

II CONGRESSO DE FILOSOFIA DO DIREITO PARA O MUNDO LATINO

DIREITO, RAZÕES E RACIONALIDADE

A532

Anais II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino [Recurso eletrônico on-line]
organização Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ;

Coordenadores: Margarida Lacombe Camargo, Natasha Pereira Silva, Vinícius Sado
Rodrigues – Rio de Janeiro: UFRJ, 2019.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-764-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

1. Filosofia do Direito. 2. Gênero e Teoria do Direito. 3. Democracia. 4. Desigualdades. 5.
Justiça de Transição. 6. Estado de Exceção. 7. Ativismo Judicial. 8. Racionalidade Jurídica.
9. Clássicos I. II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino (1:2018 : Rio de
Janeiro, RJ).

CDU: 34



UNIVERSIDADE FEDERAL
DO RIO DE JANEIRO

II CONGRESSO DE FILOSOFIA DO DIREITO PARA O MUNDO LATINO

DIREITO, RAZÕES E RACIONALIDADE

Apresentação

O mundo latino tem investido na construção de uma jusfilosofia que objetiva produzir epistemologias e referências conceituais a partir de contextos próprios, de modo a contribuir para a transformação das instituições jurídicas, políticas e sociais vigentes.

Com essa intenção, a iLatina, através do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Rio de Janeiro (PPGD-UFRJ), promoveu, em julho de 2018, na cidade do Rio de Janeiro, o II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino.

O encontro contou com a presença de estudiosos da Filosofia do Direito de quase todos os países do chamado “mundo latino”, com o desafio de pensar, sob a perspectiva da Filosofia, problemas que desafiam as democracias atuais. Um dos eixos principais dessa discussão é o que se concentra no debate da racionalidade jurídica, cujas questões são exploradas pelos trabalhos desta coletânea.

Como a quantidade de trabalhos relativos ao grupo Direito, Razões e Racionalidade chegou à casa dos 40, a relatoria foi dividida entre Mariana Isern, professora adjunta de Filosofia do Direito da Universidad Nacional de Rosario e Diego Luna, professor adjunto de Filosofia do Direito e Direito Penal da Facultad de Derecho da Universidad de Buenos Aires. Por uma limitação editorial, nesta publicação serão apresentadas apenas as questões e conclusões levantadas pela relatora e pelo relator sobre os trabalhos aprovados para o congresso. As relatorias completas, no entanto, se encontram na íntegra no site do evento com as avaliações pontuais sobre cada um dos artigos apresentados.

Mariana apresenta o seu trabalho em três eixos. O primeiro diz respeito à falta de respostas adequadas para novos problemas. “Al incorporar fenómenos que antes no eran alcanzados por el Derecho, conforme a los paradigmas empleados, se requiere una nueva perspectiva (sea biocéntrica, inclusiva, multicultural, transdisciplinar, etc.). Algunos proponen caminos que se podrían recorrer, otros sugieren el rescate o reinterpretación de autores clásicos, o vuelven a las fuentes, en otros casos; en tanto que hay algunos que alertan sobre las vías inapropiadas para pensar esas alternativas.”. Aqui encontram-se reunidos os trabalhos de

Diego Javier Duquelsky Gómez (Argentina), Jesús Vega López (Espanha), Maria Carolina Rodrigues Freitas (Brasil), Claudio Pedrosa Nunes (Brasil) e Juan Calvillo Hernandez (México).

Resumindo o que relata Mariana Isern, Diego Javier Duquelsky Gómez propõe a construção de um pensamento emancipatório radicalmente alternativo à racionalidade jurídica dominante. Jesús Vega López, sob uma perspectiva pós-positivista procura reconstruir as demarcações do Direito valendo-se das noções de entorno, contorno e dintorno apresentadas por José Ortega y Gasset e Gustavo Bueno. Maria Carolina Rodrigues Freitas aborda obsolescência da teoria do direito moderno na pós-modernidade. Claudio Pedrosa Nunes trabalha temas do direito processual à luz da doutrina medieval-tomista. Juan Calvillo Hernandez procura demonstrar que a metafísica, fortemente criticada por Hans Kelsen, tem sido recuperada pelo positivismo jurídico.

Um segundo eixo traçado por Mariana Isern, na relatoria, é marcado pela busca de opções para se pensar e repensar alternativas aos paradigmas atuais do Direito, sob os parâmetros antropocêntrico e biocêntrico da dignidade e do bem viver. Aqui encontram-se os trabalhos de Wallace Antonio Dias Silva (Brasil), Maren Guimarães Taborda e Raquel Fabiana Lopes Sparemberger (Brasil), Zabalza Alexandre (França), Loyuá Ribeiro Fernandes Moreira da Costa (Brasil), Jesús Ignacio Delgado Rojas (Espanha) e Bruno Rabelo Coutinho Saraiva (Brasil).

Wallace Antonio Dias Silva estabelece uma alternativa integradora do bem viver latino-americano, sob uma perspectiva biocêntrica, propondo o cooperativismo como via superadora do problema da precarização do trabalho. Maren Guimarães Taborda e Raquel Fabiana Lopes Sparemberger, juntas, empregam o conceito de Stammler de um direito objetivamente justo a um caso julgado pelo Supremo Tribunal Federal Brasileiro sobre demarcação de terras indígenas, de forma a indagarem se é tarefa da justiça levar a cabo um ideal e em que grau. Para Alexandre Zabalza, a Terra ficou muito tempo alijada do conhecimento filosófico e demorou muito tempo para que entidades não humanas fossem dotadas de personalidade jurídica. Com base na literatura de Saint Exupéry, mostra que domar a natureza não significa conquistá-la, mas “domesticar”, no sentido de criar vínculos. Loyuá Ribeiro Fernandes Moreira da Costa, no âmbito do “novo constitucionalismo latino-americano”, procura substituir o modelo antropocêntrico constitucional pelo biocêntrico, da dignidade. Jesús Ignacio Delgado Rojas recupera as ideias kantianas de dignidade e autonomia para enfrentar problemas atuais. Bruno Rabelo Coutinho Saraiva discute o Direito Natural, com ênfase na centralidade do ser humano.

No terceiro e último eixo, o relevo encontra-se na argumentação, especialmente, a legislativa. Com uma dose de graça, Mariana Isern destaca dos trabalhos: “Los ciudadanos no dormirían pacíficamente si supieran como se hacen las salchichas y las leyes.(...) Desde entonces, el sistema de producción de embutidos há evolucionado, siendo sometido (al menos en teoria) a estrictos estándares sanitários. La producción de leyes, por outra parte, sigue siendo llevada a cabo sin el método o la organización apropiados.”

Em torno da questão da racionalidade legislativa estão os trabalhos de Mariana Barbosa Cirne (Brasil) em coautoria com Tainá Junquilha (Brasil); de João Aurino de Melo Filho (Brasil); Francesco Ferraro (Itália); José Ribas Vieira em coautoria com Fernanda Lage Alves Dantes (Brasil) e o de José Eduardo Schuh (Brasil).

