

ACERCA DE LA PRETENDIDA OBLIGATORIEDAD DE LA JURISPRUDENCIA DE LOS ÓRGANOS INTERAMERICANOS DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS PARA LOS TRIBUNALES JUDICIALES NACIONALES

Ezequiel Malarino

RESUMEN. El trabajo examina la cuestión de si los tribunales judiciales nacionales tienen un deber de seguir la jurisprudencia de los órganos del sistema interamericano de protección de derechos humanos al decidir los procesos internos. En primer lugar, analiza si existe un deber semejante de derecho internacional y concluye que tal deber no puede apoyarse en la Convención Americana de Derechos Humanos y que el intento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de fundar la obligatoriedad de su jurisprudencia a través de la doctrina del control de convencionalidad (*Almonacid Arellano*) también fracasa. En segundo lugar, examina y rechaza que pueda fundarse un deber de seguir la jurisprudencia de los órganos interamericanos en el derecho argentino. Luego de discutir y rechazar la recepción de la doctrina del control de convencionalidad por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (*Mazzeo*), examina y también rechaza que ese deber pueda fundarse en el artículo 75, inciso 22, segundo párrafo, de la Constitución Nacional (*Giroldi, Bramajo*). Por último, el trabajo analiza si es posible fundar en el ordenamiento jurídico argentino un deber de tener en cuenta tal jurisprudencia, sin obligación de seguirla (*Acosta*), y, en caso de que dicho deber fuera afirmado, presenta un modelo de examen de cuatro niveles para controlar racionalmente el cumplimiento de ese deber.

Palabras clave: derecho internacional de los derechos humanos, control de convencionalidad, control jurisdiccional, jurisprudencia, Argentina.

ZUSAMMENFASSUNG. Der Beitrag befasst sich mit der Frage, ob nationale Gerichte verpflichtet sind, bei Entscheidungen in Verfahren im Land der Rechtsprechung der Organe des interamerikanischen Systems zum Schutz der Menschenrechte zu folgen. Zunächst untersucht er, ob es eine solche völkerrechtliche Verpflichtung gibt, und kommt zu dem Schluss, dass ein solches

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

Gebot nicht aus der Amerikanischen Menschenrechtskonvention abgeleitet werden kann und dass der Versuch des Interamerikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte, den verpflichtenden Charakter seiner Rechtsprechung mit der Doktrin von der Kontrolle der Vertragskonformität (*Almonacid Arellano*) zu begründen, ebenfalls fehlschlägt. An zweiter Stelle prüft er, ob sich eine Verpflichtung, der Rechtsprechung der interamerikanischen Organe zu folgen, aus dem argentinischen Recht ableiten lässt, was ebenfalls verworfen wird. Nach der Diskussion und Ablehnung der Übernahme der Doktrin von der Kontrolle der Vertragskonformität durch den Obersten Gerichtshof der Nation (*Mazzeo*) wird geprüft, ob diese Verpflichtung mit Art. 75 (22) Abs. 2 der argentinischen Verfassung (*Giroldi, Bramajo*) zu begründen ist; auch dieser Ansatz wird verworfen. Zuletzt analysiert der Beitrag die Möglichkeit, eine Verpflichtung zur Berücksichtigung der genannten Rechtsprechung ohne obligatorische Anwendung (*Acosta*) aus der argentinischen Rechtsordnung zu begründen, und stellt für den Fall, dass eine solche Verpflichtung anerkannt würde, ein Prüfmodell in vier Stufen zur rationalen Kontrolle der Umsetzung dieser Verpflichtung vor.

Schlagwörter: Internationales Recht der Menschenrechte, Kontrolle der Vertragskonformität, gerichtliche Kontrolle, Rechtsprechung, Argentinien.

ABSTRACT. This work examines the issue of whether national courts are under the obligation to follow the case law of the bodies that comprise the Inter-American system for protection of human rights when they decide cases in the national sphere. First, it discusses the possibility of an obligation based on international law and concludes that such an obligation does not derive from the Inter-American Convention on Human Rights and that the Inter-American Court's attempt to impose its case law through the doctrine of conventionality control (*Almonacid Arellano*) has also failed. Second, it analyses and refutes the possibility that the obligation of following the case law of the Inter-American bodies may be based on Argentine law. After discussing and refuting the acceptance of the conventionality control doctrine by the Supreme Court of Argentina (*Mazzeo*), it examines and also refutes the possibility that the obligation may be based on Article 75, subsection 22, second paragraph, of the National Constitution (*Giroldi, Bramajo*). Finally, the article considers the possibility of finding that the Argentine legal system establishes a duty of taking those decisions into account but not the obligation of following them (*Acosta*), and, if this were the case, it offers a four-tier examination model for monitoring compliance of such a duty.

Keywords: international human rights law, conventionality control, jurisdictional control, case law, Argentina.

EZEQUIEL MALARINO

1. En este trabajo me ocuparé de la cuestión de si los tribunales judiciales nacionales tienen una obligación de seguir la *jurisprudencia* de los órganos del sistema interamericano de protección de derechos humanos al decidir los procesos internos. Analizaré esta cuestión tanto desde el punto de vista del sistema jurídico interamericano como del sistema jurídico argentino. Esta doble perspectiva se debe, por un lado, a que la CADH no solo es fuente de obligaciones de derecho internacional para el Estado argentino, sino que también integra el ordenamiento jurídico constitucional argentino y es fuente de obligaciones de derecho interno para las autoridades estatales. De acuerdo con los artículos 31, 75 inciso 22 segundo párrafo y 116 CN, la CADH es parte del derecho federal constitucional y derecho aplicable por los jueces nacionales en los procesos judiciales internos. Asimismo, esta doble perspectiva tiene en cuenta que el ordenamiento jurídico interno puede establecer un deber de seguir la jurisprudencia de los órganos de protección del sistema interamericano o de alguno de ellos, allí donde este no lo exige, y, en general, que los argumentos para fundar o rechazar un deber semejante pueden surgir de manera diferente en el derecho interamericano y en el derecho interno, porque, si bien un deber de derecho internacional puede fundamentarse con independencia de lo que disponga el ordenamiento jurídico de un Estado, el fundamento de un deber de derecho interno exige tener en cuenta otras disposiciones del ordenamiento jurídico estatal. Por ello, esta distinción también permite ver qué es lo que exige el derecho interamericano para todos los Estados partes y, por lo tanto, cuándo el no seguimiento de la jurisprudencia de los órganos interamericanos puede generar responsabilidad internacional del Estado, y qué es lo que exige al respecto el ordenamiento jurídico interno y, por lo tanto, cuándo el no seguimiento de esa jurisprudencia puede generar algún tipo de consecuencia interna. La distinción aquí propuesta tiene en cuenta, en fin, que un quebrantamiento del derecho internacional no necesariamente supone un quebrantamiento del derecho interno, y viceversa.

