

1. COMISIÓN: N° 2 DE DERECHO PROCESAL CIVIL: “Justicia supranacional y control de convencionalidad”.

2 TÍTULO: “*El jardín de los senderos que se bifurcan*: El valor de las sentencias de la CortelDH bajo la doctrina del precedente”.

3. SÍNTESIS DE LA PROPUESTA: Desde la última reforma de la Constitución Argentina, y la consabida jerarquización que han tenido los Tratados de DD.HH. en el derecho interno, estudios de doctrina se han ocupado, principalmente, en determinar el alcance brindado por el Tribunal Regional situado en Costa Rica a ese elenco de derechos. En cuanto al ámbito procesal, el interés se concentró, fundamentalmente, en elucidar si la jurisprudencia emitida por esa Corte podría tener valor como *precedente* para los diversos países, y de ser así, cual sería este. La presente ponencia tiene como objetivo intentar realizar un aporte a esa última discusión, avanzando en terrenos menos transitados, al abocarnos a un aspecto en cierta forma soslayado hasta el momento, cual es el de identificar qué problemas concretos se presentan al momento de intentar aplicar, sin cortapisas o adaptaciones, la doctrina del precedente “*tradicional*” o “*clásica*”—tal como la conocemos en la cultura del *common law* y su pujante desarrollo en el *civil law*- a este ámbito. Así, examinando la cuestión desde uno de los países signatarios de la CADH y sometido a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CortelDH) como es Argentina, ofreceremos algunos argumentos principales que visibilicen la imposibilidad de aplicar esa doctrina —al menos sin adaptaciones, tal como se dijo- los cuales denominaremos: el elemento *institucional* y el elemento *factual*; como también uno secundario, coadyuvante de aquellos: el de la *legitimidad*. Y, a modo de cierre, intentaremos dar una hoja de ruta para comenzar a superar estos obstáculos a fin de transitar por un sendero *unificado* en la interpretación y tutela de los Derechos Humanos.

5. Postulación: Se postula para los premios “Asociación Argentina de Derecho Procesal” y “Fundación de Estudios Superiores e Investigación (FUNDESI)”.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. DOS OBSTACULOS: 2.1. EL ELEMENTO INSTITUCIONAL. 2.2. EL ELEMENTO FACTUAL. 3. ARGUMENTOS ADICIONALES. IV. A MODO DE CONCLUSIÓN: UNA HOJA DE RUTA QUE UNIFIQUE LOS SENDEROS.

1. INTRODUCCIÓN.

Antes de ahora hemos tenido ocasión de decir que en Argentina el precedente tiene valor *de iure argumentativo en sentido fuerte*¹, como también hemos ofrecido un panorama del valor que tiene el precedente en el *Civil Law* en diversos países, además del nuestro, y cómo la vinculatoriedad del precedente puede contribuir a lograr la eficacia procesal². Partiendo de esas premisas, en el presente nos abocaremos a identificar cómo en el ámbito regional la aplicación de la doctrina del precedente que llamaremos *tradicional*, sin las necesarias adaptaciones, ha llevado y podría seguir haciéndolo a problemas ulteriores interpretativos lo cual podría incluso crear inconvenientes innecesarios, con la consiguiente responsabilidad internacional.

Al respecto, cabe recordar que el 29 de diciembre de 1993 se sancionó la Ley 24.309 que declaró la necesidad de la reforma parcial de la Constitución de 1853, modificada en los años 1860, 1866, 1898, 1957. Relacionado al punto, el artículo 3 habilitó “(...) *para su debate y resolución en la Convención Constituyente los puntos que se explicitan y los artículos que se discriminan a continuación: A tal efecto la Convención Constituyente podrá: (...) I.- INSTITUTOS PARA LA INTEGRACION Y JERARQUIA DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES. * Por incisos nuevos al artículo 67 de la Constitución Nacional. (...)*”.

Así, el anterior artículo 67 inciso 19 devino en el actual 75 inciso 22, que como resulta por demás conocido, le otorgó jerarquía constitucional a los Tratados de Derechos Humanos que allí enumera, brindando la posibilidad que futuros Tratados gocen de igual rango luego de ser suscriptos por el país, para lo cual se requiere la aprobación de los 2/3 de cada cámara³. Asimismo, establece que los demás tratados y concordatos tienen jerarquía *superior* a las leyes.

