

Voces: DOBLE INSTANCIA ~ CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS ~ FACULTADES DEL PODER JUDICIAL ~ PODER JUDICIAL ~ DEBIDO PROCESO ~ PRINCIPIO DE DIVISION DE PODERES ~ RECURSO DE REVISION ~ RECURSO DE CASACION ~ DEFENSA EN JUICIO ~ DEBIDO PROCESO ~ PROCEDIMIENTO PENAL ~ COSA JUZGADA

Título: El caso de los presos de La Tablada

Autor: Dalla Via, Alberto Ricardo

Publicado en: Colección de Análisis Jurisprudencial Derecho Constitucional - Director: Alberto Ricardo Dalla Via, Editorial LA LEY 2002, 01/01/2002, 471

Fallo comentado: [Corte Suprema de Justicia de la Nación \(CS\) ~ 2000/12/21 ~ Felicetti, Roberto y otros](#)

Cita Online: [AR/DOC/434/2007](#)

Si bien está entendido el rol político de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, no es menos cierto que algunos de los casos sometidos a su decisión son más políticos que otros. Parafraseando a George ORWELL en su recordada "Rebelión en la Granja" —a pesar de que todos los seres humanos son iguales, hay quienes son más iguales que otros—; parecería también que más allá del alto rol político que le cabe a la Corte en el sistema institucional, hay algunos casos que son más políticos que otros.

En tal sentido, se han desarrollado numerosos antidotos a lo largo de la historia para prevenirse de las responsabilidades que apareja el ejercicio de tal función. Una de ellos, el más difundido y desarrollado por nuestro Alto Tribunal ha sido la doctrina de la "cuestiones políticas no justiciables". Sin embargo, en las últimas décadas el "self restraint" se ha reducido selectivamente a algunas cuestiones y temas, sin perjuicio de mantenerse con respecto a otros casos.

En materia electoral y de partidos políticos, la Corte ha admitido su competencia revisora, como así también ha demostrado mayor activismo en materia de reforma del estado y privatizaciones, llegando inclusive a la creación de la regla del "per saltum" y a la utilización discrecional del art. 280 del Cód. Procesal. Pero en algunos casos puntuales, como ocurrió en el caso "Rodríguez. Jefe de Gabinete de Ministros" (1999) hizo aplicación estricta y expresa del "self-restraint" para sostener que no era materia de la Corte el control de legitimidad de los reglamentos de necesidad y urgencia.

Otra materia en que el Alto Tribunal tuvo la oportunidad de demostrar su activismo es el referido a los tratados internacionales con rango "supranacional"; tanto los referidos a materias vinculadas con los Derechos Humanos in re "Ekmedjián c. Sofovich" (1990); "Giroldi" (1995), etc. , como en las cuestiones vinculadas a los tratados de integración económica , entre los que cabe destacar a los casos "Fibraca" (1992) y "Cafés La Virginia" (1994).

Tal vez era ese activismo de la Corte el que esperó el Poder Ejecutivo al someterle a consideración esta cuestión por intermedio del Procurador del Tesoro. Sin embargo, la mayoría del Alto Tribunal, conformada en el caso por el voto de los Señores Ministros Doctores Julio S. Nazareno, Eduardo Moliné O'Connor, Augusto César Belluscio, Guillermo F. López y Adolfo Roberto Vázquez se inclinó por una postura de "self restraint" o —si se quiere— de mantenimiento del statu quo que deriva del principio procesal de "cosa juzgada" y que tiende a la realización del valor seguridad jurídica.

Por su parte, los votos en disidencia emitidos por los Señores Ministros Doctores Carlos S. Fayt, Enrique Santiago Petracchi, Antonio Boggiano y Gustavo A. Bosert, pusieron el énfasis en las particulares circunstancias del caso y en la jerarquía constitucional alcanzada por los Tratados sobre Derechos Humanos a partir de la reforma constitucional de 1994 (art. 75 inc. 22), opinando que debía hacerse lugar al nuevo juzgamiento interpuesto bajo la forma de recurso de revisión ante la Cámara de Casación Penal.