Mariana Barbosa Cirne e Tainá Junquilha percebem a crise legislativa como uma oportunidade dada ao jurista para aumentar a racionalidade no processo legislativo. Segundo João Aurino de Melo Filho, a Teoria do Direito falhou ao ignorar o processo legislativo. Francesco Ferraro, ao considerar que o legislador possui, na realidade, uma racionalidade limitada por fatores de ordem pessoal e institucional, explora os conceitos de sub-inclusão e sobre-inclusão de Nino e Nowak, passando por Wróblewski e Wittgenstein. José Ribas Vieira e Fernanda Lage Alves Dantes chamam a atenção para o diálogo entre as teorias jurídicas e as teorias sociológicas, no sentido de que o Direito pode servir de mecanismo para a transformação social. José Eduardo Schuh, segundo Mariana Isern, se propõe a comprovar a possibilidade do emprego de técnicas derivadas dos estudos da Economia do Comportamento na elaboração de normas legais, com o fim de aumentar a efetividade normativa e a eficácia social.

Com relação aos trabalhos sobre racionalidade judicial, a preocupação central está na formação jurídica dos encarregados de aplicar o Direito. Aqui se encontram os trabalhos de Zoraida García Castillo (México), Juan Carlos Riofrío Martínez-Villalba (Equador), Eduardo Ribeiro Moreira (Brasil), Valeria Lopez Vela (México) e Silvia Zorzetto (Itália).

Zoraida García Castillo trata da validade e confiabilidade dos resultados das provas científicas no processo, assim como a responsabilidade epistêmica do julgador ao realizar inferências sobre os fatos. Juan Carlos Riofrío Martínez-Villalba trabalha o tema da igualdade, a partir da proporcionalidade e da analogia. Eduardo Ribeiro Moreira defende o direito constitucional comparado como técnica de interpretação. Silvia Zorzetto sustenta que a “pretensão de correção” é uma característica interna da prática jurídica e necessária à sua própria existência. Valeria Lopez Vela analisa a complexidade do conceito de dignidade a partir de sua aplicação pela Suprema Corte de Justiça do México.

Diego Luna, da Universidade de Buenos Aires, é o segundo relator do grupo “Direito, Razões e Racionalidade”. Dos 23 trabalhos que analisou, ele nos diz que:

“Un primer grupo de ponencias pone su atención en la racionalidad judicial, desde marcos teóricos que ponen el acento en los aspectos retóricos de la argumentación jurídica, el razonamiento silogístico, la creación judicial del derecho y un particular ejemplo, en este contexto, de decisiones contradictorias de tribunales superiores. Agrupo acá los trabajos de Elias Canal Freitas (Brasil), Pedro Parini Marques de Lima (Brasil), Maria Lucia de Paula Olivera (Brasil), Guilherme Gomes Vieira (Brasil) e João Paulo Rodrigues de Castro (Brasil). [...]

Otro conjunto de ponencias que aborda también el problema de la creación judicial del derecho, desde la perspectiva de la argumentación jurídica, pone el acento en las nociones de "derrotabilidad" y "derecho discutido" para dar cuenta de situaciones excepcionales para las reglas generales y el problema de su legitimidad, del control público de las decisiones, con una particular referencia al problema de los supuestos de aborto como ejemplo de situaciones semejantes. Reúno acá los trabajos de Claudia Roesler e Isaac Reis; Henrik Lopez Sterup; Mauricio Martins Reis y Alexandre Prevedello; Anizio Pires Gavião Filho y Alexandre Prevedello; y Marcelo Fernández Peralta. [...]

Un tercer conjunto de ponencias puede agruparse en torno de las perspectivas críticas que se ocupan en la teoría general y en la interpretación judicial del denominado giro decolonial, de los problemas de neoconstitucionalismo y el multiculturalismo e interculturalidad en la región latinoamericana, incluso desde perspectivas aparentemente disímiles como la hermenéutica y la filosofía del lenguaje. Se reúnen ahora las ponencias de Diogo Bacha e Silva; María Nazareth Vasques Mota y Carla Thomas; Dulce Alejandra Camacho Ortiz y Rina Pazos. [...]

En cuarto orden, pueden presentarse los trabajos que se estructuran en torno de las nociones de casos fáciles, difíciles y trágicos para presentar a partir de decisiones concretas de tribunales superiores o constitucionales de la región modos problemáticos del razonamiento judicial y los problemas de fundamentación que ellos conllevan cuando se acude a la denominada ponderación de principios y su difícil conciliación con la aplicación de reglas. Son las ponencias de Juan Bautista Etcheverry; Renato Rabbi-BaldiCabanillas y Renato do Espírito Santo Rodrigues y Claudia Toledo. [...]

En un quinto grupo de ponencias reúno cuatro ponencias que recuperan autores clásicos que se enmarcan tanto históricamente, como epistemológicamente en el debate iusnaturalismo vs.

iuspositivismo de mediados del siglo pasado (Ehrlich, Kelsen, Larenz, Radbruch) en el contexto de la segunda Guerra Mundial, el Régimen de la Alemania Nazi y el desafío epistemológico que supuso para la ciencia del derecho el juzgamiento de esos crímenes. Íntimamente relacionado con esa temática, dos ponencias se refieren al problema de la criminalización o la tolerancia de los denominados discursos de odio. Son los trabajos de José Raul Cubas Júnior y José Renato Gaziero Cella; Eduardo Javier Jourdan Markiewicz; Victor Medrado y Rafael Mello Ferreira y Marcelo Campos Galuppo. [...]

Por último, un par de ponencias relativas a dos asuntos que vinculan política y derecho en el ámbito particular brasileiro, aunque con repercusión regional y mundial: la discusión sobre la legitimidad y constitucionalidad del instituto del impeachment y el modelo de defensa pública gratuita, ambos contemplados en la Constitución de Brasil aunque con diversos recorridos y tradiciones históricas, políticas, jurídicas y filosóficas. Se trata de las ponencias de Margarida Maria Lacombe Camargo (Brasil) y Bernard dos Reis Alo (Brasil).”.

É com o objetivo de compartilhar o diálogo e promover o acesso às discussões da temática feitas durante o II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino que apresentamos estes Anais. A coletânea reúne os trabalhos que nos ajudam a lançar novos olhares, sob a perspectiva da Filosofia e do Direito, para o debate contemporâneo.