Respecto a la conducta a asumir por Argentina respecto de las sentencias de la Corte IDH, Raya de Olivera⁴ ha reseñado -en ceñida síntesis- tres

1 **SARÁCHAGA, Gonzalo** “Valor y eficacia del precedente en la Corte Suprema de Justicia Argentina: incidencia en la resolución de conflictos donde se discutan derechos individuales homogéneos”, *eldial.com*, elDial DC2A05, 2020

2 **SARÁCHAGA Gonzalo** “EL USO DEL PRECEDENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN COMO HERRAMIENTA PARA CONTRIBUIR A LA EFICACIA PROCESAL”; *Revista de Derecho Procesal Gestión e innovación en el proceso – II*; Rubinzal – Culzoni; 2023-2.

3 Para profundizar sobre este tema, ver **HITTERS, Juan Carlos** “La reforma de la Constitución Argentina de 1994 y los tratados sobre Derechos Humanos a 20 años de su vigencia”, *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, UNLP*; 2014.

posturas diferentes, las cuales no necesariamente agotan todas las variantes que puede revestir un tema tan complejo, pero que no obstante ello sirve a los efectos de realizar una clasificación enunciativa en el presente. Veamos: 1) favor del estricto cumplimiento: *Doctrina de la obligatoriedad moral*. Esta postura considera que si bien la instancia internacional tiene vedada la vía coercitiva, la aceptación de competencia de la Corte IDH de parte del Estado, le confiere obligatoriedad moral a lo decidido por ella; 2) *Doctrina internacional*: Amplia la postura anterior, basando la obligatoriedad de los fallos de la Corte IDH en los principios de buena fe y *pacta sunt servanda* y 3) Una tercer postura, en sentido diverso a las anteriores, considera que existe cierto orden público constitucional que no puede ser alterado por decisiones internacionales y que ello facultaría a los tribunales locales a controlar la adecuación de las decisiones de la Corte IDH ⁵.

Por su parte, el Dr. Hitters⁶, a los fines de responder a la pregunta si respecto a Argentina son vinculantes los fallos de la Corte IDH, ha señalado que dichas sentencias deben ser acatadas por la jurisdicción Interna.

2. DOS OBSTÁCULOS:

Sentado lo anterior, daremos por conocida las principales misiones y funciones de la Corte IDH, el marco normativo que rige la cuestión, como también los principales caracteres que hacen a la doctrina *tradicional* del precedente, por desbordar ampliamente objeto del presente, y siguiendo recomendaciones doctrinarias pertinentes para cumplir con el fin que perseguimos⁷.

Entonces, nos abocaremos directamente al núcleo del problema planteado, que denominamos elementos o factores *institucional* y *factual*.

2.1. El elemento *institucional*.

4 RAYA DE VERA, Eloísa B. "El cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: el caso Gelman vs. Uruguay", Publicado en: RCyS 2012-V, 279, Fallo Comentado: [Corte Interamericana de Derechos Humanos ~ 2011-02-24 ~ Comisión Interamericana de Derechos Humanos c. República Oriental del Uruguay en relación con el caso Juan Gelman, María Claudia García de Gelman y María Macarena Gelman García](#)

5 Esta es la posición que siguió Perú, por ejemplo, en los casos "Castillo Petruzzi y otros vs. Perú" y "Loayza Tamayo vs. Perú".

6 HITTERS, Juan Carlos, "¿Son vinculantes los pronunciamientos de la comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? Control de constitucionalidad y convencionalidad", Publicado en: LA LEY 17/09/2008, 1 • LA LEY 2008-E, 1169; ver asimismo el desarrollo que ahí efectuó respecto a la evolución progresiva, —con marchas y contramarchas— para cumplimentar con los pronunciamientos tanto de la Comisión como los de la Corte regional.

7 Giannini ha expresado en relación con esto que "Un defecto frecuente que siempre conviene evitar, tanto al redactar una ponencia como al defenderla oralmente, es el de dedicar demasiado espacio a lo obvio y omitir dar precisiones sobre lo problemático" (GIANNINI, Leandro J. "Pautas enunciativas para la elaboración de ponencias" Revista de Processo. vol. 330. ano 47. p. 443-453. São Paulo: Ed. RT, agosto 2022.p. 450)

Al emprender esta tarea (en lo que podría llamarse un verdadero *ejercicio de desencanto*, siguiendo la terminología del Prof. Chiassoni⁸) denominamos *institucional* al primer argumento porque, según entendemos, la COrtelDH no es ni podría ser una cuarta o quinta instancia (o incluso sexta, según el caso⁹) respecto de los Tribunales argentinos.