Las circunstancias fácticas que rodearon —y rodean— el caso se enmarcaban en medio de una huelga de hambre realizada por los condenados por la Cámara Federal de Apelaciones en lo Penal a raíz de los sucesos derivados del intento de copamiento del cuartel de "La Tablada", exigiendo el cumplimiento del doble juzgamiento previsto en los tratados internacionales (art. 8° ap. 2° inc. H de la Convención Americana de Derechos Humanos - Ley 23.054) y de las preocupaciones existentes en el Poder Ejecutivo, especialmente en el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, en cuanto a la responsabilidad que podría caberle al Estado Nacional en el orden internacional.

En tal sentido, debe apuntarse el contenido de la nota de fecha 11 de diciembre de 2000, de la Comisión Interamericana de

Derechos Humanos recomendando al Estado Argentino, entre otros aspectos, lo siguiente (ap. 438.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..." (el resaltado es nuestro).

Precisamente, la expresión remarcada ("en lo sucesivo") será sostenida por la mayoría de la Corte Suprema de Justicia de la Nación para entender que la recomendación de la comisión de la OEA no alcanza a los procesos concluidos y juzgados en el pasado.

Y entre los antecedentes, también cabe incluir la denuncia efectuada contra nuestro país por la Comisión

Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de los Estados Americanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos de San José de Costa Rica en el caso "Maqueda", donde el Estado Nacional concluyó negociando la pena del condenado en un proceso que a criterio de los organismos regionales no contemplan una revisión plena del proceso en otra instancia posterior (art. 8 ap. 2º inc. H Ley 23.054).

Por aquellos tiempos, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostenía la doctrina emanada del caso "Jáuregui" que consideraba al recurso extraordinario federal como doble instancia de revisión. La consecuencia de esa denuncia efectuada por la Comisión Interamericana fue la creación por parte de nuestro país de los Tribunales de Casación, como una "instancia intermedia" entre los tribunales penales de juicio y los tribunales superiores que atienden recursos extraordinarios de revisión o de nulidad.

A la luz de esa tendencia fue que se produjo la creación de la Cámara de Casación Penal en el ámbito de la justicia federal y también en otros ámbitos jurisdiccionales como, vg. La Provincia de Buenos Aires, donde la reforma penal implementada estableció un Tribunal de Casación Penal para atender recursos de casación por vicios in procedendo y por vicios in judicando, además del recurso de revisión.

En el leading case "Giroldi" (1995) la Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró inconstitucionales las limitaciones que el Código Procesal Penal establecía a la procedencia del recurso de casación en razón de los montos de las penas, señalando que los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional establecidos en el artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional debían interpretarse "en las condiciones de su vigencia" , es decir con todas sus reservas conforme a los criterios imperantes en el Derecho Internacional Público, de donde el derecho a una revisión de la condena penal, implicaba una revisión "plena", decidiendo en consecuencia que debían abrirse las barreras limitativas de la procedencia del recurso.

Una línea argumental fundada en los precedentes internacionales y en la interpretación de los mismos efectuada por la Corte Suprema fue realizada en el voto en disidencia del Señor Ministro Doctor Antonio Boggiano.

Las circunstancias fácticas y políticas mencionadas, en el contexto de la huelga de hambre realizada por los internos y las normas jurídicas y antecedentes en juego, sobre todo en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, plantearon tres alternativas a seguir al Poder Ejecutivo en la búsqueda de una solución política al problema:

a) Promover la sanción de una Ley en el Congreso que estableciera expresamente una nueva instancia para los involucrados en el caso de marras. Esa opción, si bien presentaba la ventaja de enmarcarse en la lógica formal del Derecho Penal en cuanto a la aplicación retroactiva de la ley penal más benigna, presentaba la dificultad de reunir las mayorías necesarias en un tema que causaba divisiones aún dentro de los mismos bloques.

