La Tablada.

Muchas veces, a quienes seguimos la jurisprudencia de la Corte, nos toca leer y analizar fallos de la Corte Federal que resultan cuestionables. Muchas veces, a quienes enseñamos a nuestros alumnos a leer el 'derecho vivo', nos cuesta hacerles entender que también las nueve cabezas más destacadas pueden cometer errores. Sin embargo hay fallos que son más difíciles de explicar que otros.

Hoy proponemos la lectura y análisis de la sentencia de la Corte en la causa "Recurso de hecho deducido por el Estado Nacional en la causa Felicetti, Roberto y otros s/ revisión - causa n° 2813-" fallada en 21/12/00, más conocida como caso 'La Tablada'.

Sin embargo hay varios errores en los considerandos de la mayoría que vale la pena destacar, aunque más no sea para llamar a la reflexión de la comunidad jurídica lo cual puede colaborar a evitar su repetición.

## BREVE RESUMEN

Por los hechos (de público conocimiento) del intento de copamiento al cuartel de La Tablada en enero de 1989, Felicetti y los demás recurrentes fueron condenados por la Sala I de la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín mediante sentencia dictada el 5 de octubre de 1989.

Cabe aquí señalar que la Cámara Federal de Apelaciones era en 1989 el superior tribunal de la causa, ya que recién en 1992 se crearía la Cámara Nacional de Casación Penal.

De esta sentencia se interpuso Recurso Extraordinario que fuera desestimado por la Corte en su momento (Fallos 315:319 y 315:325).

Paralelamente, los condenados inician un procedimiento de denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (ComIDH), la cual emite su informe 55/97, recomendando al Estado Argentino:

*"i. Que proporcione los mecanismos y las garantías necesarias para realizar una investigación independiente, completa e imparcial de los hechos acontecidos a partir del 23 de enero de 1989 y analizados en este informe, con el objeto de identificar y sancionar a todas las personas que resulten individualizadas como responsables de las violaciones a los derechos humanos mencionadas en las conclusiones expuestas supra VII.*

*ii. Que en cumplimiento de sus obligaciones previstas en los artículos 2 y 8.2.h de la Convención Americana, adopte las medidas necesarias con arreglo a sus procedimientos*

*constitucionales, a fin de hacer plenamente efectiva, en lo sucesivo, la garantía judicial del derecho de apelación a las personas procesadas bajo la Ley 23.077.*

iii. Que, en virtud de las violaciones de la Convención Americana arriba expuestas, adopte las medidas más apropiadas para reparar a las víctimas o sus familiares el daño sufrido por las personas individualizadas en el párrafo 436(A) y 436(B).”

Pese a conocer la Corte el informe cuando analiza por primera vez el caso, por distintos motivos (algunos acertados), no lo toma en consideración.

Con este informe en su mano los condenados insistieron en la necesidad de un juicio de revisión. Nunca lo obtuvieron.

Finalmente intentaron plantear un recurso de revisión de sentencia ante la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal la cual lo rechazó. Dicha sentencia desestimatoria fue consentida por los interesados.

Hasta que, en medio de una huelga de hambre de los presos, el 11 de diciembre de 2000, la ComIDH envía una nota al Estado Argentino advirtiendo, por última vez, que debe dar cumplimiento al informe 55/97 respecto de los condenados por los hechos de La Tablada.

Frente a esta advertencia, sumada a la huelga de hambre, el Poder Ejecutivo Nacional, con Jorge De La Rúa como flamante Ministro de Justicia, dicta el decreto 1164/00 instruyendo al Procurador del Tesoro de la Nación (PTN) para que interponga Recurso Extraordinario en el recurso de revisión.

Así lo hace el Procurador Marcer y la Cámara de Casación lo deniega por falta de legitimación, por lo cual llega en queja a la Corte.

La Corte acepta considerar el recurso, que finalmente es rechazado por cinco de los ministros, con graves disidencias de los otros cuatro.

Hecha esta breve referencia, nuestro trabajo se limitará a analizar algunas ‘perlitas’ que ponen al descubierto serias deficiencias lógicas en el razonamiento de la Corte.

