado sentido sustantivo

²²² COOLEY, THOMAS M.; GARRINGTON, WALTER, *op.cit.*, pág. 188/90 (la traducción es de mi autoría).

²²³ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Causa originariamente incoada en virtud del decreto 20/84 del Poder Ejecutivo Nacional” conocida como “Camps”, sentencia del 22 de junio de 1987.

²²⁴ Ley 23521 sancionada el 08/06/1987 y publicada el 9/06/1987. Posteriormente derogada por la nro. 24.952 publicada el 17/4/98. Esta ley establecía que “se presume sin admitir prueba en contrario que quienes a la fecha de comisión del hecho revistaban como oficiales jefes, oficiales subalternos, suboficiales y personal de tropa de las Fuerzas Armadas, de seguridad, policiales y penitenciarias, no son punibles por los delitos a que se refiere el artículo 10 punto 1 de la ley N° 23.049 por haber obrado en virtud de obediencia debida. La misma presunción será aplicada a los oficiales superiores que no hubieran revistado como comandante en jefe, jefe de zona, jefe de subzona o jefe de fuerza de seguridad, policial o penitenciaria si no se resuelve judicialmente, antes de los treinta días de promulgación de esta ley, que tuvieron capacidad decisoria o participaron en la elaboración de las órdenes. En tales casos se considerará de pleno derecho que las personas

respecto de hechos ocurridos con anterioridad a su dictado, vulneraría la división de poderes entre el Poder Legislativo y el Poder Judicial.

Esta cuestión fue nuevamente sometida a decisión de la Corte Suprema en el caso “Simón”, oportunidad en la que tuvo que analizar la validez constitucional de la ley 25.779²²⁵ que declarara insanablemente nulas las leyes de Obediencia Debida y Punto Final²²⁶. Si bien la Corte, por mayoría, declaró la validez de esta ley, no lo hizo con mayoría de fundamentos²²⁷, por lo que no se ha reconocido la competencia del Poder Legislativo para alterar en forma retroactiva consecuencias jurídicas ya resueltas por el Poder Judicial. Es más, la regla que surge del fallo es que las llamadas “leyes del perdón” han perdido vigencia, no por la ley 25.779, sino porque la Corte las declaró inconstitucionales²²⁸.

mencionadas obraron en estado de coerción bajo subordinación a la autoridad superior y en cumplimiento de ordenes, sin facultad o posibilidad de inspección, oposición o resistencia a ellas en cuanto a su oportunidad y legitimidad”.

²²⁵ Ley 25.779, sancionada el 21/8/2003, promulgada el 2/9/2003.

²²⁶ Ley 23.521, sancionada el 23/12/1986 y publicada el 29/12/1986, dispuso, con algunas excepciones, la extinción de las acciones penales por presunta participación en cualquier grado, en los delitos del artículo 10 de la ley 23049 y por aquellos vinculados a la instauración de formas violentas de acción política. Posteriormente derogada por la nro. 24.952 publicada el 17/4/98.

²²⁷ En efecto, los jueces Petracchi y Lorenzetti le dio a esta ley el carácter de una declaración que no violaba la división de poderes porque los jueces conservaban la facultad de decidir con carácter final sobre la validez de las leyes de Obediencia Debida y Punto Final. Por su parte, Maqueda y Highton la consideraron válida con el fundamento de que con su dictado el Congreso estaba cumpliendo con el deber de adecuar el derecho interno con el derecho internacional y Zaffaroni lo hizo únicamente con el argumento de que esta ley, al eliminar los obstáculos para el juzgamiento de estos crímenes, aseguraba la soberanía nacional. El juez Fayt, en su voto en disidencia, argumentó que esta ley era inválida porque el Poder Legislativo sólo puede dejar sin efecto a las leyes para el futuro. Reafirmó que sólo el Poder Judicial puede invalidar los efectos de una ley. Boggiano y Argibay no se pronunciaron sobre esta cuestión.

²²⁸ Con relación a esta cuestión, ver GELLI, MARÍA ANGÉLICA, “La ‘anulación’ de las leyes de amnistía y la tragedia argentina”, publicado en La Ley 2003-F, 1204: “la norma no anula, porque no emplea lenguaje anulatorio. En otras palabras, no dispone formalmente la nulidad de las disposiciones cuestionadas. Ahora bien, si la ley 25.779 constituye una declaración ¿por qué el Congreso no utilizó ese mecanismo, que emplea habitualmente cuando quiere manifestar su opinión como cuerpo? Del debate de la ley en la Cámara de Diputados parece emerger la conciencia clara en los legisladores acerca de que la cuestión se resolverá finalmente en los tribunales judiciales y, en última instancia en la Corte Suprema. Sin duda, será ésta quien deberá decidir sobre la aplicación o no de las leyes de amnistía -su inconstitucionalidad o su incompatibilidad con los derechos bajo el Pacto de San José- y acerca de la constitucionalidad de la ley declarativa de nulidad de aquellas disposiciones”. Ver, asimismo, SAGÜES, NÉSTOR P., Sobre la “derogación” y “anulación” de leyes por el Poder Legislativo, LA LEY 2005-A-, Buenos Aires, pág. 518, donde sostiene que “aún cuando, para salvar la constitucionalidad de esta ley, se le reconociera un carácter meramente declarativo, aún así, no podría leerse a tal norma como una suerte de mensaje o directriz del Poder Legislativo hacia el Judicial, acerca de cómo este último debería resolver la validez constitucional intrínseca de las leyes de punto final y obediencia debida, porque tal especie de presión importaría una inaceptable interferencia del Congreso sobre la judicatura. Esta tiene que ser, en efecto, no solamente independiente sino también imparcial, en los términos del art. 8º del Pacto de San José de Costa Rica... y no sería bueno que un Poder del Estado, por más que sea representativo del Pueblo, indicase a los jueces cómo considera que deben dictar sus sentencias”.

De este modo, si bien la jurisprudencia de la Corte no ha receptado todavía la postura que aquí sostengo, la ha tenido en cuenta. Entiendo que ha sido esta consideración la que impidió que se convalidara la constitucionalidad de una ley que impone retroactivamente consecuencias jurídicas que fueran anteriormente rechazadas por la judicatura, incluso aún cuando la Corte cambiara su criterio y terminara fallando en el mismo sentido sustantivo propiciado por la ley cuestionada.

Por último, a las razones normativas por las que, de cara al principio de división de poderes, la aplicación retroactiva de la nueva jurisprudencia en materia penal debe ser dispuesta por el poder judicial, quiero agregar un argumento teórico que avala esta distribución, así entendida, de competencias institucionales.

En este sentido, es relevante destacar que, de cara al valor de seguridad jurídica que este principio busca preservar, se ha señalado la existencia de razones de diseño institucional por las que sería más conveniente, en términos de lograr mayor previsibilidad, que la interpretación y aplicación retroactiva del derecho esté en manos del poder judicial antes que en las del poder legislativo.

Para esta posición, desarrollada por Roland A. Cass, factores como la independencia del poder judicial asegurada por garantías orgánicas, la circunstancia de que los jueces deben resolver casos concretos considerando sus circunstancias particulares y respetando los precedentes y el interés que tienen los jueces de que sus fallos cuenten con el respeto de sus pares y de colegas académicos, aseguran que las decisiones judiciales que implican distribuciones retroactivas de derechos sean más previsibles y más legítimas que las que se adoptan en los ámbitos políticos, al estar menos exentas a las presiones de los grupos de interés²²⁹.

²²⁹ CASS, RONALD A., Norms and incentives of retrospective decision-making, *Boston University Law Review*, 75.B.U.L. 941, (1995).

CAPÍTULO III

IMPLEMENTACIÓN IGUALITARIA Y OPTIMIZADA DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

La importancia de asegurar una igualitaria y óptima implementación de la jurisprudencia internacional más benigna en materia de garantías procesales penales está dada en el enorme impacto que ha tenido, para la adjudicación local en esta materia, la jurisprudencia del sistema interamericano y la de los comités de Naciones Unidas encargados de monitorear el cumplimiento de los pactos pertenecientes a ese sistema²³⁰.

Este impacto obedece a que, en la generalidad de los casos, la jurisprudencia internacional ha sido más progresiva y generosa que la nacional en cuanto al reconocimiento de las garantías procesales de los acusados de un delito. Seguramente, esto ha obedecido a que estos instrumentos internacionales expresamente prevén una serie muy amplia y detallada de derechos que, cuestionablemente, no habían sido derivados por la Corte Suprema a partir de la garantía genérica de inviolabilidad de la defensa en juicio receptada en el art. 18 de la Constitución Nacional²³¹.

Esta circunstancia ha sido reconocida, aunque inexplicablemente otorgándole una connotación positiva, por la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación.

²³⁰ Ver PASTOR, DANIEL R., El llamado "impacto" de los tratados de derechos humanos en el derecho interno con especial referencia al derecho procesal penal, publicado en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Nro. 9, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999; en el mismo sentido, CASAL, EDUARDO EZEQUIEL, Los tratados de derechos humanos y su incidencia en el derecho procesal penal, publicado en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, año 2, Nro. 3, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996, pág. 163. aunque este autor considera que, con excepción de la reglamentación procesal que admite la incorporación por lectura de las declaraciones de testigos de cargo prestadas sin derecho a confrontación del imputado, el sistema procesal penal nacional sería compatible con los requerimientos de la Convención Americana de Derechos Humanos. Ver también, CARRIÓ, ALEJANDRO D., *op.cit.*, pág. 109: "la jurisdicción de la Corte Suprema para conocer en materias vinculadas al funcionamiento de garantías constitucionales se ha visto en fecha reciente sacudida por criterios no originados en ella misma, sino en tribunales internacionales... Como consecuencia de ello, la afirmación genérica de que la Corte Suprema es la última intérprete de los mandatos de la Constitución puede verse algo desdibujada".

²³¹ Ejemplo, con anterioridad a "Girolodi", la Corte Suprema había negado que el derecho del condenado a recurrir la condena tuviera base constitucional. Claramente, esta afirmación desconocía que, como derivación de la garantía genérica de defensa en juicio, el derecho del imputado a ser oído incluía el derecho a cuestionar los fundamentos de la sentencia que lo condenaba a sufrir una pena. Con la misma clase de razonamiento, se puede cuestionar el insuficiente desarrollo de la jurisprudencia constitucional de la Corte respecto de las demás garantías que hoy sí son reconocidas sobre la base de la jurisprudencia internacional.

En efecto, en el caso “Casal”, la Corte expresó que “nuestra tradición jurisprudencial en materia procesal penal no responde a lo que se suele denominar *interpretación progresiva* en sentido estricto. En general, no fue la jurisprudencia la que avanzó sobre las leyes procesales, sino que éstas fueron progresando y la jurisprudencia acompañó ese avance. Más bien puede afirmarse que se operó un *acompañamiento jurisprudencial a una legislación lentamente progresiva*. La Constitución Nacional estableció como objetivo legal un proceso penal acusatorio y con participación popular. La legislación nacional no se adecuó a este objetivo, pero la perspectiva histórica muestra una progresión hacia la meta señalada, posibilitada por el subjuntivo empleado en el originario art. 102 y actual 118 constitucional. *La jurisprudencia constitucional fue acompañando este progreso histórico, sin apresurarlo. Es decir que en ningún momento declaró la inconstitucionalidad de las leyes que establecieron procedimientos que no se compaginaban con la meta constitucional, lo que pone de manifiesto la voluntad judicial de dejar al legislador la valoración de la oportunidad y de las circunstancias para cumplir con los pasos progresivos*. Justo es reconocer que esta progresión legislativa se va cumpliendo con lentitud a veces exasperante, pero respetada por los tribunales”²³².

De este modo, se puede afirmar que ha sido principalmente sobre la base de la jurisprudencia internacional que la Corte Suprema ha modificado, de manera muy reciente, sus criterios y ha reconocido, en fallos que modifican radicalmente las reglas del proceso penal, el derecho del imputado a recurrir el fallo condenatorio ante un tribunal superior sin más restricción en la revisión que la que impone el principio de inmediación (casos

²³² Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Casal”, sentencia del 20/09/2005, voto de los jueces Petracchi, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti (considerando 7º). La jueza Argibay coincide con esta afirmación, ya que en el considerando 9º de su voto hizo referencia a que “la extensión que esta Corte Suprema ha dado al derecho a la doble instancia ha variado con el tiempo, verificándose una ampliación progresiva del ámbito de dicha garantía a través de un proceso que se sustentó en la incorporación al derecho interno de reglas internacionales que prevén la garantía de toda persona condenada por delito a revisar el fallo ante un tribunal superior y en el carácter constitucional que dichas normas adquirieron a partir del año 1994. En relación con lo señalado anteriormente, baste recordar que hace no tantos años era doctrina inveterada de esta Corte que la instancia múltiple no revestía el carácter de exigencia constitucional...En la evolución que aquí se describe sucintamente, hubo dos circunstancias que llevaron a esta Corte a revisar alguno de los criterios que había fijado respecto del derecho a la doble instancia. La primera de ellas fue la ya referida reforma constitucional del año 1994 que incorporó a nuestra Carta Fundamental el artículo 75, inciso 22, que otorgó máxima jerarquía normativa a una serie de instrumentos internacionales. La segunda de esas circunstancias la constituyó la reforma introducida por la ley 23.774, de abril de 1990, que otorgó a esta Corte la facultad de rechazar, por la aplicación del artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, recursos extraordinarios por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia”.

“Girolodi”, “Casal” y “Reinoso”), el derecho a ser juzgado por un juez que no haya intervenido en el caso con anterioridad (casos “Llerena” y “Dieser”), el derecho a confrontar a los testigos de cargo y la consecuente invalidez de condenar sobre la base de declaraciones testimoniales incorporadas por lectura al proceso (caso “Benítez”)²³³, entre muchos otros.

Cada uno de estos *leading cases* se basó, de manera decisiva, en los estándares de protección de los derechos humanos fijados tanto por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas como por la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos²³⁴.

Por otro lado, el impacto normativo y jurisprudencial del derecho internacional de los derechos humanos tuvo un desarrollo paulatino en nuestro sistema, que se aceleró claramente a partir de dos hechos claves. El primero es el precedente “Ekmedkjian”²³⁵ de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que establece la primacía del derecho internacional convencional sobre las leyes y su presunción de operatividad. El segundo es la reforma constitucional del año 1994 que, no sólo consagra esta interpretación, sino que además dota de jerarquía constitucional a una serie importante de tratados de derechos humanos, entre los que se destacan especialmente, para lo que aquí se analiza, la Convención Americana de Derechos Humanos, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y la Convención de los Derechos del Niño.

²³³ Esta afirmación reconoce una notable excepción. A fin de resguardar el derecho de defensa y el derecho al recurso, la Corte Suprema ha desarrollado una rica jurisprudencia constitucional en materia de recursos *in pauperis* de los condenados y en cuanto a la necesidad de que se compute el plazo recursivo a partir de su notificación personal (Cf. la ASOCIACIÓN POR LOS DERECHOS CIVILES (ADC), *op.cit.*, Capítulo I “Acceso a la justicia”, págs. 50/3 y “Capítulo V “Derechos de las personas sometidas a juicio penal y límites constitucionales al accionar de las fuerzas de seguridad”, pág. 167/9.

²³⁴ Así, por ejemplo, en “Girolodi” la Corte valoró XX de la Corte Interamericana. En “Casal” tuvo en cuenta la sentencia de la Corte Interamericana en el caso “Herrera Ulloa vs. Costa Rica” del 2/07/2004, el Informe 24/92 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y la opinión del Comité de Derechos Humanos de la O.N.U. en los casos “Sineiro Fernández c. España”, del 7/08/2003 y “Gómez Vásquez c. España”, del 20/07/2000; por su parte, en “Reinoso”, la Corte tomó como interpretación vinculante, además de al precedente “Herrera Ulloa”, al mencionado Informe 24/92. En “Llerena” se basó en. En “Dieser” la Corte tuvo en cuenta la sentencia “Herrera Ulloa” de la Corte Interamericana, los informes 78/02 y 5/96 de la CIDH). Por su parte, en el fallo “Benítez”, la Corte tuvo seguido el estándar fijado por la Corte Interamericana en el caso “Castillo Petrucci c. Perú” (sentencia del 30/5/1999).

²³⁵ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Ekmedkjian, Miguel Ángel c/Sofovich, Gerardo y otros”, sentencia del 7/7/1992.

Como señalan Carolina Fernández Blanco²³⁶, Luis García²³⁷ y Mónica Pinto²³⁸, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reconocido, de manera sinuosa e inconsistente, tanto el valor hermenéutico de la jurisprudencia de los órganos internacionales de derechos humanos como el grado de obligatoriedad de sus decisiones para el Poder Judicial de la Nación.

Lo cierto es que es un dato indiscutible que, finalmente, la Corte ha reconocido el valor que esta jurisprudencia tiene como pauta de interpretación de los derechos reconocidos en los pactos internacionales de derechos humanos, principalmente, la de los órganos del sistema interamericano. El reconocimiento de su categoría como pauta exegética relevante, a partir de los fallos "Arancibia Clavel"²³⁹, "Simón", "Casal", "Espósito", "Dieser", "Benítez" y "Mazzeo", entre muchos otros, ya no puede ser discutido²⁴⁰.

Por otro lado, en la última década ha aumentado considerablemente el litigio internacional de casos en los que se denuncia que el Estado Argentino violó derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales que gozan jerarquía constitucional. Dentro de este creciente universo de casos, un número importante está relacionado con garantías judiciales en el proceso penal.

Dado este contexto normativo e institucional, en el que existen dos niveles de protección de los derechos humanos y dos sistemas judiciales -en sentido lato- que supervisan su respeto, es inevitable que esta superposición genere nuevos problemas

²³⁶ FERNÁNDEZ BLANCO, CAROLINA, La relación entre Derecho Internacional y derecho interno en el caso 'Poblete', *Nueva Doctrina Penal 2005/B*, Buenos Aires, 2005, pág. 595 y ss.

²³⁷ GARCÍA, LUIS, Protección Internacional subsidiaria de los derechos humanos y deber de reparar: entre el agotamiento de los recursos y la trampa de la cosa juzgada en el caso de "La Tablada" (A los enemigos de la democracia, ¿ni justicia?), *op.cit.*, págs. 291/300.

²³⁸ Ver al respecto, el minucioso análisis que de este recorrido efectúa Mónica PINTO en El valor jurídico de las decisiones de los órganos de control en materia de derechos humanos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, *op.cit.*.

²³⁹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Arancibia Clavel, Enrique L.", sentencia del 24/08/2004.

²⁴⁰ Ver en este sentido, Fernández Blanco, *op.cit.*, pág. 601 y ss; también ver PIZZOLO, CALOGERO, La validez jurídica en el ordenamiento argentino. El Bloque de Constitucionalidad Federal, *La Ley 2006-D*, Buenos Aires, pág. 1023: "En el caso "Simón" (2005) retoma la línea jurisprudencial de los precedentes "Girolodi" (1995) y "Bramajo" (1996), pero sin la ambigüedad de sus términos: 'la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos así como las directivas de la Comisión Interamericana constituyen una imprescindible pauta de interpretación de los deberes y obligaciones derivados de la Convención Americana sobre Derechos Humanos'. Nótese el cambio de lenguaje en la CSJN: ya no se habla de guía sino de imprescindible pauta de interpretación". Para una posición contraria, que en la actualidad rechaza que se considere vinculantes los criterios de interpretación sentados por la Comisión Interamericana, ver BACH DE CHÁZAL, RICARDO, Acerca de las recomendaciones formuladas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Suplemento de Derecho Constitucional de Eldial.com*, del 7 de mayo de 2007.

normativos ligados a la coordinación entre ambos. La saga de fallos nacionales e internacionales dictadas con relación al caso "La Tablada" es una clara muestra de ello.

En lo que constituye un trabajo de lectura obligada para el análisis de la interacción entre los sistemas judiciales internacionales y locales, la académica norteamericana Jenny Martínez enfatiza la necesidad de crear reglas para coordinar este funcionamiento relacionado. En este sentido, Martínez señala que todavía "las relaciones entre las cortes internacionales y entre las internacionales con otras instituciones internacionales, con los gobiernos nacionales y las cortes nacionales son considerablemente... ambiguas"²⁴¹.

Partiendo del dato objetivo de que "a medida que los tribunales internacionales y los cuasi-judiciales alcanzaron una masa crítica de casos, han comenzado a interactuar entre sí y con las cortes nacionales con una creciente regularidad", Martínez analiza algunas de las herramientas normativas que pueden asegurar una adecuada coordinación, a las que denomina "medidas protectoras del sistema". Entre ellas, esta autora hace referencia a la necesidad de resolver una serie de interrogantes: ¿Qué jerarquía le corresponde a las normas internacionales? ¿Qué valor se le debe otorgar a la jurisprudencia internacional? ¿Qué reglas se deben establecer para preservar la jurisdicción de los sistemas nacionales e internacionales? ¿De qué manera se ejecutarán los fallos internacionales en sede local?²⁴²

Mientras que con la última reforma constitucional nuestro sistema jurídico resolvió expresamente que los tratados internacionales de derechos humanos poseen jerarquía constitucional de los tratados y definió el valor que se le debe dar a la jurisprudencia como pauta de interpretación autoritativa²⁴³, otros importantes problemas normativos e

²⁴¹MARTÍNEZ, JENNY S., *Towards an International Judicial System*, 56 *Stan. L. Rev.* 429, año 2003, pág. 431.

²⁴²MARTÍNEZ, JENNY S., *op.cit.*, pág. 440.

²⁴³Constitución de la Nación Argentina, art. 75 inc. 22: "... 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, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos" (el resaltado es de mi pertenencia). En el fallo "Giroldi", la Corte interpretó esta norma y afirmó que ésta entraña el deber de aplicar los tratados internacionales del modo en que son interpretados y aplicados por los órganos internacionales competentes. Para un desarrollo de esta cuestión, ver TRAVIESO, JUAN ANTONIO, *op.cit.*, pág. 285: "las condiciones de vigencia de los tratados

institucionales quedan pendientes de resolución. A saber: ¿Cómo ejecutar en el ámbito interno las decisiones de los órganos internacionales dictadas respecto de casos que en el ámbito interno pasaron en autoridad de cosa juzgada? ¿Cómo implementar de manera eficiente la jurisprudencia internacional que por definición tiene un carácter progresivo y selectivo?²⁴⁴ ¿Cómo lograr que los jueces apliquen de manera sistemática los estándares internacionales, antes que realicen un cumplimiento limitado basado en razones consecuencialistas?

Por varias razones es importante responder a estas preguntas.

En primer lugar, porque el sistema internacional de derechos humanos ha sido y es concebido, por las víctimas de las violaciones a los derechos humanos y por las organizaciones que abogan por su respeto, como un instrumento clave para forzar al Estado Argentino a respetar los derechos fundamentales y lograr así lo que el sistema constitucional por sí sólo no pudo²⁴⁵. Desde esta perspectiva, el asegurar una buena

incluyen su interpretación". Para una posición crítica de la remisión, por parte de la Corte argentina, a la jurisprudencia internacional como fuente de derecho sin distinguir entre el órgano que la emitió y si fue dictada en un caso en que el Estado Argentino fue parte o no y que, además, entiende que esta jurisprudencia no tiene alcance general, salvo en el caso que desarrolle una costumbre, y que fuera de este supuesto, sólo tendría la función de auxiliar la interpretación, ver GARCÍA, LUIS M., *El derecho internacional de los derechos humanos. ¿Cuestión de derecho internacional o derecho doméstico?*, publicado en GARCÍA, LUIS M. (coord.), *Los derechos humanos en el proceso penal*, Editorial Ábaco de Rodolfo Desalma, Buenos Aires, 2002, págs. 88/92. Por su parte, OTTAVIANO, SANTIAGO, en su trabajo *¿Subordinación y valor? La posición de la Corte Suprema ante los órganos internacionales de derechos humanos*, *NDP 2006/A*, Buenos Aires, (2006), pág. 191 y 196, mantiene que la jurisprudencia de la Corte Interamericana sólo puede valer para el estado que fue parte en el caso, lo que imposibilita entender que de una sentencia de este tribunal emana un criterio con alcance de norma general. Por ello critica la posición actual de la Corte que "parece asumir que las decisiones e interpretaciones de dicho órgano internacional generan instantáneamente obligaciones para los países de la región, incluida la Argentina". Para una posición que entiende que la jurisprudencia internacional sí posee un carácter general, ver, GIALDINO, ROLANDO, *La producción jurídica de los órganos de control de los derechos humanos como fuente del derecho nacional. Fuentes universales y americanas*, publicado en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2004*, editado por la Fundación Konrad Adenauer- Stiftung, Montevideo, y BUJOSA VADELL, LORENZO MATEO, *La eficacia de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, La Ley 1998-A-895*, Buenos Aires, págs. 910/11: "Las resoluciones del TEDH tienen incluso una eficacia interpretativa *erga omnes*, es decir, todos los Estados miembros del Convenio al aplicar sus disposiciones deben tener en cuenta también la jurisprudencia del TEDH".

