

Los derechos fundamentales en la jurisprudencia reciente de la CSJN

Por

Mariela Uberti

SUMARIO: ¿Qué son los derechos fundamentales? Introducción. La jurisprudencia internacional como fuente del Derecho. Influencia de la jurisprudencia de la Corte interamericana de Derechos Humanos en nuestra CSJN. ¿Los derechos humanos son programáticos u operativos? La jurisprudencia: reseña en materia de genocidio y crímenes de lesa humanidad. Aproximación a los fundamentos filosóficos. Conclusiones.

¿Qué son los derechos fundamentales? Introducción

La CSJN tiene dicho que cada norma debe interpretarse dentro de un contexto, buscando siempre la coherencia armónica entre los artículos de la Constitución.

En materia de derechos, esta interpretación es importante porque no solo tenemos derechos en la parte dogmática, sino que también los encontramos en la

parte orgánica, vgr. 75 inc. 22, inc. 23 (igualdad real de oportunidades y de trato), inc. 19 (leyes de organización y de base de la ecuación, etc.).

A ello se suma la calificación de derechos implícitos del art. 33 o comúnmente llamados "innominados"¹ que enriquecen al sistema de derechos pues las necesidades sociales que permanentemente crecen y se movilizan se traducen en valoraciones colectivas enlazando los fines, los valores, los principios y los derechos que, en conjunto, forman el sistema axiológico.

Como aditamento, podrán surgir cuestionamientos acerca de la importancia de los valores supraconstitucionales, los valores esenciales, los principios generales, los principios rectores, etc., cuya respuesta deberá bucearse en la Filosofía del Derecho en función de que debe darse a ellos respuestas iusfilosóficas que exceden el marco de este trabajo.

¹ Germán J. Bidart Campos, *Tratado elemental de Derecho Constitucional argentino*, Ediar, Tomo I-B, 2000/2001, cap. XVII. Asimismo, ya lo señalaba el convencional Mitre (en la Convención de la Provincia de Buenos Aires de 1870), refiriéndose a uno de los elementos de las constituciones "... La tercera es la implícita y es la consagración de los principios que no se escriben, ni se enumeran, porque están fuera de la acción del gobierno y, son superiores y anteriores a la ley...".

No obstante lo cual, las jerarquías y preeminencias de los componentes del sistema axiológico ya referidos serán encuadradas y resueltas por el intérprete en el caso concreto en análisis.

De lo que no hay duda alguna es que la fuerza normativa de la Constitución está impregnada de un orden objetivo de valores y principios que sirven para la interpretación constitucional y del derecho infraconstitucional, en especial, a los operadores del Derecho, a quienes tienen que decidir cuestiones y conflictos en los que están inmersos estos derechos.

La jurisprudencia internacional como fuente del Derecho

La cita de los precedentes jurisprudenciales es habitual tanto en los tribunales nacionales como los internacionales, especialmente en los fallos propios de cada órgano judicial, dando así cohesión a la interpretación, la que variará en la medida en que el tribunal cambie su enfoque. Esa concatenación de fallos, opiniones, consultivas o dictámenes hace que en el sistema el Derecho sea predecible,

porque forma parte de la coherencia del mismo y de la interpretación de los órganos que dicen que el Derecho es lo que es.

Si bien para el Derecho Internacional la jurisprudencia tiene un valor relativo como fuente del Derecho², ello está remarcado por la importancia que le ha dado al precedente tanto la Corte Permanente de Justicia Internacional como su sucesora, la Corte Internacional de Justicia, al decir que es el “medio auxiliar para la determinación de las reglas de Derecho”³.

En cambio, con relación a la CIDH, algunos autores se refieren a ella destacando su “ultraactividad” o “extraterritorialidad” al considerar que la jurisprudencia de la CI es fuente o guía para la hermenéutica de los convenios y tratados sobre derechos humanos “...y al formar parte estos de la propia Carta Fundamental, es válida también para interpretar la Constitución Nacional”⁴.

Se ha consolidado así el Derecho judicial o *usus fori*, construido con las opiniones consultivas⁵ o dictámenes, los

² Art. 38, inc. 1, d) y 59 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

³ “Viaña, Roberto s./Hábeas Corpus”, C.S. 23/11/95, “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos humanos y, en su caso, de la Corte Europea de Derechos Humanos constituye una pauta muy valiosa para interpretar las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos (Adla, XLIV-B, 1250 (disidencia parcial de los doctores Fayt y Petracchi))”.