El fundamento neurálgico que edifica esta conclusión a simple vista parece sencillo, pero resulta contundente: al no ser la COrtelDH un superior jerárquico, mal puede hablarse de un *precedente vertical*, al menos siempre siguiendo la doctrina del precedente *tradicional*. Intentando sintetizar la cuestión: Si el Estado es parte, la sentencia que dicte la Corte IDh será obligatoria para este último, pero no a los fines de una eventual *rechazo* (*overruling*) de una sentencia definitiva pasada en autoridad de cosa juzgada en el derecho interno, y en muchos casos (como veremos en *Fontevicchia*) tampoco de los derechos adquiridos derivados de ella.

Es oportuno aclarar, para evitar confusiones terminológicas, que esta postura no implica en forma alguna desconocer la *obligatoriedad* del cumplimiento de las sentencias de la CorteIDH, sino que implica ubicarlas en un *sendero* diverso al pretendido por ese Tribunal

Cabe recordar que determinada acción, desde el plano jurídico, resulta obligatoria si su incumplimiento trae o podría atraer aparejada una consecuencia para el que incumple. Al ser ello así es que consideramos, por ejemplo, que en nuestro derecho interno los precedentes de la CSJN son vinculantes precisamente porque de incumplirlos los inferiores, serán declarados inválidos por el Címero Tribunal. Es decir, la consecuencia es *jurisdiccional*.

Ahora bien, en el ámbito regional, eso no ocurre con ese alcance. La corte con sede en Costa Rica no puede invalidar una sentencia del derecho interno, sin perjuicio de adoptar otras medidas de reparación que pueda considerar conducentes de imponer al Estado que encuentre eventualmente responsable.

Por lo tanto, la potestad que en diversos supuestos ha intentado utilizar la COrtelDH de ordenar que se invalide una sentencia pasada con autoridad de

⁸ ver **CHIASSONI Pierluigi**, y su texto "*el precedente judicial: tres ejercicios de desencanto*"; publicado en "Ensayos de metajurisprudencia analítica"; ISBN: 9789567799572; Editorial: Ediciones Jurídicas Olejnik

⁹ Pensemos en las diversas y posibles instancias previas del derecho interno según sea que la causa proviniera del fuero provincial, o del fuero federal,.

cosa juzgada emitida en el derecho interno de un país, no se reconoce entre las atribuciones de aquella Corte, ni en la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁰ ni en su Estatuto¹¹.

Es que, tal como dijera el Ministro Rosatti, -en una lectura comparativa del texto de la CN de 1853-1860 con el actual luego de la reforma de 1994-, “*el sistema jurídico nacional se ha abierto al sistema internacional, fundamentalmente en materia de derechos, deberes y garantías, aunque no de modo irrestricto, sino en la medida y según las formas con que aquel lo permite*¹²”.

Es insoslayable recordar lo ocurrido en el caso “*Fontevecchia*”¹³ cuyos antecedentes, por razones de brevedad y su notoriedad, damos por conocido y el cual reavivó el debate sobre la obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte IDH por parte de Argentina tanto por la doctrina¹⁴ como así también en los diversos operadores jurídicos. En *Fontevecchia* se resolvió en el voto de la mayoría—en muy prieta síntesis— que no cabía hacer lugar a una de las cuestiones ordenadas por la Corte IDH en su sentencia dictada en el año 2011 contra Argentina, la cual disponía *dejar sin efecto la condena civil impuesta a Jorge Fontevecchia y Héctor D'Amico, así como todas sus consecuencias*. Para así decidir, la mayoría del Tribunal¹⁵ entendió que era de imposible

10 Disponible en <https://bit.ly/4cv6RKt>

11 Disponible en <https://bit.ly/3KUPIhl>

12 **ROSATTI, Horacio**, “*Proyecto constitucional alberdiano. Descripción, apogeo y crisis*”, Publicado en “Constituciones Argentinas. Compilación histórica y análisis doctrinario”, 1ra. edición - noviembre 2015; disponible en http://www.saij.gob.ar/docs-f/ediciones/libros/Constituciones_argentinas.pdf (énfasis agregado).