Comenzaré por la pregunta acerca de la existencia de un deber de derecho internacional de seguir la jurisprudencia de los órganos del sistema interamericano (puntos 2 y 3) y luego analizaré esta cuestión desde la perspectiva del ordenamiento jurídico interno argentino (puntos 4 a 8). Finalmente, me referiré a qué podría alegarse a favor de un deber de tener en consideración la jurisprudencia de los órganos interamericanos en el ordenamiento jurídico argentino y esbozaré una suerte de *test* para controlar racionalmente ese deber, en el caso de que fuera afirmado (puntos 9 y 10).

2. Es preciso señalar, ante todo, que ninguna disposición de la CADH establece que la jurisprudencia sentada en las sentencias u opiniones consultivas de la Corte IDH

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

o en los informes de la Com IDH sea obligatoria para las autoridades nacionales. El artículo 68.1 CADH, que establece que “[l]os Estados partes se comprometen a cumplir la decisión de la Corte Interamericana en todo caso en que sean partes”, no se refiere a la jurisprudencia, sino a la parte resolutoria de la sentencia o resolución de la Corte IDH.¹ Por ello, en la CADH no puede encontrarse el fundamento de un deber de derecho internacional de seguir la jurisprudencia de los órganos del sistema interamericano.

3. Sin embargo, la Corte IDH afirmó la existencia de un deber de las autoridades judiciales nacionales de seguir su jurisprudencia al resolver los pleitos internos a través de la *doctrina del control de convencionalidad*. Como es conocido, esta doctrina establece que los tribunales de los Estados partes deben controlar la compatibilidad de su ordenamiento jurídico con la CADH, y que al realizar este examen deben tener en cuenta “no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”.² De este modo, parámetro para la determinación de la “convencionalidad” de una disposición del derecho interno no sería solo la CADH, sino también la jurisprudencia de la Corte IDH.

Sin embargo, la doctrina del control de convencionalidad se enfrenta a una objeción de peso: la obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte IDH no puede inferirse lógicamente de la cita de la jurisprudencia de ese tribunal que la afirma, pues tal tipo de argumentación presupone en sus premisas lo que se debe demostrar, a saber, si la jurisprudencia de ese tribunal es obligatoria. En otras palabras, solo es posible afirmar que existe un deber de seguir la jurisprudencia de la Corte IDH en virtud de la doctrina judicial del control de convencionalidad si antes se ha concluido que la jurisprudencia

¹ El texto del artículo 68.1 habla de “cumplir la decisión” y, por ello, indudablemente se refiere a lo ordenado por la Corte IDH y no a los fundamentos por los cuales se lo ordena, pues estos no pueden ser cumplidos. El artículo 68.2, al establecer un régimen jurídico especial respecto de uno de los contenidos posibles de la parte dispositiva, le da un respaldo sistemático a esta conclusión. Así, es posible concluir que el artículo 68 en sus dos apartados regula las obligaciones de los Estados en relación con la parte dispositiva de las sentencias de la Corte IDH. Mientras el artículo 68.1 establece que lo ordenado por la Corte IDH debe ser cumplido por los Estados partes (obviamente en los casos previstos en esa disposición), el artículo 68.2 dispone que cuando lo ordenado es una indemnización, su pago podrá ser ejecutado ante los tribunales del Estado condenado.

² Cf., entre otras, Corte IDH, *Almonacid Arellano c. Chile*, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, del 26.9.2006, § 124: “La Corte es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”.

EZEQUIEL MALARINO

de la Corte IDH (también aquella que estableció el control de convencionalidad) es obligatoria.³ Para eludir caer en una petición de principio es necesario encontrar razones independientes a la misma jurisprudencia de la Corte IDH que permitan concluir el deber de seguir dicha jurisprudencia.

Al establecer la doctrina del control de convencionalidad, la Corte IDH sugiere una razón. Argumenta que los tribunales nacionales deben seguir su jurisprudencia, porque ella es “intérprete última de la Convención Americana”. Sin embargo, este es un argumento poco afortunado, porque el hecho de que la Corte IDH sea la autoridad final en el sistema interamericano (siendo sus sentencias definitivas y no revisables: artículo 67 CADH) no apoya la conclusión de que las autoridades locales estén obligadas a seguir su jurisprudencia al aplicar la CADH en los procesos internos. En verdad, este argumento solo dice que la Corte IDH tendrá la última palabra en relación con la interpretación de la CADH en los procesos interamericanos. Ni siquiera es idóneo para fundar la obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte IDH en los procesos interamericanos (esto es, para la Com IDH), pues la cuestión de la obligatoriedad de la jurisprudencia es diferente de la cuestión de la definitividad e irrevocabilidad de una decisión. Un tribunal de última instancia tiene ciertamente la última palabra sobre un caso, pero la doctrina del caso no es necesariamente obligatoria para otros casos y otros tribunales. Para que esto sea así el sistema debe contar con una regla adicional que establezca el carácter vinculante de los precedentes (*stare decisis et quia non muovere*) y esta regla no existe en el sistema interamericano. Por eso, mal puede derivarse una obligación de seguir la jurisprudencia del solo hecho de que un tribunal tenga la autoridad final para decidir un caso.

4. En lo que sigue me propongo analizar si es posible fundar la obligatoriedad de la jurisprudencia de la Com IDH o de la Corte IDH para los tribunales nacionales con argumentos del derecho interno argentino. En principio, el derecho legislado (incluido el nivel constitucional) no establece expresamente que los tribunales locales deban seguir la jurisprudencia de los órganos interamericanos de protección de derechos humanos al aplicar la CADH en asuntos internos. Sin embargo, la CSJN en el caso *Giroldi* estableció que la jurisprudencia de la Corte IDH *debe servir de guía* para la interpretación de las disposiciones de la CADH,⁴ en el caso *Bramajo* extendió esa doctrina a la jurisprudencia de la Com IDH⁵ y, finalmente, en el caso *Mazzeo* adoptó la *doctrina del control de convencionalidad* que, como recién vimos, intenta fundamentar un deber de las autoridades

³ Cf. PGN, dictamen *Acosta*, del 10.3.2010 (SC A 93; L. XLV), punto V.

⁴ CSJN, sentencia *Giroldi*, del 7.4.1995 (*Fallos* 318:514), considerando 11.

⁵ CSJN, sentencia *Mazzeo*, del 13.7.2007 (*Fallos* 330:3248), considerando 21.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

judiciales estatales de seguir la jurisprudencia de la Corte IDH.⁶ Me ocuparé primero de este último caso y luego, conjuntamente, de los dos primeros.

