



El Sistema Interamericano de Derechos Humanos en los tribunales de San Juan

Soledad Lloveras y Gerardo Tripolone

SUMARIO: I. Introducción. — II. Un mal indicio. — III. Un camino sin transitar. — IV. De mayor a menor. — V. La mención de rigor. — VI. Excepciones que confirman la regla. — VII. La resolución de conflictos. — VIII. Reflexiones finales.

I. Introducción

No es necesario volver a señalar el impacto del derecho internacional de los derechos humanos en los sistemas jurídicos internos. Es impensable el estudio de cualquier rama del derecho interno sin tener en cuenta la incidencia que tienen los tratados, la jurisprudencia y, en general, las interpretaciones que sobre el sistema de derechos humanos realizan los organismos y las cortes internacionales. En el caso del derecho argentino, esto es aún más evidente en relación al Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante SIDH).

En este contexto es que se planteó un proyecto de investigación sobre la aplicación de los estándares interamericanos sobre derechos humanos en los tribunales sanjuaninos entre 2007 y 2015 (1). El año 2007 no es arbitrario, ya que fue el 13 de julio de ese año que se falló la causa "Mazzeo" (2) donde se receptó de forma expresa y completa el "control de convencionalidad". Ya con "Arancibia Clavel" (3) como es bien sabido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante CSJN) estableció el carácter insoportable de la jurisprudencia de la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH). Esto inició la llamada por Jonás Elfman (4) "tercera etapa" en la recepción de los fallos de la Corte IDH (5).

En San Juan no se contaba con una investigación sobre la incidencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH o Pacto de San José de Costa Rica) y la jurisprudencia Corte IDH en los tribunales provinciales. Esto impedía conocer si la Provincia de San Juan cumple o no con la obligación internacional de respetar y garantizar los derechos reconocidos en el SIDH.

El conocimiento de este tema es importante por diversas razones. Como se sabe, la falta de aplicación de la CADH y de la

interpretación que de ella hace la Corte IDH puede acarrear responsabilidad internacional. Todos los órganos del Estado (incluyendo aquí a los órganos de las provincias y, por supuesto, al Poder Judicial) están obligados a la aplicación de las pautas emanadas de la Corte IDH. Argentina se obligó a esto al ratificar el Pacto de San José de Costa Rica y así ha sido reconocido por la CSJN.

En segundo lugar, la falta de conocimientos sobre la aplicación judicial del Pacto de San José priva de una herramienta sumamente importante para los operadores jurídicos provinciales. La inclusión de enunciados sobre derechos y valores (como sucede con la CADH) transfieren un enorme poder a los jueces, quienes en última instancia darán contenido a dichos enunciados (6). Para comprender cuál es la regla jurídica, no basta con el análisis de la ley general. Como piensa el realismo genovés, es necesario una "conjuncción entre dogmática y decisión de casos judiciales". La tarea de la teoría jurídica es preguntarse "qué se está haciendo" con las normas generales (7).

Esta es la razón por la que es necesario prestar atención a cómo los tribunales han interpretado los textos. Los operadores jurídicos deben reconocer qué significados y usos se les da a los enunciados normativos en los tribunales. Esto constituye, además, un instrumento básico para la argumentación jurídica. Ante la falta de una sistematización sobre la cuestión, los operadores jurídicos (abogados, sobre todo) no cuentan con esta herramienta.

En tercer lugar, los resultados de esta investigación son útiles para los miembros del Poder Judicial, sobre todo para los magistrados de tribunales de primera instancia, quienes podrán conocer la forma en que en las Cámaras de Apelaciones y la Corte de Justicia aplican los estándares interamericanos de derechos humanos, si es que esta aplicación existe. Esto permitirá a

los jueces de instancias inferiores anticipar la forma en que fallarían si sus sentencias son apeladas.

En el marco de esta investigación, el presente artículo tiene como finalidad dar a conocer algunos resultados parciales. El objetivo es presentar una primera aproximación al estado de situación de la aplicación del SIDH en los tribunales sanjuaninos.

II. Un mal indicio

La Constitución Sanjuanina de 1986 fue pródiga en consagración de derechos individuales, sociales, políticos y económicos. Entre ellos el del acceso a la información pública. El art. 9° contiene el principio general: "todos los actos de gobierno deben ser publicados en la forma, medio y modo que la ley determine, garantizando su plena difusión". El 212 especifica esta obligación para el caso del Poder Judicial: "los tribunales de la Provincia deben informar y publicar periódicamente las causas que pasen a estado de sentencia, consignando la fecha en que los autos quedan a disposición del tribunal para su resolución. De la misma forma deben hacer conocer que las causas han sido sentenciadas" (bastardillas agregadas).

Esta norma no puede entenderse como cumplida en la medida en que el acceso a la información sea dificultoso para cualquier ciudadano. En la actualidad, es difícil respetar este principio sin la publicidad de todas las sentencias judiciales digitalizadas en internet. El Poder Judicial sanjuanino no cumple este requisito. No todo el material está disponible en el sitio web oficial (8). Tampoco es accesible en los portales nacionales que recaban la jurisprudencia, como puede ser SAJJ (9).

Esta situación se agrava debido a que gran parte de la jurisprudencia de Cámaras de Apelaciones ni siquiera es accesible para el público en general en versión impresa. Mucho menos en los casos de tribunales de

primera instancia. Todo esto dificultó la tarea de búsqueda del material de análisis, el cual estuvo a merced de la buena disposición de magistrados, funcionarios y empleados del Poder Judicial.

De todas formas y aunque deba mantenerse en el plano de hipótesis, consideramos que con el muestreo de jurisprudencia al que hemos accedido basta para darse una idea de la situación del SIDH en San Juan.