13 Causa “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/informe sentencia dictada en el caso ‘Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina’ por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”.

14 Entre otros, comentaron el caso citado: **GELLI, María Angélica**, “los alcances de la obligatoriedad de los fallos de la Corte Interamericana y la reivindicación simbólica de la Corte argentina”, Publicado en: LA LEY 23/02/2017, 5; **IBARLUCÍA, Emilio A.**, “*Obligatoriedad de los fallos de la Corte Interamericana y derecho de defensa en juicio*”, Publicado en: LA LEY 15/03/2017, 4; **MANILI, Pablo L.**, “Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. A propósito del fallo ‘Fontevecchia’”, Publicado en: LA LEY 20/03/2017, 5; **ZUPPI, Alberto L. DELLUTRI, Rodrigo** “Comentario a un diálogo entre quienes no se escuchan. La decisión de la Corte Suprema en el caso ‘Fontevecchia y D’Amico c. República Argentina’”, Publicado en: LA LEY 23/02/2017, 22; **ÁBALOS, María G.** “Control de constitucionalidad y de convencionalidad sobre una decisión interamericana”, Publicado en: LA LEY 2017-B •Sup. Const. 2017 (marzo), 3; **SANTIAGO, Alfonso** “¿Desobediencia debida? ¿Quién tiene la última palabra?”, Publicado en: LA LEY 23/02/2017, 13; **PALACIO DE CAEIRO, Silvia B.** “El cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, Publicado en: LA LEY 08/03/2017, 6; **GARAY, Alberto F.** “En ocasiones necesitamos educarnos en lo obvio”, Publicado en: LA LEY 23/02/2017, 2; **PIZZOLO, Calogero** “¿Ser ‘intérprete supremo’ en una comunidad de intérpretes finales? De vuelta sobre una interpretación ‘creacionista’ de los derechos humanos”, Publicado en: LA LEY 23/02/2017, 7.

15 La posición mayoritaria fue conformada por el voto conjunto de los jueces Ricardo Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Carlos Rosenkrantz y el voto propio del juez Horacio Rosatti. En disidencia votó el juez Juan Carlos Maqueda.

cumplimiento tal manda sin violentar los principios de orden público argentino, como lo sería el hecho de dejar sin efecto una sentencia de la propia CSJN pasada en autoridad de cosa juzgada.

El voto conjunto consideró que no correspondía hacer lugar a lo solicitado en tanto ello supondría transformar a la Corte IDH en una “cuarta instancia” que revisa o anula decisiones jurisdiccionales estatales en contravención de la estructura del sistema interamericano de derechos humanos y de los principios de derecho público de la Constitución Nacional sino que es subsidiaria¹⁶, coadyuvante y complementaria¹⁷. En este sentido, entendió que el texto de la Convención no atribuye facultades a la Corte Interamericana para ordenar la revocación de sentencias nacionales (art. 63.1, C.A.D.H.).

Asimismo, argumentó que revocar su propia sentencia firme —en razón de lo ordenado en la decisión “Fontevecchia” de la Corte Interamericana— implicaría privarla de su carácter de órgano supremo del Poder Judicial argentino y sustituirla por un tribunal internacional, en violación a los arts. 27 y 108 de la Constitución Nacional¹⁸.

De similar factura, en el derecho foráneo podemos citar el conocido caso “Fujimori” en Perú, en el cual el Tribunal Constitucional de Perú dispuso la inmediata liberación del ex presidente, en contraposición a lo ordenado por la Corte IDH, para lo cual tomó en consideración que este último tribunal carecía de potestades para disponer que no se cumpla con una sentencia del derecho interno¹⁹.

16 Cfr. *Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 157, párr. 66; *Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 166, párr. 47, y *Caso Perozo y otros vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195, párr. 64.

17 En el Preámbulo de la Convención Americana se sostiene que la protección internacional es “de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”. Ver también, *El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos* (arts. 74 y 75). Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 2, párr. 31; *La Expresión “Leyes” en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6, párr. 26, y *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo*. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 61.

18 No obstante lo cual, aclaró en el considerando 20 que “...Lo dicho hasta aquí no implica negar carácter vinculante a las decisiones de la Corte Interamericana, sino tan solo entender que la obligatoriedad que surge del arto 68.1 debe circunscribirse a aquella materia sobre la cual tiene competencia el tribunal internacional (art. 63, CADH; arts. 27, 75 inc. 22 y 108, Constitución Nacional).”