5. Ya vimos que el argumento en que se asienta la doctrina del control de convencionalidad incurre en una *petitio principii* y también vimos que ni el derecho legislado argentino ni la CADH (que también integra el ordenamiento jurídico argentino) establecen un deber de las autoridades judiciales nacionales de seguir la jurisprudencia de los órganos interamericanos. Ya con esto puede rechazarse la doctrina sentada en *Mazzeo*. La adopción de la doctrina del control de convencionalidad por la CSJN implica una autovinculación de esta misma Corte a un derecho que no forma parte del ordenamiento jurídico interno. Si bien la CADH es parte del ordenamiento jurídico argentino, la jurisprudencia de la Corte IDH no lo es, y, por lo tanto, aceptar que la CSJN pueda crear jurisprudencialmente un deber de seguir la jurisprudencia de la Corte IDH *sin un fundamento legal o constitucional* supone una creación judicial de derecho que viola el principio de división de poderes.⁷

Pero la doctrina sentada por la CSJN en *Mazzeo* es problemática también en otro sentido. Al hacer propio el argumento de la Corte IDH —que del hecho de que la Corte IDH tenga autoridad final para decidir un caso e interpretar la CADH en el proceso interamericano deriva un deber de seguir su jurisprudencia por los tribunales nacionales—, la CSJN no solo confunde —al igual que la Corte IDH— dos cuestiones conceptualmente distintas, a saber la del carácter definitivo de las decisiones de los tribunales de última instancia con la del carácter obligatorio de la jurisprudencia de esos tribunales para otros tribunales u órganos, sino que también confunde —y este defecto no puede atribuírsele en principio a la Corte IDH— quién es la autoridad final para decidir un caso e interpretar la CADH en los procesos interamericanos y quién lo es en los procesos judiciales internos. Que la Corte IDH tenga autoridad final y sea el último intérprete del derecho interamericano en un proceso internacional seguido contra un Estado parte por la presunta violación de una disposición de la CADH no significa que ella sea, además, el intérprete final de la CADH en los procesos internos. La Corte IDH no es la cabeza de las administraciones de justicia nacionales, ni siquiera en cuanto

⁶ Enseguida veremos que, a pesar de *Giroldi*, ese fundamento tampoco puede encontrarse en el artículo 75, inciso 22, segundo párrafo CN.

⁷ Críticamente sobre la tendencia de la Corte IDH a entrometerse en funciones judiciales, legislativas y administrativas del Estado, cf. Ezequiel Malarino: "Activismo judicial, punitivización y nacionalización: Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en Daniel Pastor (ed.), *El sistema penal en las sentencias recientes de los órganos interamericanos de protección de los derechos humanos*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2009, pp. 47 ss.

EZEQUIEL MALARINO

respecta a la interpretación de la CADH, y tampoco existe una relación de jerarquía entre la Corte IDH y los tribunales estatales (al menos, esa relación no surge de la CADH, ni del derecho argentino).⁸ Dado que la CADH integra el derecho federal constitucional argentino, la CSJN es su último intérprete en los procesos judiciales internos (artículos 31, 108 y 116 CN).⁹ Dije que solo la CSJN —y no la Corte IDH— incurrió en esta confusión, porque mientras que el tribunal interamericano está autorizado a determinar qué debe hacer un Estado para no lesionar el derecho interamericano —y, por lo tanto, para no incurrir en responsabilidad internacional— *independientemente de lo que disponga el ordenamiento jurídico del Estado* (aunque en el caso concreto se haya equivocado en esta determinación), la CSJN no puede determinar qué deben hacer las autoridades judiciales *independientemente de lo que disponga el ordenamiento jurídico argentino*.

6. En el caso *Giroldi* la CSJN sostuvo que la jurisprudencia de la Corte IDH *debe servir de guía* para la interpretación de las disposiciones de la CADH. Toda la argumentación que la CSJN hace a favor de este deber se encuentra en el siguiente párrafo:¹⁰

Que la ya recordada “jerarquía constitucional” de la Convención Americana sobre Derechos Humanos [...] ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente, “en las condiciones de su vigencia” (artículo 75, inciso 22, § 2°), esto es, tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación. De ahí que la aludida jurisprudencia *deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales* en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana (cf. artículos 75, Constitución Nacional, 62 y 64 Convención Americana y 2.°, ley 23054”).

Desde entonces, la CSJN reiteró esta doctrina en múltiples ocasiones y la extendió desde el caso *Bramajo*, como adelanté, también a la jurisprudencia de la Com IDH. Pese a que hoy en día es una doctrina consolidada —que sobrevivió incluso a varios cambios de composición del tribunal—, su alcance no es en absoluto claro. En particular, no es claro si la frase “*servir de guía*” establece una obligación de seguir la jurisprudencia

⁸ Cf. Ezequiel Malarino: “La cara represiva de la reciente jurisprudencia argentina sobre graves violaciones de los derechos humanos. Una crítica de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del 14 de junio de 2005 en el caso Simón”, en *Jura Gentium, Revista de filosofía del derecho internacional y de la política*, V (2009), 1, (<http://www.juragentium.unifi.it/es/surveys/latina/malarino.htm>), punto VIII.

⁹ CSJN, *Giroldi*, cit., considerando 11 (énfasis agregado).

¹⁰ Cf. PGN, dictamen *Carranza Latrubesse* (SC C. 554; L. XLIV.), punto VI.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

de los órganos interamericanos (sentido fuerte) o tan solo una obligación de tenerla en consideración (sentido débil).¹¹ Si bien hasta ahora la CSJN no aclaró explícitamente en cuál de estos sentidos debe ser interpretada su doctrina, lo cierto es que al menos en un caso se encuentran varios pasajes explícitos en donde se sostiene que ella estaba obligada a seguir la jurisprudencia de la Corte IDH.¹²

En el párrafo transcrito más arriba, la CSJN parece ofrecer dos razonamientos en apoyo de la conclusión de que la jurisprudencia de la Corte IDH *debe servir de guía* para la interpretación de la CADH (para mayor claridad expositiva llamaré a uno *razonamiento A* y al otro *razonamiento B*). Aunque en ese párrafo la CSJN se refiere de manera explícita únicamente a la jurisprudencia de la Corte IDH en casos posteriores aclaró, como ya adelante, que esta doctrina es aplicable también a la jurisprudencia de la Com IDH y, por ello, en lo sucesivo analizaré la doctrina sentada en *Giroldi* con la aclaración hecha en *Bramajo*. Me voy a ocupar de estos razonamientos con el propósito de determinar si ellos pueden arrojar luz sobre el alcance de esta doctrina y si ellos realmente apoyan la conclusión de la CSJN.