b) Establecer la instancia de revisión por decreto del Poder Ejecutivo. Esta segunda opción plantea limitaciones que no resultan de la política ni de orden práctico sino de orden jurídico. Si se tratara de un decreto reglamentario no se daría cumplimiento a la retroactividad penal que tiene al principio de legalidad como condición sine qua non (art. 18 Constitución Nacional). Si en cambio, se pretendiera el dictado de un decreto de necesidad y urgencia, su validez aparece fulminada ab initio por el artículo 99 inc. 3º de la Constitución que los veda expresamente en materia penal, tributaria, partidos políticos y régimen electoral.

c) Llevar el tema ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Elegida por el Poder Ejecutivo esa tercera vía, y antes de pasar a considerar las cuestiones de fondo que resultan del fallo de la mayoría y de las disidencias, resulta conveniente detenemos en el análisis de dos temas formales: 1) La legitimación del recurrente y 2) La naturaleza y alcances del recurso interpuesto.

El recurso de hecho que dio lugar a la intervención del Alto Tribunal Federal fue interpuesto por el Procurador del Tesoro de la Nación en representación del Estado Nacional. A su legitimación en la causa se opuso el Procurador General de la Nación, Dr. Becerra cpartiendo la mayoría del Tribunal su dictamen en cuanto que el referido funcionario carece del carácter de parte o de querellante que en este caso se encuentra limitada a los condenados, representados por sus defensores particulares o por sus defensores oficiales por un lado y por el Ministerio Público Fiscal por el otro (art. 120, Constitución Nacional). De modo tal que el Procurador del Tesoro de la Nación sólo puede representar al Estado Nacional cuando este asume el carácter de parte o de querellante conforme a la Ley 17.516 y sus modificatorias. No obstante descalificar la legitimación del Procurador del Tesoro, Dr. Ernesto Marcer, la mayoría de la Corte consideró conveniente pronunciarse sobre el fondo del tema, a fin de dejar bien establecido que no se limita a esgrimir argumentos puramente formales sino que "...no es insensible frente a la preocupación por el cumplimiento de compromisos internacionales que ha demostrado el Poder Ejecutivo mediante su intento de intervenir en la causa..." (sic).

El estricto formalismo con que la Corte Suprema a través del voto mayoritario consideró la procedencia de la legitimación del Procurador del tesoro de la Nación no se compatibiliza con las tendencias hacia una mayor judiciabilidad de los actos ni con la ampliación generalizada de la legitimación activa como verdadera "llave" de proceso que la reforma constitucional ha enfatizado con la creación de nuevos institutos y con una marcada tendencia a ampliar la legitimación activa, no solamente de los derechos subjetivos, sino también de los denominados derechos colectivos o difusos.

El punto 5° de la disidencia del señor Ministro Doctor Carlos S. Fayt da adecuado tratamiento a esta cuestión, cuando en el segundo párrafo destaca que El Estado Nacional, a través del Poder Ejecutivo Nacional, como encargado del "mantenimiento de buenas relaciones con las organizaciones internacionales" (art. 99 inc. 11) de la Constitución Nacional, no puede permanecer impasible frente a la situación de irregularidad de nuestro ordenamiento jurídico, de la que no se ha hecho cargo el Congreso de la Nación. Mucho más que —tal como lo alega el recurrente— el remedio federal fue presentado en interés del propio Estado en su condición de "Estado parte" de la Convención que lo compromete a respetar los derechos y libertades conocidos en ella (art. 1 de la Convención) y a la consecuente obligación de adoptar en el orden interno las medidas legislativas **o de otro carácter** que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos internacionales (conf. art. 2° de la Convención) [\(1\)](#) .

Por otra parte, parecería que el argumento de la mayoría es contradictorio al señalar que la falta de legitimación del Procurador del Tesoro sería suficiente para rechazar el recurso, pero que el interés del Poder Ejecutivo en la responsabilidad del Estado justifica no detenerse en cuestiones formales para tratar la cuestión de fondo. El argumento así expuesto, más que un gesto de cortesía al poder político parece fundarse en razones de gravedad institucional que permiten superar "ápices procesales frustratorios" , como bien funda el Señor Ministro Doctor Enrique Santiago Petracchi al remitirse a las consideraciones vertidas en la causa B.1311.XXXVI "Boico, Roberto José s/ denuncia de hábeas corpus" resuelta el 12 de diciembre de 2000.