Margarida Lacombe Camargo

Vinícius Sado Rodrigues

Organizadores

DILEMAS DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA ANTE LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. UNA REFLEXIÓN DESDE EL DERECHO ARGENTINO Y LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

DILEMAS DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA ANTE LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. UNA REFLEXIÓN DESDE EL DERECHO ARGENTINO Y LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Rabbi-Baldi Cabanillas, Renato

Resumo

En cuanto concierne a la “lucha” por la protección de los derechos fundamentales de la persona, la actuación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha suscitado disimiles interpretaciones en la doctrina y la jurisprudencia de nuestros países en relación con su alcance y, en última instancia, con la compatibilidad entre ambos sistemas (interamericano y nacionales). Los planteamientos tienen que ver con cuestiones de dogmática jurídica; políticos; filosóficos y de teoría de la argumentación del derecho. En relación con esto último –que es el objeto principal de este papel- en no pocas circunstancias el resguardo de los derechos fundamentales, por la propia estructura de los sistemas bajo análisis, se pone en entredicho, lo que da lugar al planteamiento de verdaderos “dilemas” (para seguir la expresión de Manuel Atienza) en la concreción de los derechos constitucionales y convencionales comprometidos allí comprometidos. Se trata de ocasiones en que no es posible arribar a un “equilibrio” (ni “óptimo” y ni siquiera “mínimo”) entre dichos derechos y, por tanto, el caso se presenta ya no como “fácil” ni, tampoco, “difícil”, sino como “trágico”. En este papel se presentan dos ejemplos de lo descrito, a partir de casos que involucran a la CIDH y al supremo tribunal constitucional argentino (CSJN), así como se procura ensayar un camino que permita salvar la aporía detectada en orden a que los sistemas en juego puedan concretar el objetivo de resguardo de los derechos fundamentales para los que que han sido creados.

Palavras-chave: Derechos humanos, Tribunales internacional y constitucionales de protección de derechos humanos, Interpretación del derecho, Teoría de la argumentación, Casos difíciles y casos trágicos

Abstract/Resumen/Résumé

En cuanto concierne a la “lucha” por la protección de los derechos fundamentales de la persona, la actuación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha suscitado disimiles interpretaciones en la doctrina y la jurisprudencia de nuestros países en relación con su alcance y, en última instancia, con la compatibilidad entre ambos sistemas (interamericano y nacionales). Los planteamientos tienen que ver con cuestiones de dogmática jurídica;

políticos; filosóficos y de teoría de la argumentación del derecho. En relación con esto último –que es el objeto principal de este papel- en no pocas circunstancias el resguardo de los derechos fundamentales, por la propia estructura de los sistemas bajo análisis, se pone en entredicho, lo que da lugar al planteamiento de verdaderos “dilemas” (para seguir la expresión de Manuel Atienza) en la concreción de los derechos constitucionales y convencionales comprometidos allí comprometidos. Se trata de ocasiones en que no es posible arribar a un “equilibrio” (ni “óptimo” y ni siquiera “mínimo”) entre dichos derechos y, por tanto, el caso se presenta ya no como “fácil” ni, tampoco, “difícil”, sino como “trágico”. En este papel se presentan dos ejemplos de lo descrito, a partir de casos que involucran a la CIDH y al supremo tribunal constitucional argentino (CSJN), así como se procura ensayar un camino que permita salvar la aporía detectada en orden a que los sistemas en juego puedan concretar el objetivo de resguardo de los derechos fundamentales para los que han sido creados.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Derechos humanos, Tribunales internacional y constitucionales de protección de derechos humanos, Interpretación del derecho, Teoría de la argumentación, Casos difíciles y casos trágicos

Dilemas de la argumentación jurídica ante la protección internacional de los derechos humanos. Una reflexión desde el derecho argentino y la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Por Renato Rabbi-Baldi Cabanillas*

I

Introducción

La actuación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha suscitado disímiles interpretaciones en la doctrina y la jurisprudencia de nuestros países en cuanto concierne a su alcance y a la compatibilidad de los sistemas interamericano y nacionales. Los planteamientos tienen que ver con cuestiones de dogmática jurídica; políticos; filosóficos y de teoría de la argumentación del derecho. En relación con éstos últimos, en ciertas circunstancias, se han presentado verdaderos “dilemas”¹ en la concreción de los derechos constitucionales y convencionales comprometidos.

En este papel deseo poner de relieve este último aspecto. La primera parte (ap. II) se ocupa de algunas precisiones vinculadas a la teoría de la argumentación jurídica de la que se parte y que permitirá, en la segunda (ap. III), abordar, con ejemplos jurisprudenciales, los “dilemas” a que acaba de hacerse referencia. Algunas posibles respuestas a esta cuestión se efectúan en el último apartado (IV).

II

Notas sobre argumentación jurídica vis à vis los derechos constitucionales y convencionales

La protección de los derechos fundamentales de las personas se expresa, en primera línea, a través de los estatutos constitucionales y convencionales. Se está ante “normas” que, siguiendo a Robert Alexy, se asumen como “mandatos”. Ahora bien; dichas normas se estructuran como “principios” que, contrariamente a las normas que se

*Profesor Titular de Teoría General y Filosofía del Derecho, Universidad de Buenos Aires. Miembro del Comité Ejecutivo de ILatina.

¹ Cfr. Atienza, Manuel, “Sobre lo razonable en el derecho”, Revista Española de Derecho Constitucional, 9, 27, 1989, p. 101, quien reconoce, al respecto, la autoridad de la obra de Calabresi y de Bobbitt.

identifican como “reglas”, constituyen “mandatos de optimización”². Son, en efecto, normas que deben realizar un “algo” (la protección de la vida; de la libertad en sus diversos aspectos, etc.-), en la mayor medida de las posibilidades fácticas y jurídicas de que disponga un sistema jurídico en un contexto histórico-espacial determinado.

Desde luego, el tema se complejiza si dichos derechos entran en “competencia” con otros de semejante naturaleza constitucional/convencional. Dado que ambos derechos representan, “bienes básicos” de las personas³, dichos bienes requieren ser armonizados pues no se podría (mejor, *no se debería*) garantizar uno de ellos a costa de otros, lo que entrañaría proteger a una persona y no a la otra, es decir, supondría tratar al primero como un “fin en sí mismo” y al segundo como un “medio” de aquel⁴. La Corte Suprema de Justicia de la Argentina lo ha dicho a través de una constante jurisprudencia⁵. La “armonización” extrema la noción de “optimización” pues a la *modulación* que lleva ínsito el concretar los derechos constitucionales/convencionales según las posibilidades fácticas derivadas del contexto espacio-temporal en el que se encuentran, se *añade* la necesidad de *modular* su alcance *con otros derechos de análogo rango*. En este último caso, como escribe Alexy, la mayor o menor realización de un derecho “está determinada esencialmente por los principios opuestos”, “por lo que la determinación del grado apropiado de satisfacción de un principio respecto a lo que ordena otra principio se determina por medio de la ponderación”⁶.

Examínese esto último. Si se dice que se está ante derechos “de primer orden” es porque poseen análoga jerarquía, es decir, *no se postula una jerarquización* de derechos constitucionales/convencionales, pues de lo contrario se soslaya el dato fundamental de que detrás de todas estas construcciones se halla la persona humana, por lo que jerarquizar derechos es privilegiar ciertos bienes básicos sobre otros, lo cual va en detrimento del único destinatario de dicha protección.