⁴ Juan Carlos Hitters, “La jurisprudencia de la Corte Interamericana como guía para la interpretación de la Constitución”, E.D., Tomo 164, p. 1238.

⁵ La Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo en la OC1/82 que, a través de las mismas, puede interpretar toda disposición concerniente a la protección de los derechos humanos, de cualquier tratado internacional aplicable a los Estados americanos, sea bilateral o multilateral con///

fallos de la CIDH y la jerarquización de los tratados internacionales a partir de 1994⁶.

Así lo sostuvo la CSJN en autos "*Boico, Roberto J.K.*" (12/12/2000) al considerar que, si bien no son vinculantes para el Estado argentino los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el principio de buena fe obliga a tener en cuenta su contenido, razón por la cual es obligación de los poderes públicos tutelar y reparar satisfactoriamente una lesión a un derecho fundamental -en el caso a la doble instancia en materia penal, que sigue siendo actual (del voto en disidencia del Dr. Petracchi).

En síntesis, el deber del Estado argentino de tomar en consideración las recomendaciones adoptadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se extiende a todos los jueces de cualquier jerarquía y fuero quienes, aun ante la inexistencia de reglamentación legislativa indicativa del curso judicial a seguir, están obligados a atender a su contenido con el fin de

procurar la protección de los derechos humanos involucrados (Conf.: CSJN 22/12/1998, E.D. 185-340).

Influencia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en nuestra CSJN

Nuestra CSJN ha dado una amplia recepción a las decisiones de la CIDH que merecen destacarse en tanto esta ha acompañado el progresivo desarrollo del Derecho Internacional de general y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en particular.

Así ha sostenido en "*Ekmekdjian c./ Sofovich*" (1992) y en "*Servini de Cubría*" (1992) que la CIDH es la que tiene a su cargo la interpretación de la Convención Americana y que ese es uno de sus objetivos⁷.

En tanto en "*Giroldi*" (1995) -al disponer la reforma de 1994 la jerarquía constitucional del PSJCR "...en las condiciones de su vigencia..." (art. 75 inc. 22, párr. 2)- alude también a las

//independencia de cual sea su objeto principal o que sean o puedan ser parte del mismo, Estados ajenos al sistema interamericano.

⁶ Travieso, Juan Antonio, *Derechos humanos y jurisprudencia*, p. 21 y ss. Refiere que el paradigma había comenzado con el caso "*Cabrera Washington c./Salto Grande*" (1983) extrayendo del voto de los doctores Gabrielli y Guastavino las siguientes conclusiones: "...si la cuestión planteada ante los estrados judiciales queda resuelta por aplicación exclusiva de normas jurídicas internacionales vigentes, tanto consuetudinarias como convencionales, cabe prescindir del análisis de constitucionalidad de las normas invocadas".

⁷ Entre otros fallos, en el sentido indicado, pueden citarse: "*Bramajo, Hernán s./Incidente de excarcelación*", F.: 318:1840; "*Arce, Jorge, s./Rso. De Casación*", F.: 320.2145; "*Sánchez Reise, Leandro A*"; F.: 321:1328; Portal de Belén-Asoc. Civil sin fines de Lucro c./Minist. S y AS", F.: 325:292; "*Acosta, Claudia B. y otros s./Hábeas Corpus*", F.: 321:3555; "*Felicetti, Roberto y otros*" (La Tablada), F.: 323:4130, etc.

opiniones consultivas como guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado argentino reconoció la competencia de la CIDH para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana⁸.

La importancia de la recepción de la referida jurisprudencia internacional radica en que la CIDH ha construido varios conceptos jurídicos por medio de la jurisprudencia estructurándose un esquema de interpretación que guarda coherencia en el conjunto, consolidando la seguridad jurídica, aun cuando su composición varíe.

Ello es así por cuanto también permite que sus criterios se apliquen, más o menos uniformemente, en todos los países que han adherido a la CADH.

Los órganos supraestatales solo se limitan a comprobar si en verdad el Estado acusado cometió o no la violación que se le imputa y, por ende, si transgredió el tratado -de modo

tal que no se analiza si hubo o no una violación al derecho interno del Estado- aplicándose, en este nuevo e independiente proceso el Derecho Internacional.