²⁴⁴ La relevancia del carácter progresivo del derecho internacional para modificar, *per se*, criterios sustantivos de interpretación fue reconocida, especialmente por el juez Petracchi en el caso "Simón" para fundar su cambio de criterio, respecto de la validez de las leyes de Obediencia Debida y Punto Final, con respecto a su voto en "Camps", en donde había considerado válida la decisión del Poder Legislativo de amnistiar estos hechos para lograr la conciliación nacional.

²⁴⁵ SABA, ROBERTO P., *op. cit.*, pág. 291, donde afirma que "el fracaso en lograr atar a la democracia argentina al mástil constitucional, no implica necesariamente que el pueblo haya optado por la adopción de una postura democrática radical que considera como una paradoja insuperable la adopción de un gobierno democrático limitado. Las sucesivas crisis políticas y constitucionales han confirmado la necesidad de atar la decisión política de las mayorías a algún mástil que las proteja de sí mismas, aunque sí puede parecer cierto que en algunos casos la frustración condujo y conduce a pensar que la constitución ha fracasado para asumir ese rol.

coordinación entre el sistema nacional y el internacional, principalmente en lo que respecta a la ejecución de las decisiones de los organismos internacionales y a la implementación de los estándares internacionales de protección de los derechos humanos, se presenta como una cuestión crucial.

En segundo término, es importante indagar sobre estas cuestiones porque, hasta tanto no se resuelvan estos interrogantes, el Estado Argentino no cumplirá acabadamente con sus obligaciones convencionales, lo que en algunos casos puede dar lugar a nuevas declaraciones de responsabilidad internacional.

Y por último, es importante buscar propuestas que den respuesta a estos problemas porque solamente cuando se garantice una igualitaria y plena implementación de los estándares internacionales existirá un pleno compromiso con los derechos fundamentales basado en razones de principio, antes que un acatamiento judicial meramente consecuencialista fundado en la posibilidad real de que sea declarada la responsabilidad internacional en caso de incumplimiento.

Considero que sólo en la medida que se reflexione sobre estas cuestiones y se elaboren propuestas normativas que le den respuesta, los derechos humanos impregnarán las prácticas judiciales domésticas y transformarán sustantivamente la adjudicación penal. Por ello, en este apartado analizaré de qué manera la aplicación retroactiva de la jurisprudencia internacional más benigna puede asegurar importantes resultados para la efectiva protección de los derechos humanos.

Así, en primer lugar, sostendré que esta aplicación es necesaria para implementar las decisiones de los órganos internacionales que declaran la violación de una garantía judicial

Esta frustración ha conducido a la construcción de "atajos constitucionales" o mecanismos por medio de los cuales se ha intentado superar el déficit constitucional, atando a la política a otros mástiles no constitucionales, supuestamente más efectivos que la constitución y la justicia constitucional. Un ejemplo de esto es el caso de la creación del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. La voluntad de oponer como límite al ejercicio del poder del gobierno el ideal de los derechos humanos no nace con la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Constitución Nacional de 1853 exige el respeto de los derechos fundamentales. Sin embargo, frente al hecho duro de que los gobiernos – incluso o precisamente los democráticos – no han respetado aquel límite, sumado al hecho de que en muchos casos los mismos jueces han fallado en hacerlo respetar, se ha debido afrontar la búsqueda de nuevos mástiles que nos aten cuando las cuerdas que nos mantienen unidos al mástil constitucional se aflojan. Es así como surge la aspiración de que la creación de un tratado internacional de derechos humanos y de un sistema de aplicación jurisdiccional de ese tratado que logre lo que la Constitución y el Poder Judicial fallaron en proveer dentro del sistema jurídico y político nacional".

por parte del Estado Argentino y asegurar, de este modo, el sentido mismo de la instancia internacional de protección de los derechos humanos.

En segundo lugar, argumentaré que la aplicación retroactiva de la jurisprudencia internacional más benigna respecto de condenados que no llevaron el caso ante la instancia internacional, pero que se encuentran en una situación de violación análoga a la declarada en esos precedentes, es necesaria a fin de asegurar el goce igualitario de los derechos humanos y para desincentivar la falta de adecuación, por parte de la judicatura local, a los estándares internacionales.

Por último, también explicaré por qué esta aplicación retroactiva de la jurisprudencia internacional es deseable en tanto fortalecería el rol de la justicia argentina, como actor transnacional, en la internalización de los derechos humanos.

I- Implementación de las decisiones del sistema internacional de protección

Mientras que la cuestión del valor que se le debe dar a la jurisprudencia internacional ha sido definida con resultado positivo en nuestro sistema, una suerte contraria ha recibido el grado de obligatoriedad reconocido por la Corte Suprema a las decisiones dictadas por estos órganos internacionales por violaciones a los derechos humanos cometidas en nuestro país.

Como ya se adelantara, si bien en algunos casos la Corte valoró las recomendaciones de la Comisión Interamericana como estableciendo un criterio general de interpretación con relevancia normativa²⁴⁶, en otros, como en el caso “Felicetti”, remarcó que sólo eran obligatorias las sentencias condenatorias dictadas por la Corte Interamericana respecto del Estado Argentino, con lo que también le restó valor a las opiniones consultivas emanadas de dicho tribunal y a la jurisprudencia desarrolladas en los casos contenciosos en los que nuestro país no fue demandado.

Es importante tener en cuenta que la cuestión del valor que se le otorga a los pronunciamientos de los órganos de aplicación de los pactos de derechos humanos es conceptualmente distinta, más allá de estar relacionada, con la de cómo implementar esas

²⁴⁶ Entre otros, ver las sentencias “Arana”, del 19/10/1995, y “Bramajo”, del 20/11/1996.

decisiones a nivel local cuando éstas determinan el deber del Estado Argentino de remediar la violación a un derecho fundamental.

Claramente, el otorgarle valor de guía interpretativa a la jurisprudencia internacional incide claramente en la adjudicación a nivel doméstico. Pero este reconocimiento posee un valor “preventivo”, en tanto la adecuación a nivel local del derecho interno a los estándares internacionales de protección de los derechos humanos evita que el Estado se coloque en una situación generadora de responsabilidad internacional por incumplimiento de los deberes de respeto y garantía asumidos al ratificar los pactos.

Distinto es cuando el interrogante acerca del valor que corresponde darle a las decisiones de los órganos que monitorean el cumplimiento de esas obligaciones se formula *ex post*, es decir, cuando la violación concreta al derecho fundamental no fue prevenida por el poder judicial argentino. En este supuesto, la pregunta debe ser llevada a otro nivel teórico. Concretamente, ¿cómo implementar las decisiones individuales de los órganos de protección de los derechos humanos en los casos concretos en que fueron dictados para remediar finalmente esa violación? y particularmente ¿cómo adecuar estos nuevos estándares internacionales a los casos resueltos con autoridad de cosa juzgada en sede local?

En este apartado abordaré el primer interrogante, y en los demás apartados que componen este capítulo, me avocaré al segundo.

Con relación a la primera cuestión, en la serie de casos representada por “Acosta”, “Boico” y “Felicetti” la Corte rechazó que de la recomendación formulada por la Comisión surgiera algún deber para el Estado Argentino de revisar las sentencias de los condenados en el caso “La Tablada” que habían ocurrido ante ese organismo. En esa oportunidad la Corte se escudó en dos fundamentos controvertibles: que las recomendaciones de la Comisión no son vinculantes²⁴⁷ y que la jurisprudencia internacional no puede justificar la revisión de sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada porque ello atentaría contra la seguridad jurídica que posee raigambre constitucional²⁴⁸.

²⁴⁷ Esta cuestión será analizada más adelante, ver nota 259 y texto que las acompaña en el cuerpo de este trabajo.

²⁴⁸ Con relación a esta cuestión, confrontar los trabajos de Garrido, Rúa y García, citados anteriormente, en los que se desarrollan, acabadamente, los argumentos normativos que demuestran la invalidez de este argumento. Asimismo, ver nota 187 en la que argumento que la postura adoptada por la Corte Suprema de

Si “Felicetti” dejó espacio para formar la hipótesis de que la Corte actuaría de distinta manera cuando se tratara de implementar una sentencia de la Corte Interamericana, que desde la lógica argumentativa allí desplegada indiscutiblemente debía ser ejecutada a nivel local, la posición adoptada en el caso “Cantos”²⁴⁹ refutó esa posibilidad. En esta oportunidad, la Corte se negó, fundamentalmente con base en el argumento de la cosa juzgada, a ejecutar la sentencia de la Corte Interamericana²⁵⁰; omisión que hasta el momento no sido regularizada ni por la Corte ni por los demás poderes públicos y que se encuentra bajo estricta supervisión del mencionado tribunal internacional²⁵¹.

Desde mi punto de vista esta decisión, así como las dictadas con relación al caso “La Tablada”, ejemplifican de manera paradigmática la negativa de la Corte Suprema a implementar decisiones de los órganos internacionales de derechos humanos que reconocen a los peticionantes derechos que le fueran negados en los procesos desarrollados en el ámbito doméstico y que revisten, dentro de este sistema, el carácter de final. Esta negativa se apoya en los argumentos de seguridad jurídica que la Corte utilizara para rechazar la aplicación retroactiva de su jurisprudencia constitucional más benigna y en la posición de que la solución a esta situación debe provenir de los poderes políticos y no del judicial.

Asimismo, por contraste, se debe inferir que este criterio jurisprudencial se ve, en parte, corroborado por las recientes sentencias de la Corte Suprema en los casos “Espósito”²⁵² y “Lavado”²⁵³.

Justicia en el caso “Simón”, ratificada posteriormente en “Mazzeo”, corrobora, de manera irrefutable, la posición adelantada por estos autores.

²⁴⁹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Resolución 1404/2003, Procurador del Tesoro de la Nación s/presentación”, del 21/08/2003.

²⁵⁰ Corte IDH, “Cantos c/ República Argentina”, sentencia del 28/11/2002. En esta oportunidad, la Corte IDH condenó al Estado Argentino por violación del derecho de acceso a la justicia, al haberle exigido a un demandante que abonara una tasa de justicia multimillonaria y, en lo que aquí interesa, lo obligó a abstenerse de exigir dicha suma al Sr. Cantos y a fijar en un monto razonable los honorarios a los peritos y abogados del Estado y asumir su pago.

²⁵¹ Corte IDH, “Cantos c/ República Argentina”, resoluciones sobre cumplimiento de sentencia del 28/11/2005 y del 12/07/2007.

²⁵² Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Espósito, Miguel Ángel s/incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa”, sentencia del 23/12/2004. La sentencia de la Corte IDH que se implementó en esta decisión fue la de la Corte IDH, “Bulacio c. Argentina”, sentencia del 18 de septiembre de 2003. En la sentencia de la Corte Suprema, hubo mayorías para distintas cuestiones. Específicamente respecto de la cuestión de la relevancia de la sentencia de la Corte Interamericana, formaron mayoría los jueces Petracchi, Zaffaroni, Belluscio, Maqueda y Boggiano. Para un desarrollo detallado y comprensivo de este caso, ver ASOCIACIÓN POR LOS DERECHOS CIVILES (ADC), “La Corte y Los Derechos”, *op.cit.*, pág. 181/88.

²⁵³ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Lavado, Diego Jorge y otros c. Mendoza, Provincia de y otro s/acción declarativa de certeza”, sentencias del 06/09/2006 y del 13/02/2007. La relevancia que le otorgo a estos precedentes no se ve disminuida por la circunstancia que, posteriormente, en la resolución adoptada en

En efecto, en estos casos, con posterioridad a la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Cantos”, la Corte Suprema sí buscó asegurar la implementación de las decisiones de ese tribunal internacional.

En el primer caso, la Corte acató la decisión de la Corte IDH al momento de resolver el recurso extraordinario que había motivado su intervención y declaró inaplicable las disposiciones de prescripción de la acción penal que, de otra manera, hubieran impedido el enjuiciamiento y castigo de los responsables de la muerte del joven Walter Bulacio. En el segundo caso, la Corte, con anterioridad a decidir si se declaraba competente para entender originariamente en la acción declarativa de certeza que busca se estableciera que el Estado Nacional y la provincia de Mendoza estaban obligados a cumplir con las medidas provisionales dictadas por la Corte Interamericana destinadas a asegurar la integridad física de los internos de la penitenciaría provincial, de oficio decidió requerir a esas autoridades que informaran cómo las estaban implementando y, posteriormente, les ordenó que adoptaran en forma urgente las medidas necesarias para garantizar la seguridad física de estas personas privadas de su libertad.

Notablemente, a diferencia de lo que sucedía con respecto a la recomendación formulada por la CIDH en el caso “Abella” o a la sentencia de la CoIDH en el caso “Cantos”, en estos casos los recursos locales no habían sido agotados por lo que los órganos domésticos no se habían pronunciado de manera definitiva.

Cabe señalar que una inexplicable excepción al temperamento adoptado por la Corte en estos precedentes lo constituye la reciente decisión dictada en el caso “Derecho, René”²⁵⁴, que presentaba una cuestión análoga a la del caso “Espósito”, en donde el Tribunal sostuvo que los actos de tortura cometidos por la fuerza policial una vez reinstaurada la democracia no constituían un delito imprescriptible. Esta decisión es criticable por haber soslayado dar cumplimiento a la sentencia dictada por la Corte Interamericana en el caso “Bueno Alves”²⁵⁵ que, con motivo de estos mismos actos de tortura cometidos contra Bueno Alves, condenó al Estado Argentino por violación al deber de investigar y sancionar estos hechos y le ordenó subsanar esta situación. Es importante

fecha 23/03/2007, la Corte se declaró que el caso era ajeno a su competencia originaria. Ver, al respecto, el comentario que efectuó en la nota siguiente.

²⁵⁴ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Derecho, René Jesús s/ incidente de prescripción de la acción penal”, sentencia del 11/07/2007.

²⁵⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Bueno Alves vs. Argentina”, sentencia del 11/05/2007.

destacar que la sentencia de la Corte Suprema no hace siquiera referencia a este antecedente jurisprudencial.

Con esta importante excepción, el proceder de la Corte en los casos “Espósito” y “Lavado”²⁵⁶ evidencia que el sistema argentino sólo está dando respuesta a los casos que constituyen supuestos de excepción por haberse acudido al sistema internacional sin haberse agotado los remedios locales²⁵⁷ y que no funciona adecuadamente cuando la intervención del sistema internacional se encuadra en el supuesto normal, esto es, cuando le sucede cronológicamente al doméstico²⁵⁸.

Es indiscutible así que el criterio jurisprudencial adoptado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, plasmado en los casos “Acosta”, “Boico” y “Felicetti”, obstaculiza el cumplimiento del deber del Estado Argentino de implementar las decisiones de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos en general, y en particular las dictadas por la Comisión y Corte Interamericana pese a ser indiscutible que ambas deben ser cumplidas²⁵⁹.

²⁵⁶ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Lavado, Diego Jorge y otros c. Mendoza, Provincia de y otro s/acción declarativa de certeza”, sentencias del 06/09/2006 y del 13/02/2007.

²⁵⁷ El art. 46.2 de la CADH establece los supuestos de excepción de agotamiento de los recursos internos, a saber, cuando: “a) no exista en la legislación interna del Estado de que se trata el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega han sido violados; b) no se haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o haya sido impedido de agotarlos, y c) haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos”. Por su parte, el art. 41 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos establece que “el Comité conocerá del asunto que se le someta después de haberse cerciorado de que se han interpuesto y agotado en tal asunto todos los recursos de la jurisdicción interna de que se pueda disponer, de conformidad con los principios del derecho internacional generalmente admitidos. No se aplicará esta regla cuando la tramitación de los mencionados recursos se prolongue injustificadamente”.

²⁵⁸ Ver bibliografía citada en nota 105, y asimismo, FERNÁNDEZ BLANCO, CAROLINA, *op.cit.*, pág. 602: “básicamente cuestiones vinculadas con limitaciones procesales y funcionales del Poder Judicial, y con la necesidad de respetar las consecuencias de la cosa juzgada, ponen a la CSJN en una complicada situación que la lleva, en la mayoría de los casos de *reingreso*, a desdecirse de sus propios pronunciamientos y a disminuir el estándar de obligatoriedad asignado a los pronunciamientos de los órganos de control”. Asimismo, ver OTTAVIANO, SANTIAGO, *¿Subordinación y valor? La posición de la Corte Suprema ante los órganos internacionales de derechos humanos*, NDP 2006/A, Buenos Aires, (2006), pág. 190, quien señala que el sometimiento a la competencia de la Corte Interamericana tiene como consecuencia que “uno de los aspectos más problemáticos en la determinación de los alcances de la reparación es si por esta vía se puede llegar a la obligación de reabrir una causa judicial ya concluida”.

²⁵⁹ En este sentido, si bien la Corte Interamericana, en el caso “Caballero Delgado y Santana vs. Colombia”, sentencia del 8/12/1995, estableció que “el Estado no incurre en responsabilidad internacional por incumplir con una recomendación” de la Comisión que no es obligatoria, posteriormente en el caso “Loayza Tamayo”, sentencia del 1/09/1997, afirmó que del principio de buena fe en el cumplimiento de los tratados se sigue el deber de los estados miembros de “realizar sus mejores esfuerzos” para acatar las recomendaciones de la Comisión. Por último, respecto de esta cuestión posee una importancia decisiva la OC-19/05 dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 28/11/2005 que tuvo por objeto determinar cómo se efectúa dentro del sistema interamericano el control de legalidad del accionar de la Comisión. La Corte remarcó que

Como es sabido, la obligación de dar cumplimiento a las decisiones de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos emana del deber de respetar los derechos tutelados en los pactos internacionales, de adecuar a éstos el derecho interno y de cumplir con los principios básicos de buena fe, de *pacta sunt servanda* y de asegurar su efecto útil que rigen en la aplicación de los tratados.

La circunstancia de que la jurisprudencia de la Corte Suprema revele que no se da cumplimiento a esta obligación cuando se trata de un caso penal que pasó en autoridad de cosa juzgada, evidencia la existencia de un problema básico para el cumplimiento de los deberes que el Estado Argentino posee de cara al sistema internacional de protección de los derechos humanos y que éste debe ser superado.

Esta situación es de gravedad ya que cuando “los mecanismos de supervisión o implementación (*enforcement*) son inefectivos, o son vistos como selectivos o parciales,

en los procesos contenciosos, las condiciones de admisibilidad de las peticiones y los principios de contradicción, de equidad procesal y de seguridad jurídica, guían el control que efectúa el proceder de la Comisión. Por su parte, la Corte señaló que las otras medidas que puede adoptar la Comisión, entre las que se encuentran las recomendaciones individuales a los Estados formuladas en ejercicio de lo dispuesto en el art. 41 de la CADH, son sometidas a control de la Asamblea General de la OEA en momento de presentar su informe anual y pueden ser observadas por los Estados en esa instancia. De estas premisas se sigue que existen buenas y sólidas razones para reconocerle legitimidad a las recomendaciones de la Comisión, lo que sustenta su carácter vinculante. Para un análisis completo de los argumentos teóricos y jurisprudenciales a favor y en contra de la obligatoriedad de las recomendaciones de la Comisión, ver, GARCÍA, LUIS, Protección Internacional subsidiaria de los derechos humanos y deber de reparar: entre el agotamiento de los recursos y la trampa de la cosa juzgada en el caso de “La Tablada”, *op.cit.*, págs. 268/293. Para una argumentación normativa acerca de la necesidad de cumplir con las recomendaciones de la Convención y las sentencias de la Corte Interamericana, ver NIKKEN, PEDRO El artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos como fundamento de la obligación de ejecutar en el orden interno las decisiones de los órganos del sistema interamericano de derechos humanos, ponencia presentada en la Sesión de Trabajo sobre la implementación de los Compromisos y Estándares Internacionales de los Derechos Humanos organizada por el IACHR e Internacional Justice Project 1/03/2003. Obtenido el 2/01/2007 desde <http://www.internationaljusticeproject.org/pdfs/Nikken-speech.pdf>. En igual sentido, PINTO, MÓNICA, Las relaciones entre los órganos del Sistema, publicado en MÉNDEZ, JUAN E. & COX, FRANCISCO (edit.), *El futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1998, pág. 177, “el principio del efecto útil conduce a sostener que entre la interpretación de la norma que la priva de sentido y aquella que se compadece con el orden jurídico, debe preferirse la última. Por ello, dado el consentimiento del estado para respetar y garantizar los derechos protegidos en la Convención Americana, y su observancia del sistema de peticiones, no puede aceptarse que el pronunciamiento de la Comisión carezca de efectos”. Ver también, ABREGÚ, MARTÍN; ESPINOZA, OLGA, La eficacia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la aplicación de sus decisiones por los Estados Partes, publicado en ABRAMOVICH, VÍCTOR; BOVINO, ALBERTO & COURTIS, CHRISTIAN (comp.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2007, pág. 195, señalando que después de la regla establecida por la Corte Interamericana en el caso “Loayza Tamayo”, “las dificultades para la implementación de las decisiones de la Comisión no deben buscarse en los principios fundamentales que regulan el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”.

reducen la potencialidad del concepto mismo de los derechos humanos, y conspiran contra la urgencia de proteger las libertades básicas”²⁶⁰.

Cabe aclarar que con esta afirmación no estoy generalizando de manera infundada la consecuencia que puede extraerse de un criterio jurisprudencial criticable.

Todo lo contrario, como lo señaló recientemente Jorge Taina al resumir el impacto del sistema interamericano en el contexto normativo e institucional argentino y analizar los desafíos actuales para la implementación de las decisiones de los órganos que lo integran, “no existe una solución” en nuestro ordenamiento normativo para el caso en que una persona inocente haya sido condenada por medio de violaciones al debido proceso²⁶¹.

Incluso, esta situación ha sido oficialmente reconocida por el Estado Argentino en el marco del acuerdo de solución amistosa celebrado entre el Gobierno de la República Argentina y los peticionarios en el caso “Schiavini”²⁶², actualmente en trámite ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

En este acuerdo, el Estado se obligó a impulsar un “proyecto de reforma al Código Procesal Penal de la Nación, mediante la cual se introduce, como causal de revisión, la violación de derechos humanos” y también a elaborar “un proyecto normativo...que contemple... un mecanismo de cumplimiento de las recomendaciones y/o sentencias de la Comisión y/o de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”²⁶³. Si bien este acuerdo

²⁶⁰ MUTUA, MAKAU WA, Looking Past the Human Rights Committee: An Argument for De-Marginalizing Enforcement, 4 *Buff. Hum. Rts. Rev.* 211, año 1998, pág. 213.

²⁶¹ TAINA, JORGE, Mecanismos legislativos, administrativos y políticos para implementar la protección internacional de los derechos humanos, ponencia presentada en la Sesión de Trabajo sobre la implementación de los Compromisos y Estándares Internacionales de los Derechos Humanos organizada por el IACHR e Internacional Justice Project, 1/03/2003. Obtenido el 2/01/2007 desde en <http://www.internationaljusticeproject.org/>

²⁶² Comisión Interamericana de Derechos Humanos, caso N° 12.080. Para una posición doctrina que apoya este tipo de solución normativa, ver DI CORLETO, JULIETA, *op.cit.*, pág. 703: “frente a decisiones de órganos del sistema interamericano que cuestionen la validez de los procedimientos locales que, sin basarse en leyes de impunidad, conduzcan al mismo resultado, el principio del “non bis in ídem” y el valor de la cosa juzgada no debería ser imperturbable”.

²⁶³ Decreto 574/2005 de fecha 2/6/2005. El acuerdo fue aprobado por la Comisión Interamericana el 27/10/2005, ver Informe 102/2005. Para el 10/10/2007, la búsqueda de proyectos legislativos que pudieran haber sido presentado en este sentido con posterioridad al acuerdo, realizada con los vocablos “cosa juzgada”, “revisión”, “derechos” e “interamericana”, dio resultado negativo en el sitio web institucional del Senado de la Nación y un resultado positivo en la Cámara de Diputados. Se trata del proyecto de ley que registra número de expediente 7285-D-2006. Este proyecto propone introducir al recurso de revisión, tal como está contemplado actualmente en la legislación nacional, el siguiente supuesto de procedencia: cuando “se requiera dar cumplimiento a una disposición de un organismo de aplicación de instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional, en la cual se haya declarado la violación del tratado en relación al condenado en la sentencia que se impugna”. Asimismo, establece que en este caso “deberá agregar

fue realizado en un caso en que se denunció la violación a las garantías judiciales de *los familiares de una víctima* del accionar desproporcionado de la policía, lo cierto es que los mecanismos legislativos propuestos también deberían tener alcance para los supuestos en que se trate de recomendaciones o sentencias dictadas con relación a las garantías judiciales de los *acusados* de un delito.

Salvada la importancia de ese reconocimiento y del compromiso asumido internacionalmente, me interesa reiterar lo dicho al comienzo de este trabajo en el sentido que una eventual reforma legislativa, que introdujera como causal de revisión de una condena penal el dictado de una jurisprudencia constitucional o internacional más benigna, dejaría subsistente el interés de reflexionar, como se hace en esta tesis, acerca de la cuestión de la retroactividad de esta jurisprudencia, ya que sólo así se podría confrontar el grado de adecuación de esa proposición legislativa con el estándar constitucional o internacional que corresponde.

