

I. La Corte Suprema nacional y la posibilidad de imponer astreintes contra el Estado (control de convencionalidad)*

Oscar L. Fappiano
Juan Carlos Hitters

SUMARIO: 1. Análisis del caso *Bernardes* (3 de marzo de 2020).
2. La influencia del derecho internacional de los derechos humanos. 3. Conclusión. Bibliografía.

1. ANÁLISIS DEL CASO *BERNARDES* (3 DE MARZO DE 2020)

La sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) que comentamos en el presente trabajo se refiere a la ley nacional 26.944 de Responsabilidad Estatal,¹ pronunciada el 3 de marzo del año próximo pasado en el caso *Bernardes, Jorge A. c. ENA - Ministerio de Defensa s/amparo por mora de la Administración*.

* Publicado en *La Ley* el 4 de junio de 2020. Cita online: AR/DOC/1462/2020.

¹ Recordemos que la ley nacional 26.944 tuvo su origen en el rechazo por parte del poder ejecutivo de ese entonces de la parte pertinente del Proyecto de Código Civil y Comercial, arguyendo que la responsabilidad del Estado y de sus funcionarios es materia propia de las provincias por mandato constitucional (art. 122 CN), por lo cual la ley citada rige solamente para el Estado nacional, quedando las provincias invitadas a adherir a ella.

OSCAR L. FAPPIANO Y JUAN CARLOS HITTERS

En este asunto, la actora promovió una acción de amparo por mora contra el Estado nacional, pretendiendo que se librase una orden de pronto despacho judicial con el objeto de obtener una respuesta administrativa expresa a la solicitud interpuesta ante el director general de Personal de la Fuerza Aérea Argentina, en junio de 2009, tendente a que se le pagasen los viáticos adeudados.

El Juzgado Federal de Río Cuarto (Córdoba) determinó procedente la demanda, ordenando al Estado resolver la cuestión planteada en el plazo de 20 días. Luego de sucesivos incumplimientos a la manda judicial, y apercibida la accionada de aplicar astreintes,² ellas se hicieron efectivas a razón de \$100.00 por cada día de demora, determinación que fue confirmada por la Cámara Federal de Apelaciones con asiento en la ciudad de Córdoba.

Con posterioridad a estas incidencias, el Estado accionado planteó que devenía abstracta la intimación, porque la ley 26.944 de Responsabilidad Estatal, en su artículo 1, había dejado sin efecto tales medios disuasivos. Al resolver en definitiva, la Cámara Federal de Apelaciones antes citada, si bien admitió la aplicación al caso de la ley nacional 26.944, declaró la inconstitucionalidad de su artículo 1, *in fine*, por cuanto dispone que las sanciones pecuniarias disuasivas no son procedentes contra el Estado, sus agentes y funcionarios.

Para así decidir, se valió del debate parlamentario, entendiendo que la ley en cuestión había suprimido no solo la “sanción pecuniaria disuasiva” (*punitive damages*), sino también las astreintes, y con tal determinación se consagraba la impunidad del Estado y la desprotección de los ciudadanos, privando de eficacia los procesos judiciales al impedir que el poder judicial ejerciera su poder de *imperium*. Agregó que el incumplimiento de una sentencia constituye un desconocimiento de la división de poderes

² *N. del E.* De acuerdo con el *Diccionario panhispánico del español jurídico* de la Real Academia Española, en el derecho procesal argentino se denomina “astreinte” a una “Forma especial de condena provisional y accesoria que pueden imponer los tribunales para compeler indirectamente al cumplimiento de una obligación mediante una prestación periódica, a veces progresiva, cuya cantidad aumenta en función de la demora en el cumplimiento”.

La Corte Suprema nacional y la posibilidad de imponer astreintes...

que resulta inadmisibles en un Estado de derecho, con el consecuente deterioro constitucional de la democracia.

A su vez, la CSJN, basada también en la deliberación habida en el Parlamento, tanto en la reunión de la Comisión a la que fue girado inicialmente el proyecto del poder ejecutivo como durante el debate parlamentario correspondiente, concluye que

[...] ni de la letra del art. 1º de la ley, ni de la intención del legislador, la Ley de Responsabilidad Estatal en forma alguna cercena la posibilidad de que, ante el incumplimiento de un mandato judicial por parte del Estado Nacional, los tribunales apliquen las medidas compulsivas contempladas en el ordenamiento jurídico a los efectos de vencer esa reticencia (v. gr., art. 804 del Cód. Civ. y Com. de la Nación y art. 37 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

En conclusión, la Corte efectuó una interpretación restrictiva del artículo 1 en consideración, dejando fuera la prohibición que estatuye las astreintes y limitándola exclusivamente a las sanciones pecuniarias disuasivas conminatorias.

Y, en razón de lo expuesto, entendió innecesaria la declaración de inconstitucionalidad, al no constituir una razón ineludible del pronunciamiento, remitiéndose a los argumentos que consignó en el considerando 6 de su fallo.