La segunda cuestión formal a considerar con carácter previo es el encuadramiento legal del recurso de revisión rechazado por la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal, toda vez que la instancia suprema ante la Corte se abrió por recurso de queja por denegación de recurso extraordinario.

La sentencia de la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal rechazó el recurso de revisión de las condenas impuestas por la Cámara Federal de San Martín, Provincia de Buenos Aires, a Roberto Felicetti, Claudia Beatriz Acosta, Carlos Ernesto Motto, José Alejandro Moreyra, Sergio Manuel Paz, Isabel Margarita Fernández, Miguel Angel Aguirre, Claudio Néstor Rodríguez, Claudio Omar Veiga, Joaquín Sebastián Ramos, Gustavo Alberto Mesuti, Luis Alberto Díaz, Luis Darío Ramos, Juan Antonio Puigjané, Dora Esther Molina, Miguel Angel Faldutti, Daniel Alberto Gabioud Almirón, Cintia Alejandra Castro, Juan Manuel Burgos y Juan Carlos Abella.

Los márgenes estrictos del recurso de revisión en la letra del art. 479 del Código Procesal Penal de la Nación han hecho decir a la mayoría que la pretensión no se encontraría fundada en ninguno de aquellos supuestos sino que se trataría de una suerte de "apelación tardía" y, por lo tanto, improcedente, toda vez que se estaría tratando de restablecer una causa fenecida.

La aplicación estricta del artículo 479 quedaría limitada, desde esa concepción a la subsistencia de sentencias contradictorias, a hacer valer nuevos hechos o elementos probatorios antes desconocidos, o lograr la aplicación retroactiva de leyes de fondo posteriores. (supuesto que analizamos "ut supra" como opción a).

De manera que esa cuestión formal, referida a los requisitos de procedencia del recurso de revisión, en realidad se relaciona con una de las cuestiones de fondo tratadas en este fallo. Me refiero al tema de la cosa juzgada.

La posición de la mayoría de la Corte, en el caso que venimos analizando es que la revisión no es procedente al no reunirse ninguno de los extremos taxativamente exigidos por la ley de forma y al tratarse de condenas recaídas con autoridad de cosa juzgada, bajo la garantía del debido proceso.

En la jurisprudencia del Alto Tribunal se han registrado distintos pronunciamientos sobre ese tema: "...La cosa juzgada está íntimamente ligada a la seguridad jurídica, representa una exigencia vital del orden público, tiene jerarquía constitucional y es uno de los presupuestos del ordenamiento social, cuya ausencia o debilitamiento pondría en crisis a la íntegra juridicidad del sistema" ("Banco Regional del Norte Argentino S.A. c. Banco Central" CSJN 4/12/90). "...La autoridad de la cosa juzgada, una vez consentido el fallo, obliga incluso a quienes lo dictaron..." ("Provincia de Buenos Aires c. Sala, Arturo, J." CSJN 11/12/90). "La cosa juzgada, de inequívoca raigambre constitucional, busca amparar, más que el texto formal del fallo, la solución prevista en él" ("Banco Popular del Rosario S.A. c. Chaco T.V.Cable Color SRL" CSJN 1/9/92).

En otros casos dijo: " El respeto a la cosa juzgada es uno de los pilares fundamentales sobre los que se asienta nuestro régimen constitucional... El carácter intangible de los pronunciamientos judiciales firmes no es ajeno a la inviolabilidad de de la defensa en juicio de la persona y de los derechos (art. 18, Constitución Nacional) pues la sentencia dictada de modo regular integra el debido proceso que dicha cláusula asegura —mediante las ventajas permanentes de la seguridad jurídica— a todos los habitantes del país..." (Lista Celeste Unión Ferroviaria c. Ministerio de Trabajo" CSJN 8/9/92).