7. El *razonamiento A* de la doctrina *Giroldi-Bramajo* se encuentra en la parte final del párrafo transcrito (a partir de la parte que dice “en la medida en que [...]”) y puede formularse del siguiente modo:

Dado que el Estado argentino reconoció la competencia de la Corte IDH y de la Com IDH para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la CADH (premisa), entonces la jurisprudencia de ese tribunal y de ese órgano debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales (conclusión).

Este razonamiento no es idóneo, sin embargo, para fundamentar un deber de *seguir* la jurisprudencia de los órganos interamericanos, porque el reconocimiento por el Estado argentino de la competencia de los órganos interamericanos significa que este país acepta la jurisdicción de esos órganos para conocer, en el marco de un procedimiento internacional, de todo caso en que se demande la violación por autoridades estatales de derechos o libertades garantizados en la CADH y decidir si en el caso concreto existe

¹¹ Así, CSJN, sentencia *Simón* del 14.6.2005 (*Fallos* 328:2056), especialmente considerando 14 del voto del juez Zaffaroni, considerando 25 del voto del juez Lorenzetti, considerando 24 del voto del juez Petracchi y considerando 29 del voto de la jueza Highton de Nolasco. Véanse referencias concretas en Malarino: “La cara represiva...”, o. cit., II.

¹² Más adelante mencionaré que con base en las disposiciones de la CADH relativas al proceso interamericano y a los órganos de control interamericanos, *a lo sumo* podría tratar de fundamentarse un deber débil de tener en consideración la jurisprudencia de esos órganos.

EZEQUIEL MALARINO

responsabilidad internacional del Estado argentino. Esa cuestión es completamente distinta e independiente a aquella de si los tribunales locales están obligados a seguir la jurisprudencia de los órganos interamericanos al resolver los procesos internos. Por ello, puede decirse que la premisa no es lógicamente atinente a la verdad de la conclusión, esto es, no hay ninguna conexión entre la premisa y la conclusión. Ya hemos visto que, según el ordenamiento constitucional argentino, los tribunales nacionales son los intérpretes, y la CSJN es el último intérprete, del derecho federal (Constitución nacional, leyes nacionales y tratados internacionales) en los procesos judiciales internos (artículos 31, 108 y 116 CN). La aceptación de la competencia de los órganos interamericanos en relación con los procesos interamericanos no altera la asignación de competencias judiciales establecida en la Constitución, ni la independencia de criterio de los jueces nacionales garantizada en ella.¹³

8. El *razonamiento B* se encuentra en la primera parte del texto citado y se compone de dos razonamientos en cadena, algunas de cuyas proposiciones no están enunciadas explícitamente (entimemas). Expondré estos razonamientos explicitando las partes omitidas. El *primer razonamiento* puede formularse como sigue:

Dado que la CADH tiene jerarquía constitucional “en las condiciones de su vigencia” (premisa), y dado que “en las condiciones de su vigencia” significa tal como rige en el ámbito internacional y particularmente tal como es interpretada por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación, esto es, por la Corte IDH y la Com IDH (premisa), entonces la CADH tiene jerarquía constitucional tal como rige en el ámbito internacional y particularmente tal como es interpretada por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación, esto es, por la Corte IDH y la Com IDH (conclusión).

Esto es así, porque si el elemento *a* tiene la propiedad *b*, y el elemento *b* es definido como equivalente a *c*, entonces el elemento *a* tiene la propiedad *c*. De este modo, si se afirma que “la CADH” (*a*) tiene la propiedad de regir como derecho constitucional “en las condiciones de su vigencia” (*b*), y si se define “en las condiciones de su vigencia” (*b*) como “tal como rige en el ámbito internacional y particularmente tal como es interpretada por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación, esto es, por la Corte IDH y la Com IDH” (*c*), entonces debe concluirse que “la CADH”

¹³ Más adelante mencionaré que con base en las disposiciones de la CADH relativas al proceso interamericano y a los órganos de control interamericanos, a lo sumo podría tratar de fundamentarse un deber débil de tener en consideración la jurisprudencia de esos órganos

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

(a) tiene la propiedad de regir como derecho constitucional “tal como rige en el ámbito internacional y particularmente tal como es interpretada por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación, esto es, por la Corte IDH y la Com IDH” (c).

La conclusión de este primer razonamiento es, a su vez, la premisa implícita en la que se apoya la conclusión final (explícita) de la CSJN. Este *segundo razonamiento* puede formularse como sigue:

Dado que la CADH tiene jerarquía constitucional tal como rige en el ámbito internacional y particularmente tal como es interpretada por la Corte IDH y la Com IDH (premisa), entonces la jurisprudencia de esos órganos debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales (conclusión).

Este *razonamiento B* parece sostener el *carácter vinculante* de la jurisprudencia de los órganos interamericanos. Esto puede apreciarse si se desarrolla la conclusión del *primer razonamiento*, que es el fundamento (premisa) de la conclusión final de la CSJN de que la jurisprudencia de la Corte IDH y de la Com IDH *debe servir de guía* para la interpretación de las disposiciones de la CADH: pues, si la CADH *tiene* jerarquía constitucional tal como rige en el ámbito internacional y particularmente tal como es interpretada por la Corte IDH y la Com IDH, entonces no solo el texto de la CADH, sino también la jurisprudencia de los órganos del sistema interamericano que interpretan ese texto *tiene* rango constitucional y, por lo tanto, es obligatoria para los tribunales nacionales por mandato constitucional. Esto puede ser formulado a través de los siguientes razonamientos en cadena:

Dado que la CADH tiene jerarquía constitucional tal como rige en el ámbito internacional y particularmente tal como es interpretada por la Corte IDH y la Com IDH (premisa), entonces la jurisprudencia de la Corte IDH y de la Com IDH que interpreta el texto de la CADH tiene jerarquía constitucional (conclusión)

Y porque el enunciado una “norma tiene jerarquía constitucional” presupone que esa “norma es parte del derecho constitucional”, la conclusión recién expuesta puede expresarse con la siguiente proposición materialmente equivalente:

La jurisprudencia de la Corte IDH y de la Com IDH que interpreta el texto de la CADH es parte del derecho constitucional.

EZEQUIEL MALARINO

Y ahora estamos en condiciones de formular el siguiente razonamiento:

Dado que el derecho constitucional debe ser aplicado por las autoridades judiciales (premisa), y dado que la jurisprudencia de la Corte IDH y de la Com IDH que interpreta el texto de la CADH es parte del derecho constitucional (premisa), entonces la jurisprudencia de la Corte IDH y de la Com IDH debe ser aplicada por las autoridades judiciales (conclusión).

