

# **Dilemas de la argumentación jurídica ante la protección constitucional/convencional de los derechos humanos. Una reflexión desde la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**

## **Legal Argumentation Dilemmas Regarding Constitutional/Conventional Protection of Human Rights. A Reflection on the Jurisprudence of the Argentine Supreme Court and the Inter-American Court of Human Rights**

**Renato Rabbi-Baldi Cabanillas<sup>1</sup>**

### **Resumen**

La actuación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha suscitado disimiles interpretaciones en la doctrina y la jurisprudencia de nuestros países. 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, en no pocas circunstancias el resguardo de los derechos fundamentales da lugar al planteamiento de verdaderos “dilemas” en la concreción de los derechos constitucionales y convencionales comprometidos. Se trata de ocasiones en que no es posible arribar a un “equilibrio” (ni “óptimo” y ni siquiera “mínimo”) entre dichos dere-

### **Abstract**

The action of the Inter-American Court of Human Rights (IACHR) has generated dissimilar interpretations in the doctrine and jurisprudence of our countries. Statements bear relation to issues of legal dogmatics, politics, philosophy and the theory of legal argumentation. In this regard, in many circumstances, the safeguarding of fundamental rights pose real “dilemmas” concerning the concretion of the constitutional and conventional rights involved. In such cases, it is not possible to achieve a “balance” (neither an “optimal” nor even a “minimal” one) between these rights; therefore, cases are no longer present-

### **Derecho / jurisprudencia**

**Citar:** Rabbi-Baldi Cabanillas, R. (2018). Dilemas de la argumentación jurídica ante la protección constitucional/convencional de los derechos humanos. Una reflexión desde la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Omnia. Derecho y sociedad*, 1 (1), pp. 113-126.

<sup>1</sup> Profesor Titular de Teoría General y Filosofía del Derecho, Universidad de Buenos Aires y de Introducción al Derecho, Universidad Católica de Salta.

chos 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.

**Palabras clave:** Derechos Humanos - Tribunales internacionales y constitucionales de protección de Derechos Humanos - interpretación del derecho - teoría de la argumentación - casos difíciles - casos trágicos

ted as “easy” or “difficult”, but as “tragic”. This paper presents two examples of the above, from cases involving the IACHR and the Argentine Supreme Constitutional Court (CSJN), as well as an attempt to find a way to overcome the aporia detected so that the systems at play may fulfill the objective of safeguarding the fundamental rights for which they have been created.

**Keywords:** Human Rights - international and constitutional courts for the protection of Human Rights - legal interpretation - theory of argumentation - difficult cases - tragic cases

## INTRODUCCIÓN

El tema de la “interpretación jurídica” conlleva aspectos muy diversos y de significativa complejidad. En este ensayo, tras repasar, en primer lugar, el estatuto de los derechos constitucionales y convencionales y, en segundo, el alcance de dichos derechos ante una posible clasificación de los casos jurisprudenciales según se trate de “fáciles”, “difíciles” y “trágicos”, haré foco en ésta última tipología, la que da lugar al planteamiento, en ciertas circunstancias, de verdaderos “dilemas” respecto de la concreción de los derechos constitucionales y convencionales comprometidos en aquellos<sup>2</sup> (ap. II). Ejemplificaré el punto a partir de una sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, CSJN) que tiene presente el dictado de otra, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH), lo que ha provocado, además, disímiles interpretaciones en cuanto al alcance y a la

compatibilidad entre ambos sistemas (el interamericano y el nacional) (ap. III). Algunas posibles respuestas a esta cuestión —que se vinculan con diversos tópicos examinados en la obra citada, *Teoría del Derecho*, que sirve de base para estas reflexiones— se efectúan en el último apartado (IV).