19 Allí sostuvo que, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 65 de la CADH, “(...) el incumplimiento de un Estado a lo ordenado en una sentencia de ese tribunal internacional lo faculta a informar a la Organización de Estados Americanos (OEA) de este hecho. En consecuencia, queda fuera de su competencia, ordenar a un Estado, en supervisión de cumplimiento de sentencia, no ejecutar una sentencia de un tribunal nacional. En todo caso, la Corte queda facultada para dejar constancia en una resolución que se mantiene abierto el procedimiento de supervisión o, si fuera el caso, informar a la OEA” (ver considerando 28, disponible en el siguiente link: <https://bit.ly/4ezS5Uw>), .

Como cierre, entiendo que corresponde citar un posible contraargumento a la postura que presentamos, para intentar dar una respuesta: Taruffo ha sostenido, respecto al “precedente supranacional” –si bien en forma potencial- que “**probablemente se pueda hablar de precedentes en sentido propio**”, en relación con las decisiones de la Corte IDH “*ya sea porque estos presentan una dimensión vertical, estando dirigidos a jueces en cierto sentido inferiores pertenecientes a aquel sistema, ya sea porque su aplicación a casos posteriores se funda frecuentemente en la analogía de situaciones de hecho a las cuales se refiere la decisión anterior y los casos posteriores*²⁰”. Como réplica a ello, humildemente planteamos una visión diferente a la del maestro italiano, en primer lugar porque al no ser la Corte IDH un superior jerárquico respecto de la CSJN, ni tampoco –vale reiterar- una “cuarta instancia”, no puede hablarse de que sea “en cierto *sentido*”, ni en ninguno, inferior a aquel Tribunal, lo que deja desprovisto de sustento a ese argumento. Y en segundo término, la solución con base en analogías, en el ámbito regional, presenta serios problemas, que veremos a continuación.

2.2. El elemento *factual*.

Otro argumento de peso para justificar la imposibilidad de aplicar sin cortapisas la doctrina del precedente al ámbito regional es el que denominaremos el elemento *factual* o *fáctico*, lo cual nos lleva al examen de un aspecto esencial de cualquier sistema de precedentes como es el de la *ratio decidendi*²¹.

Si el Estado –en este caso, argentino- no es parte en la controversia, la aplicación de un precedente o jurisprudencia sentado por la Corte IDH no puede ser subsumido tan fácilmente como sería el caso de un precedente emitido en el derecho interno por la CSJN²², por las dificultades que se enfrentan al tiempo de determinar la *ratio*.

Resulta consabido que un gran debate en la doctrina del precedente es, precisamente, cómo se identifican los hechos relevantes que conformaron la

20 TARUFFO, Michele “Consideraciones sobre el Precedente”; Revista IUS ET VERITAS, N° 53, Diciembre 2016 / ISSN 1995-2929, p. 334; el resalte me pertenece.

21 Usualmente se suele identificar la *ratio decidendi* (RD) o holding como la proposición o regla de derecho necesaria para decidir el caso tal como ha sido resuelto, “considerada por el juez como un paso necesario para arribar a su conclusión” (CROSS Y HARRIS, 1991, p. 72)

22 Por citar un solo caso, el precedente “HUANG, QIUMING c/ EN - DNM s/RECURSO DIRECTO DNM”; sentencia del 07/12/2021, Fallos: 344:3580, fue citado para resolver casos sustancialmente análogos posteriores en 255 oportunidades (al tiempo de escribir estas líneas); algo difícil de imaginar con un precedente de la Corte IDH(fuente oficial CSJN: <https://sj.csjn.gov.ar/homeSJ/>)

ratio decidendi del caso anterior para su aplicación ulterior²³. No resulta difícil imaginar que si nos enfrentamos a esa dificultad en el interior de un país, cuando hablamos de un precedente “supranacional” que pretende regir situaciones fácticas tan disímiles como la conformada por la historia, cultura, instituciones, sistema político, etc. de los diversos países que firmaron la CADH y se sometieron a la jurisdicción de la Corte, ese problema se complejiza exponencialmente.

A punto tal que en muchos casos no sería posible aplicar por *subsunción* la doctrina de determinada sentencia o precedente de la CorteIDH en el derecho interno sin, lisa y llanamente, hacer caso omiso de las diferencias sustanciales y neurálgicas que existen entre ambos supuestos. Sin perjuicio –es bueno aclarar- de la justicia intrínseca de aquél o la correcta solución que haya arribado.