Del contenido de la sentencia se infiere que la deliberación llevada a cabo se habría limitado a ejercer únicamente el control de constitucionalidad, pareciendo estar ausente el control de convencionalidad, esto es, el análisis del caso a la luz del derecho internacional de los derechos humanos, cuyos principales tratados y convenciones se han incorporado en la Constitución Nacional argentina con esa jerarquía (art. 75, inc. 22), cometido que se erige en una directiva propuesta por los organismos supranacionales de control de cumplimiento de esos instrumentos por los Estados parte de ellos.³

El conflicto que suscitara el juicio en comento se trabó entre una persona y el Estado nacional, quien, ante el reclamo de aque-

³ Cfr. CIDH. Eduardo Rico vs. Argentina (caso 13.019). Informe de fondo 72/17, de 5 de junio de 2017, entre muchos otros.

OSCAR L. FAPPIANO Y JUAN CARLOS HITTERS

lla del pago de los viáticos adeudados, guardó absoluto silencio en sede administrativa, motivo por el cual se vio en la necesidad de promover un amparo judicial por mora con el objeto de obtener de la demandada la emisión de un acto administrativo expreso sobre el reclamo formulado.

De las constancias emergentes del pleito se infiere que la sentencia que concedió el amparo no fue cumplida voluntariamente por el Estado condenado dentro del plazo acordado al efecto, razón por la que el juez debió acudir a la aplicación de astreintes, que tampoco surtieron ese efecto; por el contrario, sirvieron para demorar más aún ese cumplimiento, porque, aprovechándose de la previsión del artículo 1 de la ley nacional 26.944, planteó la nulidad de la aplicación de esa especie de sanciones, llegando incluso hasta la Corte Suprema de Justicia. Todo ello está poniendo de manifiesto un imprudente obrar de mala fe por parte del Estado, que no se compadece con la conducta procesal que debe observar todo litigante y, con mayor razón, por ser el órgano creador y regulador del derecho. Así lo expresa la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH) en su Preámbulo: “Los deberes de orden jurídico presuponen otros, de orden moral, que los apoyan conceptualmente y los fundamentan [...]. Y puesto que la moral y las buenas maneras constituyen la floración más noble de la cultura, es deber de todo hombre acatarlas siempre”.

2. LA INFLUENCIA DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

El artículo 27 de la carta magna alude a “los principios de derecho público establecidos en esta Constitución”. Pues bien, si la Declaración Americana ha sido consagrada con jerarquía supralegal en el artículo 75, inciso 22, no cabe duda de que la moral y las buenas costumbres integran esos principios, junto con el “orden democrático” y los “derechos humanos”, a tenor de lo preceptuado por el inciso 24 de ese mismo artículo 75 de la ley fundamental.

El derecho a un recurso “efectivo” ya estaba reconocido por el artículo 8 de la Declaración Universal de los Derechos Huma-

La Corte Suprema nacional y la posibilidad de imponer astreintes...

nos (DUDH), teniendo toda persona derecho a “igual protección de la ley” (art. 7), la que no se respeta si las sanciones pecuniarias disuasivas punitivas (*punitive damages*) se aplican a los particulares entre sí o cuando son demandados por el Estado a favor de este únicamente, y no al Estado si es demandado por los particulares. Se trata, entonces, de una situación excepcional que debe tener un fundamento que lo justifique plenamente para que pueda admitirse su validez legal.

A su vez, la Declaración Americana establece que toda persona debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo “ampare” contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, algunos de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente (art. XVIII: derecho de justicia).

Este precepto guarda relación con los artículos XXIV —al reconocer el derecho a peticionar y el de obtener pronta resolución— y XXXIII —por cuanto dispone el deber de obedecer la ley y demás mandamientos legítimos—. Aunque corresponde aclarar que, acertadamente, la Declaración Americana distingue netamente entre “acción procesal” y “derecho de petición”. En una obra anterior ya habíamos postulado que la acción procesal es un derecho humano a la justicia y, por tanto, independiente del clásico de petición.⁴

Reiteramos: si “obedecer la ley” constituye un deber de la persona, con mayor razón lo es para el Estado, por ser el primer y principal obligado a cumplir con la ley que ha creado y regulado. Va de suyo que, en lo tocante a los derechos y libertades fundamentales reconocidos a los seres humanos, el Estado es el principal obligado a garantizar su pleno goce y ejercicio (arts. 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos —CADH—).

A su turno, la CADH desarrolla más ampliamente este derecho a un recurso en su artículo 25, en el que se refiere expresamente a su interposición contra actos de personas que actúen en

⁴ Hitters, Juan Carlos y Fappiano, Oscar L., *Derecho internacional de los derechos humanos*, Buenos Aires, Ediar, 2007, t. II, vol. 2, párr. 183, pp. 472 y ss., n. 159, y p. 1311. La CSJN la ha llamado “derecho a la jurisdicción”.

OSCAR L. FAPPIANO Y JUAN CARLOS HITTERS

ejercicio de sus funciones oficiales, recurso que califica de “sencillo y rápido” o “efectivo”.

Agrega esta norma que los Estados parte asumen el compromiso de garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso, al igual que su similar 2.c) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP). Esta obligación no se cumplió en el caso en comento, pues la sentencia definitiva estaba firme y consentida y solo se discutió la procedencia de las astreintes dispuestas para excitar ese cumplimiento, justamente.