Recientemente, tras una segunda audiencia realizada en Brasilia el 30 de marzo próximo pasado, la CIDH solicitó al Estado argentino "...adopte en forma inmediata e inexcusable las medidas provisionales que sean necesarias y efectivas para proteger eficazmente la vida y la integridad de las personas privadas de libertad, así como de todas las personas que se encuentran en el interior de estas" (causa: "Penitenciaría de Mendoza-Salinas Ares").

La duplicidad de fuentes (interna, comenzando por la Constitución, e internacional de los derechos humanos) confieren completitud al sistema posibilitando al operador, en cada caso concreto, realizar una interpretación aplicativa del Derecho buscando lo que cada fuente aporta respecto de la otra⁹.

⁸ "Giroldi, Horacio s./Recurso de Casación" (1995), Consid. 12 "...a esta Corte...le corresponde -en la medida de su jurisdicción- aplicar los tratados internacionales a que el país está vinculado en los términos anteriormente expuestos, ya que lo contrario podría implicar la responsabilidad de la Nación frente a la Comunidad Internacional. En tal sentido, la Corte Interamericana precisó el alcance del art. 1º de la Convención, en cuanto a los Estados Partes deben no solamente "respetar los derechos y libertades reconocidos en ella", sino además, garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción". Según dicha corte, "garantizar" implica el deber del Estado de tomar las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce. Por consiguiente, la tolerancia del Estado a circunstancias o condiciones, que impidan a los individuos acceder a los recursos internos adecuados para proteger sus derechos, constituye una violación del art. 1.1. de la Convención (Opinión Consultiva N° 11/90 del 10 de agosto de 1990-"Excepciones del agotamiento de los recursos internos", párr. 34)".

⁹ La OC5/85 sentó el principio de que, si a una situación le son aplicables el PSJCR y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana.

¿Los derechos humanos son programáticos u operativos?

Ante esta pregunta, sin duda alguna la respuesta de todos es que son operativos.

Ahora bien, con relación a los derechos económicos, sociales y culturales, nos encontramos con que los mismos son exigibles al Estado, pero si este no tiene un programa de política conducente a la prosecución de aquellos fines que hagan efectivos los derechos a la salud, a la educación, a la vivienda, al trabajo, a la seguridad social, al medio ambiente¹⁰, etc., nos preguntamos si es la justicia el ámbito correcto al cual acudir para que aquellos se hagan realidad. En el caso concreto, todas las respuestas son positivas.

Pero no puede una función del Estado suplir la inacción de otra u otras, es decir, los derechos consagrados en la Constitución requieren de un programa, de un plan, de una estrategia plasmada desde el Ejecutivo, que el legislador ordinario debe encauzar a fin de garantizar a todos los habitantes de la República el pleno goce y ejercicio de aquellos.

La Justicia debiera ser el último recurso al que acudir, no en sentido peyorativo

sino, porque el "deber ser" del derecho consagrado debe mutar en el "ser" de su ejercicio efectivo.

En diferente postura, podemos mencionar la ponencia del profesor Eduardo Barcesat, denominada "La plena judicialidad de los derechos económicos, sociales y culturales" (Textos para una Justicia Universal), en la que consigna que "Nada tendríamos que oponer a la expresión 'programáticos' si la misma denotare que deben proveerse los mecanismos sociales que pongan en conexión la necesidad con la satisfacción social de esa necesidad. Pero mucho tememos que, en realidad, la expresión 'programático' comporta desarmar la exigibilidad del derecho postergando para un futuro incierto su realización efectiva. Contra esta deformación debemos también luchar. Programa es plan, es proveer medios para resolver el derecho comprometido por la norma jurídica. Y detrás de todo derecho... debe haber una acción judicial que posibilite su realización...".

Derechos como la vida, la salud, la libertad, la propiedad, el ambiente¹¹, los bienes y servicios son -en definitiva- bienes jurídicos que tienen cobertura constitucional, algunos de ellos pueden extrapolarse de la concepción

¹⁰ Massini Correas, Carlos, *Filosofía del Derecho*, p. 85 y ss.