Además, entiendo que la posición que se adopta en esta tesis es más amplia que la sugerida en ese acuerdo amistoso, en tanto, como enseguida argumentaré, promueve la aplicación retroactiva de la jurisprudencia internacional de con alcance general, esto es, aún respecto de casos locales que no fueron llevados a la instancia internacional²⁶⁴.

Teniendo en cuenta este contexto jurisprudencial, lo que sostengo es que la aplicación retroactiva de la jurisprudencia internacional penal en materia de derechos y garantías procesales en sede doméstica constituye un imperativo para asegurar la implementación del sistema internacional de protección de los derechos humanos.

Ciertamente, esta cuestión constituye una variante particular del problema, más amplio, de ejecución de las decisiones de los órganos internacionales en el ámbito interno.

Como señala Fix-Samudio, esta dificultad está obedece, fundamentalmente, “a los obstáculos derivados de la *situación privilegiada*... de las autoridades del Estado”²⁶⁵. Esta situación de privilegio está dada en la utilización de argumentos de derecho interno,

la copia de la disposición del organismo de aplicación del instrumento internacional respectivo que declara su violación”.

²⁶⁴ En este sentido, hay que destacar que la afirmación de que ese acuerdo propicia una revisión de la sentencia con alcance restringido, esto es, la revisión sólo respecto del caso que motivó el dictado de la decisión internacional se ve corroborada por la circunstancia de que el proyecto de ley mencionado exige acompañar “la copia de la disposición del organismo de aplicación del instrumento internacional respectivo que declara su violación”.

²⁶⁵ Fix-Zamudio, Héctor, “*Eficacia de los instrumentos protectores de los derechos humanos*”, Anuario Mexicano de Derecho Internacional, México, UNAM, núm. II, 2002.

alegando cuestiones de competencia o de insuficiencia del plexo normativo, para negarse a dar cumplimiento directo a la decisión internacional. Es decir, en el empleo de “otra vuelta de tuerca” para volver a sustraerse a cumplir con las obligaciones internacionales.

Además de la crítica que, como se adelantara, formularan Garrido, García y Rúa a la posición adoptada por la Corte con relación a esta cuestión, situaciones de esta clase han sido también denunciadas como violatorias de la obligación de respeto por expertos del derecho internacional como Pedro Nikken²⁶⁶. Asimismo, las organizaciones de derechos humanos que litigan ante el sistema interamericano han advertido que su configuración obsta a su buen funcionamiento²⁶⁷.

Por eso se ha afirmado, correctamente, que “el vínculo del sistema interamericano con las autoridades judiciales nacionales es basal a fin de lograr la protección efectiva de los derechos fundamentales de las personas en nuestro hemisferio. En ese sentido... es fundamental crear instituciones o adaptar las existentes para facilitar el cumplimiento a través de los actos del poder judicial”²⁶⁸.

²⁶⁶ Nikken, Pedro, *op. cit.*, págs. 10/11.

²⁶⁷ Ver ABREGÚ, MARTÍN, *Comentario*, publicado en “La sociedad civil frente a las nuevas formas de institucionalidad democrática”, CEDES-CELS, Foro de la Sociedad Civil de las Américas, Buenos Aires, año 2000, pág. 71: “Una de las ficciones... que nos ofrece la transacionalización combinada con la ‘juridización’ de las reglas internacionales, es que nos encontramos en ‘igualdad de condiciones’ con el Gobierno... Cuando hacemos una denuncia ante la Comisión Interamericana... incluso cuando ganamos, ¿qué pasa?... si el Gobierno no quiere hacer nada no hace nada... hoy por hoy nosotros le recomendamos a las personas que llevan casos ante la Comisión Interamericana, que hagan todo lo posible para que el caso nunca termine porque el día que el caso termine es un fracaso... durante el trámite del procedimiento, nosotros podemos influir en la política del Estado. *El día que se cerró el caso ya no tenemos más herramientas*” (énfasis agregado). Ver también, ABREGÚ, MARTÍN; ESPINOZA, OLGA, *op. cit.*, págs. 200 y ss. Con relación a la necesidad de implementar medidas de aplicación en el ámbito interno de las decisiones adoptadas en sede internacional, ver “*Propuestas sobre fortalecimiento del sistema interamericano*” por VIVIANA KRSTICEVIC: “(E)s necesario que los Estados asuman esa función de garantes colectivos de la ejecución de las decisiones del sistema, en el marco de la OEA y también en sus propios países. En el marco de la OEA, deben tomar medidas... para garantizar el cumplimiento defectivo de las decisiones del sistema en apoyo al importante trabajo de monitoreo y supervisión que desempeñan los órganos del sistema; también a nivel local, en gestiones de jurídicas a nivel local los Estados pueden fortalecer la garantía colectiva de las sentencias...”, documento disponible en el sitio web institucional del Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL), www.cejil.org. (visitado por última vez el 16/01/2007).

²⁶⁸ DULITZKY, ARIEL E.-KRSTICEVIC, VIVIANA, *El proceso de reforma del sistema interamericano de protección de los derechos humanos en contexto*, Revista Lecciones y Ensayos nro- 60/70/71, año 1997/1998, Buenos Aires., págs. 645/6. Los autores proponen la adopción de “modelos similares a los seguidos por Colombia (legislación que establece el procedimiento de ejecución de las recomendaciones relativas a indemnizaciones) o el proyecto de ley argentino (hace obligatorio el cumplimiento de todas las recomendaciones y si el Gobierno no está de acuerdo debe remitir el caso a la Corte). Ver también FAPPIANO, OSCAR L., *La ejecución de las decisiones de tribunales internacionales por parte de los órganos locales*, publicado en “*La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*”, CELS, Buenos Aires, 1997, en donde el autor analiza esta cuestión y transcribe el proyecto de ley que presentara en su carácter de secretario de Asuntos Legislativos, en el que preveía la creación de un comité que analizara la

Por esto, se debe buscar una respuesta normativa para la implementación de una decisión internacional respecto de un caso que en sede local pasó en autoridad de cosa juzgada. Esta respuesta debe adecuarse al diseño de los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos de los imputados y condenados, que presupone como regla su intervención de manera ulterior a la definitiva del poder judicial nacional.

Como se viera anteriormente, cuando se trata de implementar decisiones internacionales dictadas cuando se dieron esos supuestos de excepción, la justicia argentina ha respondido positivamente. El problema radica, paradójicamente, cuando se da el supuesto normal. Por ello, se debe tener buscar una respuesta normativa que pueda garantizar al condenado el restablecimiento pleno del derecho cuya violación es declarada por el órgano internacional.

I.a.1) La aplicación retroactiva como modo de reparar integralmente la violación al derecho convencional

Claudio Nash Rojas en su trabajo medular sobre las reparaciones en el sistema interamericano expone que, tanto la Corte Internacional de Justicia como la Corte Interamericana, han establecido de manera pacífica en su jurisprudencia que la reparación del daño causado por la infracción de una obligación internacional requiere la anulación de las consecuencias del acto ilícito y, siempre que sea posible, asegurar la plena restitución del derecho (*restitutio integrum*) que consiste en el restablecimiento de la situación anterior²⁶⁹.

Especialmente, Nash señala que “en materia de derechos humanos y en particular en... relación con las reparaciones, es fundamental mirar el tema desde la óptica de la víctima, esto es, *mirar cómo se puede restituir a la persona afectada en sus derechos*

implementación de la decisiones de los órganos del sistema interamericano dictadas respecto de nuestro país, asegurando la participación de la jurisdicción local en cuyo territorio se hubiera cometido la violación al derecho convencional, y disponiendo que en los casos de reparación no económica “el gobierno nacional deberá disponer el cese de la situación que dio origen al pronunciamiento” y cuando esta situación hubiese sido generada por un estado local, se facultaba “al gobierno nacional a la adopción de las medidas legislativas o de otra naturaleza que resulten idóneas al objeto de cumplir con la obligación internacional”. Ver también la posición de ABREGÚ, MARTÍN; ESPINOZA, OLGA, *op.cit.*, donde abogan por un mecanismo institucional central que incluya la participación de la CIDH para implementar sus recomendaciones, que sea complementario de la implementación por la vía judicial al que estiman por sí insuficiente por reacio.

²⁶⁹ NASH ROJAS, CLAUDIO, *Las reparaciones ante la Corte Interamericana*, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2004, pág. 25/6.

fundamentales, cómo puede el derecho restablecer la situación, no sólo patrimonialmente, sino que integralmente, mirando a la persona como un todo"²⁷⁰.

Este estándar internacional, que establece el principio de plena reparación, sólo admite como límite las imposibilidades fácticas, no las normativas. El Estado se encuentra impedido de invocar razones de derecho interno para justificar incumplir con una obligación internacional en virtud de lo establecido en el art. 27 de la Convención de Viena. Por ello, antes que ser un obstáculo, el derecho interno debe proveer a una solución normativa para implementar el remedio a la violación declarada en sede internacional.

Como se explicara anteriormente, el indulto o la conmutación de penas, si bien pueden tener el importante efecto de dejar en libertad a la persona condenada en violación a un derecho fundamental, no constituyen una reparación adecuada del derecho violado²⁷¹. En la medida que esos actos no eliminan el antecedente condenatorio, la reparación no es integral por no anularse todas las consecuencias jurídicas de la sentencia inválida. Asimismo, como también refiriera oportunamente, existen fuertes razones, fundadas en la necesidad de asegurar la confianza pública en las instituciones judiciales y de consolidar el respeto por los derechos involucrados en la decisión internacional, para considerar inconveniente el dictado de este tipo de medidas.

La posición que sostengo en esta tesis es que, debido a la lógica de este sistema internacional de protección de los derechos humanos y al modo en que éste modifica el alcance de la adjudicación de derechos, la aplicación retroactiva de la jurisprudencia internacional en sede local constituye la única manera de implementar la decisión internacional y de asegurar, tanto el remedio al derecho fundamental desconocido en el caso concreto, como la eficacia misma del sistema internacional de protección.

Desde esta perspectiva, la decisión internacional -en sentido *lato*- dictada por el órgano de protección a instancias del peticionante se presenta como retroactiva respecto del caso resuelto en sede local en contra del justiciable en tanto refuta y modifica de *modo obligatorio* esa anterior adjudicación de derechos. La retroactividad está ineludiblemente dada por que la decisión internacional que define el alcance del derecho convencional tiene

²⁷⁰ NASH ROJAS, CLAUDIO, *op.cit.*, pág. 25/6, énfasis agregado.

²⁷¹ Es importante tener en cuenta que esta posición encuentra sustento en los precedentes de la Corte Internacional de Justicia que se citarán a continuación.

lugar en un momento cronológicamente posterior a la decisión arribada en sede doméstica, estando motivada precisamente en esa misma decisión.

En este sentido, hay que reconocer que si bien es cierto que el proceso internacional no reviste el carácter de una cuarta instancia²⁷² y que hasta el momento del dictado de la decisión internacional la sentencia condenatoria era *definitiva* en sede local, lo cierto es que una vez determinada la incompatibilidad de esa sentencia con algún derecho o garantía reconocido en un pacto de derechos humanos, surge la obligación del Estado de hacer cesar esa violación, lo que requiere quitarle validez a esa sentencia y reeditar un proceso judicial que asegure al acusado el pleno ejercicio de sus derechos fundamentales.

Como señala Asdrúbal Aguiar "... las medidas restitutorias podrían contemplar que el Estado responsable... deje sin efecto una decisión judicial interna... por considerarse ello necesario a la restitución de los derechos o libertades de la víctima consagrados en la Convención..."²⁷³.

Ciertamente, el valor de la propia instancia internacional de monitoreo aceptada por el estado miembro de ese sistema como instancia de protección de los derechos humanos radica en que admite la posibilidad de que se declare la invalidez de una decisión judicial doméstica que es incompatible con los estándares internacionales que lo rigen. Aceptada esta instancia y esta posibilidad, no se puede mantener la sentencia que constituye el acto que materializó la situación generadora de la responsabilidad internacional.

Por ello, el carácter de *cosa juzgada* de una condena penal no puede ser invocado por el estado como argumento para no cumplir con esas obligaciones, ya que el carácter definitivo que esa sentencia posee en el ámbito local no es compatible normativamente con la decisión arribada por el órgano de protección de derechos humanos en la culminación del proceso internacional de la que surge el deber de remediar la violación al derecho fundamental del condenado.

²⁷² JIMÉNEZ REYES, ALFONSO, "El Sistema Interamericano de Derechos humanos y la formula de la "cuarta instancia", disponible en <http://www.coladic.org/pdf/publicaciones> (visitado por última vez el 2/01/2007). Ver asimismo, ALBANESE, SUSANA, La fórmula de la cuarta instancia, *JA 1997-II*, Buenos Aires, año 1997, pág. 948: "Por ello, una sentencia judicial puede y debe ser analizada por los órganos de control internacionales en tanto puede llegar a constituir *per se* una violación de los derechos reconocidos convencionalmente".

²⁷³ AGUIAR, ASDRÚBAL, La responsabilidad internacional del Estado por violación de Derechos Humanos, en *Estudios Básicos de Derechos Humanos I*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, año 1994, pág. 143.

Por todas estas razones, el criterio actual de la Corte Suprema con relación a esta cuestión es contrario a los principios internacionales más básicos de responsabilidad internacional.

Las disposiciones normativas internacionales y domésticas y las facultades constitucionales de los poderes públicos locales, y principalmente las del poder judicial, antes que ser un obstáculo para el cumplimiento de las decisiones de los organismos internacionales deben ser empleadas agotando su capacidad de rendimiento para implementarlas.

Por ello, cuando en el caso "Felicetti" la Corte Suprema se excusó de cumplir con la recomendación de la CIDH, que mandaba garantizar una instancia de revisión para los condenados que no habían podido acceder a ella, alegando que la Convención Americana establece en su artículo segundo el deber del estado parte de adecuar el derecho interno a los estándares convencionales "con arreglo a sus procedimientos constitucionales", el Máximo Tribunal realizó una lectura perversa de esa norma²⁷⁴.

En esa oportunidad, con base en esa disposición, la Corte argumentó que mal podía extraerse de dicha recomendación base alguna para alegar que el poder judicial podía extralimitarse en su competencia y soslayar el valor de la cosa juzgada en aras de cumplir con esa medida recomendada.

Acorde con lo expuesto, la interpretación que efectúa la Corte es errada por dos razones que se retroalimentan entre sí.

La primera, porque este criterio constituye una manera de invocar inválidamente dos obstáculos de derecho interno —el carácter de cosa juzgada de la decisión y la insuficiencia de disposiciones normativas que den una solución expresa a esta situación— para justificar incumplir con su obligación internacional de reparar la violación al derecho fundamental. La segunda razón está dada en que, de esa misma norma convencional que cita la Corte surge, contrariamente a la postura que abraza, el deber de adoptar "las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades". Este es un mandato para agotar los recursos normativos locales en aras de asegurar la vigencia de los derechos reconocidos por la Convención.

²⁷⁴ En el mismo sentido se pronuncia GARCÍA, LUIS, Protección Internacional subsidiaria de los derechos humanos y deber de reparar: entre el agotamiento de los recursos y la trampa de la cosa juzgada en el caso de "La Tablada" (A los enemigos de la democracia, ¿ni justicia?), *op.cit.*, pág. 314.

La posición adoptada por la Corte no sólo es normativamente errónea sino que además pierde legitimidad, por fallar en ser imparcial, cuando se la contrasta con su jurisprudencia de la que surge que ella misma ha fundado expresamente en esta norma su facultad para hacer posible y operativo el ejercicio de un derecho humano reconocido a nivel convencional, del mismo que en su condición de custodio de la Constitución lo ha hecho para garantizar el goce de un derecho constitucional.

En efecto, muchas de las más importantes doctrinas que en materia de derechos fundamentales tienen vigencia en nuestro país, proceden de la creación judicial de estos remedios.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación los ha creado y desarrollado al resolver casos en los que no existía un remedio creado por ley y estaba en juego la exigibilidad de ciertos derechos civiles reconocidos a nivel constitucional o convencional. Lo importante de estos casos es que el remedio se funda directamente del derecho fundamental violado: la Corte reconoce que a fin de no desconocer su protección constitucional, ella misma debe dar una solución que no tiene otra base normativa que la que consagra el derecho. Es decir, que en estas oportunidades la Corte no consideró que la falta de establecimiento expreso de un remedio a la violación del derecho la despojara de jurisdicción para adjudicar.

Así, en primer lugar la Corte reconoció a partir del art. 17 de la CN el fundamento constitucional de la responsabilidad civil extracontractual del Estado y su correlativa obligación de resarcir a los particulares los daños causados.

Con el fundamento de que las garantías individuales existen y protegen por el sólo hecho de estar consagradas en la Constitución e independientemente de las leyes reglamentarias, la Corte creó pretorianamente el amparo en el caso "Siri"²⁷⁵ como remedio judicial para poner fin en forma inmediata a las violaciones a los derechos constitucionales reconocidos en la Constitución.

También con este criterio, en el caso "Rayford"²⁷⁶ la Corte sostuvo que las pruebas obtenidas mediante violaciones a las garantías del debido proceso no podían ser utilizadas en contra del imputado y les excluyó todo valor probatorio a las mismas y a las que se hubieran producido a partir de ellas.

²⁷⁵ Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Siri, Ángel s/habeas corpus", sentencia del 27/12/1957.

²⁷⁶ Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Rayford, Reginald", sentencia del 13/05/1986.

En el caso “Ekmedjian”²⁷⁷ la Corte hizo operativo el derecho de rectificación con el fundamento de que la lectura de la norma convencional que lo consagraba permitía derivar con nitidez los perfiles centrales que habilitan el ejercicio del derecho allí reconocido y que incumbía a los jueces determinar las características con que tal derecho debía desarrollarse en cada caso.

Para garantizar el derecho a la verdad de los familiares de las víctimas del terrorismo de Estado, en el caso “Urteaga”²⁷⁸ la Corte sostuvo que el *habeas data* constituía un remedio constitucional para garantizar su ejercicio.

Para poder proteger adecuadamente el derecho a la intimidad de un niño reconocido en la Convención por los Derechos del Niño, en el caso “S., V. M.”²⁷⁹, la Corte afirmó que los jueces estaban constitucionalmente facultados a dictar una orden judicial que prohibiera la publicación de ciertos datos e imágenes del niño y cumplir así con el deber de actuar en función de su superior interés.

En el caso “Fayt”²⁸⁰ para custodiar la independencia judicial, la Corte declaró la nulidad una cláusula constitucional que fue producto de una irregular reforma constitucional.

Para subsanar la violación al derecho fundamental a ser juzgado en un plazo razonable, en el caso “Barra”²⁸¹ la Corte sostuvo que el imputado tiene el derecho a ser sobreseído por prescripción de la acción penal aún cuando no estuvieran cumplidos los plazos pertinentes.

Estos casos demuestran que, pese a que los derechos fundamentales comprometidos en cada uno de ellos no tenían previsto una consecuencia jurídica para el caso de su incumplimiento por parte del estado, a que tampoco estaban asociados a una garantía

²⁷⁷ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Ekmedjian, Miguel A. c. Sofovich, Gerardo y otros”, sentencia del 7/07/1992.

²⁷⁸ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Urteaga, Facundo v. Estado Mayor Conjunto de las Fuerzas Armadas”, sentencia del 15/10/98.

²⁷⁹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “S., V. c M., D. A”, sentencia del 3/04/2001.

²⁸⁰ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Fayt, Carlos Santiago c/ Estado Nacional s/ proceso de conocimiento”, sentencia del 19/08/1999.

²⁸¹ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Barra, Roberto Eugenio Tomás s/defraudación por administración fraudulenta”, sentencia del 9/03/2004. Para un análisis que demuestra que el cambio de precedente que implicó este fallo, en cuanto a la adopción “tardía” de este criterio, no fue mínimamente justificado por la Corte, ver GARAY, ALBERTO F., La duración inconstitucional de los procesos penales y el recurso extraordinario, publicado en *La Ley 2004-D*, Buenos Aires, pág. 137.

secundaria para hacerlos efectivos y que la solución no dependía de una declaración de inconstitucionalidad, la Corte los afianzó e hizo efectivos mediante el diseño de sus respectivos remedios constitucionales.

En ninguno de estos casos, la falta de estas circunstancias fue siquiera considerada como un obstáculo para que la Corte adjudicara de la manera en que lo hizo. Es más, la Corte no dudó en reconocer la cuestión constitucional e internacional que estaba comprometida y asumir su obligación de garantizar esos derechos. Para sustentar estas decisiones, la Corte recurrió a dos fundamentos. El primero, que sigue el camino sentado por la corte suprema norteamericana en el citado caso “Marbury”, funciona como una premisa básica: “donde hay un derecho hay un remedio”. El segundo concretiza este antecedente en función del contenido de los derechos comprometidos para poder asegurar que los remedios creados mantengan con éstos una relación de adecuación técnica y sustantiva.

El hecho de que en “Acosta” y su progenie la Corte fallara inconsistentemente en lo relacionado a su facultad de crear remedios para subsanar violaciones a los derechos civiles reconocidos en los pactos internacionales de derechos humanos²⁸², cuando en otros casos sí los provee, demuestra que no existen razones normativas ni de principio que puedan justificar su negativa a implementar las decisiones de los organismos internacionales de protección de los derechos humanos en materia de garantías en el procedimiento penal.

Como lo demuestran los trabajos comentados de García, Rúa, Garrido, Carrió y Gullco, existen buenas razones para avalar la capacidad normativa del amparo, del *habeas corpus* y del recurso de revisión para implementar una decisión internacional que ordena reparar la violación al derecho humano de un condenado.

²⁸² La historia constitucional norteamericana provee ejemplos significativos de cómo se han delineado remedios para restringir o favorecer ciertos derechos. Así, durante la época *Lochner*, la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos dictó el *leading case* “Ex parte Young” en el que creó la acción declarativa como remedio constitucional para cuestionar inminentes violaciones a los derechos. El motivo por el que este remedio fue creado consistió en permitir impugnaciones a las leyes que ponían límites a las tarifas -y por ende restringían el derecho de propiedad- que de otra manera, bajo el régimen del *common law*, no podrían haber sido formuladas porque no implicaban incumplimiento de contratos y no tenían otro remedio procesal disponible. Con otro espíritu, pero con el mismo *rationale*, esa misma Corte, luego de dictar “Brown” y su progenie desegregacionista, dictó el *leading case* “Monroe vs. Pape” en el que interpretó a la Civil Rights Act como admitiendo demandas contra los estados por su incumplimiento aún cuando las leyes estatales prohibieran esas conductas. Ver, WELLS, MICHAEL; EATON, THOMAS, *Constitutional Remedies*, Praeger Publishers, Connecticut, 2002.

Quiero aclarar que porque considero que demostrar la existencia del deber del Poder Judicial argentino de remediar la violación a la garantía procesal del condenado que fuera declarada en sede internacional, es más relevante que realizar un análisis de tipo dogmático de la procedencia de cada uno de esos mecanismos para remediar esta clase de situaciones, en este trabajo me dedico exclusivamente a fundar este deber.

Desde esta perspectiva, y mérito de lo dicho anteriormente, critico la validez de la posición de la Corte plasmada en los casos "Acosta"; "Boico" y "Felicetti" en los que, pese a haberse intentado distintos remedios para procurar instrumentar la recomendación de la Comisión Interamericana, se obtuvo igual suerte adversa.

Por todos estos motivos, como señalara García, la posición actual de la Corte en cuanto rechaza hacer operativa la decisión de un organismo internacional cuando el caso tramitado a nivel doméstico posee el carácter final, subvierte la lógica del sistema de protección: al justiciable se le deniega su derecho en sede local, recorre la larga vía del procedimiento internacional y una vez que obtiene una declaración que lo reconoce como titular del derecho en cuestión, se le niega el acceso al remedio.

Como lo ejemplifica el caso "La Tablada", en situaciones en las que la persona siga sufriendo las consecuencias jurídicas de la condena -vigencia del antecedente condenatorio, privación de la libertad, inhabilitación, privación de sus derechos políticos, etc.-, la reparación económica dispuesta por el órgano internacional, que es más fácilmente ejecutable en sede local, no restablece al justiciable en el ejercicio de su derecho.

Por ello, la aplicación en el ámbito interno de la decisión que ordena hacer operativo el derecho previamente soslayado -sea proveer de una revisión judicial o reeditar el proceso y asegurar el respeto de la garantía procesal previamente soslayada-, constituye la única manera de asegurar el *efecto útil* de esa decisión y de remediar la violación.