La legitimación del Procurador del Tesoro de la Nación

En primer lugar, la CSJN entiende, al igual que la Cámara de Casación y el Procurador ante la Corte, que el PTN no está legitimado para actuar en esta causa:

“desde el comienzo de estas actuaciones quedaron claramente delimitadas las partes que tienen interés en el proceso y que están legitimadas para actuar en él, las que son como correctamente sostiene el fallo impugnado, por un lado, los condenados, representados por sus defensores particulares o por el Ministerio Público de la Defensa, y, por otro, el Ministerio Público Fiscal”

En primer lugar debemos decir, como siempre sostenemos, que acudir a planteos formales cuando están en juego valores constitucionales del más alto grado es siempre una

cobardía judicial inexcusable (vid. Petracchi 5º). La aplicación del popular "ius gambeteandi" para intentar esquivar pronunciarse es imperdonable en el tribunal más alto de nuestro sistema. Merece aquí citarse a Dromi cuando dice *"Con la mitad de la agudeza que gastan los jueces en buscar argumentos para declarar la inadmisibilidad de un recurso, podrían resolver el fondo del asunto."* (Derecho subjetivo y responsabilidad política; Bogotá, Temis, 1980)

La Corte, advertida de esto dice: *"Que si bien ello es harto suficiente para desechar la queja, esta Corte considera conveniente pronunciarse sobre el fondo del tema, a fin de dejar bien establecido que no se limita a esgrimir argumentos puramente formales sino que no es insensible frente a la preocupación por el cumplimiento de compromisos internacionales que ha demostrado el Poder Ejecutivo mediante su intento de intervenir en la causa."*

Pero ya entre la mayoría y las disidencias se encargaron de dar este debate: *"El aseguramiento de la vigencia del derecho no puede concretarse mediante su aniquilación."* (mayoría 14º). Esta expresión demuestra la inexcusable equiparación que hace la mayoría de la Corte (¡supremo custodio de las garantías constitucionales!) entre derecho de fondo y derecho de forma.

A ello contesta Boggiano que *"El excesivo apego a las formas puede producir, en la especie, la impotencia del propio órgano judicial a cuya mejor y más justa labor aquéllas deben servir*". Esta es otra de las consecuencias de este triste fallo de la Corte: nos obliga a coincidir con ministros con los que generalmente disentimos.

En segundo lugar, téngase en cuenta que el PTN nunca podría haber participado en el recurso de revisión ya que el art. 481 del CPPN limita la legitimación a los condenados y al Ministerio Público.

En tercer lugar decimos que no podemos compartir de ningún modo la supuesta falta de legitimación del PTN.

Primero, porque como sostuvieron algunos disidentes (Fayt, Bossert), el PEN podría aquí estar titularizando un interés propio: evitar sanciones relacionadas con su misión constitucional de encargado de las relaciones internacionales.

Segundo, porque compartimos los argumentos de Boggiano quien señala: *"la legitimación del apelante resulta aun más evidente si se repara en que es titular de un agravio actual y concreto -no meramente conjetural- toda vez que los arts. 63.1 y 68 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece la responsabilidad indemnizatoria de los estados partes. En consecuencia, el recurrente sólo puede disipar su propio gravamen mediante la defensa del derecho de los condenados. Es así que su interés se halla inescindiblemente ligado con el de terceros."*

Aquí aparece claramente la idea de 'tercero interesado' por parte del Poder Ejecutivo Nacional: su interés no está en el resultado del proceso sino en su realización (Fayt 5º), teniendo en cuenta que la no concreción del mismo le irrogará, con casi total certeza, daños

propios. Pero además es irrazonable decir que *"desde el comienzo de estas actuaciones quedaron claramente delimitadas las partes que tienen interés en el proceso y que están legitimadas para actuar en él"*. El interés de un tercero (en este caso el PEN) puede surgir con posterioridad al inicio de una causa. En este caso el PEN se ve interesado cuando ocurren dos cosas: a) se frustran definitivamente las posibilidades de una segunda instancia y b) la ComIDH aclara meridianamente el sentido del informe 55/97 y advierte que es la última oportunidad para el Estado Argentino antes de que la misma inicie procedimiento ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorIDH).

Así, parece claro que, aunque no admitiríamos frustrar este tipo de pronunciamientos por cuestiones formales, el PTN estaba correctamente legitimado para interponer Recurso Extraordinario en estos autos.

Recurso ¿Extraordinario o de Revisión?

Los condenados intentaron un recurso de revisión, buscando encauzarlo en los arts. 479 a 489 del CPPN.

Por su parte el PTN alegó en su momento, entre otras cosas, que la última recomendación de la ComIDH debía interpretarse como un hecho nuevo.