Asimismo, Alexy ha advertido acerca de la existencia de gradas de afectación de los derechos según determinadas circunstancias, lo que genera “condiciones de

² Cf Alexy, Robert, entre muchos trabajos, “La dignidad humana y el juicio de proporcionalidad” (del inglés por A. García Figueroa), *Anuario Parlamento y Constitución*, Cortes de Castilla-La Mancha/Universidad de Castilla-La Mancha, 2014, 16, p. 13.

³ Cfr Finnis, John, *Natural law and natural rights*, Oxford University Press, New York, 1980, esp. cap. II.

⁴ Cfr Kant, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* (del alemán por M. García Morente), Espasa, Madrid, 1983, esp. pp. 85 ss.

⁵ Fallos: 251:87; 255:293; 264:94; 272:231; 297:201; 308:1631, sus citas y muchos otros.

⁶ Alexy, “Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad” (del inglés por Alexander Portocarrero), *Revista Española de Derecho Constitucional*, 91, 2011, p. 12.

precedencia” para el empleo privilegiado de unos o sobre otros. La respuesta a esa “gradación” (“leve”, “media” o “intensa”) la da la “metáfora del peso” específico de cada principio en un caso concreto, peso éste que se obtiene a través de argumentos de índole “moral”⁷, a la luz de los cuales se establece una “precedencia condicionada”, esto es, “concreta o relativa” al supuesto de que se trata⁸, lo que genera una regla que llama “ley de la colisión”⁹.

No se trata de una “jerarquización” de derechos, sino de una “ponderación” que tiene en cuenta el sentido y alcance de los derechos en tensión, los que son siempre *modulados* (medidos) en razón de las circunstancias particulares de cada caso¹⁰.

Lo medular de la cuestión que late detrás de este asunto es el *para qué* de esos derechos, esto es, cuál es su *esencia*. Es que si los derechos, como expresa Alexy, conectan con la moral en tanto “toda colisión entre principios puede expresarse como una colisión entre valores y viceversa”, parece claro que aquellos no pueden amparar el “no-derecho”, esto es, aquellas conductas que ostensiblemente violentan o perjudican el haz de “bienes básicos” del ser humano y su connatural dinámica de desarrollo (v. gr., no existe un “derecho constitucional al insulto”)¹¹.

Ahora bien: la “modulación” que plantea todo conflicto entre derechos constitucionales/convencionales conduce a diversos niveles en cuanto a su protección. Si ésta incluye los aspectos esenciales de cada derecho y, todavía más, aquellos elementos “no esenciales” o “periféricos” de ellos, se está ante un “equilibrio óptimo”. Si, por el contrario, la modulación impide tener por satisfechos los aspectos “no esenciales”, el equilibrio que el caso puede ofrecer es “mínimo”¹². El profesor de Alicante completa su análisis con el punto neurálgico que se desea presentar aquí: puede suceder que ni siquiera sea posible arribar a un punto de “equilibrio mínimo”, que es cuando la situación de especie no permite esa armonización. En esas circunstancias se está ante un “dilema” por cuanto no es posible garantizar, ni siquiera mínimamente, alguno de los derechos constitucionales/convencionales comprometidos en el caso, en

⁷ Alexy, nota 7, p. 21.

⁸ Cfr Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (trad. y estudio introductorio de C. Bernal Pulido), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2º, Madrid, 2014, p. 74.

⁹ *Ibid.*, p. 75.

¹⁰ Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (del alemán por E. Garzón Valdés), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, reimp. 1997, pp. 91-92 y, antes, su trabajo “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, *Doxa*, 5, 1988, pp. 146-147.

¹¹

¹² Cfr Atienza, nota 1, p. 99.

tanto la elección de uno de ellos entraña, irremediablemente, la obturación del otro¹³. El caso no es “fácil” (lo que ocurre cuando solo hay un derecho constitucional/convencional en discusión o cuando la armonización es sencilla), pero tampoco es “difícil” (lo que supone un trabajo arduo de ponderación de los elementos esenciales y no esenciales de cada uno de los derechos en disputa y es posible arribar a un resultado satisfactorio en cuanto a la protección, cuanto menos, de los aspectos esenciales de tales derechos). Aquí se estaría, pues, ante un “caso trágico”.

Los sistemas jurídicos han buscado, desde siempre, alcanzar no menos que un “equilibrio mínimo”, esto es, asegurar los aspectos esenciales de los derechos en tensión¹⁴, evitando abrogar la esencia (lo que hace que una cosa sea lo que es y no otra) de un derecho. Con todo, existen circunstancias en que ello no es posible. Aquí deseo compartir dos ejemplos que conciernen a la protección de los derechos humanos en el ámbito interamericano y en los que se plantean cuestiones como las aquí presentadas

III

Aplicaciones jurisprudenciales: dos ejemplos de la Corte Suprema de Justicia Argentina en relación con la Corte Interamericana de Derechos Humanos

1. Caso “Bulacio vs. Argentina”¹⁵. En esta causa, “en el marco de un acuerdo de solución amistosa, el Estado argentino reconoció su responsabilidad internacional en el caso”, al considerar que el señor Walter Bulacio fue “víctima de una violación a sus derechos en cuanto a un inapropiado deber de custodia y a una detención ilegítima por incumplimientos procedimentales” que redundó en el cercenamiento de su derecho a la vida (parág. 32, ap. 1). Por ello, la CIDH requirió otras formas de reparación, fuera de la pecuniaria (parags. 109 y ss. de dicha sentencia), en razón de que a la fecha “nadie ha sido sancionado como responsable de estos hechos” (parag. 69, A, 6). A este último respecto, entre las personas involucradas en la causa se hallaba un integrante de las fuerzas policiales, Miguel Ángel Espósito, quien había sido beneficiado, en sede nacional, por el dictado de la prescripción en dichas actuaciones. Sobre el particular, la

¹³ Ibid., p. 101.

¹⁴ Fernando Toller ha estudiado este tema *in extenso* a partir del paralelismo conceptual existente entre el proyecto de Alberdi para la Constitución Argentina; el art. 28 de ésta última; el art. 19.2 de la Ley Fundamental de Bonn, y el art. 53.1 de la Constitución española. Cfr “Propuestas para un nuevo modelo de interpretación en la resolución de conflictos entre derechos constitucionales”, Anuario de Derecho, Universidad Austral, 4, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, esp. pp. 234-236.

¹⁵ CIDH, caso “Bulacio vs. Argentina”, sent. del 18/9/03 (fondo, reparaciones y costas).

CIDH expresó que desde que se corrió traslado de la acusación del fiscal, la defensa del comisario Espósito “promovió una extensa serie de diferentes articulaciones y recursos (...) que han impedido que el proceso pudiera avanzar hasta su culminación natural, lo que ha dado lugar a que se opusiera la prescripción de la acción penal” (parág. 113), con olvido de que debe asegurarse “en tiempo razonable, el derecho de la víctima o sus familiares a saber la verdad de lo sucedido y que se sancione a los eventuales responsables” (parág. 114), máxime si “son inadmisibles las disposiciones de prescripción” (párag. 116).