Acerca de este particular, en el caso “*Cinco Pensionistas*” vs. *Perú*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) sostuvo que, ante la falta de acatamiento de ciertos fallos por parte del poder ejecutivo, debe llevarse a cabo una investigación imparcial y efectiva del prolongado incumplimiento de las sentencias judiciales dictadas y, en su caso, aplicar sanciones a quienes hubiesen incurrido en tal desacato.⁵ Lamentablemente, tanto el Código Civil de Vélez Sarsfield como la ley nacional referida hacen responsable patrimonialmente al Estado por los actos de sus agentes, pero no establecen el derecho de repetición contra estos últimos, tal como lo hacía una ley que reformó el régimen general de las obligaciones de aquel código (primer intento de reforma en la era constitucional), disponiendo la citación del funcionario concernido como tercero coadyuvante o interesado a fin de que le alcanzara la eventual sentencia de condena, reforma que fue vetada por el poder ejecutivo de ese entonces.

En esta sentencia, el Tribunal con asiento en San José estableció, asimismo, el deber de reparación del daño y la cesación de las consecuencias de la violación;⁶ vale decir, la garantía de no repetición.⁷

⁵ Corte IDH. *Caso “Cinco Pensionistas” vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C, núm. 98, párr. 179. Véase *La Ley*, Supl. Adm., junio de 2003, p. 4, fallo 105.602.

⁶ Corte IDH. *Caso “Cinco Pensionistas” vs. Perú...*, *cit.*, párr. 174.

⁷ *V. gr.*, *idem*. Véase *La Ley*, Supl. Adm., junio de 2003, p. 4, fallo 105.602.

La Corte Suprema nacional y la posibilidad de imponer astreintes...

Del contenido del fallo dictado por la Corte Suprema en este caso *Bernardes* surge claramente que, respecto a lo “sencillo y rápido” o “efectivo”, el proceso de amparo promovido por el actor no ha rendido culto a tales calificativos, si se aprecia el excesivo tiempo de duración del proceso sin que se cumpla la sentencia y la conducta procesal exhibida por el Estado demandado, sirviendo de poco o nada las astreintes, a lo que se suma que el demandado se aprovechó de su fijación para demorar aún más su cumplimiento. Han transcurrido años sin que el acatamiento se haya producido. Tampoco se tiene noticia de que se haya dispuesto una investigación seria, independiente e imparcial tendente a determinar la persona del funcionario responsable, eventualmente sancionarlo administrativamente y disponer lo pertinente para que la Administración cumpla voluntariamente y en tiempo y forma con las sentencias judiciales. Estamos plenamente conscientes de que se nos puede decir que estas reflexiones pertenecen al mundo de *Alicia en el país de las maravillas* o del realismo mágico de Alejo Carpentier y Gabriel García Márquez, pero no debemos dejar de expresarlo frente a las sanciones aplicables a Argentina en sede internacional, sea en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, sea en los tribunales arbitrales del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), donde se dirimen los conflictos que traen aparejados los tratados bilaterales de protección de inversiones (TBI).

No hablemos de los numerosísimos casos previsionales que se dirimen ante la Justicia Nacional de la Seguridad Social con la carga de intereses, honorarios y costas a pagar por el Estado, con la consiguiente incidencia negativa en las finanzas del sistema y en los derechos fundamentales de los accionantes, personas mayores que merecen protección especial, conculcada por esa conducta de la Administración, quien es precisamente quien debe brindársela.

Desde sus primeros pronunciamientos lo postuló la Corte IDH: “El Estado está en el deber jurídico de prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar

a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación”.⁸

De esta primera sentencia, a cuyo contenido remitimos en homenaje a la brevedad, surgen los deberes emergentes y los respectivos alcances de la obligación de garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención, esto es, prevenir, investigar, sancionar y reparar.

En esta misma sentencia, la Corte IDH dejó establecido:

[...] en toda circunstancia en la cual un órgano o funcionario del Estado o de una institución de carácter público lesione indebidamente uno de tales derechos, se está ante un supuesto de inobservancia del deber de respeto consagrado en ese artículo [se refiere al art. 2.2 de la Convención],⁹ puesto que es un principio de derecho internacional que el Estado responde por los actos de sus agentes realizados al amparo de su carácter oficial y por las omisiones de los mismos aun si actúan fuera de los límites de su competencia o en violación del derecho interno [...]. Si se considerara que no compromete al Estado quien se prevale del poder público para violar tales derechos a través de actos que desbordan su competencia o que son ilegales, se tornaría ilusorio el sistema de protección previsto en la Convención.¹⁰

Ya en su opinión consultiva (OC) 8/87, de 30 de enero de 1987, consignó que “Las garantías sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho. Como los Estados partes tienen la obligación de reconocer y respetar los derechos y libertades de la persona, también tienen la de proteger y asegurar su ejercicio a través de las respectivas garantías (art. 1.1); vale decir de los medios idóneos para que los derechos y libertades sean efectivos en toda circunstancia” (párr. 25).