I.a.2) Doctrina y jurisprudencia internacional que sustenta esta posición

Dado que de lo que se trata es de asegurar la ejecución de las decisiones dictadas por estos órganos, se debe tener en cuenta la jurisprudencia internacional que ha establecido cuáles son los deberes de los estados cuando se violó una garantía procesal de un condenado y de qué manera estos deben ser implementados. Este análisis es

particularmente relevante teniendo en cuenta el valor de guía hermenéutica de la jurisprudencia internacional que se relaciona con alguno de los tratados internacionales suscriptos por nuestro país, así como la circunstancia de que la Corte Interamericana de Derechos Humanos le otorga a la jurisprudencia de su par europea valor como pauta de interpretación de las cláusulas análogas de la Convención Americana.

Asimismo, al tener en cuenta que el problema abordado en esta tesis no es exclusivo de nuestro país ya que alcanza a todo estado que haya asumido obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, como dato de derecho constitucional comparado, también se tendrán presentes las distintas opciones normativas adoptadas por los estados para implementar estas decisiones.

El recorrido que se hará en los siguientes sub-acápites demostrará la procedencia de la revisión de una condena dictada en violación a un criterio jurisprudencial reconocido por un organismo internacional de protección de los derechos humanos.

Sistema interamericano de protección de los derechos humanos

Un análisis de la jurisprudencia del sistema interamericano revela que en una importante cantidad de casos, los correspondientes órganos de protección han concluido que la anulación del procedimiento viciado y la realización de uno nuevo, que no reeditara las violaciones a las garantías judiciales en las que se incurriera anteriormente, constituía la reparación integral adecuada para hacer cesar las consecuencias del delito.

Es ilustrativa, con relación a esta cuestión, la posición adoptada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a la Corte Interamericana en el caso “Campo Dodd v. México”²⁸³ en la que denunció la violación de las garantías procesales, de protección judicial y de libertad del acusado de un delito que había sido condenado en virtud de una confesión obtenida mediante tortura²⁸⁴.

²⁸³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Alfonso Martín Del Campo Dodd vs. Estados Unidos Mexicanos”, sentencia de excepciones preliminares del 03/09/2004.

²⁸⁴ La Comisión entendió violados los derechos reconocidos en los arts. 7, 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Ver asimismo, ALBANESE, SUSANA, *La fórmula de la cuarta instancia*, op.cit., pág. 953. haciendo referencia a que ya en el año 1988, en el Informe 29/88, caso “Clifton Wright v. Jamaica”, nro. 9260 del 14 de septiembre de 1988, la Comisión Interamericana “al referirse al Poder Judicial y las garantías del debido proceso, sostuvo... en un caso que trataba de un ciudadano, privado de su libertad en mérito a una sentencia dictada durante un gobierno de facto, a la que tilda de arbitraria e inconstitucional y

En este caso, la CIDH solicitó a la Corte que dictara sentencia condenando al estado mexicano a: “1. *Impulsar las medidas conducentes para anular la confesión obtenida bajo tortura en las instalaciones de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal el 30 de mayo de 1992 y de todas las actuaciones derivadas de ella; revisar la totalidad del proceso judicial contra la víctima en el presente caso; y disponer de inmediato la liberación de Alfonso Martín del Campo Dodd mientras se sustancian tales medidas*; 2. Investigar de manera completa, imparcial y efectiva para determinar la responsabilidad de todos los autores de las violaciones de derechos humanos en perjuicio de Alfonso Martín del Campo Dodd; 3. Reparar adecuadamente a Alfonso Martín del Campo Dodd por las violaciones de los derechos humanos establecidas”.

Como se desprende de la demanda formulada por la CIDH, existían tres deberes distintos a cargo del estado mexicano para restablecer plenamente a la víctima en el goce de sus derechos: reeditar el proceso judicial, investigar y sancionar a quienes lo torturaron y proveer una indemnización. Por ello, la naturaleza de esta demanda hizo caer en la cuenta que “el establecimiento de un precedente contrario a México, traería modificaciones estructurales en los sistemas de procuración e impartición de justicia federal y locales, que si bien contienen disposiciones sobre la proscripción y sanción de la tortura, y reglas para que una confesión sea aceptada como prueba y las garantías de defensa y de debido proceso legal, no contemplan abiertamente la posibilidad de retrotraer los efectos de la cosa juzgada por la incidencia de una posible confesión coaccionada o de revisar *in toto* un proceso por dicha circunstancia²⁸⁵”.

que no había logrado hacerla rever por los jueces del gobierno constitucional a pesar de la legislación y de los recursos interpuestos. Posteriormente, se le otorgó “libertad condicional”. La Comisión destacó en este aspecto que: “...El beneficio de la libertad condicional otorgada al reclamante no constituye... una reparación de la situación... pues no cambia el problema básico materia de su reclamación, cual es el de que le ha sido denegado ‘un juicio justo’ en el que pudiera revisarse su caso...”.

²⁸⁵CARMONA TINOCO, JORGE ULISES, Algunos aspectos de la participación de México ante los órganos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, Número 9, Julio-Diciembre 2003. Es interesante señalar que, frente a este estado de cosas, Amnesty International mantuvo que para remediar las violaciones a los derechos humanos involucradas en el caso “Dodd”, y en otros casos relevados por ese organismo, se debían promover reformas judiciales que garantizaran la posibilidad de impugnar la legalidad de los procedimientos judiciales y las declaraciones de culpabilidad cuando existan motivos razonables para creer que se ha admitido como prueba una confesión obtenida mediante coacción y que se establezca que esos procesos vuelvan a celebrarse inmediatamente, cf. Amnesty Internacional, *México: Juicios injustos: tortura en la administración de justicia*. AMR 41/007/2003/s

Más allá de que la Corte Interamericana se abstuvo de resolver sobre estas peticiones, por resolver que era incompetente *ratione temporis*, la enumeración de las medidas solicitadas en este caso por la CIDH, que coinciden con las recomendaciones efectuadas en su informe de fondo²⁸⁶, revela que como cuestión de derecho internacional son diversas las obligaciones que pesan sobre el estado para reparar la violación a un derecho fundamental de una persona condenada por un delito: *hacer cesar las consecuencias legales de la misma y realizar un nuevo proceso judicial*, sancionar a los responsables de esa violación e indemnizar²⁸⁷.

De estos deberes, el primero implica necesariamente aplicar el estándar de protección del derecho empleado por el tribunal internacional, dejar sin efecto en el ámbito local la condena declarada inválida en sede internacional y reeditar un nuevo proceso que salvaguarde el derecho previamente lesionado.

Entiendo decisivo, para el análisis que efectúo en este trabajo, que la posición de la Comisión coincide con adoptada por la Corte Interamericana en su jurisprudencia sobre garantías judiciales.

En efecto, el *leading case* con relación a esta cuestión lo constituye el caso “Cantoral Benavides vs. Perú”²⁸⁸. En esta sentencia de reparaciones, la Corte Interamericana afirmó que: “es un hecho evidente para este Tribunal que la sentencia condenatoria expedida por la Corte Suprema de Justicia del Perú en contra del señor Cantoral Benavides, y las demás resoluciones adoptadas en los procesos a que éste fue sometido, fueron emitidas con base en una legislación incompatible con la Convención Americana y que en desarrollo de las respectivas actuaciones se violaron los derechos a la protección judicial y al debido proceso consagrados en la Convención. En consecuencia, en el marco de esta sentencia de reparaciones, esta Corte deberá disponer que el Estado deje

²⁸⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “Alfonso Martín Del Campo Dodd vs. Estados Unidos Mexicanos”, Informe 63/02 del 22/10/2002.

²⁸⁷ Es importante señalar que luego del dictado de esta decisión por parte de la Corte Interamericana, *Amnesty International* publicó un comunicado en el que señaló que la misma “no eximía al gobierno mexicano de su responsabilidad a asegurar que se arribe a la justicia.... habiendo evidencia abundante y convincente” de la violación a los derechos humanos del Sr. Dodd. Por ello, *Amnesty Internacional* urgió al gobierno mexicano a cumplir con las recomendaciones efectuadas por la Comisión Interamericana. Ver, *Amnesty Internacional, Public Statement, AMR 41/036/2004* (la traducción es de mi autoría).

²⁸⁸ SAAVEDRA ALESSANDRI, PABLO, La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Las reparaciones ordenadas y el acatamiento de los estados, publicado en *Los Instrumentos de Protección Regional e Internacional de los Derechos Humanos*, Memorias del Seminario, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos, México-Comisión Europea, Secretaría de Relaciones Exteriores, 2004, pág. 215.

sin efecto alguno, recurriendo para ello a las vías previstas en la legislación interna, la sentencia condenatoria de la Corte Suprema de Justicia del Perú contra Luis Alberto Cantoral Benavides... y anular los antecedentes judiciales o administrativos, penales o policiales que existan en contra de Luis Alberto Cantoral Benavides, en relación con los hechos del presente caso y a cancelar los registros correspondientes”²⁸⁹.

El voto razonado del Juez Antônio A. Cançado Trindade amplía los fundamentos de la posición adoptada por el tribunal y, por su claridad conceptual, merece ser transcrito: “La Corte ha decidido, en mi entender correctamente, que el Estado debe ‘dejar sin efecto alguno’, recurriendo para ello a las vías del derecho interno, la sentencia condenatoria de la Corte Suprema de Justicia del Perú contra el Sr. Luis Alberto Cantoral Benavides... Como la responsabilidad internacional de un Estado Parte puede generarse por cualquier acto u omisión por parte de cualquier de sus Poderes - Ejecutivo, Legislativo o Judicial-, la Corte puede y debe decidir, como lo ha hecho en la presente Sentencia, que el Estado Parte en cuestión debe, de conformidad con su derecho interno, dejar sin efecto alguno una sentencia de un tribunal nacional incompatible con la normativa de protección de la Convención Americana sobre Derechos Humanos... Resulta, pues, claro, que no todo lo que es legal en el derecho interno lo es en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, debiendo una conducta estatal conformarse con las obligaciones convencionales de protección que vinculan al Estado Parte en el tratado de derechos humanos en cuestión. De ese modo, puede, y debe, la Corte Interamericana decidir que un Estado Parte en la Convención Americana deje sin efectos -según las vías de su derecho interno- una sentencia de un tribunal nacional (independientemente de jerarquía) incompatible con la Convención, - tal como lo ha hecho en la presente sentencia”.

Este criterio fue posteriormente ratificado por la Corte en su ulterior jurisprudencia sobre garantías judiciales²⁹⁰, en la que incluso este tribunal internacional estableció plazos

²⁸⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Cantoral Benavides”, sentencia sobre reparaciones, del 3/12/2001.

²⁹⁰ En el caso “Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago”, sentencia del 21/06/2002, la Corte concluyó que el mencionado estado había violado los arts. 7.5, 25 y 8.1 en perjuicio de una serie de condenados a la pena de muerte y le ordenó “tramitar de nuevo... los procedimientos penales correspondientes a los delitos que se (les) imputan”. En el caso “Herrera Ulloa vs. Costa Rica”, sentencia del 2/07/2004, la Corte declaró que el estado costarricense había violado el artículo 8.2.h. de la CADH en perjuicio del señor Herrera Ulloa y le ordenó “dejar sin efecto, en todos sus extremos, la sentencia emitida el 12 de noviembre de 1999 por el Tribunal Penal del Primer Circuito Judicial de San José”. En el caso “Fermín Ramírez vs. Guatemala”, sentencia del 20/06/2005, en una decisión que constituye un *leading case* en la

perentorios dentro de los cuales debía anularse el proceso penal declarado violatorio de la Convención y reanudarse uno nuevo respetuoso de los estándares relevantes. Además, muy recientemente, en el caso “Palamara Iribarne c. Chile”, la Corte le ordenó al estado condenado a anular, en un plazo de seis meses, las sentencias condenatorias dictadas en violación a las garantías judiciales de imparcialidad y debido proceso y a eliminar los respectivos registros condenatorios²⁹¹.

Es relevante señalar, asimismo, que un análisis de la jurisprudencia de la Corte Interamericana revela que cuando esta forma de reparación es inviable, por haber cumplido el condenado la pena impuesta, la Corte buscó igualmente quitarle validez a los efectos legales subsistentes a la condena penal ya agotada, ordenando para ello que se eliminara de los registros penales toda anotación sobre la misma; lo que demuestra que para la Corte la obtención de la libertad no agota el contenido de la reparación a la garantía judicial violada²⁹².

Sistema de Naciones Unidas

Como es sabido, dentro del sistema de Naciones Unidas existen dos órganos que son los principales responsables de promover y custodiar el respeto por los derechos humanos: el Consejo de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Humanos (HRC) que monitorea el cumplimiento del Pacto de Derechos Civiles y Políticos. Existen, asimismo, organismos específicos que supervisan la aplicación de tratados de derechos humanos con

interpretación del estándar convencional con relación al principio de congruencia, la Corte determinó la violación a las garantías judiciales del Sr. Fermín Ramírez y ordenó al Estado a llevar a cabo, en un plazo razonable, un nuevo enjuiciamiento... que satisfaga las exigencias del debido proceso legal, con plenas garantías de audiencia y defensa para el inculcado”. Por su parte, en el caso “Raxcacó Reyes v. Guatemala”, sentencia del 15/09/2005, la Corte le ordenó, también al estado guatemalteco, “dejar sin efectos la pena impuesta (y) dentro de un plazo razonable y, sin necesidad de un nuevo proceso, emitir otra”, estableciendo asimismo que para asegurar la correcta individualización de la pena en forma previa a dictar sentencia se “ofrecerá a las partes la oportunidad de ejercer su derecho de audiencia”.

²⁹¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Palamara Iribarne c. Chile”, sentencia del 22/11/2005.

²⁹² Así, en el caso “Canese vs. Paraguay”, sentencia del 31/08/2004, la Corte concluyó que en el proceso penal seguido contra el señor Canese el estado paraguayo había violado los arts. 8.1, 8.2 y 8.2.f) de la CADH. En momento de decidir sobre las reparaciones, la Corte refirió que reconocía “la importancia para el presente caso de la decisión que emitió la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia del Paraguay el 11 de diciembre de 2002, la cual anuló las sentencias condenatorias del señor Canese” y que las valoraba como un “aporte positivo para la solución de la presente controversia”. Asimismo, en el caso “Acosta Calderón vs. Ecuador”, sentencia del 24/06/2005, en que la Corte declaró la violación a los arts. 8.1, 8.2, 8.2.b, 8.2.d y 8.2.e de la Convención Americana, como el señor Acosta Calderón ya había cumplido la pena y recuperado la libertad, ordenó como medida de reparación eliminar sus antecedentes penales de los registros públicos.

relevancia en materia penal, como ser el Comité contra la Tortura (CAT) y el Comité de los Derechos del Niño (CRC)²⁹³.

La actuación de estos órganos, que con excepción del CRC puede ser motivada a partir de una comunicación individual, alcanza a entender en los casos en que se denuncia que un estado parte del sistema y/o ratificante de alguno de los tratados mencionados, ha violado un derecho fundamental durante el proceso penal llevado a cabo contra una persona. Para lo que aquí nos ocupa, es relevante tener en cuenta que los comités determinan la admisibilidad del reclamo y evalúan sus méritos y “expiden una opinión o declaración de su conclusión final en un proceso que se asemeja al judicial. Esas opiniones o conclusiones, incluyen, si se establece la violación, una declaración de las obligaciones del estado de remediar esa violación. Estas han incluido pedidos de liberar prisioneros, compensar a las víctimas, tomar medidas preventivas para evitar reiteraciones y asegurar un juicio justo”²⁹⁴.

Asimismo, dentro de este sistema está la Corte Internacional de Justicia (en adelante CIJ) que en virtud del artículo 92 de la Carta de las Naciones Unidas constituye “el principal órgano judicial” del sistema. La Corte tiene dos funciones, la de emitir opiniones consultivas y la de resolver las disputas de derecho internacional que los estados partes le someten en función de su jurisdicción que aceptaron en función de acuerdos especiales y de tratados específicos²⁹⁵.

Si bien a primera vista podría pensarse que la labor de este tribunal no llegaría a tener una gran incidencia en el tema central de esta tesis, esta creencia se ve refutada con la intervención que la Corte Internacional de Justicia ha tenido en una serie de casos que sí la poseen y de modo directo. Me estoy refiriendo a la jurisprudencia sentada en casos en los que Alemania, Paraguay y México denunciaron la violación, por parte de Estados Unidos, del art. 36 de la Convención de Viena sobre las Relaciones Consulares en el juzgamiento y condena de nacionales de esos países. Esta norma convencional, que en el contexto interamericano posee una importancia adicional en virtud de lo establecido en la OC-16 de

²⁹³ Debido a que las siglas de estos comités son más familiarmente conocidas por su versión inglesa, particularmente en lo que hace al método de citación de los documentos que emiten, aquí se adoptará esa forma de denominación.

²⁹⁴ MUTUA, MAKAU WA, Looking Past the Human Rights Committee: An Argument for De-Marginalizing Enforcement, 4 *Buff. Hum. Rts. Rev.* 211, año 1998, pág. 233.

²⁹⁵ BINGBIN, LU, Reform of the International Court of Justice – A Jurisdictional Perspective, publicado en *Perspectives*, Vol. 5, No. 2, 30/06/2004, Obtenido el 16/01/2007 desde <http://ssrn.com/abstract=592981>.

la Corte Interamericana de Derechos Humanos²⁹⁶, asegura al extranjero detenido, por orden de un proceso judicial, el derecho a ser informado inmediatamente de que, bajo el sistema de la Convención, le está garantizado el contacto con sus autoridades consulares para que lo asistan técnica y materialmente.

En los casos "Breard"²⁹⁷ y "LaGrand"²⁹⁸ que involucraban, respectivamente, a nacionales paraguayos y alemanes, la Corte Internacional de Justicia dictó medidas provisionales que ordenaban a Estados Unidos suspender las ejecuciones de estos condenados hasta tanto dictara una sentencia sobre el fondo de las alegadas violaciones a la Convención.

Estas medidas no fueron acatadas por el gobierno norteamericano, que como más adelante comentaré, ejecutó a esos justiciables. Sin embargo, puesto que Alemania mantuvo el caso ante la Corte Internacional de Justicia, en el caso LaGrand²⁹⁹, ésta dictó sentencia de fondo y declaró que Estados Unidos había violado la Convención por no haberle informado a LaGrand de sus derechos consulares, por no haber asegurado la eficacia de su medida provisional y por haber aplicado la doctrina local de la preclusión procesal que había impedido implementar sus medidas provisionales y darle "pleno efecto" a la Convención.

²⁹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-16/99, del 1/10/1999, sobre "*el Derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*". Esta opinión consultiva establece que: "el derecho individual a la información establecido en el artículo 36.1.b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares permite que adquiera eficacia, en los casos concretos, el derecho al debido proceso legal consagrado en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y que este precepto establece garantías mínimas susceptibles de expansión a la luz de otros instrumentos internacionales como la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, que amplían el horizonte de la protección de los justiciables" y que "la inobservancia del derecho a la información del detenido extranjero, reconocido en el artículo 36.1.b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, afecta las garantías del debido proceso legal y, en estas circunstancias, la imposición de la pena de muerte constituye una violación del derecho a no ser privado de la vida "arbitrariamente", en los términos de las disposiciones relevantes de los tratados de derechos civiles y políticos, artículo 6), con las consecuencias jurídicas inherentes a una violación de esta naturaleza, es decir, las atinentes a la responsabilidad internacional del Estado y al deber de reparación".

²⁹⁷ Corte Internacional de Justicia, "Caso relacionado a la Convención de Viena de Relaciones Consulares (Paraguay vs. Estados Unidos de Norteamérica)", resolución del 9/04/1998.

²⁹⁸ Corte Internacional de Justicia, "LaGrand (Alemania vs. Estados Unidos de Norteamérica)", resolución del 3/03/1999.

²⁹⁹ Corte Internacional de Justicia, LaGrand (Alemania vs. Estados Unidos de Norteamérica), sentencia del 27/06/2001.

Posteriormente, en el caso "Avena"³⁰⁰, en que se planteaba una situación análoga, la Corte Internacional de Justicia ordenó a Estados Unidos otorgar una amplia "revisión y consideración" de análogos agravios convencionales respecto de las condenas a la pena de muerte de cincuenta y un ciudadanos mexicanos.

La CIJ rechazó, tanto la propuesta del gobierno mexicano de anular directamente los procesos, como la del gobierno norteamericano que sostenía que el indulto constituía un remedio adecuado. Por el contrario, falló concluyendo que "la existencia de un procedimiento que garantice que se le dé plena importancia a la violación de los derechos plasmados en la Convención es lo crucial para este proceso de revisión y consideración".

Asimismo, ratificando el criterio plasmado en "LaGrand", la Corte Internacional también declaró inaplicables las normas locales que establecían que el tratamiento de estos agravios en los tribunales norteamericanos era extemporáneo por no haberse introducido cuando era oportuno.

Por último, la Corte también realizó una conclusión que posee importancia capital para la cuestión que se analiza en este apartado. Concretamente, este tribunal enfatizó que "la circunstancia de que en este caso la decisión de la Corte se haya referido únicamente a nacionales mexicanos no puede ser interpretada como implicando que las conclusiones a las que se llegaron en este fallo no se aplican a otros extranjeros que se encuentran en los Estados Unidos en situaciones similares".

Sistema europeo de protección de los derechos humanos

Con relación a la cuestión de la implementación de las decisiones de los tribunales internacionales, es importante tener en cuenta la experiencia del sistema europeo de derechos humanos.

La Convención Europea de Derechos Humanos estructura a este sistema con importantes diferencias institucionales y normativas respecto de su par interamericana³⁰¹.

³⁰⁰ Corte Internacional de Justicia, "Caso concerniente a Avena y a otros nacionales mexicanos", sentencia del 31/03/2004.

³⁰¹ Convención Europea de Derechos Humanos, Artículo 41 "Satisfacción equitativa: Si el Tribunal declara que ha habido violación del Convenio o de sus Protocolos y si el derecho interno de la Alta Parte Contratante sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, el Tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa". Artículo 46. "Fuerza obligatoria y ejecución de

En primer lugar, la Corte Europea únicamente puede condenar al estado parte cuando su legislación interna no provee un remedio integral y sólo puede ordenar que satisfaga una reparación de tipo pecuniaria. Contrariamente, la Corte Interamericana ha hecho dispuesto de una amplia y variada gama de reparaciones³⁰².

Por otro lado, a diferencia de los órganos del sistema interamericano, la Corte Europea cuenta con un organismo que supervisa la ejecución de sus fallos: el Comité de Ministros. Este Comité, es “un órgano no-judicial integrado por los representantes de los gobiernos de los miembros del Consejo de Europa y tiene la autoridad de determinar cuando un fallo ha sido completamente ejecutado”³⁰³.

Dentro de este contexto, la Corte Europea ha establecido que la Convención establece el deber de los estados partes, además de satisfacer la reparación económica, de implementar medidas generales e individuales para remediar los efectos de una violación a un derecho y garantizar así la *restitutio in integrum*. Sobre la base de ello, la Corte remarcó que si bien los estados cuentan con un margen de discreción para determinar cómo dar cumplimiento con este deber, este margen de acción está sujeto a la supervisión del Comité³⁰⁴. El poder de supervisión del Comité es amplio y decisivo: ningún caso se termina hasta que éste determine que la ejecución del fallo ha sido alcanzada³⁰⁵. Además, en caso de que en el marco de este proceso de supervisión, un estado no implemente las medidas necesarias para reparar integralmente la violación, el Comité puede darle intervención a la Corte para que ésta determine si el estado ha incumplido con su obligación³⁰⁶.

En lo que hace a las medidas que corresponde adoptar para reparar una violación a las garantías judiciales, mientras que las medidas generales típicamente apuntan a promover reformas legislativas que beneficien a toda la clase de personas que sufrieron la misma

las sentencias: 1 Las Altas Partes Contratantes se comprometen a acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en que sean partes. 2 La sentencia definitiva del Tribunal será transmitida al Comité de Ministros, que velará por su ejecución”.

³⁰² Ver al respecto la compilación y análisis de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos realizada por CLAUDIO NASH ROJAS, *op.cit.*, y Pablo SAAVEDRA ALESSANDRI, *op.cit.*

³⁰³ SIMS, JOHN CARY, The impact of remand orders from higher to lower courts on American jurisprudence: Compliance without remands: The Experience under the European Convention of Human Rights, 36 *Ariz. St. L.J.* 639, año 2004, pág. 659.

³⁰⁴ Corte Europea de Derechos Humanos “Scozzari and Giunta vs. Italia”, sentencia del 13/07/2000. (La traducción es de mi autoría).

³⁰⁵ SIMS, JOHN CARY, *op.cit.*, pág. 659.

³⁰⁶ Reglas del Comité de Ministros para la supervisión de la ejecución de los fallos y de los términos de las soluciones amistosas, adoptadas el 10/06/2006, art. 11.1.

violación³⁰⁷, las medidas individuales buscan, concretamente, restablecer en el derecho al peticionante.

En lo que constituyó una medida trascendental para la implementación de los fallos de la Corte Europea en materia de garantías judiciales, por medio de la Recomendación 2/2000, el Comité ha urgido a los estados partes a reabrir los procedimientos judiciales, particularmente los penales, cuando esta reapertura sea la única manera de restituir integralmente al peticionante en el goce del derecho cuya violación fue declarada en el fallo.