Pues bien, como se anticipó, en sede nacional, contra la decisión que declaró extinguida por prescripción la acción penal respecto del mencionado Espósito, la Fiscalía dedujo recurso extraordinario ante la CSJN, el que fue declarado procedente por dicho Tribunal con sustento, ya exclusivamente en la arbitrariedad de lo resuelto; ya en la existencia de ésta y del contenido de la resolución de la CIDH; ya en lo resuelto por este último tribunal más allá de la inexistencia de arbitrariedad. Como se verá, el punto de partida que se adopte condiciona la estructura argumentativa de los votos y sus conclusiones¹⁶.

a) El *dictum* de los jueces Belluscio y Maqueda, reconoce la arbitrariedad del pronunciamiento apelado ante el “deficiente examen de las alegaciones de la parte acusadora”, pero añade que lo expuesto “adquiere mayor gravedad pues el Estado Nacional ha reconocido” su referida responsabilidad ante la CIDH (consids. 6° y 7°) y “la obligatoriedad del fallo *no admite dudas* en la medida que el Estado nacional ha reconocido explícitamente la competencia de este Tribunal internacional al aprobar la citada convención” (consid. 9°, énfasis añadido).

De lo transcrito se concluye que la referida obligatoriedad parece absoluta y el voto no considera y, menos, hace mérito, de la posible afectación a derechos constitucionales/convencionales que dicha decisión podría traer aparejado, como se verá *infra* en los apartados “c” y “d”, respecto de otras personas (v. gr., el mencionado Espósito).

b) El voto de la jueza Highton, contrariamente al anterior, entiende que lo resuelto por el *a quo* no resulta arbitrario. De ahí que si bien lo expuesto sellaría la suerte del recurso en contra de la pretensión de los familiares de Bulascio, “no puede soslayarse que” lo

¹⁶ CSJN, causa "Espósito, Miguel Angel s/ incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa", sent. del 23/12/04, Fallos: 334:1504.

recién “tendría como efecto inmediato la confirmación de la declaración de prescripción” (cfr consid. 5º) en contra de lo decidido por la CIDH, lo que no debería suceder (por lo que, por esa vía argumentativa, accede a lo pretendido por dicha parte). Por ello, expresa que “la decisión mencionada resulta de cumplimiento obligatorio para el Estado Argentino (art. 68.1, CADH), por lo cual también esta Corte, *en principio*, debe subordinar el contenido de sus decisiones a las de dicho tribunal internacional” (consider. 6º, subrayado añadido).

La expresión “en principio” no debe pasar desapercibida porque estaría relativizando la vinculación de la CSJN a las decisiones de la CIDH. El voto no profundiza sobre el tema, pero no parece que esté ajeno a la evidente tensión entre derechos fundamentales que trae aparejada la sentencia interamericana y respecto de lo que recién abundan los restantes votos.

c) Cabe ahora ingresar al examen del de los jueces Petracchi y Zaffaroni. Éste coincide con el anterior en cuanto a la inexistencia de arbitrariedad y en cuanto a la relevancia del contenido de la resolución de la CIDH, cuya obligatoriedad es también “en principio”, bien que plantea abiertamente la referida tensión entre derechos constitucionales/convencionales que se observa en este caso y que motiva estas páginas. En concreto, a estos magistrados les incomoda la afectación del derecho de defensa del señor Espósito, con sustento en no haber tenido participación en las audiencias llevadas a cabo en el marco del sistema interamericano (primero en la Comisión y luego en la CIDH) y, por tanto, en no haber podido aportar elementos de prueba que hicieran a su derecho, máxime si el procedimiento seguido por la CIDH desatiende, de modo expreso, la búsqueda de la verdad penal. Conviene repasar con cierta atención sus términos pues de su lectura emerge con toda claridad la cuestión teórica planteada en el apartado anterior y que deseo compartir aquí: el voto da cuenta de la imposibilidad de armonizar los derechos constitucionales/convencionales de la víctima Bulacio (representada por sus familiares) y del imputado Espósito (devenido ahora, si cabe la expresión, “víctima” de la decisión adoptada en sede interamericana), lo que conduce, en su terminología, a una “paradoja”. Para Atienza, como se recordará, se trata de un “dilema”: el que suscita un caso “trágico”, en tanto ciertos derechos han resultado subordinados, esto es, preteridos, en aras de garantizar otros.

Así, en el consid. 10 señala que “la confirmación de la decisión por la cual se declara extinguida por prescripción la acción penal *resultaría* lesiva del derecho reconocido en este caso a las víctimas a la protección judicial, y *daría* origen, nuevamente, a la *responsabilidad internacional del Estado argentino*. Desde esta perspectiva, el ámbito de decisión de los tribunales argentinos *ha quedado considerablemente limitado*, por lo que corresponde declarar inaplicables al *sub lite* las disposiciones comunes de extinción de la acción penal por prescripción en un caso que, en principio, *no podría considerarse alcanzado por las reglas de derecho internacional incorporadas a nuestro ordenamiento jurídico en materia de imprescriptibilidad*”. Ahora bien; sentado lo anterior, el voto reflexiona que “hacer caer sobre el propio imputado los efectos de la infracción a ese deber (...) *produce una restricción al derecho de defensa difícil de legitimar a la luz del derecho a la inviolabilidad de dicho derecho conforme el art. 18 de la Constitución Nacional*” (consid. 12), máxime si, como se anticipó, “la restricción de [sus] derechos es consecuencia de los hechos reconocidos por el gobierno argentino, en el marco de un procedimiento (...) en el que (...) no ha tenido posibilidad alguna de discutirlos” (consid. 15). De ahí que “se plantea la *paradoja* de que *sólo* es posible cumplir con los deberes impuestos al Estado argentino (...) *restringiendo fuertemente los derechos de defensa (...) garantizados al imputado* por la Convención Interamericana” (consid. 16).

Las proposiciones enfatizadas revelan la profunda perplejidad que experimentaron los ministros que suscribieron este voto. Por de pronto, el voto emplea el *potencial* (“resultaría”). El tiempo verbal no es casual y debe conectarse con la referencia “en principio” antes señalada, pues está revelando la hondura del problema: es claro que la prescripción dejará inerte el reconocimiento de los eventuales derechos de los familiares de Bulacio, pero, lo es también, que el camino opuesto dejará inermes los de Espósito.

Con todo, el voto vacila acerca del alcance de la afectación pues expresa que la decisión finalmente adoptada ha restringido “fuertemente” los derechos de aquél: no se está ante un “dilema” por cuanto la afectación del derecho de Espósito no es absoluta, sino relativa, al no haberse cercenado por completo su derecho. El equilibrio sería “mínimo”.