El incumplimiento de las obligaciones contraídas en virtud de la ratificación de un tratado internacional genera la consiguien-

⁸ Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C, núm. 4, párr. 174.

⁹ *Ibidem*, párr. 169.

¹⁰ *Ibidem*, párrs. 174, 170 y 171, respectivamente.

La Corte Suprema nacional y la posibilidad de imponer astreintes...

te responsabilidad; responsabilidad que es la resultante necesaria de un derecho. Todos los derechos de carácter internacional comprenden la responsabilidad estatal.¹¹

Como lo expresáramos en una obra anterior,

Los tipos de garantía utilizados o utilizables en materia de derechos humanos y las formas que pueden asumir se resumen en garantías de naturaleza reparatoria (cumplimiento específico respecto de las obligaciones de hacer, *restitutio in pristinum* con relación a las obligaciones de no hacer, punición de los responsables como ‘satisfacción’, *punitive damages*, resarcimiento de los daños materiales y morales) y garantías sancionadoras especiales (*delictum juris gentium* como reacción a los atentados a los derechos esenciales de la persona en cuanto tal, crimen internacional del Estado, como violación ‘grave’ —en la cual se halla comprometida toda la organización gubernamental— de las normas internacionales que reconocen los principios esenciales de humanidad).¹²

A ellas cabe agregar la garantía de prevención tendente a evitar la infracción a los derechos.

Atinente a la efectividad de la protección judicial, la Corte IDH postuló en la referida sentencia de 29 de julio de 1988, dictada en el caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, que “El art. 46.1.a) de la Convención remite ‘a los principios del derecho internacional generalmente reconocidos’. Esos principios no se refieren solo a la existencia formal de tales recursos, sino también a que estos sean adecuados y efectivos, como resulta de las excepciones contempladas en el art. 46.2”.¹³

A la par, aborda en ese pronunciamiento lo relativo a los conceptos de recurso “adecuado” y “eficaz”:

Que sean adecuados significa que la función de esos recursos, dentro del sistema del derecho interno, sea idónea para proteger

¹¹ Cfr. Corte IDH. *Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam*. Sentencia de 10 de octubre de 1993, párr. 43.

¹² Cfr. Fappiano, Oscar L., *El derecho de los derechos humanos*, Buenos Aires, Ábaco, 1997, cap. IV, párr. 19.

¹³ Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras...*, cit., párrs. 63-65.

la situación jurídica infringida [...]. Si, en un caso específico, el recurso no es adecuado, es obvio que no hay que agotarlo. Así lo indica el principio de que la norma está encaminada a producir un efecto y no puede interpretarse en el sentido de que no produzca ninguno o su resultado sea manifiestamente absurdo o irrazonable [...]. Pero, si el recurso de exhibición personal exigiera [...] identificar el lugar de detención y la autoridad respectiva, no sería adecuado para encontrar a una persona detenida clandestinamente por las autoridades del Estado, puesto que, en estos casos solo existe prueba referencial de la detención y se ignora el paradero de la víctima.¹⁴

Y prosiguió: “Un recurso debe ser, además, eficaz, es decir, capaz de producir el resultado para el que ha sido concebido [...]”.¹⁵

Esta regla es propia del derecho internacional general, y la Corte IDH la adecua a las características del derecho de los derechos humanos.

En nuestro libro en coautoría ya citado hemos extraído las inferencias que, a nuestro juicio, resultan de las tesis consagradas por la Corte IDH. Así, respecto al sentido del artículo 25.2 de la CADH, en tanto prescribe que “Los Estados partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente [...] decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso [...]”, decidir “sobre los derechos” es hacerlo acerca del fondo o mérito del caso (procedibilidad del recurso), de cuyo conocimiento no puede sustraerse, consecuentemente, por meras cuestiones formales (admisibilidad del recurso) —“razones fútiles”, dice la Corte IDH, vocablo empleado en inglés y cuyo equivalente en castellano es “ineficacia”—. El derecho de acudir a este remedio no se ejerce simplemente mediante su existencia formal. Más bien, el carril debe ser capaz de producir el resultado para el cual ha sido concebido. El coautor Fappiano ha expuesto esta ponencia en calidad de representante de la Comisión Interamericana (CIDH) ante la Corte IDH, en el caso 11.273 del registro del organismo del que era portavoz.

¹⁴ *Idem*.

¹⁵ *Ibidem*, párrs. 66 y 68.

La Corte Suprema nacional y la posibilidad de imponer astreintes...

El precepto en comento dispone más adelante: “[...] c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”.