¹¹ Massini Correas, Carlos, "Derechos ecológicos y dignidad humana", en autores varios... CIMC, EDIUM, Mendoza, 1993, p. 81 y ss. Establece que hay dos corrientes en cuanto a considerar la fundamentación de los derechos ecológicos o ambientales, advierte que hay dos posturas: la que denomina "derechos infrahumanos" y la posición que entiende que aquellos deben bucearse en las exigencias del bien común humano pues es "evidente que se sigue razonablemente de la realidad incuestionable de que el medio ambiente condiciona necesariamente la efectividad de los demás derechos" (artículo sobre los derechos humanos, la constitución reformada y el derecho a la vida).

individual y aplicando el principio de solidaridad (pues no se agotan en la individualidad sino que son inherentes a una multiplicidad de sujetos) nos permiten hablar de bienes colectivos que han sido receptados en números precedentes de nuestra CSJN¹².

En ellos se ha considerado a la persona humana, analizando la Constitución y los instrumentos internacionales, en la búsqueda de la norma más favorable para el sistema de derechos, posibilitando el fluido acceso a la Justicia (con sus caracteres de debido proceso, garantizando una sentencia justa, oportuna y eficaz) y teniendo en especial consideración a la parte más vulnerable, o en desigualdad con su adversario.

Un ejemplo reciente se ha dado en el caso "*Sánchez, María del Carmen c./ Administración Nacional de la Seguridad Social*"¹³ donde, abandonando la doctrina del caso "*Chocobar*"¹⁴, el Máximo Tribunal sostuvo que la inteligencia sistemática de la Constitución impide que se convalide un despojo a los pasivos privando al haber previsional de la naturaleza esencialmente sustitutiva de las remuneraciones que percibía el trabajador durante su actividad laboral (consid. 4°); conforme al art. 29 inc. D del PSJCR las cláusulas de los tratados deben ser entendidas de modo tal que sumen nuevos o mayores beneficios (consid. 6°) y que la Ley 18.037 no ha sido derogada por la de convertibilidad sino recién por la Ley de Solidaridad Provisional (consid. 7°).

¹² Entre otros "Hospital Británico de Bs. As. c./Ministerio de Salud y Acción Social (13/3/2001); Asociación de Esclerosis múltiple de Salta c./Ministerio de Salud (18/12/2003); Aquino, Isacio c./Cargo Servicios industriales S.A. (21/9/04); Echavarría Ana c./Instituto de Obra Social (12/12/2002) F:325:3380; Itzcovich, Mabel c./Administración Nacional de la Seguridad Social (29/3/05); Lifschitz, Graciela B. y otros c./Estado Nacional (15/6/2004); M.M c./Ministerio de Salud y Acción Social (16/10/2001); Milone, Juan A. c./Asociart S.A. ART (26/10/04); Sánchez, María del Carmen c./Administración Nacional de la Seguridad Social (17/5/2005); "Verbisky", etc.

¹³ CSJN, 17/5/2005, publicado en L.L., 2005-C, p. 620 y sig. (la mayoría de la Corte recepta la posición minoritaria del precedente "*Chocobar*" sostenida por los doctores Petracchi, Belluscio, Bossert y Fayt).

¹⁴ CSJN, 27/12/1996; "*Chocobar, Sixto c./Caja Nacional de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos*", F.: 319:3241. La mayoría declaró, en extenso pronunciamiento, la inconstitucionalidad del art. 7° ap. 1°, inc. b) de la Ley 24.463, en cuanto a la movilidad que corresponde desde el 1° de abril de 1991 hasta el 30 de marzo de 1995, fecha en la que entró en vigencia la Ley 24.241, cuyos fundamentos pueden resumirse de la siguiente manera: la reglamentación de la garantía constitucional contemplada en el art. 14 bis fue dejada a criterio legislativo (consid. 9°); los tratados internacionales con jerarquía constitucional vinculan los beneficios sociales con las posibilidades de los recursos económicos disponibles en cada Estado (consid. 11° y 12°), debe atenderse especialmente a la realidad al momento de considerar las consecuencias del fallo para los entes provisionales (consid. 25° y 28°), la Ley de Convertibilidad (y su decreto reglamentario) prohibía toda actualización monetaria o indexación por precios, por ello, consideraron derogado el método establecido por el art. 53 de la Ley 18.937 para fijar la movilidad de los haberes (consid. 26°, 29°, 30° y 37°) y, finalmente, las graves consecuencias del fenómeno inflacionario (consid. 32°-35°).

Con relación al derecho a una vivienda digna (ver *"Sandez, Claudia c./Ciudad de Bs.As."*, L.L. 2003, D-484) se ha sostenido que las garantías consagradas en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales no debe entenderse solamente como el derecho a obtener la propiedad de una vivienda sino que el Estado tiene a su cargo la obligación de realizar todas las acciones positivas y negativas para garantizar dicho mandato.