## SOBRE LA CONCRECIÓN DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES/ CONVENCIONALES

En la actualidad, la protección de los derechos fundamentales de las personas se manifiesta de modo paradigmático a través de los estatutos constitucionales y convencionales. Estos contienen “normas” que, siguiendo a Robert Alexy, se asumen como “mandatos”. Ahora bien, mientras algunas de ellas se estructuran como “reglas” (“las reglas son normas que requieren algo de manera definitiva”, por lo que

<sup>2</sup> Cfr. Atienza, Manuel, “Sobre lo razonable en el derecho”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 9, 27, 1989, p. 101. A partir de dichas reflexiones, cfr. Rabbi-Baldi Cabanillas, Renato, *Teoría del Derecho*, Ábaco, Buenos Aires, 4<sup>o</sup>, corregida, aumentada y actualizada con el Código Civil y Comercial de la Nación, Ley 26994, pp. 371-376.

son “mandatos definitivos”), otras —que es el modo más característico de dichos derechos fundamentales— se asumen como “principios” (estos exigen que “algo sea realizado en la mayor medida posible dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes”. De ahí que se trate de “mandatos de optimización”<sup>3</sup>). Estos últimos, en efecto, 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<sup>4</sup>.

Desde luego, el tema se complejiza si dichos derechos entran en “competencia” con otros de semejante naturaleza constitucional/convenional. Dado que ambos derechos representan “bienes básicos” de las personas<sup>5</sup>, dichos bienes requieren ser armonizados pues *no se debe* 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 aquel<sup>6</sup>. La CSJN lo ha expresado a través de una constante jurisprudencia: “los derechos fundados en cualquiera de sus cláusulas tienen igual jerarquía” y “la interpretación debe armonizarlas, ya se trate de derechos individuales o de atribu-

ciones estatales”, por lo que ha “de rechazarse toda interpretación de la que resulte que un derecho de base constitucional —para tener vigencia— requiere, inevitablemente, la sustancial aniquilación de otro”<sup>7</sup>.

En este contexto, la “armonización” extrema la noción de “optimización” pues a la *modulación* que lleva ínsito el concretar los derechos constitucionales/convenionales según las posibilidades fácticas derivadas del contexto espacio-temporal en el que se encuentran (la conocida “reglamentación” de los derechos fundamentales, en tanto que tales), se *añade* la necesidad de *modular* su alcance *con otros derechos de análogo rango*. En este último caso, como escribe Robert 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 otro principio se determina por medio de la ponderación”<sup>8</sup>.

Ahora bien, 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/convenionales. Aun cuando existen planteamientos legislativos<sup>9</sup>, jurisprudenciales<sup>10</sup>, o

<sup>3</sup> Cfr., entre muchos lugares, Alexy, Robert, “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.

<sup>4</sup> Cfr. en esta misma línea las sugerentes reflexiones de Javier Hervada al tratar la relación entre derecho natural e historicidad, la que se observa en lo que denomina la “modalidad” y la “eficacia” en la concreción de tales derechos. A partir de este planteamiento, con ejemplos jurisprudenciales de nuestro país, cfr. mi *Teoría del Derecho*, nota 1, esp. pp. 293-303.

<sup>5</sup> Cfr. Finnis, John, *Natural law and natural rights*, Oxford University Press, New York, 1980, esp. cap. II.

<sup>6</sup> Cfr. Kant, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* (del alemán por M. García Morente), España, Madrid, 1983, esp. pp. 85 ss.

<sup>7</sup> CSJN, Fallos: 251:87; 255:293; 264:94; 272:231; 297:201; 308:1631, sus citas y muchos otros.

<sup>8</sup> Alexy, “Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad” (del inglés por Alexander Portocarrero), *Revista Española de Derecho Constitucional*, 91, 2011, p. 12.

<sup>9</sup> Pienso en la Constitución española, que niega la acción de amparo al “medio ambiente” —cfr. art. 53.2—, al que no consideraría como un “derecho fundamental”, sino —para seguir a Dworkin, *Taking rights seriously*, Duckworth, 5°,

doctrinarios<sup>11</sup> que defienden una jerarquía de derechos, considero que esta tesis soslaya el dato fundamental —ya anticipado— de que detrás de todas estas construcciones se halla la persona humana; por lo que jerarquizar derechos, en última instancia, es privilegiar ciertos “bienes básicos” sobre otros, lo cual va en detrimento del único destinatario de dicha protección.