Por lo visto, con el *razonamiento B*, que puede inferirse de la primera parte del párrafo arriba transcrito, la CSJN parece derivar de la propia Constitución nacional, a través de la interpretación de la cláusula “en las condiciones de su vigencia” del artículo 75 inciso 22 segundo párrafo CN, una obligación de seguir la jurisprudencia de los órganos interamericanos. Bajo esta interpretación, la frase “servir de guía” solo puede tener el sentido fuerte de obligación de seguir o acatar la jurisprudencia de los órganos interamericanos.

Ahora bien, lo primero que hay que analizar es si el *razonamiento B* apoya la conclusión a la que llega la CSJN. Creo que este razonamiento no es capaz de establecer la verdad de la conclusión a la que arriba y no es lo es, porque *la conclusión de su primer razonamiento es circular: solo afirma lo que afirman sus premisas*. Podemos verificar esta *petitio principii* si, en ese primer razonamiento, reemplazamos la frase “en las condiciones de su vigencia” (que antes identificamos como elemento *b*) por la frase “tal como rige en el ámbito internacional y particularmente tal como es interpretada por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación, esto es, por la Corte IDH y la Com IDH” (que antes identificamos como elemento *c*). Como antes vimos, ambas frases son materialmente equivalentes en la argumentación de la CSJN y, por lo tanto, intercambiables. Esta sustitución, que deja inalterada la conclusión, elimina la segunda premisa por superflua y modifica lingüísticamente, pero no conceptualmente, la primera premisa, nos permite ver claramente el carácter circular del razonamiento. Ese *primer razonamiento*, luego de efectuado el reemplazo, quedaría formulado del siguiente modo:

Dado que la CADH tiene jerarquía constitucional tal como rige en el ámbito internacional y particularmente tal como es interpretada por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación, esto es, por la Corte IDH y la Com IDH (premisa), entonces la CADH tiene jerarquía constitucional tal como rige en el ámbito internacional y particularmente tal como es interpretada por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación, esto es, por la Corte IDH y la Com IDH (conclusión).

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

Dado que la conclusión solo repite lo que dice la premisa, el razonamiento, aunque perfectamente válido, es incapaz de *establecer* la verdad de su conclusión. La premisa no es lógicamente inatinerente a la verdad de la conclusión, pues si la premisa fuera verdadera, la conclusión también debería serlo (ya que se trata de la misma proposición), sino que *la premisa es lógicamente inatinerente al propósito de probar o establecer la conclusión*.¹⁴

Pues bien, dado que la validez de un razonamiento no garantiza que la conclusión sea verdadera¹⁵ y dado que el razonamiento de la CSJN no hace nada para probar la conclusión a la que arriba (esto es, la CSJN no da ninguna razón a favor de su conclusión), hay que preguntarse si esa proposición (que como acabamos de ver es premisa y conclusión del razonamiento) es verdadera. ¿Es verdadero que la CADH tenga jerarquía constitucional tal como rige en el ámbito internacional y particularmente tal como es interpretada por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación? Esto depende de la aceptabilidad de esa proposición. A continuación voy a exponer algunas razones que me persuaden de que la conclusión de la CSJN es inaceptable. El problema reside en que ella interpretó incorrectamente la frase “en las condiciones de su vigencia” contenida en el artículo 75 inciso 22 segundo párrafo CN y esa incorrecta interpretación la llevó a la conclusión de que la jurisprudencia de los órganos interamericanos debe ser seguida por las autoridades judiciales nacionales.¹⁶ Tal conclusión se enfrenta, al menos, con los siguientes problemas:

- i. Primero, esta interpretación conduciría a la invalidez de la parte del artículo 75 inciso 22 CN en la que pretende apoyarse. En efecto, si la cláusula “en las condiciones de su vigencia” significase que, además del texto de los tratados expresamente mencionados en el artículo 75 inciso 22 segundo párrafo CN, también la jurisprudencia de los órganos internacionales de control respectivos que interpretan el texto de esos tratados *forman parte* de la Constitución (y esto precisamente es lo que se deriva, como recién hemos visto, de la argumentación de la CSJN), entonces cada cambio en la jurisprudencia de estos órganos tendría, en los hechos, el efecto de modificar la Constitución (nótese que esa disposición dice “*tienen* jerarquía constitucional, en las condiciones

¹⁴ Irving M. Copi: *Introducción a la lógica*, Buenos Aires: Eudeba, 1999 (1972), pp. 94 ss.

¹⁵ *Ibidem*, p. 35.

¹⁶ Esta interpretación y varios de los argumentos que siguen se encuentran ya en Malarino: “La cara represiva...”, o. cit., VI-VIII. Seguidos en PGN, *Acosta*, cit., punto V.

EZEQUIEL MALARINO

de su vigencia”).¹⁷ Pero dado que la Convención Nacional Constituyente de 1994 no estaba habilitada para modificar el régimen de reforma constitucional del artículo 30 CN (la ley 24309,¹⁸ que declaró la necesidad de la reforma constitucional, no lo incluyó y dicho régimen se encuentra regulado, por lo demás, en la primera parte de la Constitución, cuya modificación esa misma ley había prohibido explícitamente), esta conclusión resulta poco persuasiva, porque conduciría a la invalidez de la reforma constitucional en dicho punto.

- ii. Segundo, esa interpretación convertiría a los órganos interamericanos en intérpretes supremos de una porción del derecho constitucional argentino (precisamente aquella porción que corresponde a la CADH) en contra de lo dispuesto en los artículos 108 y 116 CN. Sin embargo, no es plausible sostener que la reforma constitucional de 1994, a través de la cláusula “en las condiciones de su vigencia” incorporada en el artículo 75 inciso 22 segundo párrafo CN, haya modificado los citados artículos 108 y 116, pues la ley 24309 tampoco atribuyó a la Convención Nacional Constituyente competencia para modificar las normas de la Constitución relativas al régimen de organización y atribuciones del Poder Judicial de la Nación; por lo tanto, esa reforma constitucional no podía alterar la competencia de los tribunales nacionales en cuanto a la interpretación de las disposiciones de derecho federal constitucional y de la CSJN como órgano supremo de esa interpretación. En efecto, el artículo 116 CN establece que corresponde a la CSJN y a los tribunales inferiores de la Nación el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, por las leyes de la Nación y por los tratados con las naciones extranjeras. El artículo 108, por su parte, sitúa en la cúspide de la estructura judicial argentina, como último interprete del derecho federal, a la CSJN. Este modelo de organización judicial establece, entonces, que son los tribunales que integran el poder judicial *de la Nación*, y en última instancia la CSJN, los que deben decidir *todas* las cuestiones referidas a la interpretación de la *Constitución*, de las leyes de la Nación y *de los tratados internacionales en relación con los procesos judiciales internos*. Dado que, como se dijo, este modelo constitucional de

¹⁷ Énfasis agregado.