En este sentido, el Comité ha referido que: “si bien la Convención no contiene ninguna previsión por la que imponga a los estados partes la obligación de establecer en su derecho interno la posibilidad de re-examinar o re-abrir los procedimientos, la existencia de dicha posibilidad ha probado, en circunstancias especiales, ser importante y, por cierto en algunos casos, el único medio para lograr la *restitutio in integrum*”. En esta línea, el Comité ha señalado que un número creciente de estados ha efectuado reformas legislativas que posibilitan la reapertura de los procedimientos, mientras que, en otros estados partes, han sido los tribunales quienes han creado o desarrollado una jurisprudencia que asegura tal posibilidad³⁰⁸.

Esta clase de medidas ha transformado sustantivamente el impacto del sistema europeo de protección de los derechos humanos. Por esta razón, se ha dicho que “la reapertura de los procedimientos judiciales domésticos es, indudablemente, el efecto más espectacular que un fallo internacional puede tener. La importancia de esta medida, y el

³⁰⁷ Ver, ALBANESE, SUSANA, Supervisión e incumplimiento de sentencias nacionales e internacionales. Problemas estructurales. JA 2005-II, Buenos Aires, pág. 1078, quien señala que, como esta regla permite solucionar violaciones de derechos que poseen un alcance general, asegura la eficacia del sistema. La importancia de estas medidas generales e individuales fue reconocida por la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso “Broniowski v. Polonia”, sentencia del 6/10/2005, oportunidad en la que remarcó que los estados partes tienen el deber de “reexaminar la efectividad de los recursos existentes y, llegado el caso, ofrecer recursos efectivos a fin de evitar que casos repetitivos sean presentados a la Corte”. De este modo, sostiene la autora, la Corte Europea “ha extendido indirectamente los beneficios de su decisión a todas las personas que están a derecho, dado que el Estado debe garantizar tanto medidas legales cuanto prácticas administrativas apropiadas para la aplicación del derecho... violado”.

³⁰⁸ Memorandum explicativo de la Recomendación 2/2000 (La traducción es de mi autoría). Ver asimismo, el documento Asegurando la continuidad efectiva de la Convención Europea de Derechos Humanos- La implementación de las medidas de reforma adoptadas por el Comité de Ministros en su 114ª Sesión (12 de mayo de 2004), 12/05/2006, CM (2006) 39. Obtenido el 19/02/2007 desde <https://wcd.coe.int>, donde el Comité reitera la exhortación para que, “para arribar, en la mayor medida posible, a la *restitutio in integrum*, particularmente por medio de la reapertura de casos... los estados miembros que no lo hayan hecho deben ser urgidos para proveer esta posibilidad...”.

hecho de que en ciertos casos sea el único remedio efectivo, llevó al Comité de Ministros a adoptar una recomendación a los estados sobre esta cuestión... Ahora la mayoría de los estados europeos permiten la reapertura de los procedimientos domésticos... La reapertura de los procedimientos ha sido considerada por la Corte Europea como una medida lo más cercana posible a la *restitutio in integrum*”³⁰⁹.

De este análisis del desarrollo del derecho comparado con relación a esta cuestión, surge que tanto el sistema interamericano como el europeo han establecido que la reapertura de los procedimientos penales es necesaria para reparar la violación a un derecho humano convencional.

Sin embargo, es importante señalar que si bien existe, en ambos órdenes, una coincidencia cuanto al reconocimiento normativo de esta cuestión, se registran importantes diferencias en cuanto a la efectividad de cada uno de estos sistemas de protección de los derechos humanos.

En efecto, pese a que a diferencia de su par europea³¹⁰, la Corte interamericana puede ordenar directamente que tenga lugar la reapertura de un proceso penal cuando declaró violado una garantía judicial, lo cierto es que, en la práctica, el sistema europeo se ha revelado como más eficaz que el interamericano para asegurar que este remedio sea finalmente provisto.

Este alto nivel de eficacia está dado en que “los estados cumplen con sus obligaciones dándole efecto a los fallos, y en casi todos los casos aceptan introducir reformas legislativas, *reabrir procedimientos judiciales*, otorgar remedios administrativos y pagar indemnizaciones monetarias”³¹¹.

Un estudio elaborado por el Comité de Ministros corrobora esta conclusión al enunciar numerosos ejemplos que muestran que distintos estados partes, como ser Austria, Bélgica, Francia, Dinamarca, Grecia, Latvia, Lituania, España, Suecia, Turquía y Gran Bretaña, han reabierto procedimientos penales que poseían carácter de cosa juzgada en el

³⁰⁹ SIMS, JOHN CARY, *op.cit.*, pág 653, (La traducción es de mi autoría). Ver, en el mismo sentido, BUJOSA VADELL, LORENZO MATEO, *op. cit.*, págs. 905 y ss.

³¹⁰ La Corte Europea no está facultada a ordenar reparaciones concretas y el proceso de ejecución de sus fallos, a cargo del Comité de Ministros, es esencialmente político, cf. SIMS, JOHN CARY, *op.cit.*, pág 659: “Mientras que la decisión de la Corte y su fundamento obviamente informan las deliberaciones del Comité, el proceso es inevitablemente más político que si fuera llevado a cabo por funcionarios judiciales independientes”. (La traducción es de mi autoría).

³¹¹ MARTÍNEZ, JENNY S., *op.cit.*, pág. 498.

ámbito interno para dar cumplimiento a los fallos de la Corte Europea de Derechos Humanos³¹².

Se ha dicho que el éxito de este sistema radicaría en que “la implementación no es un proceso automático. Los gobiernos nacionales son obligados a asumir la responsabilidad última por sus prácticas y esto renueva y afianza su compromiso con los derechos humanos mientras implementan cada decisión. Dicho de otra manera, porque la Corte Europea de Derechos Humanos conversa, antes que mandar, los gobiernos nacionales se convierten en los autores y en los destinatarios del derecho. La conversación en sí misma sirve así para redefinir y reconstituir los intereses nacionales”³¹³.

En el apartado II de este capítulo, analizaré este aspecto del funcionamiento del sistema interamericano respecto del caso argentino y argumentaré por qué la aplicación retroactiva de la jurisprudencia internacional, que conlleva a reabrir casos judiciales pasados en autoridad de cosa juzgada para implementar un fallo internacional y para asegurar un reconocimiento igualitario de las garantías judiciales a todos los condenados, al contribuir a involucrar a los actores judiciales en la aplicación de los estándares internacionales puede lograr un resultado análogo al alcanzado en el sistema europeo en lo que hace a su eficacia.

Derecho constitucional latino y norteamericano

³¹² Ver al respecto, los documentos Ejemplos de reaperturas de procedimientos en orden a dar efecto a decisiones de la Corte Europea de Derechos Humanos y del Comité de Ministros, (ref. H(99)10rev) y Listado de Medidas Individuales (ref. H/Exec (2006)2, actualizado a Abril de 2006), Obtenidos el 19/02/2007 desde http://www.coe.int/T/E/Human_Rights/execution/

³¹³ COSGROVE, MICHAEL F., Protecting the protectors: Preventing the decline of the Inter-American System for the Protection of Human Rights, 32 *Case W. Res. J. Int'l L.* 39, año 2000, pág. 467 (La traducción es de mi autoría). Ver asimismo, YOUNG, ERNEST A., Institutional Settlement in a Globalizing Judicial System, 54 *Duke Law Journal* 1143 (2005) y YOUNG, ERNEST A., Allocating Remedial Responsibilities between domestic and supranational courts, 20/02/2006. Obtenido el 16/01/2007 desde <http://www.law.duke.edu/publiclaw/pdf/workshop06sp/young>. Basándose en las distintas capacidades institucionales de los órganos internacionales y los domésticos, Ernest Young sostiene que los organismos internacionales no deben ordenar remedios específicos a violaciones a derechos convencionales como las involucradas en los pronunciamientos de la Corte Internacional de Justicia que se analizarán más abajo, y que ordenaron revisar los procesos de condenados a sentencia de muerte a quienes no se les reconocieron sus derechos reconocidos en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, sino limitarse a examinar si un estado parte posee un sistema estructural que permita que a nivel interno se provea una reparación adecuada para los casos individuales.

En el ámbito regional, se destaca el ejemplo de Perú que ha establecido en una ley el procedimiento de implementación, a cargo de sus jueces locales, de las decisiones de contenido no pecuniario de los organismos internacionales³¹⁴. Dentro de este contexto regional, y salvo el caso de Argentina en los proyectos de ley ya mencionados, sólo Panamá ha proyectado una ley similar³¹⁵.

Como un dato de derecho comparado que presenta una suerte híbrida para la posición que se adopta en este trabajo, es relevante tener en cuenta la experiencia de Estados Unidos con relación a esta cuestión, en la que se verifican dos características peculiares.

Como se viera anteriormente, el sistema norteamericano admite la revisión de sentencias condenatorias firmes por aplicación retroactiva de la jurisprudencia constitucional más benigna. De este modo, si en este país el derecho internacional tuviera la misma jerarquía y nivel de aplicación que en la actualidad en la Argentina, la cuestión de la implementación de su jurisprudencia estaría ya completamente resuelta en la medida que se le aplicarían las reglas ya establecidas para la jurisprudencia constitucional. Sin embargo, como el derecho constitucional norteamericano le otorga al derecho internacional una relevancia similar a la que nuestro país le otorgara previamente al dictado de

³¹⁴Ver SÁNCHEZ-GÓMEZ, ALEJANDRO, Acciones de armonización para garantizar el cumplimiento de sentencias y las recomendaciones de los órganos internacionales. Una visión comparada. Obtenido el 16/01/2007 desde <http://www.pdhumanos.org>, págs. 312/6. Este autor señala que en Perú la ley 27.775 establece un procedimiento administrativo de ejecución de las indemnizaciones fijadas por los tribunales internacionales a los que ese país le reconoció competencia, que las medidas provisionales ordenadas por la CIDH o la CoIDH serán cumplimentadas inmediatamente por un juez y *que las sentencias no pecuniarias serán implementadas por el juez que agotó la jurisdicción interna, quien ordenará a los demás órganos públicos que adopte las medidas ordenadas y haga cesar la situación que dio origen a la sentencia internacional. Específicamente, esta ley establece que cuando la decisión internacional se refiera a una resolución judicial, el juez competente adoptará las medidas necesarias para restablecer las cosas al estado anterior a la violación.* Por su parte, Panamá ha elaborado un proyecto de ley por el cual se reconoce el deber de reparar, por medio de medidas pecuniarias y de distinta índole, las violaciones a los derechos humanos establecidas en las decisiones de los comités, comisiones o demás órganos internacionales. En México, y Colombia sólo se han establecido procedimientos legales para la ejecución de las sentencias pecuniarias. Así, en México en enero de 2005 entró en vigor la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado que establece su aplicabilidad para implementar las decisiones (en sentido lato) de los órganos del sistema interamericano. Por su parte la ley 288 de Colombia prevé que el Estado debe abonar las indemnizaciones establecidas por el Comité de Derechos Humanos de la ONU y por la Comisión Interamericana. Para un análisis comparativo de los sistemas peruanos y colombianos, ver, ABREGÚ, MARTÍN; ESPINOZA, OLGA, *op.cit.*, págs. 204/10.

³¹⁵Cabe aclarar que el supuesto normativo citado por Garrido respecto de Costa Rica no alude a una ley sino al convenio suscripto entre la Corte Suprema de ese país con la Corte Interamericana en donde se acuerda que las sentencias dictadas por esta última serán ejecutadas por los tribunales costarricenses.

“Ekmedkjian”, el problema que presenta el caso norteamericano no es uno de remedios sino uno de reconocimiento de derechos.

En efecto, cuando la Corte Internacional de Justicia dictó las medidas provisionales en los citados casos “Breard” y “LaGrand”, estas medidas no tuvieron el efecto buscado y los justiciables involucrados fueron ejecutados. Distintos tribunales estatales y federales, en una posición que confirmó la Suprema Corte de Justicia norteamericana en el caso “Breard”³¹⁶, consideraron que en el marco del *habeas corpus* no se podía revisar la validez de estas condenas porque los agravios relacionados a la violación de los derechos consulares no se habían planteado oportunamente y estaban, por ende, precluidos. Con un *rationale* similar al utilizado por nuestra Corte en el caso “Felicetti”, la Corte norteamericana consideró que la aplicación de las normas que establecen este requisito para la procedencia del *habeas corpus* no era incompatible con la Convención, ya que ésta establece que el deber de los estados de aplicarla “de conformidad con las leyes y regulaciones” internas³¹⁷.

Con posterioridad al dictado del fallo “Avena”, José Ernesto Medellín uno de los condenados incluidos en la sentencia de ese tribunal internacional, buscó implementar esta decisión por medio del *habeas corpus*, que como se viera anteriormente se emplea en el contexto norteamericano para revisar sentencias firmes dictadas en violación a una garantía constitucional o a un derecho federal.

Este caso, que presenta características muy similares a la de los casos resueltos por la Corte argentina con relación al caso “La Tablada”, fue resuelto de manera adversa. En efecto, el planteo de Medellín fue rechazado en primera y segunda instancia por aplicación del precedente “Breard” de la Corte suprema norteamericana. Por su parte, la Corte Suprema norteamericana no llegó a analizar la compatibilidad de estas decisiones con el fallo de la Corte Internacional porque declaró abstracto el caso a raíz de una presentación del poder ejecutivo nacional que aseguraba que, por razones de política exterior, el estado federal cumpliría con su obligación internacional haciendo que la justicia local diera pleno

³¹⁶ Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Breard”, sentencia del 14/04/1998.

³¹⁷ Esta posición fue criticada, al señalarse agudamente que “la corte tenía poco que perder y mucho que ganar en hacer lugar a la suspensión de la ejecución, esperar a la resolución de la CIJ y luego dictar una decisión razonada que tuviera en cuenta la opinión de la corte internacional. Aún si la Corte en última instancia rechazara la interpretación de la CIJ, eso hubiera sido preferible porque al menos hubiera permitido una plena discusión de las cuestiones legales involucradas. Un diálogo de esa clase hubiera tenido también efectos positivos en el sistema judicial internacional y el americano”, ver MARTÍNEZ, JENNY S., *op.cit.*, pág. 499.

efecto a lo resuelto por la Corte Internacional de Justicia³¹⁸. Medellín entonces planteó un *habeas corpus* en sede local³¹⁹

Antes de que éste fuera resuelto, la Corte norteamericana resolvió el caso “Sanchez-Llamas v. Oregon”³²⁰ que involucraba los respectivos agravios convencionales de dos condenados con sentencia firme, Mario Bustillo y Moisés Sanchez-Llamas, quienes por medio del *habeas corpus* reclamaron que sus confesiones debían ser suprimidas por haberse obtenido en violación de sus derechos convencionales que fueran reconocidos, ahora definitivamente, en los fallos de la Corte Internacional.

La Corte rechazó este reclamo por una serie de razones. En primer lugar, porque no consideró vinculante el criterio sentado por ese tribunal internacional. También, porque negó que la exclusión de las confesiones de los condenados fuera un remedio necesario o adecuado para reparar la violación a la Convención y, finalmente, porque, pese a lo resuelto por la Corte Internacional en “Avena”, mantuvo como en “Breard” que eran válidas las normas que establecían la preclusión de estos agravios por no haberse planteado oportunamente. Más allá de este resultado, es relevante que, en esta oportunidad, la Corte implícitamente consideró procedente el *habeas corpus* para discutir esta clase de cuestiones.

Sobre la base de esta sentencia, la Cámara Criminal de Apelaciones de Texas rechazó el *habeas corpus* interpuesto por Medellín³²¹. Así, el fallo “Avena” de la Corte Internacional de Justicia se vio despojado de toda efectividad.

El examen del estado de esta cuestión en la jurisprudencia constitucional norteamericana revela que, como regla, el problema para implementar las decisiones de los órganos internacionales no radica, como sucede en el caso argentino, en que se rechace

³¹⁸ Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, “José Ernesto Medellín v. Doug Dretke”, sentencia del 23/05/2005. Es importante señalar que, simultáneamente a esta presentación, Estados Unidos denunció el protocolo facultativo a la Convención que ratificaba la jurisdicción a la Corte Internacional de Justicia para seguir entendiendo en esta clase de asuntos. Para una argumentación que sostiene la constitucionalidad de esta intervención del Poder Ejecutivo norteamericano en la administración de justicia estadual fundada en su competencia para el manejo de las relaciones exteriores, ver CANCIO, CAMILLE, The United States’s International Obligation and Impact on federalism: Medellín v. Dretke and the force of ‘Avena’ in American Courts, 27 *Whittier L. Rev.* 1047 (2006), que contiene además una completa descripción fáctica y normativa de los casos mencionados. Para una posición que sostiene la inconstitucionalidad de este proceder, ver YOUNG, ERNEST A., Institutional Settlement in a Globalizing Judicial System, *op. cit.*, pág. 150.

³¹⁹ JACKSON, VICKY C., World Habeas Corpus, 91 *Cornell L. Rev.* 303 (2006).

³²⁰ Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, “Sanchez-Llamas v. Oregon”, sentencia del 28/06/2006.

³²¹ Cámara Criminal de Apelaciones de Texas, “Ex Parte Jos- Ernesto Medellín”, sentencia del 15/11/2006.

dejar sin efecto una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada por aplicación de un nuevo estándar fundamental. La dificultad, por el contrario, está dada en dos cuestiones que en nuestro contexto se encuentran ya reconocidas: la supremacía del derecho internacional y el carácter vinculante de las decisiones de los órganos de aplicación de los pactos.

Sin embargo, es preciso reconocer que la saga de los casos sobre derechos consulares no presenta sólo resultados negativos.

Por ejemplo, la justicia local implementó la decisión del caso “Avena” respecto de otros de los condenados incluidos en esa sentencia internacional. Así, en el caso “Osvaldo Torres”, la Cámara de Apelaciones de Oklahoma ordenó suspender su ejecución hasta tanto un tribunal inferior efectuara la revisión ordenada en ese fallo. Como fundamento, la Cámara resaltó el carácter vinculante de la jurisdicción de la ICJ y la jerarquía de los derechos convencionales, así como que bajo la cláusula de supremacía estaba obligada a darle a ambos “pleno efecto”³²².

Pese a que, finalmente esta revisión no tuvo lugar porque el gobernador conmutó la pena de muerte de Torres por una perpetua, este precedente es importante. En primer lugar, por sus fundamentos jurídicos. En segundo término, porque al tratarse de un caso juzgado no por la justicia federal sino por la local, demuestra el rol de esta judicatura para implementar decisiones internacionales dictadas respecto de un país con organización federal.

Derecho constitucional europeo

Dentro del sistema europeo de protección de los derechos humanos, en la actualidad prácticamente el 80% de los países que lo integran admiten la revisión de una condena penal cuando esta fue dictada en violación a un derecho reconocido por la Convención³²³.

Entre ellos, cabe citar los casos de Austria, Bélgica, Grecia y Turquía que han reformado sus legislaciones procesales para permitir la revisión de una condena penal cuando la Corte Europea de Derechos Humanos declaró la existencia de una violación. Por

³²² KOVEN LEVIT, JANET, “Medellin v. Dretke: Another Chapter in the Viena Convention Narrative”, 41 Tulsa L. Rev. 193 (2005), pág. 205.

³²³ Ver documento Asegurando la continuidad efectiva de la Convención Europea de Derechos Humanos- La implementación de las medidas de reforma adoptadas por el Comité de Ministros en su 114ª Sesión (12 de mayo de 2004), *op. cit.*

su parte, Dinamarca y España han reinterpretado las normas que regulan la revisión de las sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada, y han resuelto que un pronunciamiento de la Corte Europea posee el carácter de “hecho nuevo” que hace procedente el recurso de revisión³²⁴.

Por último, dentro de la comunidad europea se destaca Alemania, cuya legislación procesal penal admite la revisión de las sentencias condenatorias firmes que fueron dictadas en violación a algún derecho reconocido en la Convención Europea de Derechos Humanos³²⁵. Sin embargo, es preciso reconocer que países como Italia se niegan, todavía, a dar lugar a esta reapertura³²⁶.

II- Decantación igualitaria y eficiente del reconocimiento de derechos del sistema internacional

En este apartado expondré las razones por las que considero que la aplicación retroactiva de la jurisprudencia internacional, extendida más allá de su implementación en el caso concreto que motivó la intervención del órgano internacional, se presenta como la mejor vía para neutralizar la selectividad propia del sistema internacional de protección de los derechos humanos.

Esta posición parte del dato que la consolidación y el desarrollo de una jurisprudencia internacional en materia de derechos fundamentales de las personas sometidas a proceso penal depende de múltiples circunstancias, fácticas, normativas e institucionales³²⁷ que impiden que los órganos encargados de monitorear el cumplimiento de los pactos puedan llegar a revisar absolutamente todas las violaciones.

³²⁴ Ver al respecto, los documentos Ejemplos de reaperturas de procedimientos en orden a dar efecto a decisiones de la Corte Europea de Derechos Humanos y del Comité de Ministros, *op.cit.* y Listado de Medidas Individuales, *op.cit.*

³²⁵ YOUNG, ERNEST A., Institutional Settlement in a Globalizing Judicial System, *op.cit.*, pág. 137.

³²⁶ Ver al respecto, el documento Implementación de los fallos de la Corte Europea de Derechos Humanos, elaborado por el Relator del Comité de Asuntos Legales y Derechos Humanos de la Asamblea Parlamentaria Europea, Mr. Eric Jurgens, AS/Jur, 20/06/2005. Obtenido el 17/02/2007 desde http://www.coe.int/t/e/human_rights/execution/01_Introduction/PA_MemoIntro_Ejdoc35.pdf

³²⁷ PASQUALUCCHI, JO M., The Inter-American Human Rights System: Establishing precedents and procedures in Human Rights Law, 26 *U. Miami Inter-Am. L., Rev.* 297, año 1995, pág. 313, “Un sistema internacional de derechos humanos sólo puede ser efectivo si las víctimas individuales tienen tanto acceso *de facto* y *de iure* para acceder a sus remedios. Ampliar el acceso individual al sistema internacional de

En los sub-apartados siguientes, analizaré la incidencia negativa de cada uno de esos factores en el funcionamiento del sistema internacional y examinaré de qué manera la aplicación retroactiva de la jurisprudencia internacional puede contrarrestarla. También argumentaré que la aplicación retroactiva de la jurisprudencia favorece la buena coordinación que debe existir entre los sistemas internacionales y locales de protección de los derechos humanos.

I.a.1) Igualdad en el reconocimiento de derechos

La cuestión de la igualdad en el reconocimiento de derechos es abordada atendiendo a dos cuestiones.

La primera, alude al carácter progresivo del derecho internacional de los derechos humanos. En efecto, como lo reconociera la propia Corte Suprema, la jurisprudencia internacional en esta materia tiene un carácter evolutivo y acumulativo.

Teniendo en cuenta esta circunstancia, el tiempo se presenta como un factor moralmente irrelevante pero decisivo para determinar el reconocimiento de derechos. En atención a este dato, por análogos fundamentos que los vertidos al justificar la aplicación retroactiva de la jurisprudencia constitucional para asegurar el principio de igualdad, entiendo que cabe reconocer que es necesaria la aplicación retroactiva de la jurisprudencia internacional.

Recordemos que este resultado fue procurado por la Corte Internacional de Justicia en el caso “Avena” donde al enfatizar que “la circunstancia de que en este caso la decisión de la Corte se haya referido únicamente a nacionales mexicanos *no puede ser interpretada como implicando que las conclusiones a las que se llegaron en este fallo no se apliquen a otros extranjeros que se encuentran en los Estados Unidos en situaciones similares*”, claramente quiso asegurar que la doctrina protectora que emanaba de ese precedente pudiera beneficiar a otras personas ya condenadas.

protección de los derechos humanos, especialmente es esencial respecto de los pobres, los analfabetos y los sujetos a intimidación” (La traducción es de mi autoría). Para un análisis general de las dificultades fácticas y normativas para el acceso de la víctima al sistema interamericano, ver RAMÍREZ, SERGIO, El acceso a la víctima en la instancia internacional, *Revista Interamericana de Derechos Humanos*, vol.32-33, San José de Costa Rica, 2000-2001.

Es que, como señala Vicky Jackson, “si la esencia del Estado de Derecho es tratar de igual manera los casos iguales, entonces el limitar la plena revisión de las condenas de los cincuenta y un individuos nombrados en la decisión del caso ‘Avena’ presenta problemas de igualdad respecto de los otros extranjeros igualmente privados de su oportunidad de comunicarse con su cónsul y recibir asistencia consular”³²⁸.

Asimismo, cabe resaltar que la aplicación retroactiva de la jurisprudencia internacional en este contexto no atenta contra la seguridad jurídica ya que, como señalara Jill Fisch, ésta es particularmente compatible en áreas del derecho inestables por estar sujetas a evolución.

La igualdad en el reconocimiento de derechos también debe ser tenida en cuenta desde otra óptica, que hace al carácter selectivo del sistema internacional, para fundar la aplicación retroactiva de la jurisprudencia internacional.