Este incide indudablemente en las demandas contra el Estado, ya que, en su virtud, las sentencias condenatorias dictadas contra él no pueden tener alcance meramente “declarativo”; lo cual, en juego armónico con las previsiones de los artículos 1 y 2 de la CADH, obliga al Congreso del Estado parte, por un lado, a modificar, en su caso, la legislación vigente y, por el otro, a su poder judicial a hacer prevalecer las disposiciones del Tratado por sobre la ley doméstica, a fin de no caer en responsabilidad internacional.¹⁶

De lo preceptuado en los párrafos primero y segundo del artículo 25 de la CADH emana lo que se ha dado en llamar por la doctrina la “tutela judicial efectiva”.¹⁷ Por ello, resulta del caso interrogarse sobre si la prohibición de aplicar sanciones pecuniarias disuasivas o conminatorias contra el Estado del artículo 1 de la ley de referencia se ajusta a las pautas establecidas por estos instrumentos internacionales de jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22); vale decir, si constituye una limitación convencionalmente válida del derecho de acción judicial contra el Estado, porque esto es cuanto debe abordar, justamente, la ley en comento: reglamentar las demandas judiciales “contra” el Estado nacional.

Según la doctrina, el Tribunal Constitucional de España postula que la importancia de los derechos fundamentales en el seno del régimen político democrático obliga a que se interpreten sus límites de forma restrictiva, ya que, como señalara Ignacio de

¹⁶ Hay que tener en cuenta, en ese sentido, que la Corte IDH ha puesto de relieve que la interpretación que ella hace de la CADH es vinculante para todos los Estados plegados a ese sistema (Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Sentencia de 23 de marzo de 2013, párr. 65. Véase Hitters, Juan Carlos, “¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos?”, *La Ley*, Buenos Aires, 2008-E, 1169).

¹⁷ *Cfr.* Fappiano, Oscar L., *op. cit.*, pp. 20 y 21.

OSCAR L. FAPPIANO Y JUAN CARLOS HITTERS

Otto, la teoría de los límites de los derechos tiene que completarse necesariamente con la de los límites a los límites, porque, de no ser así, los derechos y libertades no tendrían ni una mínima resistencia frente a los demás bienes constitucionales protegidos y el orden constitucional se inclinaría en definitiva hacia estos últimos, en deterioro de aquellos, mencionándose como límites a los límites de los derechos los siguientes: a) la reserva de ley; b) el contenido esencial de los derechos; c) la dignidad de la persona, y d) la naturaleza democrática del régimen constitucional.¹⁸

Mirada desde el ángulo del Estado, digamos con otro autor: ninguna potestad puede construir “un poder susceptible de expansión indefinida o ilimitada”.¹⁹ Caeríamos en la opresión del poder a que alude la axiología jurídica positiva y que violenta absolutamente el Estado de derecho constitucional y democrático fundado en el respeto de los derechos humanos.

En orden con esta línea de la indagación, recordemos cuanto establece el artículo 32.2 de la Convención Americana: “Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común en una sociedad democrática”. Es decir, tres son las causales para restringir estos derechos.

Preguntémonos ahora si la prohibición consignada responde a alguna de estas causales, y al punto caeremos en la cuenta de que no.

Y si alguna duda cabe acerca del mencionado “bien común”, leamos a la Corte IDH:

De ninguna manera podrá invocarse el orden público o el bien común como medios para suprimir un derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real [...]. Interpretación [...] estrictamente ceñida a las “justas exigencias” de una “sociedad democrática” que tenga en cuenta el equili-

¹⁸ Esteban Jorge de, *Tratado de derecho constitucional*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2001, t. I, pp. 314 y 317-321.

¹⁹ Cuétara, José Manuel de la, *Las potestades administrativas*, Madrid, Tecnos, 1986, pp. 67 y ss.

La Corte Suprema nacional y la posibilidad de imponer astreintes...

brio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención.²⁰

Juzgamos que esta preceptiva arroja nuevas pautas a emplear para desentrañar el sentido y alcance que corresponde dar al artículo 28 de la Constitución Nacional (CN), en punto a que el ejercicio de los principios, derechos y garantías reconocidos por dicha ley fundamental no puede ser alterado por las leyes que reglamenten su ejercicio; o sea, aporta elementos para determinar la razonabilidad de esa normativa reglamentaria; tesis que ya postulaba el maestro Bidart Campos, al sostener que los derechos, las libertades y las garantías constitucionales se interpretarán de conformidad con las declaraciones y los tratados internacionales sobre derechos humanos de los que Argentina sea parte.²¹

El individuo es el titular de los derechos y libertades fundamentales, correspondiendo al poder judicial, en cuanto órgano del Estado, la obligación de reconocerle y garantizarle su pleno goce y ejercicio.²²

Es verdad que la aparición del derecho internacional de los derechos humanos²³ ha causado una revolución copernicana en el mundo jurídico a la que permanecieron ausentes los programas de estudio de nuestras facultades, porque —seamos sinceros— desde que se inició en la segunda mitad del siglo xx la gesta por la afirmación universal de los derechos humanos, las facultades de Derecho de la época no incorporaron esta disciplina en permanente evolución en sus planes de enseñanza, sea como

²⁰ Corte IDH. OC-5/85. La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión consultiva de 13 de noviembre de 1985. Serie A, núm. 5, párr. 67.

²¹ Bidart Campos, Germán, “Las garantías individuales. Nuevos aportes al sistema de la Constitución Nacional”, *Jornadas Nacionales del Ministerio del Interior y del Banco de la Ciudad de Buenos Aires*, Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, del 11 al 14 de diciembre de 1989, 1990, pp. 23-32; Rosatti, Horacio, “Globalización, estatidad y derecho”, *Estado y globalización*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2005, pp. 119-120, n. 16, y 123-129.