¹⁸ Publicada en el *Boletín Oficial* el 31 de diciembre de 1993.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

organización judicial no estaba incluido en el temario de la ley de necesidad de reforma de 1993, la Convención Nacional Constituyente de 1994 no tenía competencia para reformarlo. Por ello, una interpretación que sostuviese que los tribunales nacionales ya no son los intérpretes auténticos en los procesos judiciales internos de una porción del derecho federal constitucional (en el caso, de la CADH) y que la CSJN ya no es su último intérprete sería insostenible, porque conduciría a la invalidez de la reforma constitucional en dicho punto.¹⁹

- iii. Tercero, más allá del problema señalado en el punto anterior, la CSJN tampoco podría desapoderarse de su función de último intérprete del derecho federal, obligándose a sí misma a seguir la jurisprudencia de los órganos interamericanos (o de cualquier otro órgano) en relación con una parte del derecho federal constitucional, pues esta función de último intérprete del derecho federal, atribuida a la CSJN por los artículos 116 y 108 CN, no es disponible. No se trata de un derecho subjetivo de la CSJN sino de una función institucional indelegable.
- iv. Cuarto, la interpretación que aquí se cuestiona no solo convierte a los órganos interamericanos en autoridades judiciales supremas de una parte del derecho federal constitucional (argumentos *ii* y *iii*), sino que, al asignarle rango constitucional a la jurisprudencia de esos órganos (argumento *i*), crea una suerte de *binding precedent* en relación con esa jurisprudencia. Sin embargo, es poco razonable que el constituyente haya querido introducir el sistema del precedente vinculante, que es completamente ajeno a la esencia del sistema jurídico argentino,²⁰ en relación con un órgano que no forma parte de las instituciones argentinas, en una disposición ubicada en la parte de la Constitución nacional referida a las atribuciones del Congreso nacional y en una fórmula críptica como aquella de “en las condiciones de su vigencia”.

¹⁹ Cf. CSJN, sentencia *Fayt* del 19.8.1999 (*Fallos* 322:1616).

²⁰ El sistema del precedente vinculante existe en el sistema jurídico argentino únicamente en relación con los fallos plenarios (y su compatibilidad constitucional ha sido puesta en duda por parte de la doctrina). Ni siquiera las sentencias de la CSJN tienen ese carácter. Si bien la CSJN ha establecido que los jueces inferiores deben, en principio, seguir su jurisprudencia, estos pueden apartarse de ella si proporcionan nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición allí adoptada. La única carga que pesa sobre los tribunales inferiores es la de explicar estas razones (cf. entre muchas otras, sentencia CSJN, *Cerámica San Lorenzo*, del 4.7.1985 (*Fallos* 307:1094), considerando 2).

EZEQUIEL MALARINO

- v. Quinto, la interpretación aquí criticada también podría traer problemas prácticos en la aplicación del derecho. Tal como está expresada, la doctrina sentada en *Giroldi-Bramajo* no se aplicaría únicamente a la jurisprudencia de la Corte IDH y de la Com IDH, sino también a la de otros tribunales u órganos internacionales competentes para la interpretación y aplicación de alguno de los tratados internacionales mencionados en el artículo 75 inciso 22 segundo párrafo CN. Si esa doctrina fundamentase un deber de *seguir* la jurisprudencia de estos órganos, podría plantearse un problema en el caso de que existiese jurisprudencia incompatible entre diferentes órganos de protección de derechos humanos en relación con un derecho consagrado de manera similar en distintos tratados internacionales con jerarquía constitucional según el artículo 75 inciso 22 segundo párrafo CN (por ejemplo, entre la jurisprudencia de la Corte IDH sobre la CADH y la del CDH sobre el PIDCP). En tal caso, se plantearía el problema de que el seguimiento de la jurisprudencia de un órgano implicaría el no seguimiento de la jurisprudencia del otro. Si los tribunales nacionales estuviesen obligados a seguir, en virtud de la doctrina sentada en *Giroldi*, la jurisprudencia de ambos órganos, entonces frente a casos de jurisprudencia incompatible ellos se encontrarían ante el siguiente dilema: cumplir el deber de seguir la jurisprudencia en relación con la jurisprudencia de un órgano e incumplir ese mismo deber en relación con la jurisprudencia del otro órgano. Por ello, el sometimiento simultáneo a la jurisprudencia de diferentes órganos internacionales podría provocar problemas de coherencia en el sistema jurídico argentino y en definitiva problemas en la aplicación del derecho.²¹ Evidentemente, este último argumento es solo un argumento en contra de las consecuencias prácticas que podría generar la doctrina sentada en *Giroldi*, y no, a diferencia de los anteriores, un argumento en contra de que el deber afirmado en *Giroldi* pueda fundarse en el ordenamiento jurídico constitucional argentino. Sin embargo, al señalar tales problemas, este argumento puede contar como

²¹ El hecho de que algunos de estos problemas podrían ser solucionados eligiendo la interpretación que otorgue la protección más amplia del derecho en cuestión (un deber de interpretación más favorable a la persona podría derivarse de los arts. 29.b CADH y 5.2 PIDCP) no elimina la objeción de que la doctrina sentada en *Giroldi* es propicia para generar problemas de coherencia y de aplicación del derecho. Además, estos problemas no siempre podrán solucionarse adecuadamente, pues es probable que no sea claro, por un lado, cuál es la interpretación que ofrece la protección más amplia, y, por el otro, que la interpretación más amplia del derecho específico sea la que mejor protege los derechos humanos en general (en consideración a otros derechos).

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

un argumento —si bien por sí solo poco poderoso— en contra de que la cláusula “en las condiciones de su vigencia” tenga el significado que la CSJN le atribuye, pues es poco razonable que el constituyente en una cuestión tan importante haya actuado con tanto descuido de no prever los efectos de esa norma sobre la coherencia del sistema.

- vi. Sexto, los argumentos expuestos (especialmente *i*, *ii* y *iii*) no solo se oponen a la posibilidad de fundar una obligación de los tribunales nacionales de seguir la jurisprudencia de los órganos interamericanos a través de la cláusula “en las condiciones de su vigencia” del artículo 75 inciso 22 segundo párrafo CN, sino que rechazan en absoluto que pueda fundarse una obligación de este tipo en el ordenamiento jurídico argentino vigente. Y si no existe ningún fundamento legal en el ordenamiento jurídico interno para sostener la existencia de ese deber, entonces a la doctrina sentada en *Giroldi-Bramajo* también le cabe el argumento esgrimido contra la doctrina sentada en *Mazzeo* referido a la violación del principio de división de poderes: aceptar que la CSJN pueda crear por vía jurisprudencial un deber de seguir la jurisprudencia de los órganos interamericanos *sin ningún fundamento en el ordenamiento jurídico argentino* supone una creación judicial de derecho que viola el principio de división de poderes (precisamente, la creación jurisprudencial de una norma que dice que la jurisprudencia de la Corte IDH es vinculante para los tribunales nacionales).