Nótese que no nos referimos a meras abstracciones desde la teoría del precedente, o simples conjeturas, en cambio son problemas que se generaron y se continúan generando ante casos que deben decidirse.

Por citar solo algunos ejemplos, es interesante examinar las diferencias sustanciales que emergen de los conocidos casos “Barrios Altos” (Perú) y “Simón” (Argentina). Esto fue tratado por Oteiza²⁴ trazando un paralelo entre las diferencias entre ambos supuestos: *“la Corte Suprema Argentina declaró en el caso “Simón” la inconstitucionalidad de las leyes de punto final y obediencia debida sancionadas por una amplia mayoría del Congreso, utilizando como sustento el precedente Barrios Altos de la Corte Interamericana, no obstante, la diferencia entre una legislación sancionada por un congreso legítimo como el argentino de aquella época y otra dictada por un régimen inconstitucional como el que entonces gobernaba en Perú”*. Podría pensarse entonces que la solución de la CSJN fue axiológicamente destacable al declarar la inconstitucionalidad de las leyes de *punto final y obediencia debida*, pero quizá debió haberse fundamentado en forma diversa.

23 El esquema simplificado con el que usualmente se presenta el concepto de *ratio decidendi* (RD), no refleja las dificultades que se plantean para escoger los hechos relevantes para su determinación. Como ejemplo podríamos usar el famoso caso “*Donoghue vs Stevenson*”, de un caracol en una botella de cerveza de jengibre que causó problemas gastrointestinales y sentó la doctrina del “deber de cuidado” en el *common law* del Reino Unido. A mayor cantidad de hechos relevantes escogamos más acotado será el principio sentado, y viceversa, si solamente tomamos pocos o con un amplio grado de abstracción, la *Ratio* será amplísima.

24 OTEIZA, Eduardo D. “*El uso del precedente en el diálogo entre Cortes Nacionales y transnacionales*”. Publicado en ; JORDI FERRER BELTRÁN CARMEN VÁZQUEZ “*Debatando con Taruffo*”, Marcial Pons, 2016.

3. Argumentos adicionales.

Siguiendo a Taruffo y la doctrina que se ha ocupado del tópico²⁵, se suele decir que para la eficacia de un precedente es importante examinar no solo que lo emita el Tribunal competente, sino de otros factores, muchos de ellos inasibles o difíciles de mensurar, que le otorgan mayor legitimidad a sus decisiones. Queremos dejar aclarado que a nuestro entender la Corte IDH goza de un amplio prestigio internacional, no obstante lo cual, pensamos que se podría trabajar sobre diversos tópicos que contribuirían al fortalecimiento del sistema interamericano en general, y de la Corte IDH en particular.

Sin pretensión de exhaustividad, podemos mencionar algunos de ellos: a) La selección de los jueces que integran el tribunal se encuentra desprovista de la suficiente transparencia y publicidad, y se da en un proceso marcado por la confidencialidad. Esto resta legitimidad a los jueces así seleccionados²⁶ – independientemente de su aptitud para desempeñar el cargo, lo que no se pone en duda aquí-; b) Las estadísticas hablan de un atraso importante en el sistema interamericano –mayormente en la Comisión Interamericana de DD. HH.- poniendo en tensión el cumplimiento del plazo razonable²⁷; c) Los jueces no cumplen sus funciones a tiempo completo, solo en sesiones ordinarias y eventualmente extraordinarias²⁸, lo cual imposibilita abocarse a una mayor cantidad de casos, celebración de mayor cantidad de audiencias, y en consecuencia existe menos deliberación, entre otros contratiempos; +d) problemas presupuestarios, de los cuales los Estados son los principales indicados como responsables para su solución.