La Cámara Nacional de Casación Penal rechaza el recurso de revisión porque entiende que el caso no encuadra en ninguno de los supuestos del art. 479. Aquí debemos decir que coincidimos con la Cámara pero no con la solución.

En efecto: no queda comprendido el caso en ninguno de los supuestos del 479 ni se configura el objeto del 480.

Pero lo que se debió advertir fue que el exiguo cauce procesal del recurso de revisión, al impedir un nuevo juicio en autos, era inconstitucional (para el caso) por violatorio de la garantía de la doble instancia penal y declararlo tal, ampliando la norma para hacer entrar este caso.

Finalmente digamos que el Recurso Extraordinario, como indicó la ComIDH, no es cauce válido para la garantía de doble instancia ya que es un recurso limitado al derecho y federal-constitucional. La Convención requiere un nuevo 'juicio'.

Las afirmaciones que hemos hecho en este apartado no son ocurrencia nuestra: son lo que había dicho ¿esta misma Corte? en la causa Abella (Fallos:322:2488) y en Giroldi.

En este último caso la corte dijo: *"7. Que en el caso antedicho, el tribunal consideró que el requisito previsto en el ya señalado art. 8°, párr. 2°, inc. h, de la Convención se hallaba satisfecho por la existencia del Recurso Extraordinario federal ante este tribunal (Fallos: 311:274, consid. 6° del voto de la mayoría, 7° del voto del juez Caballero y 6° del voto del juez Petracchi).*

*Sin embargo, las reglas y excepciones que en aquella época determinaban la*

*competencia apelada de la Corte Suprema sufrieron modificaciones a partir de la reforma introducida en el año 1990 por la ley 23.774, que otorgó al tribunal la facultad de rechazar, por la sola aplicación del art. 280 del Cód. Procesal Civil y Comercial de la Nación, recursos extraordinarios por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia.*

*8. Que en tales condiciones puede sostenerse hoy con nuevos fundamentos que, en hipótesis como la de autos, el Recurso Extraordinario no constituye un remedio eficaz para la salvaguarda de la garantía de la doble instancia que debe observarse dentro del marco del proceso penal como "garantía mínima" para "toda persona inculpada de delito" (art. 8°, párr. 2°, apart. h, Convención)."*

Ocurre que anteriormente nuestro tribunal había entendido que el Recurso Extraordinario servía como segunda instancia, pero desde Giroldi entendió que la existencia del writ of certiorari hacía que no cualquier caso pueda llegar a la CSJN (la Corte parece creer que antes sí cualquier caso podía llegar al Recurso Extraordinario, lo cual probablemente era real pese a toda disposición legal y elaboración doctrinaria).

El problema con el Recurso Extraordinario no es el límite del certiorari sino que este recurso no sirve a los efectos del segundo juicio que requiere la convención.

Igualmente Giroldi es un precedente importantísimo, de amplio espectro interpretativo, que también ha sido arrojado por la borda en Felicetti.

Responsabilidad patrimonial y no sistémica

¿Cuánto querés por tu derecho?

Recordemos nuevamente que el punto iii) de las recomendaciones del informe 55/97 ordena reparar las consecuencias dañosas de la falta de doble instancia.

La mayoría de la Corte (duramente cuestionada por Fayt 11º) pareciera admitir que se otorgue una reparación patrimonial pero no sistémica. Es decir, admitiría un cambio de derechos por dinero pero no revisar una sentencia que considera como cosa juzgada.

Esto es así porque admiten que el informe exige una reparación pero señalan que la misma no puede provenir de su sentencia, con lo cual no queda otra reparación que la patrimonial (considerando 14º).

Si admitimos que se violó la garantía, la verdadera reparación es destrabar el impedimento, no indemnizar la violación. Esto es un principio básico de la acción judicial que pareciera olvidado también por la Corte.

'en lo sucesivo'

Uno de los puntos más álgidos de este debate es la interpretación de la expresión 'en lo sucesivo' que usa la ComIDH en el punto ii) de las recomendaciones del informe 55/97.

Este tipo de expresiones, cuyo uso es absolutamente inconveniente, son lo que llamamos "semas quebrantadores de la lógica binaria". Porque decir 'en lo sucesivo' no es decir 'se debe' ni decir 'no se debe'. Y es normal que tales semas alteren la cabal interpretación de la norma y traigan diferentes y opuestas lecturas.