En este contexto, Alexy ha advertido acerca de la existencia de gradas de afectación de los derechos según determinadas circunstancias, lo que genera “condiciones de 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 este que se obtiene a través de argumentos de índole “moral”<sup>12</sup>, a la luz de los cuales se establece una “precedencia condicionada”; esto es, concreta o relativa al supuesto del que se trata<sup>13</sup>. Ello genera una regla que llama “ley de la colisión” y que cabe formular como sigue: “las condiciones en las cuales un principio tiene precedencia sobre otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio

precedente”<sup>14</sup>, de donde siempre que se configuren tales condiciones, será aplicable la regla generada bajo su amparo<sup>15</sup>.

Nuevamente, no se trata de una “jerarquización” de derechos, sino de una “ponderación” que tiene en cuenta el sentido y alcance de dichos bienes en tensión, los que son siempre *modulados* (medidos) en razón de las circunstancias particulares de cada caso<sup>16</sup>.

Ahora bien, lo medular de la cuestión, lo que subyace detrás de este asunto es el *para qué* de esos derechos, esto es, cuál es su *esencia* (es decir, aquello que hace que una cosa sea lo que es y no otra). 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”<sup>17</sup>, parece claro que aquellos no pueden amparar el “no-derecho”, es decir, aquellas conductas que ostensiblemente violentan o perjudican el haz de “bienes básicos” del ser humano y su connatural dinámica de desarrollo (v. gr., el “amarillismo” o el insulto no pueden ampararse bajo el exigente título del “derecho constitucional a la libertad de expresión”)<sup>18</sup>.

---

London, 1987, p. 24— como una “policy”, pues se lo ubica dentro de los “principios rectores de la política social y económica” —art. 45—.

<sup>10</sup> Cfr. CSJN, entre otros, causa “Pérez Arriaga”, Fallos: 316:1632. En ella, el voto de los jueces Petracchi y Boggiano, con cita de otros antecedentes, expresó que, “entre las libertades que la Constitución consagra, la de prensa es una de las que poseen mayor entidad...” (consid. 5°).

<sup>11</sup> Cfr. Ekmekdjian, Miguel Ángel, entre otros, “De nuevo sobre el orden jerárquico de los derechos civiles”, *Revista Jurídica El Derecho*, Buenos Aires, 114-945 (1985).

<sup>12</sup> Alexy, “Los derechos fundamentales...”, nota 7p. 21.

<sup>13</sup> Cfr. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (trad. y estudio introductorio de C. Bernal Pulido), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2°, Madrid, 2014, p. 74.

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 75.

<sup>15</sup> Cfr. *ibid.*, pp. 74 y 76.

<sup>16</sup> Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (del alemán por E. Garzón Valdés), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, reimp. 1997, pp. 91-92.

<sup>17</sup> Alexy, “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, *Doxa*, 5, 1988, p. 145.

<sup>18</sup> Cfr. en tal sentido lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia Argentina, respectivamente, en las causas “Ponzetti de Balbín”, Fallos: 306:1892 y C.1079.XLV. Recurso de Hecho “C.C., R. c/A.S. y ot.”, sent. del 14/8/13.

## **LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES/ CONVENCIONALES ANTE CASOS “FÁCILES”, “DIFÍCILES” Y “TRÁGICOS”**

Ahora bien: la “modulación” que plantea todo conflicto entre derechos constitucionales/convencionales conduce a diversos niveles en cuanto a su protección. Si esta incluye tanto los aspectos esenciales de cada derecho, como los “no esenciales”, “de acuerdo con el distinto ‘peso’ atribuido a cada uno” de ellos se está ante un “equilibrio óptimo”<sup>19</sup>. Si, por el contrario, la modulación impide tener por satisfechos los aspectos “no esenciales”, el equilibrio es “mínimo”<sup>20</sup>. El profesor de Alicante completa su análisis con el punto neurálgico que se desea presentar aquí: puede suceder que, en determinadas circunstancias, ni siquiera sea posible arribar a este último punto de equilibrio, por lo que se está, como se anticipó, ante un “dilema”, en tanto la elección de uno de ellos entraña, irremediablemente, la obturación del otro<sup>21</sup>.

Vista la cuestión desde la perspectiva de una posible clasificación de los casos jurisprudenciales, es claro que, en este último supuesto, no se está ante uno que podría caracterizarse como “fácil” (lo que ocurre cuando solo hay un derecho constitucional/convencional en discusión o cuando la armonización entre derechos de análoga índole es sencilla). Asimismo, 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, siendo 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”.