Como dijera anteriormente, existen factores fácticos y normativos que favorecen la desigual protección de los derechos humanos. Entre estos factores se destaca el carácter necesariamente selectivo del litigio internacional, conformado por los costos que éste apareja³²⁹ y la exclusividad del *expertise* en la materia, circunstancias que determinan que no todos los justiciables puedan llevar su reclamo a la sede internacional³³⁰.

Desde la ratificación de la Convención Americana de Derechos Humanos en 1984, el litigio en sede interamericana de casos resueltos en el ámbito doméstico estuvo en un 34,66% impulsado por organizaciones no gubernamentales (34,66%), en un 30,6% promovido por peticionantes que contaron con representación legal particular y en un 1,33% instado por la defensa pública oficial³³¹.

³²⁸ JACKSON, VICKY C., *op. cit.*, pág.362. (La traducción es de mi autoría).

³²⁹ Para un dato aproximado y actual de cuánto cuesta, para la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos, litigar un caso ante el sistema interamericano, cf. sentencia dictada en el caso “Bueno Alves”, de fecha 11/05/2007, donde condenó al Estado Argentino a pagar USD 30.000 en concepto de costas.

³³⁰ Ver, en este sentido, CANCADO TRINDADE, ANTONIO AUGUSTO, *The Consolidation Of The Procedural Capacity Of Individuals In The Evolution Of The International Protection of Human Rights: Presente State and Perspectives at the Turn of the Century*, 30 *Colum. Human Rights L. Rev.* 1, año 1998, pág. 25, donde propone la creación de una asistencia legal oficiosa para los peticionantes que se ven imposibilitados de acceder a una representación adecuada.

³³¹ De los casos litigados en el sistema interamericano publicados en los sitios web institucionales de la Comisión (www.cidh.org) y de la Corte Interamericana (www.corteidh.org.cr), se puede analizar qué clase de representación legal tuvieron los peticionantes en las denuncias efectuadas contra el Estado Argentino. Cabe efectuar una aclaración metodológica. Primero, muchos de los casos publicados incluyen a más de una víctima o peticionante. Además, éstos no equivalen a todo el universo de denuncias presentadas; por ejemplo, es sabido que el Estado Argentino fue denunciado por su actuación en el célebre caso “Fernández Prieto”, sin

Estos datos pueden ser explicados a partir del hecho que, en nuestro país, la mayoría de los abogados no está familiarizada con los estándares internacionales o con el funcionamiento del sistema internacional y que pocas universidades poseen programas de clínica legal que desarrollen esta clase de litigio³³².

En este contexto, las cifras mencionadas poseen una enorme importancia para analizar el acceso real a la instancia internacional.

Así, teniendo en cuenta que tanto las ONG's como la defensa pública nacional solventan por adelantado los gastos del litigio, que son compensados luego de varios años y sólo en caso de arribarse a una solución amistosa o de recaer condena, es claro que la decisión de llevar un caso ante el órgano internacional va a depender del mayor o menor presupuesto que estos organismos posean. Esta situación determina que estos importantes actores trasnacionales, con su importante experiencia en derecho internacional pero con

embargo, esta denuncia que fue declarada admisible todavía no fue publicada. Como señala ROLANDO GIALDINO, Argentina ante la Corte y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, pág. 126, sólo en el año 2000 fueron presentadas 129 denuncias contra el Estado Argentino ante la CIDH, resolviéndose la admisibilidad sólo de 5. En tercer lugar, no analizo el supuesto de las medidas cautelares. Por último, realizo un corte temporal. Si bien durante la última dictadura militar la Comisión tuvo una intervención muy relevante sobre la base de la Declaración Americana de los Derechos del Hombre, dado que la Convención fue recién ratificada el 27/03/1984, considero conveniente analizar esta cuestión a partir de esta última fecha. Esto porque con anterioridad, por razones obvias no se consignó la identidad del denunciante en la gran mayoría de los casos. De los diecisiete (17) casos publicados que fueran realizadas durante el período comprendido entre 1984-1994, en tres (3) la representación legal estuvo a cargo de una/s ONG/S de derechos humanos, en siete (7) de un abogado particular, en dos (2) con patrocinio compartido entre un particular y una ONG, y en las restantes cinco (5) no consta qué clase de representación legal medió, si es que la hubo. Por su parte, de los cincuenta y ocho (58) casos publicados entre 1995-2006, en dieciséis (16) la representación legal estuvo a cargo de una defensa particular, en quince (15) de una/s ONG/S, en una (1) de un sindicato, en una (1) de la defensa pública, en dos (2) con patrocinio compartido entre un particular y una ONG, en (1) de una asociación profesional y en veintidós (22) no consta. Por su parte, en los cuatro casos resueltos por la Corte Interamericana respecto de demandas formuladas contra nuestro país, en dos (2) la representación legal de la víctima estuvo a cargo de un abogado particular, en uno (1) de una/s ONG/S de derechos humanos y en uno (1) con patrocinio compartido entre un particular y una ONG.

Con relación al impacto del rol de la defensa pública en el sistema interamericano quiero efectuar una aclaración. Como dijera antes, los porcentajes aportados fueron extraídos de los casos publicados en los sitios web institucionales de los órganos del sistema interamericano. Sin embargo, esa información es parcial porque no da cuenta de la labor realizada por el Ministerio Público de la Defensa en el ámbito del sistema interamericano como patrocinante de imputados y condenados respecto de quienes la violación a sus derechos fue causada o no remediada por el PJN. Durante los años 1998 y 2004, en el marco de un "Programa de Aplicación Programa para la aplicación de Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos", se realizaron aproximadamente 25 denuncias ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, cf. Boletín institucional del MPD N° 12, del 12/03/2004.

³³²Cfr. The Cyrus R. Vance Center for International Justice Initiatives, Una Profesión En Apoyo de la Democracia, 3/05/2005. Obtenido el 16/01/2007 desde http://www.nycbar.org/VanceCenter/PDF/strategysummit/countryreports/Argentina_abridged_Esp.pdf, que da cuenta que en Argentina existen sólo siete universidades con programas de clínicas legales.

escasos recursos materiales y humanos, no puedan absorber materialmente todo el universo de casos que ameritarían ser litigados en sede internacional.

Asimismo, existe otro factor que, aunque no limita, puede disuadir de iniciar un costoso y complejo litigio internacional. Este factor es el tiempo. En algunos casos, el tiempo que demanda aguardar una decisión del organismo internacional que remedie la violación a la garantía judicial puede llegar incluso a superar el tiempo de cumplimiento de la condena³³³.

A estos datos de la realidad, se le suman limitaciones normativas que obstaculizan el pleno acceso de la víctima al sistema interamericano, ya que, como lo demuestra el citado caso “Maqueda”, ésta puede decidir no provocar la intervención de la Corte³³⁴, cuya

³³³ COSGROVE, MICHAEL F., *op.cit.*, pág.55/7: “Por ello se ha dicho que “la demora y la congestión de trabajo atrasado constituyen un problema significativo en el sistema interamericano... desde la perspectiva del peticionante. Como decía Sonia Picado, anterior vicepresidenta de la Corte, ‘requiere de mucho tiempo y dinero agotar los recursos domésticos, luego ir a Washington para llegar a la Comisión, y luego, si la Comisión así lo decide (y en muchos casos no lo hace), llevar el caso a la Corte’”. (La traducción es de mi autoría). Este autor menciona como causas sistémicas para este atraso en al resolución de los casos denunciados ante el sistema interamericano el que la Comisión y la Corte trabajen sólo de modo periódico, la falta de recursos económicos que impide contratar personal *full-time*. Como causas procesales que originen esta demora, Cosgrove señala la ineficiencia del sistema bifurcado, la dependencia de la Comisión de los órganos políticos de la OEA y la falta de reconocimiento por parte de la Corte de que la Comisión ocupe el rol de Ministerio Público antes que de representante de la víctima. Ver también, KAWATAWA, J. ALEJANDRO, Reparaciones de las violaciones de derechos humanos en el marco de la Convención Americana de Derechos Humanos, publicado en ABREGÜ, MARTÍN & COURTIS, CHRISTIAN (compil.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, pág. 375/6, quien señala, con un seguimiento de fechas, el importante tiempo de demora que transcurre entre que se formula la denuncia en la CIDH hasta que se dicta sentencia, que oscila entre 9 y poco más de 2 años –con un promedio de 6 años–, con la aclaración de que “los casos que más rápido han sido resueltos lo han sido por el reconocimiento por parte de los Estados de su responsabilidad”. Las estadísticas elaboradas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos dan cuenta que desde 1979 a 2005 este tribunal emitió 19 opiniones consultivas, otorgó 62 medidas provisionales, dictó 139 sentencias y resolvió sólo 68 casos. Asimismo, el promedio de duración de los casos tramitados bajo el reglamento del 2001 fue de 21 meses. Como indicador, es útil tener en cuenta que, para el año 2006, el presupuesto de la CIDH fue de USD 3.274.800 y el de la Corte de 1.391.300. Ver el informe elaborado por la Corte, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. 25 años*, publicado por la Organización de Estados Americanos, 2006.

³³⁴ Sobre esta cuestión, enfatiza GARCÍA, LUIS M., *El derecho internacional de los derechos humanos. ¿Cuestión de derecho internacional o derecho doméstico?*, *op.cit.*, pág. 61, quien entiende que el nuevo reglamento del año 2001 podría solucionar, en gran medida, la discrecionalidad de la remisión del caso a la Corte por la CIDH en la medida que, en su art. 44, establece que “si la Comisión considera que (el Estado) no ha cumplido con las recomendaciones del informe ...someterá el caso a la Corte, salvo por decisión fundada de la mayoría absoluta de los miembros de la Comisión. La Comisión considerará fundamentalmente la obtención de justicia en un caso particular, fundada, entre otros, en los siguientes elementos: a) la posición del peticionario, b) la naturaleza y gravedad de la violación, c) la necesidad de desarrollar o aclarar la jurisprudencia del sistema, d) el eventual efecto de la decisión en los ordenamientos jurídicos de los Estados Miembros, y e) la calidad de la prueba disponible”.

jurisdicción sólo puede ser, entonces, enervada por el estado denunciado, lo que, claramente, es bastante improbable que ocurra³³⁵.

Por todo ello, se debe reconocer lo oneroso –en tiempo vital y en dinero– que es acudir a la instancia internacional, lo que determina que ésta no sea accesible a todos los condenados que sostengan se les han violado alguna garantía judicial reconocida en un tratado de derechos humanos.

Entiendo que una adecuada ponderación de esta situación demuestra lo injusto y antifuncional del criterio mantenido por la Corte Suprema de aplicar la jurisprudencia internacional sólo de manera prospectiva.

En efecto, lo que sostengo es que al limitarse de manera prospectiva la aplicación de la jurisprudencia internacional, se produce una situación de desigualdad entre aquellos que pudieron acceder al sistema internacional y provocar esa decisión y aquellos que no pudieron hacerlo, mayormente por razones no imputables a ellos mismos y que obedecen a las circunstancias fácticas recién señaladas. De este modo, la no aplicación retroactiva de esta clase de jurisprudencia robustece el carácter selectivo del sistema internacional de protección de los derechos humanos y, de esta manera, disminuye el impacto de una jurisprudencia obtenida tan paulatina y trabajosamente.

La consideración a la desigualdad en el reconocimiento de derechos y a la desigualdad en el acceso a la instancia internacional que es instrumental para remediarla, que se configuran con la aplicación prospectiva de la jurisprudencia internacional, lleva a fundar la necesidad de aplicarla retroactivamente.

Esto en tanto, desde esta perspectiva, la aplicación extensiva y retroactiva de la jurisprudencia internacional permitiría asegurar a *todos* los condenados en sede local el reconocimiento de las garantías judiciales de modo acorde con los estándares internacionales en la materia. Esto aún cuando, en función de los obstáculos mencionados, no haya podido llevar su pretensión ante el órgano internacional para obtener ese reconocimiento que fue previamente soslayado por las autoridades judiciales domésticas.

³³⁵ PASQUALUCCHI, JO M., *op.cit.*, pág. 316: “La Convención Americana falló en no darle a los individuos legitimación para llevar un caso a la Corte Interamericana. Sólo los estados partes o la Comisión tienen esa legitimación. En consecuencia, el peticionante individual no posee recursos si está insatisfecho con la decisión de la Comisión o si el gobierno falla en cumplir con las recomendaciones. El derecho del individuo a llevar un caso a un tribunal de derechos humanos es el paso lógico en el desarrollo del derecho de los derechos humanos”. (La traducción es de mi autoría).

De este modo, el *efecto multiplicador* que tendría la jurisprudencia internacional mediante su plena aplicación retroactiva, conduciría a importantes resultados positivos: un reconocimiento de los derechos fundamentales no condicionado por factores moralmente irrelevantes que hacen a tanto al desarrollo de la jurisprudencia internacional como al acceso a la instancia internacional y, que de otra manera, determinarían que las violaciones a los derechos fundamentales quedaran impunes.

I.a.2) Maximización de la jurisprudencia internacional y de la eficacia del sistema internacional

Como recién se analizara, el acceso a la instancia internacional está precedido de varios obstáculos fácticos y normativos. Lo que se analizará en este acápite es que, además, esta revisión también está vedada por los límites institucionales de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos que, sumado a sus otras funciones específicas, deben monitorear la actuación de una enorme cantidad de países y respecto de un importante número de casos individuales³³⁶.

En efecto, aún cuando fuera el caso que toda persona pudiera llevar su caso a la instancia internacional sin cortapisas materiales o normativas, se debería reconocer que ello no sería deseable en atención a la limitada capacidad de absorción de casos que estos órganos poseen, cuya moderada superación no depende ni de los justiciables ni de nuestro país sino de una improbable reforma consensuada por todos los estados partes en tal sentido.

Como se ha dicho respecto del sistema interamericano, en una apreciación que es aplicable respecto de los demás órganos internacionales, debe admitirse que “conceder a todos los peticionantes una inmediata legitimación sería inundar las compuertas de la Corte. Sería, entonces, administrativamente imposible bajo el actual sistema interamericano en

³³⁶ Para un análisis del caudal de casos en el sistema de Naciones Unidas, así como de la incidencia de la actuación del Comité de Derechos Humanos, ver MUTUA, MAKAU WA, *op.cit.*, pág. 234: “El volumen de comunicaciones recibidas por el Comité es impresionante. Esto es interesante dado el carácter nebuloso de sus comentarios, y la ausencia de beneficios concretos y directos para la mayoría de los peticionantes. En sus veinte años de existencia, entre Marzo de 1977... y Agosto de 1997, el Comité registró más de 765 peticiones relativas a 54 estados”. (La traducción es de mi autoría).

que la Corte se reúne sólo de modo *part-time*³³⁷. Pero incluso aún cuando se fortalecieran los recursos de los órganos internacionales, y estos pudieran aumentar el caudal de casos en el que pueden intervenir, es claro que por su amplia competencia esta capacidad será, necesariamente, bastante limitada.

Esta situación no es privativa de un tribunal internacional. La Corte Suprema de Justicia de la Nación y las respectivas cortes provinciales también se enfrentan ante la misma imposibilidad material de analizar todos los casos que potencialmente merecerían su intervención. Lo interesante es tener en cuenta que, del mismo modo que estas cortes han elaborado doctrinas que buscan priorizar su intervención a la vez que maximizarla y asegurar su efectividad en las instancias locales³³⁸, deben pensarse herramientas normativas que aseguren estos mismos objetivos respecto del sistema internacional.

Muchas de estas herramientas que buscan preservar la actuación eficaz de los tribunales internacionales, a la vez que coordinarla con la de sus pares domésticos, ya encuentran expresa consagración normativa o jurisprudencial, como ser la regla de agotar los recursos domésticos³³⁹ o el principio que le otorga a los estados un margen de apreciación en la implementación local de las normas internacionales³⁴⁰.

Jenny Martínez, al analizar las medidas protectivas que las cortes internacionales y domésticas deben adoptar a fin de preservar su jurisdicción, en lo que aquí interesa, resalta la necesidad de reconocerle valor de precedente a las decisiones dictadas por órganos internacionales ya que “los tribunales internacionales tienden a tener mayor experiencia en la interpretación del derecho internacional que sus pares nacionales...porque lo hacen más

³³⁷ PASQUALUCCHI, JO M., *op.cit.*, pág. 318. Para un comentario acerca de las tensiones que provoca el buscar ampliar el acceso a la instancia interamericana y el asegurar que los órganos del sistema, con capacidad de trabajo reducida, puedan resolver en tiempo útil los reclamos, ver COSGROVE, MICHAEL F., *op.cit.*, pág. 53 y ss.

³³⁸ En efecto, la doctrina sentada por la Corte en los fallos “Strada”, “Di Nunzio” e “Itzcovitch”, busca preservar la capacidad ejercer su función de modo sustantivo y en los casos efectivamente necesarios y relevantes. La doctrina sentada en “Barreto”, en cuanto establece la regla del respeto al precedente, también busca asegurar la eficacia de su funcionamiento.

³³⁹ SLAUGHTER, ANNE-MARIE; BURKE-WHITE, WILLIAM, The future of International Law is domestic (or, the European Way of Law), 47 *Harv. Int'l L. J.* 327, año 2006, pág. 340: “En varios tribunales de derechos humanos, el requerimiento de que los individuos primero agoten los remedios locales le otorga a los estados – y particularmente a sus propios tribunales- un incentivo para que lleguen a decisiones aceptables para las instituciones internacionales para que éstas no tengan que intervenir para revisar el caso”. (La traducción es de mi autoría).

³⁴⁰ YOUNG, ERNEST A., Institutional Settlement in a Globalizing Judicial System, *op. cit.*, pág.199 y sgtes.

a menudo y en una variedad muy grande de casos... además, pueden ser más neutrales que las cortes nacionales”,³⁴¹.

Mientras que en un sistema como el nuestro el valor de la jurisprudencia internacional como pauta de interpretación goza de una expresa definición constitucional, lo cierto es que la actual postura de la Corte Suprema de Justicia de la Nación confina el valor de esa jurisprudencia a una aplicación prospectiva. Pero además, esta aplicación es y ha sido parcial.

Frente a este estado de cosas, la aplicación retroactiva y con alcance general de la jurisprudencia internacional operaría, de tres maneras distintas, como una herramienta protectora de la eficacia del sistema internacional.

En efecto, en primer lugar, considerando que el sistema internacional no puede absorber todos los casos que presentan *prima facie* una violación a un derecho humano convencional, la aplicación en sede local de un precedente internacional que reconoce un derecho, aún cuando fuera dictado respecto de otro justiciable e incluso con motivo de la violación incurrida por otro estado, maximizaría la eficiencia del sistema.

Con la aplicación retroactiva de la jurisprudencia internacional más benigna en sede local, el petitionerante que llevó el caso ante el órgano internacional planteando esta cuestión operaría como un representante vicario de todos los condenados que sufrieron una violación análoga. Si se considera que estos órganos sólo pueden analizar una escasa cantidad de casos, el contar con un mecanismo que potencie la incidencia de un pronunciamiento y que a la vez les evite tener que intervenir en forma concomitante o posterior en otro que reedite la misma cuestión, se presenta como una herramienta invaluable para asegurar la máxima eficiencia del sistema protector de los derechos humanos³⁴².

Desde esta perspectiva, la aplicación retroactiva de la jurisprudencia internacional seguiría así la misma lógica que contemplara la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos cuando, teniendo en cuenta la imposibilidad de revisar todas las condenas estatales y la necesidad de preservar sus recursos, estableció la procedencia de aplicar

³⁴¹ MARTÍNEZ, JENNY S., *op.cit.*, págs. 494/6.

³⁴² Ver al respecto, el documento elaborado por el Relator del Comité de Asuntos Legales y Derechos Humanos de la Asamblea Parlamentaria Europea, Mr. Eric Jurgens, *op.cit.*, señalando la necesidad de que la Asamblea parlamentaria promueva la adopción de una medida de alcance general que permita implementar la jurisprudencia de la Corte y que “ayude a la Corte de Estrasburgo con la avalancha de peticiones atacando la raíz que causa las aplicaciones repetidas (‘casos clonados’)”.

retroactivamente su jurisprudencia constitucional a los casos pasados en autoridad de cosa juzgada, por medio del *habeas corpus*, como modo de asegurar el acatamiento de sus precedentes³⁴³.

En segundo lugar, la aplicación retroactiva de la jurisprudencia internacional constituye un importante incentivo contra la parcialidad demostrada por la justicia doméstica para aplicar los estándares internacionales y que computa la mencionada selectividad del sistema internacional como un dato que permitirá sortear las consecuencias a ese accionar que genera el reconocimiento desigualitario de derechos en el ámbito local.

Como señala Jacob Katz Cogan: “un análisis del funcionamiento...demuestra que los estados, cuando hace a su interés, incumplen con el derecho internacional en situaciones en las que el sistema legal internacional no opera o no puede operar efectivamente”³⁴⁴. La aplicación retroactiva de la jurisprudencia internacional busca eliminar estos nichos de impunidad.

Esta apreciación se formula atendiendo a dos supuestos distintos.

El primero alude a las situaciones en las que, respecto de una garantía determinada, si bien no hay todavía un pronunciamiento expreso del sistema interamericano, o del Comité de Derechos Humanos de la ONU, existen buenas razones para sostener una interpretación determinada sobre el alcance del derecho, por ejemplo, por tener en cuenta la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos a la que la Corte Interamericana le otorga gran relevancia.

Cuando existe esta falta de determinación expresa, por parte de los órganos internacionales que aplican los tratados incorporados a nuestra Constitución, la Corte Suprema, en un cálculo de costo-beneficio que tiene en cuenta las pocas probabilidades de que su postura sea revisada por los mencionados órganos, puede rehusarse a aplicar estos estándares del derecho internacional comparado en función de un desacuerdo normativo o a fin de evitar resolver a favor de un acusado en un caso impopular y exponerse a la crítica social.

Cuando la Corte actúa de este modo, ya sea directamente soslayando pronunciarse sobre la cuestión internacional o rechazando acomodar su interpretación a la del previsible

³⁴³ FRIEDMAN, BARRY, A Tale of Two Habeas, *op. cit.*, pág. 254 y ss.

³⁴⁴ KATZ COGAN, JACOB, Noncompliance and the International Rule of Law, *31 Yale Journal of International Law* 189, año 2006, pág. 202. (La traducción es de mi autoría).

estándar internacional, perjudica la buena coordinación que tiene que existir entre los sistemas locales e internacionales y que únicamente se puede materializar por medio de un “diálogo” normativo entre los órganos que los integran que aporte interpretaciones concienzudas acerca del alcance un derecho³⁴⁵.

En el segundo supuesto, la aplicación retroactiva de la jurisprudencia internacional, por consecuencia lógica, también desincentivaría el acatamiento renuente y discrecional parcial, por parte de la Corte, de la jurisprudencia internacional.

³⁴⁵ NEUMAN, GERALD L., Human Rights And Constitutional Rights: Harmony And Dissonance, 55 *Stan. L. Rev.* 1863, año 2003, págs. 1877 y 1900: “En algunos casos, las divergencias apuntan al propósito central del régimen de protección internacional, el desafío a las prácticas locales que son antitéticas a los derechos humanos. En otros casos, sin embargo, son desacuerdos entre amigos, disputas sobre el mejor entendimiento de una norma que ambos respetan. Aquí no puede haber una presunción acerca de qué posición –la nacional o la internacional– es la correcta. Los argumentos de cada uno son potencialmente críticas persuasivas de la posición del otro. El diálogo reflexivo puede traer acuerdos normativos. Pero dada la variedad de filosofías compatibles que el régimen de los derechos humanos intenta abrazar, las dos posiciones pueden apoyarse en bases irreconciliables”. La autora también señala, agudamente, que “La coexistencia de dos regímenes legales para la protección de los derechos fundamentales crea tanto oportunidades como desafíos. La interacción de los... aspectos consensuales, supra-positivos e institucionales de los derechos fundamentales produce interpretaciones divergentes que fundan pretensiones competitivas de autoridad normativa. Los regímenes internacionales de derechos humanos poseen una limitada capacidad para acomodar las variaciones locales sin comprometer su propósito central. Las democracias liberales responden a esta situación de distintas maneras. Algunas ven beneficios institucionales en coordinar la interpretación constitucional con la de los tribunales internacionales. La elección puede reflejar la debilidad del sistema nacional, la fortaleza del sistema específico del tratado, o una orientación internacionalista del sistema nacional. Otros mantienen más independencia. Los dos sistemas, sin embargo, cooperan tomando seriamente en consideración las interpretaciones del otro y comprometiéndose en una respetuosa crítica recíproca”. (La traducción es de mi autoría). Que el sistema internacional de protección de los derechos humanos consagra la aspiración de que tenga lugar este diálogo, como muestra de reflexión y de consideración de buena fe de las cuestiones involucradas en la interpretación de una norma, aún cuando el resultado sea un desacuerdo sustantivo con interpretaciones que no son vinculantes en un sentido estricto –por ejemplo, por no estar sujeto el estado a la jurisdicción del órgano que sentó ese criterio–, queda demostrado con la carga de justificación que tiene el estado de dar *buenas razones* que justifiquen su criterio, ver al respecto MARTINEZ, JENNY S., *op.cit.*, pág. 496: “Una regla que favorezca el diálogo como principio y que equilibre las consideraciones sobre la soberanía nacional, el relativo *expertise* de los tribunales internacionales y los beneficios de una mayor coherencia y consistencia en la interpretación, especificaría que los tribunales nacionales al interpretar el derecho internacional deben considerar las decisiones relevantes de los tribunales internacionales, así como el contexto en el que fueron dictadas, y que no deben apartarse de ellas sin dar razones articuladas que lo justifiquen”. (La traducción es de mi autoría). Ver también, COSGROVE, MICHAEL F., *op.cit.*, págs. 466/7: “El diálogo puede parecer un punto débil para apoyar un sistema jurídico; después de todo, hablar es fácil. Pero si nuestro objetivo es lograr un orden mundial basado en la preservación de las esferas locales de autonomías y de los procesos democráticos de toma de decisión, el diálogo no es la segunda mejor alternativa a un orden jerárquico de voces sino la mejor fundación para ese sistema... El diálogo, además, es una herramienta especialmente apropiada para los tribunales que no poseen ‘ni la fuerza ni el poder, sino solamente la facultad de adjudicar’, la persuasión, antes que la coerción, es la acción en bolsa del poder judicial”. (La traducción es de mi autoría). Para un análisis de este diálogo en el sistema interamericano y en el caso argentino, ver DULITZKY, ARIEL E., La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales: un estudio comparado, publicado en ABREGÚ, MARTÍN & COURTIS, CHRISTIAN (compil.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, pág.58 y ss.