Las distintas posturas que asume la CSJN (al modificarse las condiciones socioculturales, económicas y fácticas del caso concreto en análisis), a lo largo de estos últimos 30 años, nos permiten inferir que los magistrados se encuentran ante una realidad que no pueden negar, pero tampoco les compete a ellos solucionar. Las medidas de gobierno han sido sabiamente puestas por el legislador constituyente en cabeza de los poderes políticos (quienes deben responder al electorado).

La Corte tiene la delicada tarea de controlar estas medidas impidiendo

soluciones irrazonables de fracturen el sistema institucional.

La jurisprudencia: reseña en materia de genocidio y crímenes de lesa humanidad

Quizá el caso más paradigmático sea *"Simón"*¹⁵, en el dictamen del Procurador General Nicolás Becerra refiere que "...el deber de no impedir la investigación y sanción de los graves ilícitos mencionados pesa no solo sobre el Legislativo, sino que recae sobre todo el Estado y obliga, por tanto, al Ministerio Público y al Poder judicial a no convalidar actos de otros poderes que lo infrinjan".

Las circunstancias referidas en los hechos del caso -los que se entienden como una manifestación más del ejercicio arbitrario de poder del último gobierno de facto- lo lleva a concluir que las Leyes 23.492 y 23.521 son inconstitucionales por cuanto a través de ellas se pretende conceder impunidad a quien es imputado como uno de sus responsables.

¹⁵ CSJN, 27/12/1996; *"Chocobar, Sixto c./Caja Nacional de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos"*, F.: 319:3241. La mayoría declaró, en extenso pronunciamiento, la inconstitucionalidad del art. 7º ap. 1º, inc. b) de la Ley 24.463, en cuanto a la movilidad que corresponde desde el 1º de abril de 1991 hasta el 30 de marzo de 1995, fecha en la que entró en vigencia la Ley 24.241, cuyos fundamentos pueden resumirse de la siguiente manera: la reglamentación de la garantía constitucional contemplada en el art. 14 bis fue dejada a criterio legislativo (consid. 9º); los tratados internacionales con jerarquía constitucional vinculan los beneficios sociales con las posibilidades de los recursos económicos disponibles en cada Estado (consid. 11º y 12º), debe atenderse especialmente a la realidad al momento de considerar las consecuencias del fallo para los entes provisionales (consid. 25º y 28º), la Ley de Convertibilidad (y su decreto reglamentario) prohibía toda actualización monetaria o indexación por precios, por ello, consideraron derogado el método establecido por el art. 53 de la Ley 18.937 para fijar la movilidad de los haberes (consid. 26º, 29º, 30º y 37º) y, finalmente, las graves consecuencias del fenómeno inflacionario (consid. 32º-35º).

Postula -con fundamento en la necesidad de una interpretación dinámica- que los nuevos argumentos, producto de la evolución del pensamiento universal en materia de derechos humanos, que corroboran la doctrina del sentido histórico político del art. 29 CN, obligan a replantear la solución a la que se arribara en "*Camps*"¹⁶ ya que es un principio entendido por la jurisprudencia y doctrina internacionales que las obligaciones que se derivan de los tratados sobre derechos humanos para los Estados Partes no se agotan en el deber de no violar los derechos y libertades proclamados en ellos (deber de respeto), sino que comprenden también la obligación de garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción (deber de garantía)¹⁷.

El sistema de represión estatal instaurado por el gobierno de facto a partir del año 1976, que subordinó la vigencia de la CN a las normas creadas en violación a la regla de reconoci-

miento constitucional, tuvo por objeto la comisión de delitos de lesa humanidad en clara contravención, además, a la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre.

Las múltiples denuncias contra el Estado argentino tuvieron como consecuencia el informe¹⁸ de la Comisión Interamericana de Derecho Humanos (1979). En él se consignó que la dictadura -en ese período de tres años investigado- estableció un sistema de represión clandestino, conculcando sistemáticamente derechos humanos básicos (tales como el derecho a la vida, la libertad personal, la seguridad e integridad personal, al debido proceso, a la justicia, la libertad de opinión, derechos laborales, etc.) mereciendo la calificación de la comunidad internacional, mediante el *ius cogens* de delitos de lesa humanidad.