Como reflexiona Atienza, existen casos que no pueden verse como “difíciles” (y mucho menos como “trágicos”) “en cuanto que cabe establecer una jerarquía más o menos clara de valores, de manera que, por ejemplo, las exigencias que derivan de un valor de rango superior tienen prioridad con respecto a las que derivan de otros de rango inferior”. Estos supuestos, es claro, difieren de otros “más graves (...) en que se plantea un conflicto entre valores, o entre exigencias que derivan de valores, que tienen, o cabe plantear que tienen, el mismo rango jerárquico. Esto ocurriría cuando entran en conflicto dos o más derechos ‘fundamentales’ (...)”<sup>22</sup>. Y añade: “...generalizando, podría decirse que un caso es difícil cuando en relación con el mismo cabe encontrar, en principio, más de un punto de equilibrio entre exigencias contrapuestas, pero que necesariamente hay que tomar en consideración en la decisión y, por tanto, hay que efectuar (y justificar) una elección”<sup>23</sup>. Para concluir que “un caso puede calificarse como trágico cuando, en relación con el mismo, no existe ninguna solución que se sitúe por encima del equilibrio mínimo”, por lo que “si así ocurriera, entonces no habría forma de encontrar una solución que no sacrificara lo esencial de alguno de los dos valores (...). Ahora no nos encontraríamos

---

<sup>19</sup> Atienza, nota 1, p. 100. Sobre los aspectos “esenciales” y “periféricos” de los derechos, cfr. las obras de Martínez Pujalet, Antonio Luis, *La garantía del contenido esencial de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997 y, críticamente, Toller, Fernando/Serna, Pedro, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*, La Ley, Buenos Aires, 2000, pp. 44-90, esp. p. 47.

<sup>20</sup> Cfr. Atienza, nota 1, p. 99.

<sup>21</sup> *Ibid.*, p. 101.

<sup>22</sup> *Ibid.*, p. 97.

<sup>23</sup> *Ibid.*, p. 99.

ya frente a una simple alternativa, sino frente a un dilema”<sup>24</sup>.

Los sistemas jurídicos han buscado, desde siempre, alcanzar no menos que un “equilibrio mínimo”, esto es, asegurar los aspectos esenciales de los derechos en tensión, evitando abrogar la esencia de un derecho. Así, el proyecto de Constitución Argentina de Juan Bautista Alberdi contenía en su art. 20 una cláusula paradigmática: “las leyes reglan el uso de estas garantías de derecho público; pero el Congreso no podrá dar ley que con ocasión de reglamentar u organizar su ejercicio, *las disminuya, restrinja o adultere en su esencia*” (énfasis añadido). El texto no fue receptado, a la letra, en la Ley Fundamental de 1853 pero sí su espíritu: “...los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser *alterados* por las leyes que reglamenten su ejercicio” (énfasis añadido)<sup>25</sup>. Con todo, existen circunstancias en que ello no es posible. En lo que sigue deseo compartir un ejemplo que concierne a la protección de los derechos humanos en el ámbito interamericano y nacional y en el que, teniendo como base las decisiones de la CIDH y de la CSJN sobre un mismo hecho, se plantea una cuestión “dilemática” respecto de dicha protección.

## APLICACIONES JURISPRUDENCIALES: UN EJEMPLO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA ARGENTINA EN RELACIÓN CON LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

### a. La lógica argumentativa de los votos

El 18 de septiembre del año 2003 la CIDH resolvió la contienda “Bulacio vs. Argentina”<sup>26</sup> en cuyo parág. 109 se lee que “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 (parágs. 109 y ss. de dicha sentencia), en razón de que a la fecha “nadie ha sido sancionado como responsable de estos hechos” (parág. 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 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 re-

<sup>24</sup> Ibid., p. 101.

<sup>25</sup> Fernando Toller estudia este tema *in extenso* a partir del paralelismo conceptual existente entre el proyecto de Alberdi para la Constitución Argentina; el art. 28 de esta 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. Cfr., más ampliamente, en coautoría con Pedro Serna, *La interpretación constitucional...*, nota 14, *passim*.