No obstante, me pregunto: el derecho de defensa se ha afectado ¿fuertemente o absolutamente? Si la conclusión es que la reapertura del juicio permitirá a éste último

ejercer sus derechos en plenitud, la respuesta debería ser la primera. Con todo, si un proceso ha concluido de conformidad con normas constitucionales e infraconstitucionales (como es el caso bajo examen, ya que, según estos jueces, la prescripción declarada es conforme a derecho), entonces la respuesta debe ser la segunda. La argumentación tiende a decantarse por esta última opción, pero la decisión se encamina en sentido contrario. Además de la necesidad de resguardar la afectación a los derechos de una de las víctimas (la familia Bulacio), gravita el alcance de lo dispuesto por el art. 68.1 CADH. De ello surge que el “ámbito de decisión de los tribunales argentinos ha quedado considerablemente limitado”, al extremo que se debe tener como imprescriptibles normas que “en principio” no resultan alcanzadas por dicha nota. Son, pues, demasiadas las molestias que exhibe el *dictum* glosado con la decisión que adopta. De ahí que la obligatoriedad “en principio” de la decisión de la CIDH aquí planteada dice mucho: está anticipando que cuando se traspasa un umbral de severa afectación a derechos constitucionales y convencionales, el “margen de apreciación” nacional permitiría hacer excepción a dicha obligatoriedad. Pero regresando a este voto, conviene recordar que uno de los tópicos centrales de la interpretación constitucional reside en la necesidad de armonizar derechos de primer orden, justamente porque, en tanto emanan de la persona humana, no cabe establecer una jerarquía entre ellos. Por ello, si el derecho de Esposito se ha “subordinado” al de los familiares de Bulacio, puede inferirse que el resguardo de los derechos humanos, tanto desde el punto de vista conceptual, cuanto pragmático, ha quedado, en el caso comprometido. En términos de exégesis constitucional, no se está ante un caso “difícil” (en el que, ponderando los derechos en juego, se obtiene un reconocimiento cuanto menos del núcleo esencial de aquellos, esto es, el “equilibrio mínimo” ya citado), sino ante un caso “trágico” (en el que no es posible ponderación alguna, por lo que alguno de los derechos en disputa resulta irremediabilmente cercenados).

¿Cuál es el precio de esta “tragedia”? En parte importante es la “eficacia” de la sentencia de la CIDH, como surgiría (el voto no es categórico) de los consid. 6° y 16. Es claro, el “en principio” obedece a “las reservas señaladas” por las “restricciones” advertidas, aunque, como “el ámbito de decisión de los tribunales argentinos ha quedado considerablemente limitado” (consid. 10) en casos como el presente no queda otra alternativa que el señalado cumplimiento a título de “deber”.

El texto es hondo en consecuencias ya que el voto reconoce que la CSJN ha dejado de ser “suprema” cuando la CIDH habla en supuestos en que el Estado argentino ha sido parte, bien que la referencia del consid. 6° al “en principio” deja abierta la posibilidad de excepción. Ahora bien; cuanto más preocupa de las consecuencias del voto no es, esencialmente, si la CSJN ha dejado de tener la última palabra, sino si ha dejado de cumplir su alta función de tribunal de garantías constitucionales; es decir, de guardián del resguardo de los derechos fundamentales (lo que, en la misma lógica, vale también para la CIDH). De ahí que, acaso, una manera de sortear el atolladero a que conduce la solitaria lectura del art. 68.1 con sustento en la cual, sospecho, el voto resuelve la *litis*, sea retornar, como se anticipó, al análisis sistemático del documento constitucional que es la manera que tanto la teoría constitucional e iusfilosófica, como la práctica tribunalicia han reputado adecuadas a fin de resguardar cabalmente los derechos fundamentales comprometidos en cada caso. El art. 27 de la Constitución Nacional (CN), texto según la primigenia redacción de 1853 –clave en el voto que a continuación se glosa- ofrece un camino: los tratados suscritos por la Nación solo valen si están “en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución”. Es decir, la entrada de cualquier convención al ordenamiento jurídico nacional entraña que ha de pasar por el test de su compatibilidad con los principios constitucionales que, en último término, no son otros que los derechos fundamentales que la Ley Suprema manda garantizar. Y en esta línea, repárese que el art. 75, inc. 22, CN –texto de la última reforma de 1994- reitera esta idea al expresar, categóricamente, que los tratados internacionales sobre derechos humanos constitucionalizados “no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”. A mi ver, la “complementariedad” alude a una característica sumamente exigente, por cuanto lleva ínsito el deber (constitucional e interpretativo) de apelar *siempre* (no algunas veces) a la interpretación armónica. Entonces: ¿cabe leer el art. 68, 1 CIDH aisladamente o junto con el resto del ordenamiento jurídico? ¿Y no será que una lectura armónica es aún más perentoria cuando el voto reconoce que el art. 18 –una de las claves de bóveda de la arquitectura de nuestra CN- ha quedado “fuertemente restringido”? El modo interrogativo de estas proposiciones no es retórico, por cuanto las respuestas no son sencillas y, por tanto, no están claras, bien que señalan una línea de trabajo que juzgo estimulante. El último voto del caso aquí traído a reflexión, según creo, asume alguno de los interrogantes que acabo de plantear.

d) También el ministro Fayt deja sin efecto la sentencia apelada pero las razones son diversas. A su juicio, el *a quo* no computó circunstancias que podrían haber conducido a desestimar la prescripción declarada (consids. 3° y 4°), pero ello “no implica en modo alguno asumir que los jueces nacionales se encuentren obligados a declarar la imprescriptibilidad en esta causa como derivación de lo resuelto por la” CIDH en el caso “Bulacio”.

El razonamiento bajo examen se escalona como sigue. En primer término, reconoce el carácter vinculante de las decisiones de la CIDH a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado Argentino en el sistema interamericano (consid. 7°). Empero, de ello no se sigue “la restricción a los derechos procesales de los individuos imputados en una causa penal, como autores o cómplices del hecho que origina la declaración de responsabilidad internacional” (consid. cit.), toda vez que (a) la CIDH no emite condenas penales; (b) su competencia se ciñe a la responsabilidad internacional del Estado, no de los individuos (consid. 8°); (c) por lo que no es posible hacer caer sobre el imputado (en el caso, Espósito), los efectos de la infracción de otro (el Estado) (consid. 9°), (d) máxime si el acusado no ha tenido la oportunidad de discutir los hechos reconocidos por aquél ni el proceso se ha orientado a la búsqueda de la verdad real (consids. 10° y 15), (e) lo que implicaría que la Corte Suprema ha “renunciado deliberadamente a la más alta atribución”, esto es, ser “custodio *e intérprete final de la Constitución Nacional*”, arribándose, (f) además “a la inicua – cuanto paradójica- situación de hacer *incurrir al Estado Argentino en responsabilidad internacional* por afectar garantías y derechos reconocidos en los instrumentos cuyo acatamiento se invoca” (consid. 10). Así las cosas, expresa este voto que lo que la CIDH ha considerado inadmisibles son las disposiciones de prescripción mediante las que se pretenda impedir la investigación y sanción de delitos contrarios a las normas de la Convención, pero *no “las normas generales de prescripción del Código Penal argentino que no han sido sancionadas con [esa] finalidad”* y que cumplen “un relevante papel en la preservación de la defensa en juicio” (consid. 11). Por ello, concluye, “en el ámbito nacional, *el art. 27 de la Constitución Nacional prohíbe cualquier interpretación que asigne al art. 27 de la Convención de Viena una extensión que implique hacer prevalecer al Derecho Internacional sobre el Derecho Interno, vulnerándose principios de orden público local*. Y es claro que afectaría principios de derecho público local una decisión que restringiera el derecho de defensa del imputado

a que su proceso se resuelva en un plazo razonable y que soslayara el principio de legalidad al ampliarse los plazos de prescripción o derechamente declararse la imprescriptibilidad sin base legal y retroactivamente” (consid. 13) (el énfasis se ha añadido en todos los casos).