"...Los argumentos basados en la equidad y la justicia no son eficaces para afectar la estabilidad de las decisiones jurisdiccionales que, en la medida en que constituye un presupuesto ineludible de la seguridad jurídica, es exigencia del orden público y posee jerarquía constitucional...Aparatarse del principio de la cosa juzgada a efectos de arbitrar una solución que se estimare equitativa puede significar, más allá de tan elevados propósitos, un modo de sentar precedentes que en su oportunidad se vuelvan contra los ocasionales beneficiarios de hoy, los que también reciben las ventajas permanentes de la seguridad jurídica" ("Noguera, Carlos J. c. ENCOTEL" CSJN 6/10/92)

Frente a esta posición tradicional, conservadora o de "self-restraint" mantenida por la mayoría de la Corte Suprema, los votos en disidencia plantearon la posibilidad de modificar el principio de cosa juzgada cuando este se fundamentara en cuestiones injustas o inequitativas derivadas del procedimiento o aún, en la jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos que justificarían una revisión posterior.

De manera que en el voto del Señor Ministro Doctor Carlos S. Fayt, con citas de penalistas prominentes como ROXIN (2) y BELING (3) se sostiene la posibilidad de dejar de lado el principio de cosa juzgada cuando el mismo entra en pugna con el valor justicia.

En nuestra doctrina se ha planteado el problema de la "cosa juzgada írrita", es decir cuando el resultado final del proceso agravia a la justicia o ha vulnerado palmariamente los procedimientos aunque no se haya recurrido al remedio procesal de la nulidad (4) .

Tuvo oportunidad de señalar la Corte lo siguiente: "...La admisión genérica de la cosa juzgada no significa que su reconocimiento no pueda condicionarse a la inexistencia de dolo en la causa en que se expidió la sentencia. Esta posibilidad que subyace a los principios del recurso de revisión, es también valedera para desconocer eficacia final a la sentencia dictada en juicio en que se incurrió en estafa procesal." ("Tibold" CSJN 23/11/92). Cabe también citar el interesante fallo recaído en la causa "Campbell Davidson c. Provincia de Buenos Aires" (LA LEY, 142-296; ED 36-289) que mereció un destacado comentario del Dr. Augusto Mario MORELLO.

La doctrina resultante de distintos pronunciamientos de la Corte en este tema ha sido sistematizada por IBARLUCIA en los siguientes puntos: a) la cosa juzgada no es absoluta, sino que tiene inmutabilidad relativa, conforme la denominación de HITTERS (cit.) b) la seguridad jurídica debe ceder a la razón de justicia; c) la cosa juzgada no es un derecho en sí misma sino la garantía de un derecho; d) debe ser compatible con los demás derechos y garantías constitucionales; e) la falta de un

procedimiento específico previsto por la ley no es impedimento para la admisión de una acción autónoma de revisión de la cosa juzgada (5) .

Los votos minoritarios, justamente se inclinaron a admitir la acción de revisión, aún cuando no estuviera específicamente previsto el supuesto en la Ley, al entender que tal revisión resultaba obligatoria de los tratados internacionales y de la obligación jurídica de la doble instancia que de ellos resulta.

El Señor Ministro doctor Carlos S. Fayt manifestó al respecto que la limitación (legal) obedece al propósito de impedir la creación de una nueva instancia revisora con relación a cuestiones que ya gozaban del amparo de la doble instancia. Una cuestión semejante no puede sin más ser trasladada al caso, porque no resulta método interpretativo adecuado **aplicar conclusiones basadas en la premisa del respeto a las normas del debido proceso —existencia de dos instancias, inhábiles por hipótesis para evitar el error judicial— a supuestos en que como en autos ni siquiera existió la posibilidad de aminorar ese peligro.**

Concluyendo que frente a la existencia de una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada y la necesidad de reconocer una vía que asegure su revisión, el único temperamento que concilia ambos aspectos consiste en admitir la procedencia formal del recurso de revisión aún cuando no pueda subsumirse el planteo e ninguno de los supuestos previstos en el artículo 479 del Código Procesal Penal de la Nación. Los efectos que se derivan de la admisión de este recurso se presentan como los únicos compatibles con la característica definitoria de la sentencia condenatoria firme (6) .