De acuerdo con la jerarquía constitucional vigente, las normas que tengan por objeto declarar impunes delitos

¹⁶ F: 310:1162, donde se resalta el reconocimiento constitucional a la prohibición de doble persecución penal y se afirma la constitucionalidad de la Ley de Obediencia Debida. Luego, en "*Videla*" (CSJN21/8/03) se declara su inconstitucionalidad.

¹⁷ "*Velásquez Rodríguez*", Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 29/7/1988 por primera vez se pone de manifiesto en su jurisdicción contenciosa que la obligación del Estado es *garantizar* el libre y pleno ejercicio de los derechos no solo con normas sino con una conducta gubernamental que *asegure* la existencia en la realidad de una efectiva garantía de los derechos humanos (como obligación de resultado). Doctrina que es precisada en "*Barrios Altos*", sentencia del 14/2/2001 y que es coincidente con el informe N° 28/82 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al referirse al deber de los Estados Partes de investigar y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos y declarar las leyes de OD y PF incompatibles con el art. XVIII de la Declaración Americana de los derechos del hombre y arts. 1°, 8 y 25 de la Convención Americana y violatorias de los derechos a la protección judicial y a un proceso justo en la medida en que su consecuencia fue la paralización de la investigación judicial.

¹⁸ Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, producido por la Comisión IDH, aprobado por ella en 11/4/80. Sus conclusiones son reproducidas por Andrés Gil Domínguez. *Constitución y derechos humanos. Las normas del olvido en la RA*, Ediar, pág. 28 y ss.

de lesa humanidad, cometidos durante el gobierno de facto, son nulas e inconstitucionales por violentar los arts. 29, 36, 75 inc. 22, 118 y 119 de la CN, entre estas se incluyen las leyes de OD y PF y los decretos que indultaron a los autores de aquellos delitos.

Los delitos cometidos (en tanto se violentaron los arts. 29 y 36 de la CN pues el Congreso se excedió en su facultad de otorgar amnistías), por imperio constitucional, son imprescriptibles, pueden ser juzgados extraterritorialmente (con fundamento en el art. 118 que consagra el derecho de gentes, hoy conocido como *ius cogens*) y su descriminalización está prohibida pues la Argentina suscribió tratados internacionales que le impusieron obligaciones de investigar y sancionar los delitos cometidos en violación de los derechos humanos.

Por ello, se declara la *inconstitucionalidad de las Leyes 23.492 y 23521* y de ningún efecto cualquier acto fundado en ellas que pueda oponerse al avance de los procesos que se instruyan o al juzgamiento y eventual condena de los responsables u obstaculizar en forma alguna las investigaciones llevadas a cabo por los canales procedentes y en el ámbito de sus respectivas competencias, por crímenes de lesa humanidad cometidos en el territorio de la Nación Argentina, confirmando la resolución apelada y la validez de la Ley 25.779 (que dispuso la nulidad insanable de las leyes de OD y PF).

Aproximación a los fundamentos filosóficos

Del análisis pormenorizado del F.: "*Sí-món*" se extraen conceptos vinculados con la materia que tienen una íntima conexión con la Filosofía del Derecho pues, analizando un artículo del año 1946 -recuérdese la situación de la Alemania de la posguerra y el debate generado por la invocación de las fuentes jurídicas supralegales- de Gustav Radbruch "*Injusto legal y derecho supralegal*", en el consid. 25° del voto del doctor Zaffaroni se indica: "El conflicto entre justicia y seguridad del Derecho -sostenía el autor en ese artículo- debería resolverse en forma en que el Derecho positivo, garantizado por el estatuto y el poder, tenga preeminencia aun cuando en su contenidos sea injusto o inadecuado, salvo que el conflicto entre la ley positiva y la justicia alcance una medida tan intolerable que la ley, como 'derecho injusto', ceda ante la justicia".

Esta posición es criticada por H. Hart al sostener que era preferible aplicar el Derecho positivo antes que correr el riesgo de utilizar leyes retroactivamente, incluso en los casos de intolerabilidad que eran exceptuados por Radbruch.

En tanto, el voto del doctor Lorenzetti profundiza en el llamado Derecho humanitario constitucionalizado que debe ser interpretado conforme al principio de legalidad (arts. 75 inc. 22 y 18 CN) para proveer la suficiente seguridad jurídica reclamada en el Estado de Derecho (consid. 18°).