25 **TARUFFO** ha sostenido que la eficacia del precedente y su presentación en grados diferentes y con manifestaciones variables según el caso, depende de una multiplicidad de factores como la autoridad del juez que ha pronunciado el precedente y su ubicación institucional, la calidad de la decisión e incluso la edad del precedente (TARUFFO, Michele, *"Dimensiones del precedente judicial"*, p. 554)

26 **OTEIZA** en referencia a esta situación ha expresado que *"La situación es particularmente preocupante ya que deslegitima una Corte que ha invocado para sí la capacidad de señalar una lectura vinculante de la CADH, mediante la doctrina del control de convencionalidad, posición que requiere contar con un fuerte respaldo basado en procesos de designación que garanticen la idoneidad y la independencia. La ausencia de un proceso adecuado de selección resta limita la legitimación de los jueces elegidos"* (**OTEIZA, Eduardo D.**: *"El deber de respetar la independencia judicial: esfuerzos y ambigüedades de los Estados en el plano internacional"* : *La independencia judicial: un constante asedio* / Jordi Nieva Fenoll (dir.), Eduardo Oteiza (dir.), 2019, ISBN 978-84-9123-642-9, págs. 185-198;).

27 es paradójico que el propio Sistema interamericano que juzga a los Estados por no cumplir con un plazo razonable tampoco lo provea a los justiciables que acceden a aquel. Para profundizar en este tema, ver el trabajo de **JALIL, Sergio N.** *"El plazo Razonable en el sistema interamericano de Derechos Humanos. Causas de la ineficacia. Propuestas de Solución"*; 1era edición. Astrea; 2021.

28 Ver artículo 11 del reglamento de la Corte IDH.

4. A MODO DE CONCLUSIÓN: UNA HOJA DE RUTA QUE UNIFIQUE LOS SENDEROS.

A lo largo de la ponencia Intentamos presentar un problema de insoslayable importancia, con consecuencias y derivaciones de diversa índole, muchas de las cuales se encuentran en pleno desarrollo al momento de escribir estas líneas.

Por ello, a modo de conclusión tomando en consideración el estado de avance la cuestión, ofrecemos las siguientes reflexiones y propuestas: 1) la doctrina del precedente “clásica” se aprecia como insuficiente a los fines de examinar la eficacia de los precedentes o jurisprudencia de la CorteIDH, en su conjetural faz vertical. Las diferencias sustanciales que se dan al cotejar las características del procedimiento en el sistema regional y el interno de cada país, deriva en que sea imposible trasladar los postulados neurálgicos del sistema de precedentes *tradicional*, generando problemas y tensiones como los ejemplificados más arriba a los cuales remitimos; 2) Con el título de la ponencia, en honor al notorio cuento del célebre Borges, intentamos graficar dos *senderos interpretativos bifurcados*, esto es: el planteado por la Corte IDH y el de los Máximos Tribunales de los países, en el caso, Argentina, respecto a la potestad o no de revocar, por parte del Tribunal Regional, decisiones jurisdiccionales pasadas con autoridad de cosa juzgada de los países; 3) Por lo expuesto en los dos puntos anteriores, los *senderos bifurcados* resultan irreconciliables si se intentan solucionar con los conceptos clásicos de los sistemas de precedentes pensados y desarrollados en los derechos internos, lo cual posiblemente continuará generando tensiones entre la CorteIDH y las Cortes Nacionales –y concordemente, con los países-; 4) es razonable que la CorteIDH pueda determinar la responsabilidad internacional de un Estado (Argentina, por ej.) por violar determinados DD.HH –por conducto de lo resuelto en una causa judicial- y resulta *prima facie* un escenario –que aunque conjetural – es probable y ajustado a sus funciones; pero no así lo relacionado con la revocación de lo decidido en sentencia judicial pasada con autoridad de cosa juzgada en el derecho interno, donde incluso se vea afectado hipotéticamente un particular que había resultado vencedor en esa contienda judicial –y que no participó del proceso ante la CorteIDH-. Lo cual podría conculcar, paradójicamente, sus derechos humanos (vgr. debido proceso). En distinta escala uno podría pensar en supuestos donde, sin poner en duda la

legitimidad de quien emite una orden para la cual en principio se encuentra autorizado, su contenido es cuestionado por considerarse que se excedió en su competencia. Esto es transversal a los tres poderes del Estado. Ejemplo: a) Poder judicial: Pensemos por ejemplo cuando se dictan sentencias que invaden esferas propias de los otros poderes, principalmente de Poder Ejecutivo y su diseño de las políticas públicas²⁹; b) Poder Ejecutivo: cuando dicta DNU que traspasa hacia materias que tiene vedadas y c) Poder Legislativo en aquellos casos en donde se penetra en esferas de otros poderes o de otras jurisdicciones.