El Señor Ministro doctor Enrique Santiago Petracchi por su parte calificó a la interpretación dada por la Cámara Nacional de Casación Penal al rechazar el recurso de revisión por no fundarse en ningún supuesto del citado artículo 479 del Código Procesal Penal, como "...una estrechez incompatible con la necesidad de garantizar a los condenados en autos el derecho a la doble instancia...", agregando que la Cámara omitió considerar la doctrina que se desprende de Fallos: 322:2488 y que de este modo, desconoció la obligación de tutelar y reparar satisfactoriamente la lesión a un derecho fundamental que le compete a todo poder público, correspondiendo en consecuencia descalificar la resolución en examen (7) .

El Señor Ministro doctor Antonio Boggiano, es quien más se extiende en su voto hacia las consideraciones que resultan de la responsabilidad del Estado en el ámbito internacional y hacia la obligatoriedad resultante e la jerarquía constitucional de los tratados sobre Derechos Humanos, guardando una línea coherente con su posición en otros pronunciamientos en que se ha visto involucrada esa materia y refiriéndose también a la doctrina del precedente de Fallos 322:2488, ya citada por el Ministro Petracchi.

Enfáticamente sostuvo en su voto que ante la omisión del legislador en dictar la ley reglamentaria, la pretensión de los condenados de dejar sin efecto una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada por medio del recurso reglado por el art. 479 del Código Procesal Penal de la Nación significó el ejercicio del derecho constitucional "de recurrir el fallo ante el juez o tribunal superior" (art. 8.2.h del Pacto). De no seguirse ese temperamento —agrega— se generaría una restricción de la libertad de defensa contraria a la comprensión que de este derecho debe hacerse a la luz de los arts. 18, 75 inc. 22 de la Constitución Nacional y 8.2.h del Pacto (8) .

En el mismo sentido que la anterior se expresó la opinión disidente del Señor Ministro Doctor Gustavo A. Bossert cuando expresó que si bien el artículo 479 del Código Procesal de la Nación que prevé el recurso de revisión contra las sentencias firmes, no contempla el supuesto en análisis, resulta procedente dicho recurso en virtud de la norma, con jerarquía constitucional, contenida en el artículo 8, inc. 2 ap. H de la convención, sin que obste a su aplicación la carencia de una disposición procesal, ya que entre las medidas necesarias para cumplir con el fin de la convención **deben considerarse comprendidas las sentencias judiciales** (el resaltado es nuestro) (9) .

Entre los aspectos sustanciales y relevantes del caso, que en el voto de algunos Jueces (vg. doctor Petracchi) llegan a hacer alusión al supuesto de "gravedad institucional", no puede dejar de considerarse que los autores del ataque al cuartel de La Tablada fueron condenados el 5 de octubre de 1989 y la queja por denegación del recurso extraordinario fue desestimada el 17 de marzo de 1992, en tanto que la Cámara Nacional de Casación Penal sólo fue creada mediante Ley 24.121, sancionada el 26 de agosto de 1992 y publicada en el Boletín Oficial el 8 de septiembre de ese año, circunstancia que es demostrativa —al momento de aquél procedimiento— de la inexistencia de la doble instancia en materia penal. Por su parte la Convención Americana de Derechos Humanos o "Pacto de San José de Costa Rica", fue aprobada y ratificada por nuestro país al

recuperarse la democracia en 1984 (ley 23.054).

En esa línea se ha desarrollado el voto del Ministro Boggiano, siguiendo una línea interpretativa que se ha dado en nuestra doctrina en derredor de la interpretación de los tratados de derechos humanos que han adquirido jerarquía constitucional a partir de la reforma de 1994 [\(10\)](#) .

Los presupuestos básicos de esa doctrina, son la operatividad (self-executing) de los tratados de derechos humanos sin perjuicio del dictado o no de normas internas reglamentarias, como fuera doctrina sostenida en el caso "Ekmedjián c. Sofovich s/ amparo" (1990) y, tanto más después de la jerarquía constitucional otorgada a dichos tratados. Respecto de los mismos, ha sostenido la propia Corte que al incorporar tales tratados a nuestro plexo normativo, el constituyente de 1994 ha realizado el juicio de compatibilidad de los mismos con la Constitución, resultando de tal modo la constitucionalidad de los mismos (caso "Chocobar").