²² Fappiano, Oscar L., *op. cit.*, p. 51.

²³ Véase Hitters, Juan Carlos y Hitters, Juan Manuel, “Derecho procesal constitucional transnacional”, *SJA* de 13 de febrero de 2019, p. 107; AR/DOC 3576/2018.

parte del derecho internacional público, o bien, como disciplina independiente, según correspondiere. Fue recién a partir de la restauración del orden constitucional a mediados de los años ochenta que se inicia este cometido. Esta omisión incidió obviamente de modo negativo en su vigencia en la realidad de la vida de las relaciones sociales. Para demostrarlo, basta con reparar en los primeros artículos del Código Civil y Comercial de la Nación actualmente vigente: recién se incorporó explícitamente en el derecho positivo argentino, por un lado, la llamada “constitucionalización del derecho privado” y, por el otro, la “internacionalización del derecho constitucional”.²⁴

Sin tomar en consideración esta profunda influencia, es imposible explicar satisfactoriamente por qué se teorizan las nuevas funciones judiciales, consistentes en reconocer y garantizar a los seres humanos el pleno goce y ejercicio de sus derechos y libertades fundamentales, y adentrarse en los cambios que implicó en el modelo y la concepción del Estado y de la Administración y el consecuente sistema de derecho público que dé un fundamento y una sanción a estas obligaciones positivas que se imponen a los poderes públicos.

Al respecto, enseña el exjuez de la Corte IDH, doctor Pedro Nikken:

En esa perspectiva, el art. 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados conduce a adoptar la interpretación que mejor se adecue a los requerimientos de la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos. Si recordamos, además, que el interés jurídico tutelado por esos instrumentos no es, al menos directamente, el de los Estados partes sino del ser humano, nos encontramos con una tendencia a aplicar los tratados en el sentido que mejor garanticen la protección integral de las eventuales víctimas de violaciones de los derechos humanos. Esta circunstancia otorga a la interpretación y aplicación de las dos disposiciones convencionales una dinámica de expansión permanente.

Las dos disposiciones a las que se refiere el autor corresponden al artículo citado de la Convención de Viena y al artículo 29

²⁴ Cfr. Rosatti, Horacio, *op. cit.*

La Corte Suprema nacional y la posibilidad de imponer astreintes...

de la CADH, los que conjugan, a su juicio, “un verdadero método humanitario de interpretación” de los tratados de derechos humanos.²⁵

Nikken concluye su estudio con estas postulaciones: “Se ha reconocido que el método de interpretación del derecho debe tener en cuenta el interés del ser humano y la tutela de sus derechos fundamentales, como lo que constituye el objeto y fin de las Convenciones, antes que el interés directo de los Estados”.²⁶

A todo lo anterior se suma el impacto de la denominada “ética pública” en las normas, los principios, los instrumentos y la sistemática propia del paradigma iuspositivista en el que se basa el derecho público. Justamente, la promoción de la ética pública desde instancias internacionales y su concreta incorporación en nuestro derecho positivo (v. gr., los tratados sobre corrupción, como la Convención de las Naciones Unidas de 2003) introducen numerosas novedades axiológicas y sistemáticas.

La apelación a los principios de “buen gobierno” y “buena administración” y la vinculación de la ética con la Administración pública se justifican en la necesidad de erradicar la corrupción y amparar los valores incluidos en la Constitución: la protección de la justicia, la igualdad y la libertad, la protección de la dignidad de la persona como valor supremo y la orientación de la Administración al servicio de los intereses generales con objetividad y eficiencia. Sin la recuperación de la confianza de los ciudadanos no puede haber entendimiento societario alguno; no puede haber comunidad organizada si desconfiamos los unos de los otros.²⁷

A nuestro leal saber y entender, uno de los “principios de derecho público” al que alude la CN en su artículo 27 lo constituye

²⁵ Nikken, Pedro, “Bases de la progresividad en el derecho internacional de protección de los derechos humanos”, AA.VV., *Derechos humanos en las Américas*, p. 32, y “El concepto de los derechos humanos”, AA.VV., *Estudios básicos de derechos humanos*, San José, IIDH-Comisión de la Unión Europea, 1994, vol. I, pp. 17 y 18.

²⁶ Nikken, Pedro, “Bases de la progresividad en el derecho internacional...”, *cit.*, p. 38.

²⁷ Cfr. Rosatti, Horacio, *op. cit.*, pp. 127 y 128.

OSCAR L. FAPPIANO Y JUAN CARLOS HITTERS

el que expresa: “hay que favorecer más a quien trata de evitarse un daño que a quien trata de obtener una ventaja”.²⁸ En el caso que comentamos queda claro quién es quién.

Otro de esos principios es el respeto a la moral y a las buenas costumbres, según se ha visto.