<sup>26</sup> CIDH, caso “Bulacio vs. Argentina”, sent. del 18/9/03 (fondo, reparaciones y costas).

cursos (...) 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, contra el dictado de dicha prescripción, 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 esta y del contenido de la decisión de la CIDH, ya en lo fallado por este último tribunal más allá de la inexistencia de arbitrariedad<sup>27</sup>. Como se verá, el punto de partida que se adopte condiciona la estructura argumentativa de los votos y sus conclusiones, lo que impacta sobre el tema objeto de estudio del presente ensayo.

1. 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 responsabilidad en los hechos objeto de estudio 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 puede concluirse 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 3 y 4, respecto de otras personas (v. gr., el mencionado Espósito). De ahí que podría decirse que este esquema argumentativo no ha considerado la totalidad de los derechos en cuestión o que, si lo hizo, ha optado por jerarquizar las normas constitucionales/convencionales en juego: habría una primacía del art. 68.1 CADH que “derrota” a cualquier otra de esa índole y, bajo ese prisma, algunos derechos fundamentales quedan preteridos a expensas de otros. Se han —si se me permite la expresión— “simplificado” los términos del debate, por lo que el caso se erige en “fácil”.

2. 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 recién expuesto “tendría como efecto inmediato la confirmación de la declaración de prescripción” (consid. 5°) 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” (consid. 6°, énfasis 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

<sup>27</sup> CSJN, causa “Espósito, Miguel Ángel s/ incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa”, sent. del 23/12/04, Fallos: 334:1504.

entre derechos fundamentales que trae aparejada la sentencia interamericana y respecto de lo que se exhibirán los restantes votos.

Con todo, desde este último punto de vista —que es el que concierne a la teoría de la argumentación— cabe poner de relieve que el voto solo repara en la posición jurídica de Bulacio, ignorando la del mencionado Espósito, con lo que se hace pasible de las mismas observaciones críticas anteriormente efectuadas. En efecto, en el consid. 10 se lee 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 Estado Argentino”. No hay, pues, una consideración —y, mucho menos, una “ponderación”— de los eventuales derechos que asistirían a Espósito, por lo que parece incurrirse en una “jerarquización” de los derechos en juego o, si se descartara lo anterior, en una simplificación de los elementos que se dan cita en el caso y que conducen, en ambos casos, a reabrir la investigación y, por tanto, a privar a Espósito de un “derecho” que, en la lógica del voto, había sido correctamente discernido por los tribunales ordinarios. Desde esta perspectiva, el caso se transformaría en “fácil”.

3. Cabe ahora ingresar al examen del voto de los jueces Petracchi y Zaffaroni. Este 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 anticipada tensión entre derechos constitucionales/convencionales. 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 intera-

americano (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 en tanto concluye en un acuerdo de solución amistosa. Conviene repasar con cierta atención sus términos pues de ellos emerge con toda claridad la cuestión teórica planteada en el apartado anterior: 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, en “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 se 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 de-

*fensa 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 *solo* 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, se emplea el *potencial* (“resultaría”) para significar que la confirmación de la sentencia apelada (esto es, la prescripción otorgada), de así suceder, entraña cercenar los derechos de una de las partes del conflicto, lo cual, además, nuevamente generará la responsabilidad internacional del Estado por el mismo hecho por el que fue demandada y ya se allanó. El tiempo verbal no es casual y debe conectarse con la referencia “en principio” antes señalada, por lo que, en ambos casos, se está revelando la hondura del problema: es claro que convalidar 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.

Al respecto, al señalar el voto que lo resuelto en sede interamericana ha restringido “fuertemente” los derechos de este último, da a entender que no se está ante un “dilema” por cuanto la afectación del derecho de Espósito no es absoluta, sino relativa. El equilibrio alcanzado sería entonces “mínimo”. Bajo esa lógica, podría pensarse que la reapertura del juicio le permitirá ejercer sus derechos en plenitud.