Veamos la recomendación: *"adopte las medidas necesarias con arreglo a sus procedimientos constitucionales, a fin de hacer plenamente efectiva, en lo sucesivo, la garantía judicial del derecho de apelación a las personas procesadas bajo la Ley 23.077"*.

Hay una primera interpretación que surge a primera vista, parece la más lógica, la del sentido común: la interpretación que denominaremos 'temporal': hacer efectiva la garantía en lo sucesivo quiere decir 'después de conocido el informe 55/97' (como no podía ser de otra forma).

Pero hay una segunda interpretación, un poco traída de los pelos, que denominamos 'casuísitica': hacer efectiva la garantía en lo sucesivo quiere decir 'para los próximos casos' (con lo cual todo el trabajo realizado por la ComIDH para el informe 55/97 habría sido un mero ejercicio jurídico sin efectos en el caso).

Aunque pareciera tan claro que la interpretación 'temporal' es la correcta, ocurrió que en el caso resuelto en Fallos:321:3555 los jueces Boggiano y Bossert en un voto concurrente expusieron una teoría que proponía a la interpretación 'casuística' como la correcta, considerando que el 55/97, pese a surgir de una denuncia sobre los hechos de La Tablada, no refería a La Tablada.

Esta interpretación de Bossert y Boggiano es tomada ahora por la mayoría de la Corte como propia para desconocer su obligación (como parte del Estado Argentino) de conceder una segunda instancia a los condenados del caso.

Pero (por esas vueltas que tiene la Corte) ahora los jueces Bossert y Boggiano se arrepienten de su interpretación que ahora es mayoritaria. Pero, como decía mi abuelita, de arrepentidos está lleno el infierno.

Bossert, al dejar de lado la interpretación antes propuesta, dice: *"la Nota de la comisión del 11 de diciembre de 2000 dirigida al Estado Nacional en la que se reitera la exigencia de la aplicación de dicha garantía con expresa referencia a los condenados en el proceso de La Tablada exige apartarse de esa posible interpretación gramatical que conduciría a una conclusión exactamente contraria al contenido de esta Nota que, de este modo, esclarece definitivamente el sentido de las Recomendaciones del Informe 55/97."*

La verdad es que la interpretación 'casuística' nunca fue posible por irrazonable. Aunque la mayoría de la Corte haya adherido a ella en este caso.

Es un principio general de la interpretación que la misma no puede concluir en que una norma no dice nada. Sin embargo eso es lo que se propone al interpretar que la expresión 'en lo sucesivo' refiere a otros casos que no sea el de marras. Pese a que el informe 55/97 empieza diciendo: *"1. El presente caso se refiere a los eventos que tuvieron*

*lugar el 23 y el 24 de enero de 1989 en el cuartel militar del Regimiento de Infantería Mecanizada No. 3 "Gral. Belgrano" (RIM 3) localizado en La Tablada, Provincia de Buenos Aires, y a las consecuencias de tales eventos, que afectan a 49 personas en cuyo nombre se presentó una denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos"*

Qué es derecho de recurrir del fallo ante un juez o tribunal superior

Vamos, para concluir, al punto más difícil del caso (por lo menos para nuestro Supremo Tribunal): la interpretación de la garantía del art. 8, inc. 2, ap. h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica).

Veamos el texto: *"Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior."*

¿Qué interpreta el lector? A nosotros nos resulta claro que esta garantía consagra lo que conocemos como 'doble instancia penal', esto es: todo fallo penal debe tener asegurada procesalmente la posibilidad de recurrirlo aunque sea una sola vez ante un tribunal superior al sentenciante, lo cual implica descalificar la instancia única en materia penal. Y esto tiene una sola razón: evitar la arbitrariedad y reducir al mínimo las posibilidades de error judicial.

Como en el caso sentenció la Cámara Federal de Apelaciones y no se pudo recurrir el fallo, entendemos que en el caso la garantía fue violada.

Pero la Corte, sorprendentemente, no interpreta nada de eso. La mayoría entiende que "*recurrir del fallo ante juez o tribunal superior*" implica asegurar que el fallo sea dictado por el tribunal más alto posible en la escala y que su razón de ser es asegurarse que sean los más altos tribunales los que dicten las condenas penales. Por ello entiende que en el caso no se violó la garantía.