Esa afirmación de que "...la fuente normativa es el Derecho internacional humanitario positivizado permite seguir admitiendo la regla de reconocimiento de lo que es legal y de lo que no lo es (Herbert L. Hart...). El Derecho es un sistema de reglas y principios, y estos últimos permiten una apertura hacia las consideraciones morales del Derecho (Lon Fuller...). Las proposiciones normativas exhiben una pretensión de verdad o corrección que las vincula con la visión ética del Derecho... en el campo de los derechos humanos, permite una conciliación de su tutela con la aplicación de los principios republicanos (J. Habermas...). Esta pretensión de fundamentabilidad ética de la legislación ha llevado a sostener que el legislador puede dictar una ley que revela la insostenible contradicción con la Justicia y que el ciudadano no debe obedecer (Robert Alexy...)..." (consid. 19°).

Conclusiones

Actuar dentro del sistema de normas de nuestro Derecho es un procedimiento complejo de elaboración que requiere de varios factores para obtener un resultado. El juez, con su jurisprudencia, es el que cuida de esa construcción para hacerla coherente y homogénea, debe interpretar porque todos sabemos que en el Estado de Derecho, es esencial un Poder Judicial acorde con las circunstancias.

Propiciamos que el operador o intérprete, utilizando con prudencia el

"activismo judicial" descubra la estructura de principios y valores conciliando la buena fe con la que se analizan el objeto y fin de los tratados internacionales de derechos humanos pues en el "...sistema de derechos, los silencios, las implicitudes, el arsenal principista y axiológico que lo nutre tienen un sentido orientador, pero no a título de mero consejo o recomendación sino con todo el vigor aplicativo, directo e inmediato de un ordenamiento jurídico, al que bien se le puede atribuir su fuerza y valor normativo¹⁹.

Un buen ejemplo puede considerarse la reciente decisión del Tribunal Constitucional alemán que en 12/2/06 anuló la denominada "Ley de Seguridad Aérea" -sancionada por Bundestag, en una reacción espasmódica con motivo de ciertos atentados terroristas que a partir de septiembre de 2001 conmocionaron al mundo- concluyendo que la protección de la dignidad del hombre "...es estricta y no puede abrirse a limitaciones...".

Parece claro que los derechos fundamentales equivalen a vínculos de sustancia y no de forma -que condiciona la validez sustancial de las normas- expresando la orientación del Estado Constitucional y Social de Derecho. Los derechos fundamentales forman parte, en definitiva, del interés general o, mejor, del bien común social.

El objetivo final del docente es FORMAR a sus estudiantes y, el método de casos,

¹⁹ Bidart Campos, Germán, "La interpretación de los derechos humanos en la jurisdicción internacional y en la jurisdicción interna", E.D., Tomo 159, pp. 915 y ss.

es una herramienta cuyo manejo facilita el conocimiento de los fallos judiciales paradigmáticos.

Es un ejercicio de análisis que los coloca en la posición de estar de acuerdo o no con aquellos, efectuarles observaciones, comentarios e incluso, criticarlos, porque seguramente en los próximos años, como operadores del Derecho, muchos serán autores intelectuales de un "caso judicial".

Finalizo, rescatando del dictamen del procurador general en el F.: "*Simón*" lo siguiente: "...hemos regresado, tal vez sin quererlo, a lo básico: a las personas, a sus problemas vivenciales, a su descuidada humanidad y también a una certeza inveterada. Si los Estados no son capaces de proporcionar a los hombres una tutela suficiente, la vida les dará a estos más miedos que esperanzas...".

"...Y no queremos que la indolencia aqueje nuestra grave tarea porque entonces sí estaremos ante la peor tragedia nacional... nos duele la Argentina en todo el cuerpo, en un mundo que deseamos sea de carne y hueso y no un planeta de gobiernos, Estados y organismos. La sociedad se ha convertido en un encuentro violento de los hombres con el poder... Es en momentos como estos cuando hay que evitar los gestos irreparables puesto que ninguna señal que no sirva para hacer más decente la situación actual debe ser ejecutada. De alguna forma hay que salvar el decoro de una sociedad que debe sobrevivir con dignidad y cuyos intereses la Constitución nos manda defender... La planificación política jamás debiera asfixiar a la prudencia jurídica porque el jurista y el juez son la voz del Derecho que sirve a la Justicia...".