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 restricción parecería no fuerte, sino absoluta; de donde no habría equilibrio alguno. Se estaría, más bien, ante un “dilema”. Si se releen los considerandos precedentemente transcritos, creo que es posible concluir que la *argumentación* desplegada por el voto tiende a decantarse en el sentido de que la restricción es completa. Con todo, la *decisión* adoptada se encamina en sentido contrario. A mi juicio, en esa postura gravita, además de la necesidad de resguardar la afectación a los derechos de una de las víctimas (la familia Bulacio), 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, en orden a no garantizar los derechos de Espósito, se deben tener como imprescriptibles normas que “en principio” no resultan alcanzadas por dicha nota, en tanto es obvio que el presente no es un caso de lesa humanidad, por lo que no correspondería predicar dicha característica acerca de delitos comunes.

En suma: son demasiadas las molestias que exhibe el *dictum* glosado con la decisión que adopta (la afectación del derecho de defensa de la otra parte, la inaplicabilidad de las disposiciones comunes de extinción de la acción penal por prescripción, la reducción del ámbito de decisión de los tribunales nacionales, el modo de interpretar los derechos constitucionales/convencionales), lo que me permite plantear que la obligatoriedad “en principio” de la decisión de la CIDH asignada por la CS-JN 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. El voto, pese a las palpables incomodidades, consideró que no se daba tal circunstancia en el caso examinado pero dejó pavimentado el camino para adoptar, en otros, un temperamento diverso de así corresponder. Es lo que considero que ocurrió, tiempo después, al resolverse la famosa causa “Fontevicchia”<sup>28</sup>.

Pero, regresando al voto bajo examen, 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 Espósito 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 uno de los derechos en disputa resulta irremediabilmente cercenado).

¿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 limi-

tado” (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, lo que 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 en 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, 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 la prueba de su compatibilidad con los principios

<sup>28</sup> CSJN, causa “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/informe sentencia dictada en el caso ‘Fontevicchia y D’ Amico vs. Argentina”, del 14/2/2017, Fallos: 340:47. De ahí que, como se señaló en otro lugar, las perplejidades aquí presentes anticipan el sentido de dicha decisión. Cfr. “Un año de “Fontevicchia. Crónica de una sentencia anunciada”, La Ley, Buenos Aires, diario del 15/2/18, pp. 1-8.

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 modo de 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.

Ante ello: ¿no cabe sino leer el art. 68, 1 CIDH en armonía 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.

4. 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, lo que la torna arbitraria (consids. 3° y 4°). Y ello es suficiente para resolver la *litis*, sin que lo expuesto implique “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 un tercero (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, a 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).

Los párrafos transcriptos desarrollan, más que un vigoroso contrapunto frente a las proposiciones del anterior voto, el lógico despliegue de las tesis presentadas en aquel. Las diferencias se ubican en el diverso alcance que se otorga al art. 68.1 CADH. Para Petracchi/Zaffaroni esa norma (aun con vacilaciones) “derrota” a las mentadas “reservas”. Por el contrario, 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 Kelsen<sup>29</sup>, 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 de la CN ha sido refrendado por el propio constituyente de 1994 cuando dispuso (art. 75, inc. 22) que las convenciones constitucionalizadas serán tales si, y solo si, “no derogan artículo alguno de la primera parte”, respecto de los cuales, a mayor abundamiento, se reputan “complementarias”.

## **b. El diverso punto de partida fáctico de los votos y su influencia en el alcance de la protección de los derechos constitucionales/convencionales en tensión**

En lo que sigue 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”. Dicho en otras palabras: de no existir la resolución de la CIDH la causa habría concluido con la decisión confirmatoria de la prescripción por parte de la CSJN, ya que para dichos jueces lo resuelto por el *a quo* era conforme a derecho. La prescripción declarada habría alcanzado, entonces, autoridad de cosa juzgada, por lo que resultaba inconvencional. Sin embargo, estando el antecedente “Bulacio”, dichos votos consideran que deben merituarlo y, al hacerlo, se “traba” el conflicto antes descripto y que motiva estas páginas: entre el señor Espósito, respecto de quien para dichos jueces

<sup>29</sup> 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.

la prescripción declarada es válida y los deudos de Bulacio, quienes tienen un título jurídico asignado por la CIDH. Y aquí se vuelve al *iter* argumentativo ya descrito que había calificado al caso como “trágico”, con la consecuente irremediable afectación de algunos derechos constitucionales/convencionales.