Sólo para incrédulos repasaremos lo que dice la Corte: *"En efecto, lo que el art. 8, inc. 2, apartado h, establece, es el derecho del imputado "de recurrir del fallo ante un juez o tribunal superior", lo que no implica descalificar genéricamente la instancia única sino asegurar que la condena definitiva no provenga de un tribunal inferior en la escala jerárquica sino de la instancia más alta, con lo que el juzgamiento directo por ésta que no se comprende en qué medida pudiera ser distinto por ser pronunciado directamente que si lo hubiera sido por vía de recurso contra una decisión anterior en modo alguno afecta garantías de los derechos de los procesados. (...)Lo que la convención aseguró, pues, fue que la condena proviniese del tribunal superior en grado y no de uno inferior. Y en la época en que la sentencia fue dictada en que no había sido aún creada la Cámara Nacional de Casación los tribunales superiores de las causas penales federales eran las Cámaras Federales de Apelaciones, por lo que al provenir la sentencia de condena de una de ellas, la regla internacional no fue violada."*

Para nuestro máximo tribunal la sentencia debe provenir del superior tribunal de la

causa para que no se viole la garantía. Veamos por qué la interpretación de la Corte es errada.

Primero por ilógica: con ella el verbo 'recurrir' pierde sentido.

Segundo por contraria a la finalidad: es evidente que la garantía (que no fue inventada por la Convención sino que fue elaborada por años de doctrina) quiere que no se juzgue en instancia única, sea quien sea dicha instancia.

Tercero (y fundamental) por sus consecuencias impensadas: la interpretación pone en crisis todo el sistema procesal penal. Ya no tendrían sentido los juzgados de primera instancia penal (de sentencia) ya que con las Cámaras de Apelación Penal alcanza para condenar. *"Lo que la convención aseguró, pues, fue que la condena proviniese del tribunal superior en grado y no de uno inferior"*dice la Corte, por lo tanto aquel imputado sometido a un juez penal de sentencia puede plantear su incompetencia ya que, según el máximo intérprete constitucional, la condena debe provenir del superior.

Es increíble que, para sostener un rechazo, la Corte tenga que acudir a tamaña grosería interpretativa.

Pero además, aunque se intente disfrazar la verdad, lo cierto es que la Convención intentó asegurar que toda condena penal fuera revisada una vez como mínimo.

Y para eso, por si queda duda, acudamos a la jurisprudencia de la Corte IDH, teniendo en cuenta que nuestra Corte Nacional nos ha enseñado numerosas veces (entre ellas en Giroldi) que cuando el 75 inc. 22 dice 'en las condiciones de su vigencia' significa *"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"*

En la causa "Castillo Petruzzi" la CorIDH dice: *"161. La Corte advierte que, según declaró anteriormente (supra 134), los procesos seguidos ante el fuero militar contra civiles por el delito de traición a la patria violan la garantía del juez natural establecida por el artículo 8.1 de la Convención. El derecho de recurrir del fallo, consagrado por la Convención, no se satisface con la mera existencia de un órgano de grado superior al que juzgó y condenó al inculpado, ante el que éste tenga o pueda tener acceso. Para que haya una verdadera revisión de la sentencia, en el sentido requerido por la Convención, es preciso que el tribunal superior reúna las características jurisdiccionales que lo legitiman para conocer del caso concreto. Conviene subrayar que el proceso penal es uno solo a través de sus diversas etapas, tanto la correspondiente a la primera instancia como las relativas a instancias ulteriores."*

Pero eso no es todo: la mayoría tiene que oír un reclamo de Boggiano, que rompe la habitual 'etiqueta' de la Corte: *"Que es claro que el derecho de "recurrir del fallo ante juez o tribunal superior" significa precisamente lo que esta Corte juzgó en "Giroldi"."*

Es que en ese precedente este mismo tribunal, con la misma composición, con

unanimidad, dijo, entre otros profundos considerandos, que *"la garantía de la doble instancia que debe observarse dentro del marco del proceso penal como "garantía mínima" para "toda persona inculpada de delito" (art. 8°, párr. 2°, apart. h, Convención)."* (Giroldi, 7/4/95, consid. 8º)

Es decir: la CSJN sabía en aquel momento que lo consagrado por la convención era la doble instancia. Sabía pero se olvidó, como dicen algunos alumnos en los exámenes. De ningún modo estamos en contra de que el tribunal modifique sus criterios (es más: muchas veces lo pedimos) pero sí nos oponemos a que por una preocupación de momento y con argumentos esquizoides se echen por tierra construcciones serias y sustanciosas.