Lo párrafos transcriptos desarrollan, más que un vigoroso contrapunto frente a las proposiciones del anterior voto, el lógico despliegue de las tesis presentadas en aquél. Las diferencias, es claro, se ubican en el diverso alcance que se otorga al art. 68.1 CADH. Para Petracchi/Zaffaroni esa norma (aun con vacilaciones) “derrota” a dichas “reservas”. En el voto bajo examen, si bien no se ignora la responsabilidad del Estado nacional frente al sistema interamericano, se limita su alcance en función del filtro del histórico artículo 27. Siguiendo implícitamente a Kelsen¹⁷, Fayt asume que la CN, mediante la norma recién citada, ha adoptado un “monismo” con prevalencia del derecho interno, de modo que la totalidad del sistema normativo se reconduce a la Ley Suprema y, en particular, a los principios de derecho público constitucional que ella resguarda. Así las cosas, todo aquello que violente tales principios queda fuera del sistema jurídico nacional por no superar el test de constitucionalidad al que debe resguardar. Como anticipé, esta conclusión no es novedosa, pues el sentido del histórico art. 27 CN ha sido refrendado por el propio constituyente de 1994 cuando dispuso (art. 75, inc. 22) que las convenciones constitucionalizadas serán tales sí, y solo sí, “no derogan artículo alguno de la primera parte”, respecto de los cuales, a mayor abundamiento, se reputan “complementarias”.

Con todo, deseo llamar la atención acerca del hecho de que tal vez la clave de la desavenencia entre los dos últimos votos reposa en una lectura opuesta de la exégesis dada al tema de la prescripción por parte del tribunal *a quo*. Para los jueces Petracchi/Zaffaroni (al igual que para Highton) “la decisión apelada no puede ser calificada de arbitraria”, de donde su lógica consecuencia –el rechazo de la apelación– “tendría como efecto inmediato la confirmación de la declaración de prescripción (...) en contravención” a lo resuelto por la CIDH en “Bulacio”. Por el contrario, la premisa de la que se parte en el voto del juez Fayt, según se anticipó, es la exacta contradictoria, por lo que *no había un derecho consolidado en cabeza de Espósito*, de modo que al

¹⁷ Cfr Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho* (del alemán por R. Vernengo), Porrúa, México, 1993, pp. 330-345. Sobre este aspecto, cfr más ampliamente mi estudio “La Corte Suprema en el origen y desarrollo de la constitucionalización sobre derechos humanos”, *El Derecho*, Buenos Aires, t. 186 (1999), pp. 1386-1396.

dejar el juez Fayt sin efecto la sentencia apelada (lo que trae como consecuencia la reapertura de la causa), no solo conjuga los derechos constitucionales/convencionales de la representación de Bulacio, sino que también garantiza los de Espósito, pues, respecto de éste, no se cercena su garantía de la defensa en juicio, la que podrá ejercerse en plenitud cuando la causa sea nuevamente sustanciada. En otras palabras, la argumentación del juez Fayt, dado su punto fáctico de partida, “armoniza” los derechos de las partes en tensión, por lo que evita el “dilema” (de orden constitucional e iusfilosófico) al que se ven conducidos los restantes votos en función de su opuesta valoración de lo decidido por la anterior instancia, por lo que prescinde de toda consideración respecto de lo resuelto por la CIDH. De ahí que si bien dicho resultado es semejante al que, en definitiva, prohija la resolución de la CIDH, su razonamiento evita muchas de las dificultades interpretativas a las que se enfrentan los restantes votos. Así las cosas, y en cuanto concierne al aspecto interpretativo que es el que aquí fundamentalmente interesa, se advierte que el voto reseñado conduce a un camino por completo diverso al anterior y que, en definitiva, sitúa al caso, cuanto menos, como “difícil”, en tanto, al asegurar lo esencial de todos los derechos constitucionales/convencionales en disputa, alcanza un “equilibrio mínimo” (tal vez, en el caso de los deudos de Bulacio, “óptimo”). Por el contrario, la afirmación de que lo resuelto por el *a quo* no es arbitrario, conduce inexorablemente a la consideración que quepa otorgar a lo resuelto por la CIDH y con ello el caso termina suscitando, como se anticipó, un “dilema” y, por tanto, se transforma en uno de índole “trágico”.

2. Causa “Derecho” (29/11/11)¹⁸. Este caso se asemeja al anterior. En efecto; la CIDH en la resolución “Bueno Alves vs. Argentina” del 11/5/07¹⁹ había aceptado el “reconocimiento de responsabilidad internacional efectuado por el Estado” respecto de la detención y torturas (golpes en los oídos y estómago) del actor por personal policial y por las “deficiencias en la investigación” (de las que se derivó el sobreseimiento del señor René Jesús Derecho por prescripción, temperamento que, a su turno, fue confirmado por la Corte Suprema²⁰), motivo por el cual decidió que “El Estado debe realizar inmediatamente las debidas investigaciones para determinar las correspondientes responsabilidades por los hechos de este caso y aplicar las

¹⁸ Fallos: 334:1504.

¹⁹ CIDH, caso “Bueno Alves vs. Argentina”, sent. del 11/5/2007 (fondo, reparaciones y costas).

²⁰ Cfr causa D.1682.XL. RHE. “Derecho, René Jesús s/inc. de prescripción de la acción penal –causa 24.079”, sent. del 11/7/07 por la que, con la firma de los jueces Lorenzetti, Highton, Petracchi, Maqueda, Zaffaroni y Argibay remiten al dictamen en tal sentido del Procurador General de la Nación del 1/9/06.

consecuencias que la ley prevea, en los términos del párrafo 211 de esta Sentencia” (cfr. Puntos Resolutivos, parág. 229, puntos 1 y 8).

Pues bien; ante dicha decisión, el querellante en la causa tramitada en sede nacional dedujo recurso de “aclaratoria (...) para que, en esencia, el Tribunal indique el auténtico alcance jurisdiccional” de la señalada resolución de la CSJN del 11/7/07 “a la luz del fallo de la CIDH” en el caso “Bueno Alves” (consid. 2º, del voto de mayoría). Los ministros Petracchi; Zaffaroni; Highton y Maqueda –éste último por su voto-, con sustento en lo expuesto en el precedente “Espósito”, resolvieron que “con el objeto de dar estricto cumplimiento a lo ordenado por la CIDH (...) corresponde hacer lugar al recurso” y “dejar sin efecto el pronunciamiento apelado...” (consid. 5º del voto de mayoría, y 4º del voto de Maqueda).