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 dejar 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 este, no se cercena su garantía de la defensa en juicio, la que podrá ejercerse en plenitud cuando la causa sea nuevamente sustanciada. De ahí que 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 a raíz de su opuesta valoración de lo decidido por la anterior instancia, por lo que, en buena lógica, y como lo señala categóricamente en el consid. 5°, prescinde de toda consideración respecto de lo resuelto por la CIDH. Por ello, 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, dicho equilibrio sea incluso “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 —cualquiera sea el alcance que se asigna a dicha decisión— un “dilema” y, por tanto, se transforma en uno de índole “trágico”. En efecto, si, como ocurre con los votos precedentes, los *dicta* de la CIDH en supuestos en que nuestro país es parte, resultan vinculantes (de modo absoluto, según lo expuesto supra 1, o “en principio”, según lo señalado supra 2 y 3), su seguimiento entraña cercenar el alcance de una decisión firme, esto es, que tiene autoridad de cosa juzgada.

## CONCLUSIONES

Las páginas precedentes procuraron ilustrar algunas de las complejas aristas que reúne el tópico de la interpretación jurídica. El campo de análisis fue la hermenéutica constitucional a partir del estatuto y aplicabilidad de las garantías constitucionales, así como su concreción desde el análisis de los casos jurisprudenciales según se los considere como “fáciles”, “difíciles” o “trágicos”. En ese horizonte, se empleó un ejemplo concreto, al hilo del cual se plantearon algunas dificultades al nivel de la dogmática constitucional, del derecho internacional de los derechos humanos y de la teoría de la argumentación jurídica. Ahora bien, como es claro, dichos problemas impactan de lleno sobre el objetivo central de protección de los derechos humanos al que conducen los sistemas, tanto internacional como nacional, por cuanto la presencia de casos “trágicos”, esto es, de cir-

cunstances 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.

Precisamente, el notable esfuerzo desplegado por las teorías argumentativas de las últimas décadas (algunas de las cuales se han repasado aquí) procura evitar, tanto como sea posible, encontrarse con esas consecuencias. Estos afanes, se sabe, no son nuevos. Si bien se mira, entroncan —en el campo de la interpretación jurídica— con el recurso al “elemento sistemático” planteado en su momento por Savigny<sup>30</sup> y —en el ámbito de las tradiciones filosóficas— con el modelo de razonamiento retórico-tópico inaugurado por Aristóteles y que buscó dar cuenta de elementos “indisponibles” en la determinación de lo justo concreto (o, para decirlo en la semántica de este ensayo, criterios que aseguraran cuanto menos un “equilibrio mínimo” en la protección de los derechos fundamentales)<sup>31</sup>. Y si bien se acepta que estos esfuerzos no siempre resultan satisfactorios, se asume que, *idealiter*, esto es, como “idea regulativa”, se trata de una propuesta que siempre ha de acompañar al quehacer humano<sup>32</sup>. Aquí se ha puesto de relieve esa falencia en relación

con un aspecto especialmente delicado: el que concierne al alcance del sistema constitucional *vis à vis* el interamericano de protección de los derechos humanos.

Bajo tal premisa, este ensayo aspira a servir de acicate para redoblar los esfuerzos teóricos con el objetivo de sortear las situaciones dilemáticas que puedan presentarse y que, además de los diversos ámbitos de análisis recién expuestos, reenvían centralmente a una consideración de orden filosófico jurídico puesto que, en primera línea, detrás de las numerosas dificultades que se observan en el afán por garantizar los derechos esenciales de las personas, late una determinada comprensión de la antropología que les da su cabal sentido y, por tanto, que explica el alcance de esos derechos, en especial, en las diversas circunstancias en las que actúan. Por ello, el tópico no debería simplificarse (como de modo creciente se tiende a observar) 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.

<sup>30</sup> Savigny, 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, pp. 107-152 y lo expuesto en mi trabajo citado en la nota 1, esp. pp. 320-327.

<sup>31</sup> Cfr., entre otros lugares, Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, esp. 1134 b 18-32. Para un desarrollo de este aspecto cfr. mi estudio de la nota 1, esp. pp. 139-146 y pp. 164-173.

<sup>32</sup> Cfr. Alexy, nota 16, p. 151.