El artículo 117 de la Constitución Nacional y la doble instancia penal

Llegamos ahora al único planteo realmente interesante que la Corte Suprema hace: teniendo en cuenta que según el artículo 117 CN la Corte entiende como instancia única en algunos casos (incluso penales) cabe la posibilidad de que en dichos casos se viole la garantía de la doble instancia.

Esto sí es para pensarlo y no podemos postular una interpretación como indubitable.

En efecto, cuando la Corte entiende de manera originaria y exclusiva en los casos del 117 no hay en nuestro sistema constitucional posibilidad de revisión de su fallo.

Aquí hay dos posibilidades interpretativas:

Interpretación 1) Nuestro sistema no viola el tratado: esta es nuestra opinión y esto es lo que propone la Corte Suprema. Claro que para ello, en lugar de buscar mejores argumentos, utiliza el ya explicado de que lo que la Convención quiso fue que las condenas surjan del superior tribunal de la causa (en aquellos casos: la Corte).

Sin embargo la misma posibilidad podía sostenerse por otros argumentos. En primer lugar hay que pensar en qué casos penales puede entender la Corte en instancia única: por competencia en razón de las personas 'provincias' no vemos posibilidad de caso. Sí cuando las personas 'ministros plenipotenciarios, embajadores o cónsules' estuviesen implicados, tal como se pueden ver muchos casos en la historia jurisprudencial de la Nación.

Teniendo en cuenta esta previsión casuística se nos ocurre pensar en que motivos de derecho internacional público pueden sostener la instancia única del superior tribunal de la Nación.

En efecto: la Convención Americana regula obligaciones del Estado con sus habitantes; pero la competencia sobre embajadores, ministros y cónsules tiene que ver, no con dichas personas, sino con los Estados que representan, y por ello no cabría la aplicación de la Convención. San José no intenta intervenir en las relaciones entre los distintos Estados (como lo ha señalado repetidamente la CorIDH) y por ello no sería en su beneficio la doble instancia penal.

También pensamos que podría haber razones de reciprocidad con países no firmantes de San José.

En fin: que hay muchos cauces por donde puede discurrir una defensa del 117 frente al Pacto. El camino elegido por la Corte no nos gusta.

Interpretación 2) El artículo 117 viola el derecho a la doble instancia en materia penal. Si bien no creemos que sea así por lo antedicho, admitimos que sea posible.

La Corte, mientras interpreta a su modo la garantía, dice que el 117 no se opone al Pacto en estos términos: *"Una interpretación distinta pondría en pugna la cláusula del pacto con el art. 117 de la Constitución, según el cual la Corte Suprema tiene competencia originaria y exclusiva en ciertas causas aun penales, pues ambas tienen sin lugar a dudas igual valor por imperio de lo establecido en el art. 75, inc. 22, ya que la segunda no pertenece a la primera parte de la Constitución. Semejante conflicto carecería de clara solución."*

Es verdad que el conflicto carece de una clara solución, especialmente cuando los relatores y los Ministros no leen la Constitución. Si uno de nuestros alumnos en un examen dijera lo entrecomillado difícilmente podría aprobar la materia y llegar a ser Ministro de Corte.

De ningún modo se puede sostener que el 117 y el Pacto de San José tengan igual valor, y menos basándose en el 75 inc. 22. Es indudable que los tratados con jerarquía son superiores a la segunda parte de la CN.

Repasemos el artículo citado: *"no derogan artículo alguno de la primera parte…"*

Esta disposición claramente debe entenderse como que pueden derogar artículos de la segunda parte. Sin embargo la Corte parece entender que la primera parte es superior a los tratados y la segunda parte es igual a los tratados.

De ningún modo esta fue la voluntad del constituyente. La intención, como expresó Ortiz Pellegrini, fue no violar la prohibición de modificar la primera parte impuesta por la 24309.

Lo que se quiso fue dar jerarquía constitucional a los tratados, lo que obliga a tomarlos como iguales a la Constitución, a interpretar armoniosamente. Entender a la primera parte como superior es un despropósito. Tanto como entender a la segunda como inderogable.

La interpretación de la Corte sólo se puede entender como manotazo de ahogado en un mar de interpretaciones traídas de los pelos.

Nuestro máximo tribunal nos enseña, desde "Chocobar", que el constituyente verificó la no oposición entre los tratados y el texto constitucional. Esta ficción, como todas, puede ser útil pero tiene patas cortas.

¿Cómo se puede pensar en un juicio de verificación cuando se advierten contradicciones entre los mismos artículos de la Constitución? Basten para muestra dos

botones: el artículo 123 versus el inmodificable 5; el 62 versus la disposición transitoria cuarta, séptimo párrafo que lo anula.