En efecto, la jurisprudencia internacional más benigna no es necesariamente temporalmente posterior al establecimiento del precedente nacional. En muchos casos, pese a que ya existía un precedente internacional, cuando la Corte resolvió la cuestión soslayó aplicarlo y, cuando con posterioridad lo hizo, no explicó suficientemente la razón de esa anterior renuencia³⁴⁶. Es que como se dijera oportunamente, sin perjuicio del paulatino reconocimiento judicial del valor, con distintos grados de obligatoriedad, de la jurisprudencia internacional como pauta hermenéutica de los pactos y de la importancia progresiva del litigio de casos argentinos en sede internacional, el sistema judicial doméstico, y la Corte Suprema en particular, la han ido recepcionando de manera reactiva y no siempre inmediata, lo que permite aventurar que podría mantener este curso de acción también en el futuro.

De este modo, de manera análoga a lo argumentado respecto de la jurisprudencia constitucional, la aplicación retroactiva incondicionada de esta clase de jurisprudencia internacional constituye un importe reaseguro contra la discrecionalidad y la renuencia injustificada a aplicarla en un caso local determinado. El contar en sede local con una nueva instancia que permita procurar al condenado esta revisión asegura la aplicación de la jurisprudencia internacional y neutraliza las limitaciones del sistema internacional para revisar todas las potenciales violaciones convencionales y proveer un remedio a cada una de ellas.

Esto, a su vez, contrarrestaría la renuencia de la justicia doméstica a implementar los estándares internacionales ya que este “escape a la legalidad” contaría, en definitiva, con otra vía para supervisar ese accionar y proveer un remedio.

I.a.3- Transformar las prácticas judiciales para lograr la internalización de los estándares internacionales en materia de garantías judiciales.

Por último, quiero desarrollar una cuestión que, como práctica institucional, hace a lograr el acatamiento pleno de las obligaciones internacionales, antes que su mero cumplimiento.

³⁴⁶ Existen numerosos ejemplos de esta renuencia por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Los criterios judiciales establecidos en los casos “Casal”, “Dieser” y “Benítez” ya citados, por mencionar los más recientes, pudieron haberlo sido con mucha anterioridad.

En efecto, la jurisprudencia de la Corte Suprema revela que la aplicación de los estándares internacionales de derechos humanos está motivada generalmente en la necesidad de evitar, en caso de su incumplimiento, la declaración de responsabilidad internacional del Estado Argentino³⁴⁷. De esta manera, esta concepción es estrictamente consecuencialista al supeditar el respeto a los derechos humanos a la posibilidad de que recaiga efectivamente una sanción. La posición de la Corte revela la existencia de un cálculo costo-beneficio que, contemplando las dificultades que enfrentará el litigante para acceder a la instancia internacional y la limitada capacidad de revisión de los tribunales internacionales para incluir todos los potenciales casos argentinos en su agenda de trabajo, no se siente totalmente impedida de apartarse de los estándares internacionales en materia de garantías judiciales.

Para la búsqueda de una solución a esta situación, es relevante tener en cuenta el trabajo de Harold Koh, quien se dedicara, de manera destacada, a analizar por qué razón los Estados obedecen, y no solamente cumplen, con el derecho internacional³⁴⁸.

Este autor señala que cuando los estados cumplen con sus obligaciones internacionales actúan motivados por factores externos que inciden positivamente en la formulación de un análisis de costo-beneficio. Por el contrario, el acatamiento implica que la decisión de adecuar una conducta a una obligación internacional responde a un factor endógeno: la voluntaria adhesión a esa norma que es incorporada como un valor interno al sistema. Koh argumenta que la clave para lograr este acatamiento radica en la interrelación de actores trasnacionales, como ser los poderes judiciales y la sociedad civil, en procesos trasnacionales que aseguran la constante interacción de estos actores en la generación de normas internacionales y en interpretación y aplicación en los foros nacionales e

³⁴⁷ Para ver la incidencia de este criterio consecuencialista de aplicación de la jurisprudencia del derecho internacional de los derechos humanos por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en las materias más variadas, ver, entre otras, los casos "Girolodi", "Scilingo", sentencia del 22/05/1997, "Urteaga", sentencia del 15/10/1998, "Asociación Benghalensis", sentencia del 22/02/1999, "Mignone, Emilio", sentencia del 24/08/2001, "Videla Jorge Rafael", sentencia del 1/08/2003, "Espósito", "Núñez Ricardo", sentencia del 16/11/2004, "Itzcovich", "Verbitsky Horacio Habeas Corpus", sentencia del 3/05/2005, "Simón", sentencia del 4/06/2005, "Dieser", "Llerena", "Reinoso" y "Casal". Coincide con esta apreciación MÓNICA PINTO, El valor jurídico de las decisiones de los órganos de control en materia de derechos humanos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, *op. cit.*, pág. 130, quien afirma que la posibilidad de generar responsabilidad internacional fue un "factor determinante" tenido en cuenta por la Corte para receptar los criterios internacionales.

³⁴⁸ KOH, HAROLD HONGJU, *Transnational legal process*, 75 Neb. L. Rev. 181 (1996), KOH, HAROLD HONGJU, *Why Do Nations Obey International Law?*, 106 Yale L J 2599 (1997).

internacionales. Esta dinámica genera una internalización concomitante de las normas internacionales en los sistemas legales domésticos que lleva a su cumplimiento, y si la estrategia de internalización es efectiva, conduce en definitiva a la obediencia.

Es interesante tener en cuenta que este autor señaló que la relación de la Argentina con el derecho internacional era inestable, en el sentido que no es “ni permanentemente liberal ni conservadora, sino que efectúa adelantos y retrocesos”³⁴⁹. Esta categorización, con la que puede coincidirse fácilmente, sumada a lo dicho anteriormente, comprueba la especial importancia que tiene los poderes públicos, y en especial la judicatura, lleguen a internalizar los estándares internacionales de protección de los derechos humanos.

Partiendo de este marco conceptual, en lo que constituye un trabajo original y pionero para nuestro contexto, Janet Koven Levit analizó si la aplicación de los pactos internacionales de derechos humanos por parte del poder judicial argentino revelaba un mero acatamiento o, por el contrario, una incorporación de los valores protegidos en esos tratados³⁵⁰. Luego de analizar la jurisprudencia de la Corte Suprema en la materia, Koven Levit concluyó que “mientras que la Argentina internalizó el derecho internacional por escrito, la nación claramente todavía no obedece, sin mencionar siquiera que no cumple, con el derecho internacional”³⁵¹.

Asimismo, en una opinión que comparto, esta autora refiere que si bien los tribunales argentinos poseen la capacidad institucional de operar como actores transnacionales claves para lograr la implementación de los tratados de derechos humanos y coordinar relación entre la comunidad doméstica e internacional, su actuación ha sido básicamente pasiva al no haber desarrollado ni internalizado los estándares internacionales de protección de los derechos humanos³⁵².

³⁴⁹ KOH, HAROLD HONGJU, *op.cit.*, año 1996, pág. 202.

³⁵⁰ KOVEN LEVIT, JANET, *The constitutionalization of Human Rights in Argentina: Problem or Promise?*, 37 Colum. J. Transnat'l L. 281 (1999).

³⁵¹ KOVEN LEVIT, JANET, *op.cit.*, pág. 313: “mientras que la Corte citó las convenciones internacionales, sus decisiones no interpretan su contenido... ni se apoyan decisivamente en el derecho internacional para fundamentarlas —por el contrario, el derecho internacional constituyó un escudo para amortiguar cada decisión. En cada oportunidad, sin embargo, la Corte pudo haberle dado sustancia a los tratados internacionales de derechos humanos, interpretado el derecho convencional relevante y catapultarlo al frente de la jurisprudencia constitucional. Contrariamente, la Corte conservadoramente esquivó este desafío. Como resultado, el derecho internacional de los derechos humanos permanece en una etapa más bien latente” (La traducción es de mi autoría).

³⁵² KOVEN LEVIT, JANET, *op.cit.*, pág. 324/5. (La traducción es de mi autoría). Ver, asimismo, en el mismo sentido, NEUMAN, GERALD L., *op. cit.*, pág. 1895: “Si la incorporación de un tratado sí incorpora las interpretaciones autoritativas (de los tribunales internacionales), entonces el significado de una porción de la

Las conclusiones a las que arriba Koven Levit conservan total actualidad, ya que, como se dijera, la postura de la Corte ha evidenciado, y todavía evidencia, un cumplimiento heterónimo antes que autónomo de los estándares de protección de los derechos humanos reconocidos en los pactos que fueran incorporados a la Constitución Nacional en la última reforma constitucional.

La jurisprudencia de la Corte en los fallos resueltos alrededor del caso “La Tablada”, así como las decisiones dictada sen “Cantos” y “Derecho, René”, corroboran esta falta de internalización, en la medida que muestra cómo se ha aprovechado la ausencia de garantías secundarias expresas para eludir cumplir con las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos, aún en las pocas oportunidades en las que estas fueran declaradas respecto de nuestro país por los órganos internacionales de protección de los derechos humanos. Esta situación atenta contra la eficiente coordinación del sistema local con el internacional y contra la internalización del derecho internacional al crearse, como señala Koren Levit, “una relación competitiva antes que recíprocamente colaboradora entre (estos) dos actores transnacionales claves”³⁵³.

Teniendo en cuenta este estado de cosas, considero que la aplicación amplia y retroactiva de la jurisprudencia internacional, además de las decisiones dictadas en casos individuales respecto de los que surge el deber del poder judicial de implementar el remedio allí ordenado a favor de un condenado en particular, contribuiría a lograr un mayor grado de acatamiento de los derechos humanos.

Esto en tanto esta aplicación involucraría activa y sistemática a los jueces nacionales y locales para aplicar de modo general los estándares internacionales, superando de este modo su actual aplicación discrecional y reactiva. Esta permanente interacción entre los jueces, los justiciables y los abogados de derechos humanos contribuiría a fortalecer al poder judicial como un ámbito idóneo y eficaz para asegurar la protección de los derechos fundamentales.

constitución nacional está efectivamente delegada en un tribunal internacional” advirtiéndole que “la jurisprudencia ‘ventrílocua’ puede no conducir al respeto social hacia la corte constitucional, o su propio auto-respeto”. (La traducción es de mi autoría).

³⁵³ KOVEN LEVIT, JANET, *op. cit.*, pág. 329.

Así visualizada, la propuesta de la aplicación retroactiva de la jurisprudencia internacional busca operar como un incentivo para poner fin a las conductas por las que el poder judicial se sustrae a su rol de garante de los derechos humanos.

Pero asimismo, fundamentalmente, su aplicación puede producir un cambio en la posición sustantiva que las motivara por lograr transformar el acatamiento a los estándares internacionales, fundado en meras razones consecuencialistas, en un cumplimiento basado en una adhesión a esos estándares que los incorpora efectivamente como propios, aún cuando no exista posibilidad alguna de que llegue a declararse la responsabilidad internacional del Estado Argentino.

CONCLUSIÓN

En “Ante la Ley”, de Franz Kafka, nos angustia el destino del campesino que murió esperando que se le abrieran las puertas de La Ley. En esta parábola, el custodio de la puerta, que detentaba el poder de hacerlo entrar, le había hecho falsamente creer que, pasado un tiempo incierto, finalmente lo haría. Pero cuando el guardia comprueba que el campesino estaba por morir, le revela, cruelmente, que nunca hubiera podido acceder, porque estaba determinado que siempre se le cerrara la puerta.

Este trabajo buscó reflexionar sobre un problema teórico pero con importantes consecuencias en la administración de justicia penal que se asemeja demasiado al planteado en ese cuento: la situación de las personas condenadas con sentencia firme en virtud de la violación a un derecho fundamental que ha sido posteriormente reconocido por la jurisprudencia constitucional en internacional en materia de garantías procesales.

Como se viera, la Corte Suprema se ha negado, sistemáticamente, a aplicar retroactivamente esta jurisprudencia, incluso cuando esta aplicación venía mandada por una decisión de un órgano internacional de protección de los derechos humanos.

Teniendo en cuenta los diseños institucionales de adjudicación constitucional e internacional, la crítica a esta posición se efectuó buscando demostrar las profundas inconsistencias, conceptuales y normativas, que subyacen a esta posición jurisprudencial. Haciendo foco en la perspectiva de quienes se ven afectados en forma directa por esta negativa, también se quisieron exponer las intolerables consecuencias que ésta apareja y que deben ser receptadas por un sistema de justicia que debe justificar el ejercicio de su poder jurisdiccional.

Con este marco teórico, se concluyó que la aplicación retroactiva de la jurisprudencia constitucional contribuye, sustancialmente, a asegurar la legitimidad del control judicial de constitucionalidad en tanto garantiza un igualitario reconocimiento de derechos, propicia una adjudicación más responsable y promueve la seguridad jurídica.

Asimismo, se argumentó que la aplicación retroactiva de la jurisprudencia internacional garantiza la igualdad en el goce de los derechos, asegura la propia eficacia de la instancia internacional y, fundamentalmente, involucra a los jueces como actores

relevantes para lograr la internalización sistemática de los estándares internacionales de protección derechos humanos.

De este modo, las razones ofrecidas para sustentar la propuesta contenida en esta tesis tienden, por un lado, a reparar las condenas ilegítimas dictadas en violación a garantías procesales y, por el otro, a consolidar el buen funcionamiento de los sistemas de protección de los derechos fundamentales receptados por nuestro ordenamiento jurídico.

El deber de aplicar retroactivamente la jurisprudencia constitucional e internacional que reconoce garantías procesales que le fueran negadas previamente a los condenados con sentencia firme busca, entonces que las puertas de La Ley se abran.

BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH, VÍCTOR, Prólogo, publicado en *Informe del CELS sobre la situación de los derechos humanos en Argentina 2001*, SigloXXI-Catálogos Editora, Buenos Aires, 2001.
- ABRAMOVICH, VÍCTOR, Introducción, publicado en ABRAMOVICH, VÍCTOR; BOVINO, ALBERTO & COURTIS, CHRISTIAN (comp.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2007.
- ABREGÚ, MARTÍN, Comentario, publicado en CEDES-CELS, *La sociedad civil frente a las nuevas formas de institucionalidad democrática*, Foro de la Sociedad Civil de las Américas, Buenos Aires, año 2000.
- ABREGÚ, MARTÍN; ESPINOZA, OLGA, La eficacia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la aplicación de sus decisiones por los Estados Partes, publicado en ABRAMOVICH, VÍCTOR; BOVINO, ALBERTO & COURTIS, CHRISTIAN (comp.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2007.
- ACKERMAN, BRUCE, *We the people, Foundations*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusets, 1991.
- AGUIAR, ASDRÚBAL, La responsabilidad internacional del Estado por violación de Derechos Humanos, en *Estudios Básicos de Derechos Humanos I*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, año 1994,
- ALBANESE, SUSANA, La fórmula de la cuarta instancia, *JA 1997-II-948*, Buenos Aires.

Supervisión e incumplimiento de sentencias nacionales e internacionales: Problemas estructurales, *JA 2005-II-1078*, Buenos Aires.

- ALEXY, ROBERT, *El concepto y la validez del derecho*, Editorial Gedisa, Barcelona, 1997.

Ley fundamental y teoría del discurso, publicado en CARDINAUX, NANCY; CLÉRICO, LAURA & D'AURÍA, ANIBAL (coord.), *Las razones de la producción del derecho*, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2006.

- ALTERINI, GUSTAVO JAVIER, Quid de la aplicabilidad retroactiva de la jurisprudencia penal más benigna de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, publicado en *LL, Suplemento de Derecho Penal y Procesal Penal*, del 28 de febrero de 2006.
- AMNESTY INTERNACIONAL, *México: Juicios injustos: tortura en la administración de justicia*, AMR 41/007/2003/s, 25/03/2003. Obtenido el 2/01/2007 desde <http://web.amnesty.org/library/index/eslamr410072003>
- ASOCIACIÓN POR LOS DERECHOS CIVILES (ADC), *La Corte y los Derechos. Un informe sobre el contexto y el impacto de sus decisiones durante el período 2003-2004*, SigloXXI, Buenos Aires, 2005.
- BACH DE CHÁZAL, RICARDO, Acerca de las recomendaciones formuladas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Suplemento de Derecho Constitucional de Eldial.com*, del 7 de mayo de 2007.
- BANDES, SUSAN, Taking Justice to its logical extreme: A comment on Teague v. Lane, *66 Southern Californian Law Review* 2453, año 1993.
- BAYÓN, JUAN CARLOS, Causalidad, consecuencialismo y deontologismo, *Doxa N° 6*, Alicante, 1989.
- BAZÁN, VÍCTOR, De jueces subrogantes, casos difíciles y sentencias atípicas, *JA 2007-III-23*, Buenos Aires.
- BERGALLO, PAOLA, *Justicia y experimentalismo: la función remedial del poder judicial en el litigio de derecho público en Argentina*, publicado en *Derecho y Pobreza*, Seminario Latinoamericano de Teoría Constitucional y Política (SELA), Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005.
- BICKEL, ALEXANDER, *The least dangerous branch*, Bibbs Merrill Educational Publishing, Indianapolis, 1962.
- BIDART CAMPOS, GERMÁN, La revisión de una condena por cambio en la jurisprudencia de la Corte, publicado en *El Derecho* 141-97, Buenos Aires, 1991.
- BINGBIN, LU, Reform of the International Court of Justice – A Jurisdictional Perspective, publicado en *Perspectives*, Vol. 5, No. 2, 30/06/2004, Obtenido desde SSRN: <http://ssrn.com/abstract=592981>

- BÖHMER, MARTÍN, La Corte de los 80 y la Corte de los 90. Un diálogo sobre el *Rule of Law* en Argentina, *Estado de Derecho y Democracia. Un debate acerca del "Rule of Law"*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2002.
- BOVINO, ALBERTO y COURTIS, CHRISTIAN, Por una dogmática conscientemente política, publicado en *Anuario de Filosofía del Derecho* por el Ministerio de Justicia de España, t. XVII, año 2000.
- BRENNAN, JR., WILLIAM, Reason, Passion and the progress of Law, *Cardozo Lectures*, Volume III.
- BUJOSA VADELL, LORENZO MATEO, La eficacia de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *La Ley 1998-A-895*, Buenos Aires.
- CASCADO TRINDADE, ANTONIO AUGUSTO, The Consolidation Of The Procedural Capacity Of Individuals In The Evolution Of The International Protection of Human Rights: Presente State and Perspectives at the Turn of the Century, *30 Colum. Human Rights L. Rev. 1*, año 1998.
- CANCIO, CAMILLE, The Unites States's International Obligation and Impact on federalism: Medellín v. Dretke and the force of 'Avena' in American Court, *27 Whittier L. Rev. 1047*, año 2006.
- CARACCILO, RICARDO, Discreción, respuesta correcta y función judicial, publicado en *Estado de Derecho y Democracia. Un debate acerca del "Rule of Law"*, Seminario Latinoamericano de Teoría Constitucional y Política (SELA) Buenos Aires, Editores del Puerto, 2002.
- CÁRCOVA, CARLOS MARÍA, *Derecho, Política y Magistratura*, Ed. Biblos, Buenos Aires, 1996.
- CARMONA TINOCO, JORGE ULISES, Algunos aspectos de la participación de México ante los órganos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, *Revista Mexicana de Derecho Constitucional, Número 9*, Julio-Diciembre 2003.
- CARRIÓ, ALEJANDRO D., *Garantías constitucionales en el proceso penal*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2006.
- CARRIÓ, GENARO R., *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998.

Nuestro sistema de control de constitucionalidad y el principio del gobierno de la mayoría (Propuestas de reformas normativas para hacerlos más compatibles) , *LA LEY 1990-C-1050*, Buenos Aires.

- CASAL, EDUARDO EZEQUIEL, Los tratados de derechos humanos y su incidencia en el derecho procesal penal, publicado en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, año 2, Nro. 3, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996.
- CASS, RONALD A., *Norms and incentives of retrospective decision-making*, Boston University Law Review, 75.B.U.L.941, (1995).
- CAYUSO, SUSANA, *El control de constitucionalidad y el rol del poder*, en BIDART CAMPOS, GERMÁN & GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS (coords.), *El derecho constitucional del Siglo XXI*, Ediar, Buenos Aires, 2000.
- CENTRO DE ESTUDIOS LEGALES Y SOCIALES (CELS), *Informe del CELS sobre la situación de los derechos humanos en Argentina 2001*, Siglo XXI-Catálogos Editora, Buenos Aires, 2001.
- COOLEY, THOMAS M.; GARRINGTON, WALTER, *A Treatise on the Constitutional Limitations which Rest Upon this Legislative Power of the States of the American Union, with Large Additions, Consideration of Amendments, and Iving the Results of the Recent Cases*, Little, Brown & Company, Boston, 1927.
- COPI, IRVING, *Introducción a la lógica*, Eudeba, Buenos Aires, 1999.
- CÓRDOBA VIANELLO, LORENZO, La contraposición entre derecho y poder desde la perspectiva del control de constitucionalidad en Kelsen y Schmit, *Revista Cuestiones Constitucionales*, Universidad Nacional de México, número 15, julio-diciembre de 2006.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. 25 años*, publicado por la Organización de Estados Americanos, 2006.
- COSGROVE, MICHAEL F., Protecting the protectors: Preventing the decline of the Inter-American System for the Protection of Human Rights, 32 *Case W. Res. J. Int'l L.* 39 (2000).

- COX, FRANCISCO, ¿La ropa sucia se lava en casa?, publicado en *Los derechos fundamentales*, Seminario Latinoamericano de Teoría Constitucional y Política (SELA), Buenos Aires, Editores del Puerto, año 2003.
- DI CORLETO, JULIETA, El derecho de las víctimas al castigo a los responsables de violaciones graves a los derechos humanos, publicado en *La Ley 2004-A-702*, Buenos Aires.
- DULITZKY, ARIEL E., La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales: un estudio comparado, publicado en ABREGÚ, MARTÍN & COURTIS, CHRISTIAN (compil.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997.

Federalismo y Derechos Humanos. El caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la República Argentina, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Vol. VI, Universidad Autónoma de México, México, 2006.

- DULITZKY, ARIEL E.-KRSTICEVIC, VIVIANA, El proceso de reforma del sistema interamericano de protección de los derechos humanos en contexto, *Lecciones y Ensayos*, Nro- 60/70/71, Buenos Aires, año 1997/1998.
- DWORKIN, RONALD, *Los derechos en serio*, Editorial Ariel, Barcelona, 1999.

Freedom's Law, Harvard University Press, Massachussets, 1999.

- ESER, ALBIN, *Sobre la exaltación del bien jurídico a costa de la victima*, publicado en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, año II, N° 7, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997.
- FALLON, RICHARD H; MELTZER, DANIEL J., New Law, Non-retroactivity, and constitutional remedies, *104 Harvard Law Review* 1731 (1991).
- FALLON, RICHARD H; MELTZER, DANIEL J.; SCHAPIRO, DAVID, *Hart and Wechsler's, The Federal Courts and the Federal System*, The Foundation Press, New York, 1996.
- Fappiano, Oscar L., La ejecución de las decisiones de tribunales internacionales por parte de los órganos locales, publicado en Abregú, Martín & Courtis, Christian

(compil.) *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997.