Estas razones muestran que la interpretación que hizo la CSJN de la frase “en las condiciones de su vigencia” es problemática. Ahora mostraré que existe otra interpretación posible de esa frase que no presenta estos problemas y es absolutamente compatible con el ordenamiento jurídico argentino. Esa frase no significa, como supuso la CSJN, “tal como rige en el ámbito internacional y especialmente tal como es interpretada por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación, esto es, por la Corte IDH y la Com IDH”, sino algo bastante distinto: “tal como rige, *al momento de la constitucionalización*, en el ámbito internacional e interno *para Argentina*”. Con esa frase se establece que los instrumentos internacionales mencionados en el artículo 75 inciso 22 segundo párrafo CN se incorporan al derecho constitucional argentino con las *reservas* que a su respecto hubiere hecho el Congreso de la Nación al momento de aprobarlos y hubiere luego expresado el Estado argentino al momento de ratificarlos.

EZEQUIEL MALARINO

Así rigen para Argentina esos tratados en el ámbito internacional (artículos 19 y siguientes de la CVDT) y con ese mismo alcance fueron integrados al ordenamiento jurídico interno ya antes de su constitucionalización a través de la reforma constitucional de 1994 (artículo 31 CN). De este modo, la reforma constitucional solo ha *elevado* a rango constitucional ciertos tratados —que ya formaban parte del derecho argentino inferior y ya fundamentaban obligaciones de derecho internacional del Estado argentino frente a otros Estados— *tal como esos tratados ya regían e imponían obligaciones de derecho interno y de derecho internacional para las autoridades estatales*. En fin, a favor de que la frase “en las condiciones de su vigencia” sea interpretada en el sentido aquí sugerido hay varios argumentos:

- i. Primero, su lenguaje permite esta conclusión (argumento gramatical).
- ii. Segundo, el contexto en el que esta norma está inserta, esto es, como disposición de la Constitución nacional argentina, hace más plausible interpretar el término *vigencia*, allí contenido, como vigencia para Argentina y no vigencia en el orden internacional (argumento contextual).
- iii. Tercero, según consta en las transcripciones de los debates de la Convención nacional constituyente de 1994, esta era la interpretación de los propios constituyentes (argumento teleológico-subjetivo o histórico).²²
- iv. Cuarto, es absolutamente razonable, como ya adelanté, que a través de esa cláusula solo se haya *elevado* a rango constitucional ciertos tratados —que ya integraban el derecho argentino y fundamentaban obligaciones internacionales a Argentina— tal como esos tratados ya regían y vinculaban en el derecho interno y en el derecho internacional a las autoridades estatales (argumento teleológico-objetivo).
- v. Por último, esta interpretación es perfectamente compatible con el resto del ordenamiento jurídico constitucional argentino y no se enfrenta a ninguna de las objeciones antes señaladas contra la doctrina sentada en *Giroldi* (argumento sistemático).

²² Centro de Estudios Constitucionales y Políticos del Ministerio de Justicia de la Nación: *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, tomo V, Buenos Aires: Ministerio de Justicia de la Nación, 1995, pp. 5184 y 5325. En la doctrina siguen esta posición Humberto Quiroga Lavié: *Constitución de la Nación Argentina comentada*, Buenos Aires: Zavallía, tercera edición, 2000, p. 483; Gregorio Badeni: “El caso *Simón* y la supremacía constitucional”, en *La Ley* 2005-D, pp. 643 ss.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

9. Ahora me referiré brevemente a la cuestión de si, en lugar de un deber de seguir la jurisprudencia de los órganos interamericanos, es posible fundar en el ordenamiento jurídico argentino al menos un deber de los tribunales nacionales de *tener en consideración* esa jurisprudencia. A esta conclusión llegó el procurador general en el caso *Acosta* tras rechazar la obligatoriedad de la jurisprudencia interamericana.²³ Aunque la fundamentación de un deber semejante seguramente tenga muchas más perspectivas de éxito que la de un deber de seguir la jurisprudencia (al menos no se enfrenta a las objeciones que hemos hecho a este deber), no estoy seguro de si tal deber tiene un sustento en el ordenamiento jurídico argentino, al menos este sustento no es del todo claro. Seguro que este deber no puede derivarse del hecho de que el Estado argentino haya ratificado la CADH y reconocido la competencia de los órganos interamericanos, pues, como vimos en relación con el *razonamiento A* de la sentencia *Giroldi*, esto solo significa que Argentina acepta la jurisdicción de esos órganos para conocer y decidir, en el marco de un procedimiento internacional, sobre la responsabilidad internacional del Estado argentino en un caso en el que se alegue la violación por alguna autoridad estatal de algún derecho o libertad garantizado en la CADH, y no guarda relación alguna con la cuestión de si los tribunales locales están obligados a seguir la jurisprudencia de los órganos interamericanos al decidir los procesos internos. Un argumento a favor de este deber —aunque no sé hasta qué punto suficiente— probablemente pueda encontrarse no ya en el hecho de que el Estado argentino aceptó la jurisdicción de los órganos interamericanos, sino en el hecho de que la CADH es parte del derecho federal constitucional argentino. Como es sabido, la CADH fue incorporada íntegramente al ordenamiento jurídico interno y luego con ese mismo alcance fue constitucionalizada. Esto significa que también la parte relativa al proceso internacional y a los órganos de control es parte del derecho supremo argentino. ¿Qué significan esas normas *en cuanto normas que integran el ordenamiento jurídico constitucional argentino*? Desde luego, ellas no significan que esos órganos se convierten en órganos supremos internos, ni que su jurisprudencia sea obligatoria para las autoridades estatales (esa interpretación se enfrentaría a muchas de las objeciones que hicimos antes en relación con el *razonamiento B* de la sentencia *Giroldi*), pero probablemente ellas sí pongan de manifiesto una decisión de derecho constitucional de respetar y reconocer a esos órganos internacionales como órganos especializados en la protección de los derechos humanos garantizados en la CADH. Una forma de hacer efectivo ese reconocimiento es a través de la consideración

²³ PGN, *Acosta*, cit., punto V.