Ocurre que una cosa es que la ficción nos sirva para intentar interpretaciones armoniosas y otra muy distinta es que neguemos lo evidente.

Entonces, es bien posible que en algunos casos haya artículos de la segunda parte que se muestren opuestos a los tratados con jerarquía y eso nos obligará, queramos o no, a preferir a los tratados.

Pero esto es tema para más largo tratamiento que pueden intentar otros con más luces que el suscripto.

En lo que respecta al tema reiteramos, pese a que no creemos que el 117 se oponga a la doble instancia, admitimos que podría ser posible.

Garantía constitucional y ley más benigna

Veamos uno de los considerandos (15º) de Boggiano que puede ser fructífero en su interpretación: *"el art. 8.2 del Pacto complementa el art. 18 de la Constitución Nacional. La garantía de la doble instancia en materia penal, por su rango constitucional, debe juzgarse incursa en el ámbito del principio de la aplicación de la ley penal más benigna, pues sería una irrazonable contradicción que una norma material penal quede sujeta a tal principio y no una garantía constitucional."*

En primer lugar Boggiano considera a las garantías de los tratados con jerarquía constitucional como garantías constitucionales. Lo cual es muy importante aunque suene a perogrullada.

En segundo lugar el ministro internacionalista entiende, como los condenados, que la jerarquización constitucional de la Convención habida en 1994, implica desde ese momento el surgimiento de una ley más benigna respecto a la 23077.

A nosotros nos parece una interpretación posible, aunque no coincidimos. Creemos que ya antes de la reforma los tratados eran superiores a las leyes nacionales, remarcando que desde Ekmekdjian c/ Sofovich es absurdo sostener posturas dualistas, incluso hacia atrás de la Reforma, que consagrara al monismo en el 75 inc. 22.

Recordemos que el Pacto de San José fue aprobado por el Congreso mediante ley 23054 en fecha 01/03/84. Posteriormente, el mismo Congreso aprobó la ley 23077 en fecha 09/08/84. El caso en estudio fue originariamente fallado en fecha 05/10/89. Todo esto nos indica que, desde su sanción, la ley 23077 era inconstitucional por oponerse al Pacto. La reforma de 1994 sólo cambió su jerarquía de supralegal a constitucional.

Por lo tanto mal se puede plantear que desde 1994 hay una nueva norma siendo que la misma estaba desde 1984. La Corte Suprema debería en todo caso limitarse a declarar la inconstitucionalidad de la única instancia de la ley 23077 por su oposición con la

Convención (tarde pero seguro).

Responsabilidad del estado nacional

La Corte está entendiendo en una causa porque el Poder Ejecutivo Nacional teme ser condenado por violar una garantía establecida en la Convención. El temor se basa en que la Comisión acudirá a la CorIDH y se advierte razón en el fundamento dado por la ComIDH pudiéndose prever una segura condena.

Pero como el tribunal rechaza la pretensión intenta tranquilizar al recurrente diciéndole que no se configuraría un supuesto de responsabilidad y que, de última, a ella le toca interpretar aunque esto provoque responsabilidades del Estado Argentino.

Quizá cabe aquí preguntarse acerca de las responsabilidades de la Corte Nacional como órgano de gobierno, como cabeza de uno de los poderes. Responsabilidad que no tiene nada que ver con su función jurisdiccional. Responsabilidad que le cabe como órgano político que debe colaborar al cumplimiento de los intereses del Estado. Responsabilidad que la Corte es rápida en ejercer cuando se trata del impuesto a las ganancias o de las competencias del Consejo de la Magistratura.

Necesitamos una Corte consciente de su inserción en un Estado, que se sienta y actúe como co-conductora del país. Que sepa que si su interpretación va a llevar a la condena del Estado Argentino debe actuar con preocupación, consciencia y consistencia.

No que se limite al consuelo, que se crea en la función de decirle al PEN que no se preocupe porque confía en que no será condenado. No que menosprecie a los tribunales internacionales creyéndose con capacidad de adelantar sus sentencias.

El pecado original: la inconstitucionalidad por omisión

Para terminar expresemos nuestra crítica hacia el verdadero responsable de la situación internacional que sufre el Estado por la ley 23077: el Congreso de la Nación.

Primero porque sancionó una ley abiertamente contradictoria con un tratado vigente, demostrando que el autor del proyecto lo ignoraba todo acerca de derechos humanos.