Siguiendo este orden de ideas, y pudiendo darse el caso de que existan sentencias de la CorteIDH que, pese a perseguir fines nobles, equivoquen el camino o avasallen la soberanía de los distintos países que adhieren al sistema, pareciera lógico y hasta deseable que el máximo intérprete y guardián de la constitución –justamente, la CSJN- emita su autorizada opinión disonante sobre el punto³⁰ y 4) Finalmente, entendemos que los Estados y el Sistema Interamericano en su conjunto deben llevar adelante las iniciativas necesarias y continuar con un *diálogo jurisprudencial* acorde a las competencias de cada uno de los actores involucrados, para lograr la plena efectividad de la tutela de los DD.HH³¹.

29 Por ello la CSJN, con buen tino a entender por la opinión mayoritaria sobre el punto, en temas como la recomposición ambiental de la cuenca matanza riachuelo el notorio caso "Mendoza"- ha sentado el foco en el *que hacer* y no en el *cómo hacer*, es decir, ha trazado los objetivos pero dejando a salvo que es el poder ejecutivo quien tiene la facultad –y los recursos para hacerlo- de definir cómo ha de llegar a esos objetivos. el propio Juez de la Corte Lorenzetti tuvo ocasión de manifestar que *"por estas razones es aconsejable que el tribunal tenga la sabiduría de poner un límite al proceso y dejar que los otros poderes cumplan su rol. Una de las críticas más duras al activismo de la Corte de la India ha sido que impidió la formación de una burocracia profesional en la administración, porque todo pasó por el tribunal y nadie tomaba decisiones autónomas por temor a la sanción. Es necesario entonces fijar con claridad un límite vinculado a la división de poderes(...)"* **LORENZETTI, Ricardo Luis**. *"Teoría del derecho ambiental"*, 1a ed. 1a reimp.- Buenos Aires: La Ley, 2009. P.146).

30 Esta exigencia al Máximo Tribunal de que asuma un papel protagónico en su rol de custodio de la Constitución Nacional es insoslayable, y resulta de imperiosa necesidad más aun en épocas de interrupción democrática como tristemente ha vivido a repetición la Argentina en el Siglo XX, periodos donde se vulneraron en forma masiva los derechos humanos y se han afectado sensiblemente las instituciones y la seguridad jurídica. En esta línea de razonamiento, cabe recordar también el papel que jugó la CSJN luego del golpe militar llevado a cabo por el Teniente General José F. Uriburu al presidente Hipolito Yrigoyen en el año 1930. Frente a ello, el Tribunal emitió la "Acordada sobre el reconocimiento del Gobierno Provisional de la Nación" el 10 de septiembre de 1930 (fallos 158:290) convalidando o dando reconocimiento al derrocamiento de un gobierno constitucional por el hecho de que los golpistas detentaban el poder en los hechos. Entre los numerosos análisis críticos de esta postura asumida por la Corte, citamos a Oteiza quien manifestó que: *"La C.S.J.N. en la década del treinta consintió, al igual que muchos otros sectores del país, la autoridad nacida de la fuerza como mecanismo apto para gobernar. No cometió ese error solo la C.S.J.N. la falta de conciencia democrática y de respeto a las instituciones de la República envió a gran parte de la dirigencia. Los efectos de aquellos desaciertos hoy todavía habitan entre nosotros"* (**OTEIZA, Eduardo**, *"La Corte Suprema. Entre la justicia sin política y la política sin justicia"*, Librería Editora Platense S.R.L., La Plata, 1994, p. 54). En suma, lejos está de trazarse un paralelo o asimilar ambos supuestos, notoriamente disímiles. Solo poner de ejemplo como aporte a la discusión que de la CSJN se espera *siempre* que actúe con la mayor diligencia en defensa de la Constitución Nacional.

³¹ No debemos olvidar, Tal como expresó Berizonce -con cita del maestro Morello- que *“es notorio que en las modernas sociedades del amanecer del nuevo siglo mientras se constata en las encuestas de opinión pública la ineficiencia del sistema judicial y el desprestigio de la magistratura, paradójicamente el ciudadano común recurre cada vez más ante el Poder Judicial en la búsqueda de soluciones no sólo para sus conflictos individuales, sino también como gestor de los intereses públicos generales, a conciencia de que, en muchos casos, los otros “poderes políticos” son incapaces de brindárselas, o las transfieren directa o implícitamente a los jueces (Morello, 1999, p. 63 y ss.)***BERIZONCE, Roberto O.**, “Recientes tendencias en la posición de juez”; Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)