Ya lo postulaba Alberto Justo: “La transformación constante de las instituciones jurídicas plantea un imperativo que no es posible eludir. Todo ello vale también para demostrar la trascendencia de la función del juez, ya que de sus manos habrá de surgir el derecho remozado”.²⁹

Los derechos humanos, por cuanto son “absolutos”, tienen un aspecto público, por lo que también los órganos del Estado resultan obligados a reconocerlos y a garantizarlos y, por ende, a abstenerse de violarlos. Esto nace del artículo 1.1 de la Convención Americana, que no acepta ni impone ninguna condición o requisito previo para su aplicación directa e inmediata.

En la acción procesal, como derecho subjetivo público, aparece obligado específicamente un poder del Estado (el judicial), cuya tarea consiste en juzgar; esto es, ejercer su jurisdicción al resolver el caso concreto que se ha sometido a su conocimiento, sin abstenerse de hacerlo bajo el pretexto del silencio o la oscuridad de las leyes. En una palabra, el individuo es “titular” de los derechos y libertades fundamentales y el poder judicial, en tanto y en cuanto órgano del Estado, está obligado a reconocerle y garantizarle a aquel su pleno goce y ejercicio.

Frente a las actuales formulaciones reguladoras consignadas en el nuevo Código Civil y Comercial vigente (arts. 1 y 2), no cabe escudarse en la falta o ausencia de reglamentación de un precepto convencional para negarse a aplicarlo, pues se caería en responsabilidad internacional.³⁰

²⁸ Hitters, Juan Carlos y Fappiano, Oscar L., *op. cit.*, t. I, vol. 1, párr. 188, p. 501, n. 20.

²⁹ Justo, Alberto M., “La actitud del juez frente a la transformación del derecho”, *La Ley*, Buenos Aires, tt. 9-41, 1938, Secc. Doctr.

³⁰ *Cfr.* Bidart Campos, Germán, “La interpretación de los derechos humanos en la jurisdicción internacional y en la jurisdicción interna”, AA.VV., *La*

La Corte Suprema nacional y la posibilidad de imponer astreintes...

En voto separado en una opinión consultiva de la Corte IDH, el juez Gros Espiell dijo:

El ser de estos derechos no está condicionado a la existencia de normas pertinentes en el derecho interno de los Estados partes. Pero estos Estados se hallan obligados a adoptar las medidas legislativas o de otro carácter, si no existieran ya, para hacer “efectivos” tales derechos y libertades. Se trata de una obligación adicional, que se suma a la impuesta por el art. 1º de la Convención, dirigida a hacer más determinante y cierto el respeto de los derechos y libertades que la Convención reconoce [...]. Pero este reconocimiento implica el deber de los Estados partes de respetar y garantizar dichos derechos y, de ser necesario, también de adoptar las medidas requeridas en el derecho interno para el mejor y más adecuado cumplimiento de las obligaciones que son la consecuencia del reconocimiento de esos derechos y libertades.³¹

En nuestro alegato ante la Corte IDH en el caso *Cesti Hurtado vs. Perú*, representando a la Comisión Interamericana, recordamos que Ferrajoli nos dice: “En esta sujeción de juez a la Constitución y, en consecuencia, en su papel de garante de los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos, está el principal fundamento actual de la legitimación de la jurisdicción y de la independencia del Poder Judicial de los demás poderes”.³²

Como bien lo señalaba Solari Brumana, “[...] para amparar al ser humano de los abusos del poder político, hace falta un juez”.³³ Este es el sentido actual de la frase clásica: “¿Hay jueces en Ber-

Corte y el Sistema Interamericano, San José, OEA-Unión Europea, 1994, pp. 50 y 51.

³¹ Corte IDH. OC-7/86. Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva de 29 de agosto de 1986. Serie A, núm. 7. Voto separado del juez Gros Espiell, párr. 6.

³² Téngase presente que el coautor de esta nota, doctor Oscar L. Fappiano, ha sido miembro de la CIDH y, en el asunto aquí aludido, fue delegado de ese organismo ante la Corte IDH.

³³ Solari Brumana, Juan Antonio, *Reparación del daño. El particular damnificado en el derecho penal*, Buenos Aires, Depalma, 1962, p. 21. Ampliar en Hitters, Juan Carlos y Fappiano, Oscar L., *op. cit.*, t. I, vol. 1, párr. 166, pp. 430 y ss.

lín?”. Pero es claro que debe dotárselo de los medios necesarios y suficientes para llevar a ejecución su cometido, de modo que el derecho a la justicia sea efectivo.

En su jurisdicción contenciosa, la Corte Interamericana ha ratificado su criterio de que el “objeto y el fin de la Convención Americana es la eficaz protección de los derechos humanos”, razón por la cual —agregó— “la Convención debe interpretarse de manera de darle un pleno sentido y permitir que el régimen de protección de los derechos humanos a cargo de la Comisión y de la Corte adquiera todo su ‘efecto útil’”.³⁴

En otro pronunciamiento consultivo, la Corte IDH consignó: “[...] entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquella que restringe en menor escala el derecho protegido”,³⁵ criterio que pregona el artículo 33.4 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Tal como lo consigna Gordillo:

La única interpretación finalista congruente con la circunstancia rectora del sometimiento a la Convención y al derecho internacional de derechos humanos, será aquella que busque construir soluciones en el sentido de afirmar la vigencia, garantía y aplicabilidad o exigibilidad inmediata de los derechos individuales [...] y no a la inversa, la indefensión de los individuos y su sometimiento a la autoridad o gobierno de turno, para más aislado del contexto internacional.³⁶

Basta, para corroborar esta ponencia, con revisar si la conminación de la Corte Suprema al organismo previsional nacional —Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES)— de no deducir el recurso extraordinario consagrado en el artículo 14 de la ley 48 se cumple a cabalidad por parte de aquel.