Esa afirmación de la operatividad y del monismo va acompañada por la obligación de los Estados Partes de asumir una actitud progresiva en la remoción de los obstáculos hacia la realización de los derechos, tal obligación de progresividad encuentra fundamento, en definitiva en los principios de "buena fe" y de "pacta sunt servanda" que rigen en el ámbito del Derecho Internacional. Especial relevancia tiene al respecto el artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados cuando textualmente determina: "...Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 40" [\(11\)](#) .

De manera concordante, la Corte Interamericana de Derechos Humanos de San José de Costa Rica ha señalado en el caso "Velásquez Rodríguez" la obligación positiva establecida por el artículo 1.1 de la Convención implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos (sentencia del 29 de julio de 1988. Serie C, n° 4 párrafo 166)

"...Ese deber de organizar el aparato gubernamental y de crear las estructuras necesarias para la garantía de los derechos está relacionado, en lo que a asistencia legal se refiere, con lo dispuesto en el artículo 8 de la Convención. Este artículo distingue entre acusación(es) penal(es) y procedimientos de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. Aún cuando ordena que toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías...por un juez o tribunal en ambas circunstancias, estipula adicionalmente, en el caso de delitos, unas garantías mínimas. El concepto del debido proceso en casos penales incluye, entonces, por lo menos, esas garantías mínimas. Al denominarlas mínimas la Convención presume que, en circunstancias específicas, otras garantías adicionales pueden ser necesarias si se trata de un debido proceso legal."(Opinión Consultiva OC-11/90. Excepciones al agotamiento de los recursos internos art. 46.1, 46.2 y 46.2.b Convención Americana sobre Derechos Humanos) [\(12\)](#) .

En última instancia, la cuestión del respeto a los derechos humanos remite, en el nivel e las grandes decisiones, a una antigua cuestión: si el fin justifica los medios. Como siempre, la humanidad tiene que elegir entre HOBBS y LOCKE. Los que creen que el fin justifica los medios se apoyarán en MAQUIAVELO creerán como Hobbes que el hombre es el lobo del hombre y los que nos apoyamos en Locke creemos que el fin no justifica los medios y que tiene que haber limitaciones al poder para que puedan realizarse los derechos humanos.

Dos cuestiones finales aparecen como importantes para finalizar este comentario. La primera de ellas permite concluir que la Corte presenta una línea discontinua u oscilante en cuanto a la afirmación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos; abriendo el grifo a favor de la operatividad y de la plena aplicación en algunos casos ("Ekmedjián"; "Gioldi") y cerrándolo en otros casos donde parece encontrar razones para imponer límites "en serio" a tales avances, como ocurrió en "Chocobar" y como también ocurre en el presente caso.

Pero cuando se intentan profundizar las líneas resultantes de tal doctrina, resulta difícil encontrar hilos conductores que expliquen satisfactoriamente por qué se avanza en el garantismo penal en algún caso y se retrocede o se frena en otro como el caso sujeto a comentario, y otro tanto ocurre en materia de operatividad de derechos fundamentales cuando se contrastan distintos pronunciamientos.

Ese hilo conductor difícil de encontrar puede hallarse, sin embargo en la gravedad institucional o en el grado de interés político percibido por la Corte conforme a las pautas señaladas al iniciar este comentario.

Parecería ser que la Corte resuelve positivamente a favor de la afirmación de los tratados internacionales de derechos humanos en cuestiones individuales vinculadas a valores o "derechos preferidos" en tanto que resuelve negativamente, de modo restrictivo, cuando actúa frente a temas de alta repercusión institucional, donde el Alto tribunal parece preferir la prudencia a la audacia.