Por su parte, los jueces Fayt y Argibay reenviaron, en lo esencial, a los *dicta* del juez Fayt en “Espósito”, bien que efectuaron algunas precisiones que interesa puntualizar a los fines de este papel. Así, puntualizaron que la resolución internacional “no puede implicar”, máxime si “tampoco lo ha indicado específicamente la CIDH en su sentencia que este Tribunal deba dejar sin efecto una decisión judicial que ha pasado en autoridad de cosa juzgada...” (consid. 7º). Sobre tales bases, el voto añade que “si bien está fuera de discusión el carácter vinculante de las decisiones de la CIDH a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado Argentino, aceptar que ello tenga consecuencias como las que pretende el recurrente implicaría asumir que la CIDH puede decidir sobre la responsabilidad penal de un individuo en concreto, que no ha sido parte en el proceso internacional...” (consid. cit.), lo cual “no solo implicaría una afectación al derecho de defensa del imputado (...), sino que además colocaría al Estado Argentino en la paradójica situación de cumplir con sus obligaciones internacionales a costa de una nueva afectación de derechos y garantías individuales reconocidos en la Constitución Nacional y los tratado de derechos humanos que la integran” (consid. 8º). De ahí que, de seguirse lo resuelto por la CIDH, de un lado, “se contradiría la regla establecida en el art. 29 de la CADH” (consid. cit); y, de otro, “se estaría creando judicialmente una tercera categoría de delitos, inexistente en el orden interno como en el internacional, esto es, delitos comunes imprescriptibles” (consid. 9º).

Desde el punto de vista de la teoría de la argumentación jurídica y que se conecta con el de la filosofía del derecho (que es el que aquí interesa especialmente examinar), la

resolución conduce, en el voto en disidencia, a un caso “trágico”, en tanto que, en los votos mayoritarios, a uno “difícil” (¿o tal vez “fácil”?). Obsérvese con algún detalle el punto.

La mayoría, al hacer lugar a la revocatoria, asumió que no se estaba ante una sentencia pasada por autoridad de cosa juzgada por lo que no había, en cabeza del señor Derecho, un derecho adquirido a la resolución que la propia CSJN había dictado. De este modo, la reapertura de la causa, al tiempo que conjuga los derechos de la querrela, garantiza también los de quien se había beneficiado por una decisión que, al acogerse la “aclaratoria”, reveló que no era definitiva. Es verdad que, en contra de lo que acaba de decirse, la revisión de la sentencia no obedeció –como acaece de ordinario- a una reconsideración del asunto a la luz de los hechos y del derecho omitidos o inadecuadamente ponderados en la causa. La revisión fue consecuencia de un hecho nuevo, exógeno al caso, a saber, el dictado de la sentencia de la CIDH por lo que, en verdad, es este dato el que gravita sobre el sentido de la decisión que se comenta. Lo dicho revelaría que no medió arbitrariedad en la sentencia de la CSJN por lo que si ésta es dejada de lado es debido a la existencia de dicha sentencia. Pero también podría arribarse a la conclusión contraria: la omisión de una fuente del derecho nacional (lo resuelto por la CIDH), conduce, ante el pedido concreto, a reconsiderar lo resuelto y dejarlo sin efecto. Bajo este prisma, la consideración por parte de la mayoría de que no se está ante una cosa juzgada permite garantizar el contenido esencial de los derechos en disputa y ubicar al caso como uno de índole “fácil”, o, tal vez más pertinente, “difícil”.

Las cosas son diversas en el voto en disidencia. El juez Fayt, quien había logrado “armonizar” los derechos en disputa en “Espósito” no podrá hacerlo en esta causa, esta vez acompañado por la ministra Argibay. Por de pronto, no cabe alterar la decisión de la CSJN de junio de 2007 con sustento en el recurso de “aclaratoria” pues aquella es suficientemente clara. La resolución de la CSJN es, pues, ajustada a derecho y, por tanto, inmovible. Y dicha conclusión, al tiempo que sella la suerte adversa de la querrela, consolida la posición jurídica del señor Derecho. La imposibilidad de armonización de los derechos convencionales/constitucionales entraña que se está ante un “dilema”: el voto toma un camino y ese, que entraña garantizar un derecho (el del señor Derecho) y amputar otro (el de la querrela), ubica la situación en el horizonte de un caso “trágico”.

IV

Conclusiones

Las dificultades planteadas en estas páginas impactan sobre el objetivo central de protección de los derechos humanos a través de los sistemas, tanto internacional como nacional, por cuanto la presencia de casos “trágicos”, esto es, de circunstancias en las que no es posible satisfacer siquiera mínimamente los derechos fundamentales allí presentes, habla de un retroceso en el campo de la protección de éstos. El notable esfuerzo desplegado por las teorías argumentativas de las últimas décadas se inscribe en la dirección de evitar, tanto como sea posible, incurrir en dichos supuestos. Estos afanes, se sabe, no son nuevos. Entroncan con el recurso al “elemento sistemático” planteado por Savigny²¹ y con el modelo de razonamiento retórico-tópico inaugurado por Aristóteles y que buscó dar cuenta de criterios “indisponibles” en la determinación de lo justo concreto²². Pero se sabe también que esos esfuerzos no siempre resultan satisfactorios. La famosa tesis dworkiniana de la “única respuesta correcta”, en ocasiones, no es sino una vana ilusión. Es verdad que, *idealiter*, esto es, como “idea regulativa”, se trata de una propuesta que siempre ha de acompañar al quehacer humano; más de ello no se sigue su permanente concreción²³.

Las páginas precedentes han procurado dar cuenta de lo recién expuesto en el ámbito del sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Si bien alerta que no siempre el solo recurso a dicho sistema garantiza una respuesta plausible en la materia, también sirve de acicate para redoblar los esfuerzos teóricos en orden a sortear las situaciones dilemáticas que puedan presentarse. La cuestión, en este ámbito, involucra diversos niveles de análisis (el legislativo y el jurisprudencial; el de las distintas clases de dogmáticas y, fundamentalmente, el filosófico jurídico). Por ello, el tópico no debería simplificarse en una mera disputa de “poder” acerca de qué ordenamiento o cuál tribunal tiene la última palabra. Pues la cuestión es cómo esas normas y esos tribunales sirven al objetivo para el que han sido constituidos: la garantía efectiva y permanente de los derechos esenciales de las personas.

²¹Savigny, M. F. C. de, *Sistema de derecho romano actual* (del alemán por J. Mesía y M. Poley), Centro Editorial de Góngora, Madrid, s/f, 2º, t. I, pp. 187 ss. Cfr, sobre el tema, Vigo, Rodolfo Luis, *Interpretación constitucional*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993, *passim*.

²² Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, esp. 1134 b 18-32.

²³ Cfr Alexy, nota 20, p. 151.