- FAYT, CARLOS S., *La Corte Suprema y la evolución de su jurisprudencia. Leading cases y holding. Casos trascendentes*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2004.
- FERNÁNDEZ BLANCO, CAROLINA, La relación entre Derecho Internacional y derecho interno en el caso 'Poblete', *Nueva Doctrina Penal 2005/B*, Buenos Aires, 2005.
- FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal*, Ed. Trotta, Madrid, 2ª edición, 1997.
- FISH, JILL E., Retroactivity and Legal Change: an equilibrium approach, *110 Harvard Law Review 1055*, año 1997.
- FIX-ZAMUDIO, HÉCTOR, Eficacia de los instrumentos protectores de los derechos humanos, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, núm. II, Universidad Autónoma de México, México, 2002.
- FOUCAULT, MICHEL, *La verdad y las formas jurídicas*, Editorial Gedisa, Barcelona, 1995.
- FRIEDMAN, BARRY, A Tale of Two Habeas, *73 Minnesota Law Review 247*, (1988).
Habeas and Hubris, *45 Vanderbilt Law Review 797*, (1992).
Constitucionalismo popular mediado, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, Año 6, n° 1*, Buenos Aires, 2005.
- GARAY, ALBERTO F., La Corte Suprema debe sentirse obligada a fallar conforme sus propios precedentes (Aspectos elementales del objeto y de la justificación de una decisión de la Corte Suprema y su relación con el caso 'Montalvo'), publicado en *JA 1991-II-881*, Buenos Aires.

Efectos 'Ex Nunc' de un cambio de jurisprudencia: El caso 'María Esther Tellez c. Bagala S.A', publicado en *El Derecho tomo 146*, Buenos Aires, 1992.

Los cambios de jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema y la aplicación retroactiva de los nuevos criterios en materia penal, publicado en *La Ley, tomo 1993-A-786*, Buenos Aires.

La duración inconstitucional de los procesos penales y el recurso extraordinario, publicado en *La Ley 2004-D- 137*, Buenos Aires

- GARCÍA, LUIS, Protección Internacional subsidiaria de los derechos humanos y deber de reparar: entre el agotamiento de los recursos y la trampa de la cosa juzgada en el caso de “La Tablada” (A los enemigos de la democracia, ¿ni justicia?), publicado en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Casación, Año 2, Nro. 2, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002.

El derecho internacional de los derechos humanos. ¿Cuestión de derecho internacional o derecho doméstico?, publicado en GARCÍA, LUIS M. (coord.), *Los derechos humanos en el proceso penal*, Editorial Ábaco de Rodolfo Desalma, Buenos Aires, 2002.

- GARGARELLA, ROBERTO, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial*, Editorial Ariel, Barcelona, 1996.

Inconsistencia y parcialidad. Un examen histórico de la jurisprudencia de la Corte Suprema Argentina, *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, suplemento del 26/11/2003.

Interpretación del derecho, publicado en Albanese, Susana; Dalla Vía, Alberto; Gargarella, Roberto; Hernández & Antonio; Sabsay, Daniel, *Derecho Constitucional*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2004.

- GARRIDO, MANUEL, La aplicación en el ámbito interno de la República Argentina de las decisiones de los órganos interamericanos de aplicación de la Convención Americana de Derechos Humanos. La cuestión de la cosa juzgada, publicado *Revista Argentina de Derechos Humanos*, Año 1, N° 0, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001.
- GARRO, ALEJANDRO, El caso ‘La Tablada’ y la obligación internacional de cumplir con las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, publicado en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Año IX, N° 16, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003.
- GELLI, MARÍA ANGÉLICA, La ‘anulación’ de las leyes de amnistía y la tragedia argentina, publicado en *La Ley 2003-F-1204*, Buenos Aires.

Constitución de la Nación Argentina, Comentada y Concordada, La Ley, Buenos Aires, 2003.

- GIALDINO, ROLANDO, Argentina ante la Corte y la Comisión Interamericanas de Derechos Humanos, 1995-2000, *Revista Investigaciones*, Secretaría de Investigación de Derecho Comparado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Buenos Aires, 2001.

La producción jurídica de los órganos de control de los derechos humanos como fuente del derecho nacional. Fuentes universales y americanas, publicado en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2004*, editado por la Fundación Konrad Adenauer- Stiftung, Montevideo.

- GONZÁLEZ, JOAQUÍN V. GONZÁLEZ, *Manual de la Constitución Argentina*, Editorial Estrada, Buenos Aires, 1983.
- GONZÁLEZ CAMPAÑA, GERMÁN, La Corte Suprema reconoce la obligatoriedad de la jurisprudencia internacional. (¿Sigue siendo suprema?), *La Ley 2005-B-801*.
- GORDILLO, AGUSTÍN, Los amparos de los art.43 y 75 inc.22 de la Constitución Nacional, publicado en ABREGÚ, MARTÍN & COURTIS, CHRISTIAN (compil.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997.
- GOZAINI, OSVALDO ALFREDO, *La sentencia en el proceso transnacional*, publicado en *El Derecho*, tomo 140, año 1991, Buenos Aires.
- GULLCO, HERNÁN V., El recurso de revisión ante los cambios de jurisprudencia, publicado en *Jurisprudencia Argentina*, tomo 1999-II-606, , Buenos Aires.

La 'preconización' del uso de estupefacientes y los límites del control de constitucionalidad, *La Ley 2002-C- 425*, , Buenos Aires.

Principios de la Parte General del Derecho Penal, *Jurisprudencia Comentada*, Ed. del Puerto, Buenos Aires, año 2006.

- GULLCO, HERNÁN V.; HENDLER, EDMUNDO S, *Casos de derecho penal comparado*, Editores del Puerto, 2003.
- HART, H.L., *El concepto de derecho*, Ed. Abeledo Perrot, año 1961.
- HEYTENS, TOBY T., Managing Transitional moments in criminal cases, *115 Yale Law Journal* 922, año 2006.
- JACKSON, VICKY C., World Habeas Corpus, *91 Cornell L. Rev.* 303, año 2006.

Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2005, t.II, editado por la Fundación Konrad Adenauer- Stiftung, Montevideo.

- MALAMUD GOTI, JAIME, Lo que nos puede tocar: sobre la suerte, el mérito y la responsabilidad, *NDP 2004/4*, Editores Del Puerto, Buenos Aires.
- MANILI, PABLO L., *La ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el derecho argentino*, publicado en BIDART CAMPOS, GERMÁN & GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS (coords.), *El derecho constitucional del siglo XXI : diagnóstico y perspectivas*, Ediar, Buenos Aires, 2000.

El Bloque de Constitucionalidad. La recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho Constitucional Argentino, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2003.

- MARCHISIO, ADRIÁN, El costo de la justicia penal. Estudio referido a la Justicia Ordinaria y Federal de la Ciudad de Buenos Aires, *NDP 2005/A*, Buenos Aires.
- MARTINEZ, JENNY S., Towards an International Judicial System, *56 Stan. L. Rev.* 429, (2003).
- MAXIT, MARGARITA, El caso "Patti" y el desafío de asumimos como una sociedad democrática transicional, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, Año 7, N° 2*, Buenos Aires, 2006.
- MEYER, LINDA, Nothing We Say Matters: Teague and New Rules, *61 University of Chicago Law Review* 423, año 1994.
- MILL, JOHN STUART, *On Liberty*, Hacket Publishing Company, Indiana, 1978.

Principles of Political Economy, Penguin, 1985.

- MILLER, JONATHAN, Control judicial de constitucionalidad y estabilidad institucional: Sociología del modelo estadounidense y su colapso en la Argentina, *Revista Argentina de Teoría Jurídica de la Universidad Torcuato Di Tella, Volumen 1, Nro. 2*, Buenos Aires, julio de 2000. Obtenido el 1/05/2007 desde <http://www.utdt.edu/>.
- MUTUA, MAKAU WA, Looking Past the Human Rights Committee: An Argument for De-Marginalizing Enforcement, *4 Buff. Hum. Rts. Rev.* 211, (1998).
- NASH ROJAS, CLAUDIO, *Las reparaciones ante la Corte Interamericana*, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2004.

- NEUMAN, GERALD L., Human Rights And Constitutional Rights: Harmony And Dissonance, *55 Stan. L. Rev.* 1863, (2003).
- NI AOLAÍN, FIONNUALA, The emergente of diversity: differences in human rights jurisprudence, *19 Fordham Int'l L.J.* 101, (1995).
- Nikken, Pedro, El artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos como fundamento de la obligación de ejecutar en el orden interno las decisiones de los órganos del sistema interamericano de derechos humanos, ponencia presentada en la Sesión de Trabajo sobre la implementación de los Compromisos y Estándares Internacionales de los Derechos Humanos organizada por el IACHR e Internacional Justice Project 1/03/2003. Obtenido el 2/01/2007 desde <http://www.internationaljusticeproject.org/pdfs/Nikken-speech.pdf>
- NINO, CARLOS SANTIAGO, *La validez del derecho*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1985.

Ética y Derechos Humanos, Un ensayo de fundamentación, Editorial Ariel, Barcelona, 1989

La Constitución de la democracia deliberativa, Gedisa, Barcelona, 1997.

- OST, FRANÇOIS, *Júpiter, Hércules y Hermes : tres modelos de juez*, *Doxa*, N° 14, Alicante, 1993.
- OTEIZA, EDUARDO, *La Corte Suprema, entre la justicia sin política y la política sin justicia*, Editorial Librería Platense S.R.L., La Plata, 1994.
- OTTAVIANO, SANTIAGO, *¿Subordinación y valor? La posición de la Corte Suprema ante los órganos internacionales de derechos humanos*, NDP 2006/A, Buenos Aires.
- PASQUALUCCHI, JO M., The Inter-American Human Rights System: Establishing precedents and procedures in Human Rights Law, *26 U. Miami Inter-Am. L., Rev.* 297, (1995).
- PASTOR, DANIEL R., Prohibición de la aplicación retroactiva de normas penales sustantivas, adjetivas y ambivalentes, *LA LEY 2002-B- 682*, Buenos Aires.

El llamado “impacto” de los tratados de derechos humanos en el derecho interno con especial referencia al derecho procesal penal, publicado en

Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Nro. 9, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999.

- PAULSON, STANLEY, Subsunción, política jurídica y el reproche de 'formalismo'. La discusión acerca del 'guardián de la Constitución', publicado en CARDINAUX, NANCY; CLÉRICO, LAURA & D'AURÍA, ANIBAL (coord.), *Las razones de la producción del derecho*, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2006
- PÉREZ LUÑO, ANTONIO-ENRIQUE, Seguridad jurídica, publicado en GARZÓN VALDÉS, ERNESTO Y LAPORTA, FRANCISCO J., (edit.) *El derecho y la justicia*, Editorial Trotta, Madrid, 1996.
- PETERS, CHRISTOPHER J, Foolish Consistency: On Equality, Integrity and Justice in Stare Decisis, *105 Yale L.J.* 2031, (1996).
- PINTO, MÓNICA, El principio pro homine : criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos, publicado en ABREGÚ, MARTÍN & COURTIS, CHRISTIAN (compil.) *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997

Las relaciones entre los órganos del Sistema, publicado en MÉNDEZ, JUAN E. & COX, FRANCISCO (edit.), *El futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1998.

El valor jurídico de las decisiones de los órganos de control en materia de derechos humanos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, publicado en ABRAMOVICH, VÍCTOR; BOVINO, ALBERTO & COURTIS, CHRISTIAN (comp.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2007.

- PIZZOLO, CALOGERO, La validez jurídica en el ordenamiento argentino. El Bloque de Constitucionalidad Federal, *La Ley* 2006-D- 1023, Buenos Aires.
- QUIROGA LAVIÉ, HUMBERTO; BENEDETTI, MIGUEL A. & CENICACELAYA, MARÍA DE LAS NIEVES, *Derecho Constitucional Argentina*, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2001.

- RAMÍREZ, SERGIO, El acceso a la víctima en la instancia internacional, *Revista Interamericana de Derechos Humanos*, vol.32-33, San José de Costa Rica, 2000-2001.
- ROOSEVELT III, KERMIT, A little theory is a dangerous thing: The Myth of Adjudicative Theory, *31 Connecticut Law Review* 1075, (1999).
- ROSENFELD, MICHEL, Constitutional adjudication in Europe and the United States: Paradoxes and contrasts, *2 International Journal of Constitutional Law* 633, año 2004.
- ROSENKRANTZ, CARLOS F, En contra de los “préstamos” y de otros usos “no autoritativos” del derecho extranjero, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 6, Número 1, Buenos Aires, 2005.
- ROXIN, CLAUS, *Derecho Penal. Parte General*, Ed. Civitas, Madrid, 2000,
- RÚA, ALEJANDRO, Obligatoriedad de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y cosa juzgada en el ámbito interno, publicado en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, N° 9-C, Año V, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999.

“La negativa de la Casación a revisar “La Tablada”, publicado en Eldial.com (sin fecha)
- RUTUOLO, MARCO, El tiempo y las funciones del Estado, Reflexiones sobre el tiempo en la actividad normativa, administrativa, jurisdiccional y en la interpretación jurídica, publicado en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Casación*, Nro. 3, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003.
- SAAVEDRA ALESSANDRI, PABLO, La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Las reparaciones ordenadas y el acatamiento de los estados, publicado en *Los Instrumentos de Protección Regional e Internacional de los Derechos Humanos*, Memorias del Seminario, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos, México-Comisión Europea, Secretaría de Relaciones Exteriores, 2004.
- SABA, ROBERTO P., Las Decisiones Constitucionales de Ulises. Acerca de las Dificultades para la Construcción Colectiva de una Práctica Constitucional en Argentina, publicado en *Los límites de la democracia* (Seminario Latinoamericano de Teoría Constitucional y Política (SELA), Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006.

- SAGÜÉS, NÉSTOR, Interpretación constitucional y alquimia constitucional, *Jurisprudencia Argentina*, IV-9, año 2003,, Buenos Aires.
 Sobre la "derogación" y "anulación" de leyes por el Poder Legislativo, *LA LEY* 2005-A-518,, Buenos Aires.
 Cosa juzgada constitucional. Modelos y correcciones, *La Ley* 1995-E- 1063, Buenos Aires.
- SÁNCHEZ-GÓMEZ, ALEJANDRO, Acciones de armonización para garantizar el cumplimiento de sentencias y las recomendaciones de los órganos internacionales. Una visión comparada. Obtenido el 16/01/2007 desde <http://www.pdhumanos.org>
- SCHAUER, FREDERICK, Neutrality and Judicial Review, KSG Working Paper No. RWP03-008, 16/07/2003. Obtenido el 1/10/2006 desde <http://ssrn.com/abstract=380920>
- SHANNON, BRADLEY SCOTT, The retroactive and prospective application of judicial decisions, *26 Harv. J. L. & Pub. Pol'y* 811,(2003).
- SHAPIRO, IAN, *Democratic Justice*, Yale University Press, New Heaven, 1999.
- SIEGEL, RIEVA B., El rol de los movimientos sociales como generadores de derecho en el derecho constitucional de los Estados Unidos, publicado en *Los límites de la democracia*, Seminario Latinoamericano de Teoría Constitucional y Política (SELA), Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005.
- SLAUGHTER, ANNE-MARIE; BURKE-WHITE, WILLIAM, The future of International Law is domestic (or, the European Way of Law), *47 Harv. Int'l L. J.* 327, (2006).
- SIMS, JOHN CARY, The impact of remand orders from higher to lowe courts on American jurisprudence: Compliance without remands: The Experience under the European Convention of Human Rights, *36 Ariz. St. L.J.* 639, (2004).
- SOLÁ, JUAN V., El caso de los jueces subrogantes, *JA* 2007-III-36, Buenos Aires.
- SUNSTEIN, CASS, *The partial Constitution*, Harvard University Press, Massachussets, 1993.
- TAIANA, JORGE, Mecanismos legislativos, administrativos y políticos para implementar la protección internacional de los derechos humanos, ponencia presentada en la Sesión de Trabajo sobre la implementación de los Compromisos y Estándares Internacionales de los Derechos Humanos organizada por el IACHR e

Internacional Justice Project, 1/03/2003. Obtenido el 2/01/2007 desde en <http://www.internationaljusticeproject.org/>

- The Cyrus R. Vance Center for International Justice Initiatives, Una Profesión en Apoyo de la Democracia, 3/05/2005. Obtenido el 16/01/2007 desde [tp://www.nycbar.org/VanceCenter/PDF/strategysummit/countryreports/Argentina_a_bridged_Esp.pdf](http://www.nycbar.org/VanceCenter/PDF/strategysummit/countryreports/Argentina_a_bridged_Esp.pdf)
- TRAVIESO, JUAN ANTONIO, *Garantías fundamentales de los derechos humanos*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1999.
- TSEN LEE, EVAN, The Theories Of Federal Habeas Corpus, Washington University Law Quarterly, 72 WAULQ 151, (1994).
- VÍTOLO, ALFREDO, Cuando los remedios, antes que curar, enferman, JA 2007-III-42, Buenos Aires.
- WELLS, MICHAEL; EATON, THOMAS, *Constitutional Remedies*, Praeger Publishers, Connecticut, 2002.
- WECHSLER, HERBERT, Toward Neutral Principles in Constitutional Law, *Harvard Law Review*, 73, (1959).
- YOUNG, ERNEST A., Allocating Remedial Responsibilities between domestic and supranational courts, 20/02/2006. Obtenido el 16/01/2007 desde <http://www.law.duke.edu/publiclaw/pdf/workshop06sp/young>
Institutional Settlement in a Globalizing Judicial System, 54 *Duke Law Journal* 1143, (2005).
- ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL; PLAGIA, ALEJANDRO & SLOKAR, ALEJANDRO, *Derecho Penal, Parte General*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2000.

CURRICULUM VITAE
MARÍA MARGARITA MAXIT

DATOS PERSONALES

Nacida el 21/02/1975 en Mar del Plata, Provincia de Buenos Aires.

DNI: 24.539.544

Domicilio: Azcuénaga 1071 9 C, CP (1115) Ciudad de Buenos Aires.

Tel Particular: 5778-2564 - Celular: 15-6733-0412.

E-mail: margaritamaxit@yahoo.com

FORMACIÓN JURÍDICA

- Universidad de Palermo, Master en Derecho Constitucional y Derechos Humanos.

Cursada finalizada. Promedio Académico: 8, 67 puntos.

- *New York University, School of Law*

Exchange student, durante el Semestre Fall 2001.

-Universidad de Buenos Aires, Abogada, 1999.

Especialización: derecho penal.

Ranking en la promoción: dentro del 6% superior.

Graduada con Diploma de Honor.

- Certificación internacional: Credenciales académicas evaluadas como “de calidad superior” por el Law School Admission Council (LSAC) para aplicantes extranjeros a programas de Master en Derecho –LLM- en universidades norteamericanas.

ACTIVIDADES ACADÉMICAS

Revistas Jurídicas Universitarias:

-Editora, Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, Universidad de Palermo, 2005-2007.

-Colaboradora, Lecciones y Ensayos, Universidad de Buenos Aires, 1997-1999.

Actividad Docente

-Ayudante Primera de Derecho Constitucional. Universidad de Buenos Aires, Cátedra Dra. Susana Cayuso, (2007- Actualidad).

-Ayudante de Segunda, misma cátedra, (2003-2006).

Ingreso mediante concurso oral y público rendido en mayo de 2003, aprobada con nota 8.

Becas y distinciones:

-Becada parcialmente por la Facultad de Derecho de la Universidad de Columbia para cursar el LL.M en Derecho durante 2006/7 (esta beca no fue utilizada porque, por razones personales, no cursé estos estudios).

-Seleccionada y sponsoreada por el British Council para asistir en el seminario internacional "Realising Rights: implementing human rights through litigation", Londres, Gran Bretaña, Noviembre, 2004.

-Seleccionada competitivamente por un comité académico de la Universidad de Palermo para asistir al programa de intercambio con New York University, marzo de 2001.

Cursos y seminarios de post-grado

- Curso de doctorado "Teoría de la Constitución y el Poder" (30 horas), correspondiente al Área Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional Profundizado del Departamento de Posgrado de la U.B.A. Nota obtenida: 10 (diez), año2007.

- Curso de postgrado "Sistema Penal y Derechos Humanos", correspondiente al Área Sociología Jurídica del Departamento de Posgrado de la U.B.A. Nota obtenida: 10 (diez), año2007.

- Curso de postrado "Constitutions and Constitution Making: Ideas, Projects and Models", Facultad de Derecho, UBA, año 2005.

- Seminario "Realising rights: implementing human rights through litigation", British Council, Londres, 2004.

- Seminario "La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales", (2004), Agencia Española de Cooperación Española.

- Curso de posgrado “Jornadas de Derecho Procesal Constitucional”, año 2003, Facultad de Cs. Jurídicas, Universidad del Salvador (7 hs).

Publicaciones

- “El caso Patti y el desafío de ser una sociedad democrática transicional”, Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, Año 7, N° 2, Buenos Aires, 2006, págs. 159/185.
- Reseña de la Revista Jurídica de la Universidad de Palermo”, publicada en Nueva Doctrina Penal 2007/A, Buenos Aires, pág. 341/47.
- “La Corte y Los Derechos. Un informe sobre el contexto e impacto de sus decisiones durante el período 2003-2004”, Asociación por los Derechos Civiles (ADC), Editado por Siglo XXI, 2005, en coautoría.
- “Litigio de Interés Público”, en coautoría con Mariela Belski, Juan González Bertomeu y Natalia Monti, publicado en Manual para organizaciones sociales por la Fundación Cambio Democrático, Buenos Aires, 2005, págs. 179-198.
- “Evolución de la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Casación Penal en materia de recursos de inaplicabilidad de ley y en autoconvocatoria a plenario”, artículo publicado en La Casación, N° 2, Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, año 2002, págs. 149/83.
- “Problemas de estructuras en el Ministerio Público”, artículo publicado en Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal, Ed. Ad-Hoc, año 2000, Buenos Aires, Nro. 10- B., págs. 223-253.

Publicaciones en prensa:

- “El fallo “Rosza”. Doctrina de facto y jueces subrogantes: discursos convergentes de deconstitucionalización”, a ser publicado en *Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Sumarios y análisis de fallos*, colección dirigida por Leonardo G. Pitlevnik y publicada por la Editorial Hammurabi.
- “El Ministerio Público en la República Argentina: la dificultad de los fiscales y defensores para abandonar la inercia inquisitiva y para asegurar el acceso a la justicia. Un desarrollo de las reformas, los avances y retrocesos”, en coautoría con Ileana Arduino y Paula Litvachky. Este artículo un libro con artículos de distintos autores sobre el rol del Ministerio Público

en Francia, Portugal, Italia, Argentina, Brasil, México, Venezuela y Mozambique cuya publicación es coordinada por el Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra (Portugal) y el Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontificia Universidade Católica do Rio Grande do Sul –Brasil.

EXPERIENCIA PROFESIONAL

a) Ministerio Público de la Nación y Poder Judicial de la Nación

- Marzo 2007- Actualidad, Prosecretaria Coadyuvante Interina (cargo letrado), Defensoría Oficial Nro. 4 en lo Contravencional.
- Julio 2006-Marzo de 2007, Prosecretaria Administrativa Interina, Defensoría Oficial Nro. 2 ante los Tribunales Orales en lo Penal Económico.
- Noviembre 2005-Julio 2006, Jefa de Despacho, Defensoría Oficial Nro. 1 ante los Tribunales Orales en lo Penal Económico.
- Agosto, 2003- Diciembre 2003, Prosecretaria Administrativa (cont.), Defensoría General de la Nación.
- Agosto 2003-Octubre de 2000, Relatora (Int) de la Defensora Oficial Nro.1 Penal Económico ante los Tribunales Orales, siendo Prosecretaria Administrativa (Int.) en esta dependencia de Marzo 2001- Junio 2001.
- Marzo 2000- Junio 2000, Relatora (Int.) de la Dra. Oliva Hernández, Vocal del Tribunal Oral Penal Económico Nro. 3.
- Julio 1999- Febrero 2000; Junio 2000- Septiembre 2000, Escribiente (Int.) de la Defensoría Oficial Penal Económico Nro. 2 ante los Juzgados de Instrucción Penal Económico y Cámara de Apelaciones.
- Octubre 1996- Junio 1999, Auxiliar Defensoría Oficial Penal Económico Nro. 2 ante los Juzgados de Instrucción Penal Económico y Cámara de Apelaciones.

B) Organizaciones No gubernamentales de Derechos Humanos

- *Asociación por los Derechos Civiles (ADC).*

Diciembre 2003- Octubre 2004. Co-coordinadora del Proyecto “Un Ojo sobre la Corte”, financiado por la Fundación Ford (2003-2004) y del Proyecto sobre “Reforma de la Justicia

Nacional y Provincial” financiado por el Government Global Opportunities Fund del Reino Unido (2005).

-Centro de Investigaciones Sociales y Asesorías Legales Populares (CISALP)

Julio 1998-Julio 2000. Investigación y preparación de memorandums sobre derechos de los inmigrantes y en casos de violencia institucional.