La otra cuestión final tiene que ver con la exigua mayoría —5 a 4— que resolvió este caso. Es un tema recurrente en el Derecho Constitucional el discutir sobre el valor relativo que cabe otorgarle a decisiones con tan escaso margen en la formación de la mayoría, toda vez que esa mayoría podría cambiar con el sólo cambio de uno de los jueces. Sin embargo, doctrinas altamente gravitantes en lo institucional, como la referida a la validez de los llamados reglamentos de necesidad y urgencia se han fundado durante la última década en la misma diferencia numeral.

En este caso en particular, se produjeron dos "cruces" de posiciones con relación a la conformación de las mayorías habitualmente en la Corte; toda vez que en el Doctor Augusto Belluscio votó integrando la mayoría en tanto que el Doctor Antonio Boggiano formuló un voto en disidencia.

Las decisiones por tan escaso margen ponen sobre el tapete la fragilidad de las doctrinas que enuncian y enfatizan el clásico debate sobre el carácter contramayoritario de las decisiones de los jueces, tema sobre el que no nos extendemos aquí en razón de la naturaleza de este trabajo limitado al comentario a un fallo y no a un artículo de doctrina.

Si una última observación tiene lugar es para extrañar que la mayoría del Alto Tribunal haya fundado su voto en cuestiones formales o procesales, y más allá de la lógica intrínseca de su razonamiento, y no se haya adentrado al gran debate sustancial que el tema de fondo proponía frente a la sociedad argentina, donde se entremezclan cuestiones vinculadas a la defensa de la democracia y al mantenimiento del contrato social. Es, posiblemente en la distinción entre un garantismo liberal individualista y una concepción garantista que reivindica la idea de ley y autoridad donde el debate podría haber encontrado sus aristas más ricas, al modo en que lo han presentado autores como DAHRENDORF y FERRAJOLI (13), aunque cabe conceder que el Congreso era el ámbito natural y más adecuado para plantear tal debate.

Especial para La Ley. Derechos reservados (ley 11.723)

(1) Del voto en disidencia del doctor Carlos S. Fayt

(2) ROXIN, Claus, "Derecho Procesal Penal", Ed. Del Puerto, Buenos Aires.

(3) BELING, Ernst, "Derecho Procesal Penal", Ed. Labor, Barcelona.

(4) HITTERS, Juan Carlos, "La revisión de la cosa juzgada", Librería Editora Platense, 1977.

(5) IBARLUCIA, Emilio A. "Nulidad de la cosa juzgada írrita. Aplicación de la Teoría del Abuso del Derecho y de los principios constitucionales" en La Ley del 27 de octubre de 1999.

(6) Del voto del doctor Carlos S. Fayt, considerandos 9) y 10).

(7) Del voto del doctor Enrique S. Petracchi, considerando 4).

(8) Del voto del doctor Antonio Boggiano, considerando 18).

(9) Del voto del doctor Gustavo A. Bossert, considerando 16).

(10) VANOSSI, Jorge Reinaldo A. y DALLA VIA, Alberto Ricardo "Régimen Constitucional de los Tratados". Abeledo Perrot. 2000; BIDART CAMPOS, Germán J. "La Interpretación del Sistema Internacional de Derechos Humanos", Ed. EDIAR, Buenos Aires; COLAUTTI, Carlos "Tratados de Derechos Humanos" La Ley, entre otros.

(11) DE LA GUARDIA, Ernesto — DELPECH, Marcelo, "El Derecho de los Tratados y la Convención de Viena", Ed. La Ley, Buenos Aires, 1970.

(12) ALBANESE, Susana, "Derechos Humanos. Estudio de casos y opiniones consultivas", t. I, Ed. de Belgrano.

(13) DARENDORF, Ralph, "Ley y Orden. Una reconstrucción del contrato social" traducción de Luis María Díez Picazo. Ed. Civitas, Madrid y FERRAJOLI, Luigi; "Derecho y Razón. Una teoría del garantismo penal"; Varios traductores, Ed. Trotta; Madrid.

FERRAJOLI, Luigi "Derecho y Razón. Una teoría del garantismo penal". Varios traductores. Ed Trotta. Madrid.