³⁴ Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras...*, cit, párrs. 30 y 69; *Caso Fairén Garbí y Solís Corrales vs. Honduras*. Fondo, sentencia de 15 de marzo de 1989, párrs. 35 y 69; *Caso Godínez Cruz vs. Honduras*. Fondo. Sentencia de 20 de enero de 1989, párrs 33 y 72; *Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia*. Sentencia de 8 de diciembre de 1985, párrs. 38 y 64.

³⁵ Corte IDH. OC-5/85..., cit., párrs. 46, 51 y 52.

³⁶ Gordillo, Agustín, *Derechos humanos*, 6a. ed., Buenos Aires, AGG, 2007, pp. II-19.

La Corte Suprema nacional y la posibilidad de imponer astreintes...

3. CONCLUSIÓN

El artículo 1 de la ley bajo análisis priva a la magistratura de una herramienta adecuada para sancionar personalmente al funcionario responsable, debilitando la función propia de todo proceso judicial de asegurar el restablecimiento del derecho conculcado en un plazo razonable, sancionar a su responsable y evitar su repetición en otros juicios.

Con base en todo lo expuesto, efectuado el control de convencionalidad, concluimos que, por el juego armónico de las normas convencionales aludidas, la prohibición del artículo 1 de la ley nacional 26.944 no responde a los contenidos axiológicos que inspiran el derecho de los derechos humanos y tampoco se ajusta al principio constitucional de razonabilidad que debe respetar la norma reglamentaria de todo derecho fundamental; en este caso, del derecho humano a accionar judicialmente contra el Estado.

Por último, nos parece importante poner de relieve el federalismo procesal que marca la CSJN en el párrafo 12 del fallo motivo de este análisis, cuando sostiene que las astreintes —como atribuciones o facultades de los jueces— “[...] no forman parte del derecho de fondo y no tienen por qué ser incluidas en la ley de fondo [...]” (cita del debate parlamentario), ya que están legisladas en los ordenamientos rituales de los diversos estados provinciales del país. Ello sin perjuicio de que no cabe duda de que las normas sustanciales en ciertas circunstancias puedan abordar reglas procedimentales (doctrina de los arts. 75, inc. 12, 122 y 124 CN).

BIBLIOGRAFÍA

BIDART CAMPOS, Germán, “La interpretación de los derechos humanos en la jurisdicción internacional y en la jurisdicción interna”, AA.VV., *La Corte y el Sistema Interamericano*, San José, OEA-Unión Europea, 1994.

BIDART CAMPOS, Germán, “Las garantías individuales. Nuevos aportes al sistema de la Constitución Nacional”, *Jornadas Nacionales del Ministerio del Interior y del Banco de la Ciudad de*

OSCAR L. FAPPIANO Y JUAN CARLOS HITTERS

- Buenos Aires, Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, del 11 al 14 de diciembre de 1989, 1990.
- CUÉTARA, José Manuel de la, *Las potestades administrativas*, Madrid, Tecnos, 1986.
- ESTEBAN, Jorge de, *Tratado de derecho constitucional*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2001, t. I.
- FAPPIANO, Oscar L., *El derecho de los derechos humanos*, Buenos Aires, Ábaco, 1997.
- GORDILLO, Agustín, *Derechos humanos*, 6a. ed., Buenos Aires, AGG, 2007.
- HITTERS, Juan Carlos, “¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos?”, *La Ley*, Buenos Aires, 2008-E, 1169.
- HITTERS, Juan Carlos y HITTERS, Juan Manuel, “Derecho procesal constitucional transnacional”, *SJA* de 13 de febrero de 2019.
- HITTERS, Juan Carlos y FAPPIANO, Oscar L., *Derecho internacional de los derechos humanos*, Buenos Aires, Ediar, 2007, t. II, vol. 2.
- JUSTO, Alberto M., “La actitud del juez frente a la transformación del derecho”, *La Ley*, Buenos Aires, tt. 9-41, 1938, Secc. Doctr.
- NIKKEN, Pedro, “Bases de la progresividad en el derecho internacional de protección de los derechos humanos”, AA.VV., *Derechos humanos en las Américas*.
- NIKKEN, Pedro, “El concepto de los derechos humanos”, AA.VV., *Estudios básicos de derechos humanos*, San José, IIDH-Comisión de la Unión Europea, 1994.
- ROSATTI, Horacio, “Globalización, estatidad y derecho”, *Estado y globalización*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2005.
- SOLARI BRUMANA, Juan Antonio, *Reparación del daño. El particular damnificado en el derecho penal*, Buenos Aires, Depalma, 1962.