EZEQUIEL MALARINO

de su jurisprudencia. Este quizás sea el sentido en que habría que entender a esas normas de la CADH como normas que pertenecen al sistema jurídico argentino y son aplicables por los jueces nacionales (artículos 31 y 116 CN).²⁴

10. En lo siguiente examinaré en qué puede consistir un deber semejante de tener en cuenta la jurisprudencia de los órganos interamericanos y cómo podría controlarse racionalmente su cumplimiento. Al respecto, partiré del examen en cuatro niveles propuesto por el procurador general de la Nación en su dictamen en la causa *Acosta*, que ofrece elementos importantes para la concreción de este deber. Según este examen, a fin de cumplir el deber de tener en consideración la jurisprudencia de los órganos interamericanos de protección de derechos humanos los tribunales nacionales deberían al tomar sus decisiones proceder con arreglo a los siguientes pasos:

- a. *Identificación de la jurisprudencia.* En primer lugar, los tribunales nacionales deberían verificar si existe jurisprudencia de la Corte IDH o de la Com IDH sobre una disposición de la CADH relevante para la solución de la cuestión debatida en el proceso interno. Este deber de identificación está presupuesto en el deber de tener en consideración, pues solo es posible considerar algo que es conocido. El deber de identificación procura evitar el uso arbitrario de la jurisprudencia de los órganos interamericanos por los tribunales nacionales, esto es, que esa jurisprudencia sea usada solamente cuando apoya el punto de vista que el tribunal previamente decidió sostener y omitida cuando se oponga a ese punto de vista. Por ello, para que esta finalidad pueda ser alcanzada el deber de identificación debe ser entendido como un

²⁴ Probablemente también por esto el procurador general ha entendido que en este sentido limitado de *deber de tener en consideración* debería ser entendida la frase de la CSJN de que la jurisprudencia de los órganos de protección del sistema interamericano *debe servir de guía* para la interpretación de los preceptos convencionales (cf. PGN, *Acosta*, cit., punto V). Por otra parte, y más allá de la equivocada interpretación que hizo la CSJN de la frase “en las condiciones de su vigencia”, la frase *debe servir de guía* parece adecuarse mejor, según su lenguaje, a un deber de *tener en cuenta* que a uno de *seguir* la jurisprudencia. Para explicar el punto es útil recurrir a la distinción entre *ser guiado por* una regla y *seguir* una regla (En esto sigo a Frederick Schauer: *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*, trad. de C. Orunesu y J. L. Rodríguez, Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2004, pp. 174 ss.), y aplicarla al caso de la jurisprudencia de los órganos interamericanos. Decimos que una regla *guía* la conducta de un agente, porque le otorga razones para actuar de acuerdo con ella. Pero que el agente tenga una razón para actuar en un determinado sentido no significa que deba actuar necesariamente en ese sentido, pues esas razones pueden no ser absolutas. *Ser guiado por* una regla exige solamente que el agente tome la existencia de la regla como una razón, si bien no necesariamente concluyente, para la acción. *Seguir* una regla exige, en cambio, tanto ser guiado por la regla como actuar de conformidad con ella. Por lo tanto, servirse de la jurisprudencia de los órganos interamericanos como *guía* en la toma de la decisión es más próximo, por su lenguaje, a tomar en serio las razones de esa jurisprudencia que a seguir esa jurisprudencia.

SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL

deber de identificación completa y exhaustiva. Una sentencia nacional que omite identificar jurisprudencia relevante sobre la cuestión debatida incumple el deber de tener en consideración. Es preciso aclarar, además, que en el ordenamiento jurídico argentino solo es posible fundar, *a lo sumo*, un deber de tener en consideración (y, por ello, también un deber de identificar) la jurisprudencia de los órganos interamericanos *referida a una disposición de la CADH*. En cambio, no es posible afirmar un deber semejante en relación con doctrinas de estos órganos completamente desvinculadas del texto de la CADH.

- b. *Identificación de la doctrina de la jurisprudencia*. En segundo lugar, los tribunales nacionales deberían determinar cuál es la doctrina que se desprende de la(s) sentencia(s) o informe(s) pertinente(s). Al respecto, se plantea la cuestión de si las consideraciones hechas en una sentencia de la Corte IDH o en un informe de la Com IDH referidas a una disposición de la CADH, pero que no tuvieron relevancia para la solución del caso concreto decidido por el órgano interamericano puede valer como doctrina. Siguiendo un punto de vista consolidado en la teoría del precedente o del derecho judicial, el procurador general sostuvo que “lo que puede contar como doctrina de un fallo (en tanto regla jurídica aplicable a otros supuestos) es únicamente lo que estableció un tribunal para resolver un caso (*ratio decidendi*) y no, en cambio, otras manifestaciones vertidas en la sentencia, pero sin relevancia para su resolución (*obiter dictum*)”.²⁵ Si bien este punto de vista cuenta con una larga tradición en la teoría del precedente, creo que las manifestaciones que hace un órgano especializado sobre el alcance de una disposición de la CADH también deben ser tenidas en consideración para la interpretación de la disposición en cuestión. No creo que sea necesario exigir que la doctrina requerida por este examen se deba recabar exclusivamente de los argumentos usados en la sentencia o informe para resolver el caso, porque aquí no se trata de *seguir una regla* establecida judicialmente para resolver un caso, sino de considerar una interpretación respecto a una disposición de parte de un órgano especializado. Sea como fuere, es evidente que los tribunales nacionales deberían prestar especial atención en la identificación precisa de la doctrina que emerge de la jurisprudencia de los órganos intera-

²⁵ PGN, dictamen *Araujo*, del 16.6.2010 (SC A 378; L. XLV), punto II.

EZEQUIEL MALARINO

americanos con el fin de evitar el riesgo de usos arbitrarios o tergiversaciones de esta jurisprudencia o incluso posibles manipulaciones.

- c. *Aplicabilidad de la doctrina al caso concreto.* En tercer lugar, los tribunales deberían examinar minuciosamente si la doctrina extraída de la jurisprudencia de los órganos interamericanos es aplicable al caso concreto, esto es, deben evaluar si el caso particular bajo examen en el proceso interno es una instancia del caso general (doctrina) que se infiere de la jurisprudencia de tales órganos. Esto requiere que el caso concreto que debe decidir el tribunal nacional no presente diferencias relevantes con aquel decidido por los órganos internacionales.
- d. *Compatibilidad de la doctrina aplicable con el orden jurídico constitucional.* Por último, los tribunales deben examinar si el ordenamiento jurídico constitucional no se opone a la aplicación de la doctrina derivada de la jurisprudencia del órgano internacional pertinente. Al respecto, el tribunal nacional debería discutir razonadamente esa doctrina en el marco de todo el orden constitucional y, con base en este análisis, decidir si, en el caso concreto, corresponde seguirla o no. El deber de tomar en consideración la jurisprudencia de estos órganos se satisface aun cuando el tribunal nacional no siga finalmente esa doctrina, pero en tal caso el tribunal debería fundamentar debidamente su decisión.

En fin, si es que se acepta un deber de tener en cuenta la jurisprudencia de los órganos interamericanos, este modelo de examen, estructurado en cuatro niveles, puede ser de utilidad para controlar racionalmente el cumplimiento de ese deber y evitar arbitrariedades en la aplicación de jurisprudencia de los órganos interamericanos.