Segundo porque al crear la Cámara de Casación tenía una oportunidad preciosa para corregir el yerro. Y no lo hizo.

Tercero porque desde 1997, cuando se publica el informe de la Comisión, tuvo casi cuatro años para actuar como órgano de gobierno y corregir el sistema de apelaciones. Y prefirió seguir declamando derechos sin realizarlos.

Pero el pecado original del Congreso no excusa a la Corte:

La mayoría (cons. 12º) dice *"más allá de que el Congreso pudiera instaurar una instancia revisora diferente, tarea que no puede ser llevada a cabo por esta Corte"* y en el 16º le recomienda al Ejecutivo que utilice su facultad de iniciativa para proponer una ley del Congreso que resuelva el problema.

Fayt señala (5º) que el PEN actuó correctamente ya que *"no puede permanecer impasible frente a la situación de irregularidad de nuestro ordenamiento jurídico, de la que no se ha hecho cargo el Congreso de la Nación."*

Boggiano en el 2º argumenta que *"Si un tratado requiere legislación interna y no es autoejecutorio el presidente ha de buscar la acción del Congreso. Si las obligaciones internacionales son susceptibles de aplicación inmediata están sujetas al deber del presidente para su ejecución (arts. 99 inc 2, 75 inc. 22 y 24 de la Constitución, doctrina de Fallos: 320:2851). Tal es lo que ha hecho el titular del Poder Ejecutivo al dictar el decreto 1164/00 por el que instruyó al señor Procurador del Tesoro para deducir Recurso Extraordinario en las presentes actuaciones."*

Pese a esta correcta interpretación el mismo Boggiano comete una aparente contradicción consigo mismo en su considerando 10º: *"al tiempo de las condenas asistía a los encartados el derecho de recurrir a un tribunal superior, derecho que no pudieron ejercer ante la omisión legislativa en reglamentarlo."*

En verdad, dentro de la lógica de Boggiano, esto no es contradictorio. Como hemos visto, para el ministro, la jerarquización constitucional de 1994 supliría cualquier reglamentación.

El error en todo caso está en que la misma Corte tiene dicho reiteradamente, desde Ekmekdjian c/ Sofovich, que no es imprescindible la reglamentación de las garantías para que funcionen.

En efecto, en dicho precedente, la Corte Suprema admitió la viabilidad de una respuesta judicial a la inconstitucionalidad por omisión (en el caso respecto a la garantía de réplica).

En este caso, de seguirse la doctrina de ese precedente, la Corte debió fallar como los disidentes allanando el camino de los condenados hacia la Cámara de Casación.

Conclusión

Que el derecho sea recto

No nos interesa qué debía resolverse en el juicio concreto, si debía absolverse o condenarse (eso queda sujeto a qué consideramos 'justo' en nuestro fuero interno) lo que sí queríamos era que se haga un segundo juicio. Podrán algunos incluso querer que se condene a los revolucionarios del MTP, pero no sin un proceso justo.

Incluso por una cuestión de legitimación judicial: negarse obstinadamente a otorgar una segunda instancia, deja la sensación de que no podríamos sostener una condena si se revisa el primer juicio… y esto no aporta a la confianza en la justicia.

Pero, por sobre todo, apostamos a la reflexión de las mujeres y hombres del derecho, confiando en que si tomamos consciencia de la importancia de la función jurisdiccional e

interpretativa y de su inescindible relación con los derechos humanos y los tratados internacionales, podremos tener un día jueces justos y responsables en la redacción de sus sentencias.

Porque, como nos enseñó el maestro Nino el constitucionalismo debe combinar tres elementos: constitución histórica, derechos personales y democracia. Pero sabiendo que *"los tres elementos del constitucionalismo están en permanente tensión recíproca. Las tensiones entre los ideales del reconocimiento de los derechos y de la democracia participativa, por un lado, y la preservación del rule of law, por el otro, son fáciles de percibir. Todos aquellos que participan de la práctica jurídica –jueces, legisladores, e incluso ciudadanos– deben alcanzar un equilibrio permanente entre el perfeccionamiento de la práctica de acuerdo con los ideales de la democracia liberal y la preservación de su continuidad. La continuidad debe ser preservada siempre que la práctica jurídica sea, en general, moralmente aceptable para asegurar la eficacia de las decisiones, incluyendo la de aquellas que buscan acercar la práctica a los ideales morales."*