III. Un camino sin transitar

Andrés Gil Domínguez afirma la dificultad que presenta el ejercicio del control de constitucionalidad difuso, sobre todo por la preparación que requiere en los magistrados (10). Si esto es verdad para el control de constitucionalidad, tanto más vale para la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos (11). Todos los jueces son, a partir de los desarrollos de la Corte IDH, en materia de control de convencionalidad, integrantes de "un sistema interamericano de garantía judicial convencional" (12).

No puede obviarse la enorme tarea y responsabilidad que recae sobre ellos. Ya no basta con que conozcan el derecho de fondo y de forma nacional y provincial. Si eso era de por sí una ardua tarea, cuánto más lo será el conocimiento del SIDH.

El esfuerzo de un magistrado en la actualidad es cada vez mayor. La necesidad de contar con un equipo de trabajo preparado es imperiosa. Cuando comenzamos las tareas de recopilación de jurisprudencia entrevistamos a jueces de Cámara, secretarios y relatores de la Corte de Justicia de San Juan. La respuesta de todos ellos fue casi unánime: la CADH y la jurisprudencia de la Corte IDH, por no decir el control de convencionalidad, resultaban caminos poco o nada transitados en los tribunales sanjuaninos.

La situación podría ser descripta, bajo parámetros de Alf Ross (13), como una

DOCTRINA

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos en los tribunales de San Juan

Soledad Lloveras y Gerardo Tripolone 1

NOTA A FALLO

Peligroso cambio de criterio de la Suprema Corte sobre la cláusula de exclusión por exceso de velocidad y la aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor

José Luis Correa 4

JURISPRUDENCIA

CONTRATO DE SEGURO. Cláusula de exclusión de la cobertura. Disposiciones abusivas. Función social. (SC Mendoza) 4

ÚLTIMA INSTANCIA

..... 8

ausencia de vigencia de la ley. Los operadores del Poder Judicial no perciben como derecho obligatorio lo establecido en la CADH ni las interpretaciones de los organismos del SIDH. Esto, que es una percepción producto del diálogo con ellos, se comprueba en el análisis de la jurisprudencia sanjuanina. No obstante, para pasar a este punto debemos aclarar una cuestión fundamental.

IV. De mayor a menor

La situación de desconocimiento del SIDH contrasta con el promisorio comienzo que tuvo la aplicación de la jurisprudencia interamericana en la Corte de Justicia a fines de la década de 1990. En efecto, en la causa "Allanes" (14) de 1998 la Corte sanjuanina recibió la decisión en "Giroli" (15) de la CSJN. El máximo tribunal sanjuanino reconoció el derecho a la doble instancia del art. 8° CADH y, en virtud de ello, declaró inconstitucional la limitación al recurso de casación del art. 488 inc. 2° del Cód. Proc. Penal Provincial (Cód. Proc. Penal Provincial) por vedar la doble instancia.

Además, en "Illanes" la Corte aceptó la doctrina según la cual la frase "en las condiciones de su vigencia" del art. 75 inc. 22 CN significa que la CADH debe interpretarse según lo hacen los organismos y tribunales internacionales de aplicación de los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional. En nuestro caso la Corte y Comisión IDH. La Corte se valió de una recomendación de la Comisión IDH para interpretar la inconstitucionalidad (no habla de "inconveniencia") del Cód. Proc. Penal Provincial.

La causa "Illanes" se falló con el voto del Dr. Juan Carlos Caballero Vidal, al que adherieron el resto de los magistrados. En cuatro páginas se trató una cuestión fundamental del derecho constitucional y su relación con el derecho internacional. Se aceptaron los motivos de la CSJN y se abrió la puerta para un prometedor futuro de aplicación de la CADH en San Juan. Sin embargo, la jurisprudencia posterior no justificó los buenos augurios.

V. La mención de rigor

Es muy difícil volver a encontrar en la jurisprudencia de la Corte sanjuanina una argumentación (acotada, pero en última instancia existente) como en "Illanes". De hecho, uno de los rasgos salientes del análisis jurisprudencial del período 2007-2015 es la propensión a utilizar una cita de

rigor de la CADH sin analizar su texto, ni lo dicho por la Corte IDH. No se estudia ni contrasta qué aporte hace la CADH a la protección de derechos humanos frente a la Constitución Provincial y Nacional. Ni siquiera se realiza un esfuerzo por decir por qué el artículo o derecho citado de la CADH es aplicable al caso.

La simple mención podría entenderse en aquellos casos en los que no está involucrada la supremacía constitucional, pero es inaceptable cuando lo discutido es, justamente, la adaptación de las normas a ella. En otras palabras, cuando lo que está en juego es una norma del bloque de constitucionalidad. Los tribunales se limitan a enumerar entre los considerandos de sus fallos la jurisprudencia de la Corte IDH sin hacer referencia a los apartados del Pacto de San José de Costa Rica aplicables al caso concreto ni cuál es la jurisprudencia a la que apelan (16).

Con la mención de rigor, como afirma María Gabriela Abalos, no se cumple con el estándar interamericano. Para la autora, "se requiere explicitar los fundamentos de su aplicación al caso particular". En este procedimiento tiene que establecerse si "la sentencia internacional se aplica a los hechos del caso o si existe alguna singularidad que la excluye, material o procesalmente". En resumen, "la aplicación por parte de los jueces locales de la jurisprudencia interamericana no debe ser automática" (17).

Casi no se hallan fundamentaciones sobre el significado de los términos de la CADH ni sobre la interpretación de la Corte y Comisión IDH. Por dar un ejemplo, en todo el año 2014 es posible hallar tres sentencias de la Corte de Justicia con mención a la CADH. Este patrón de comportamiento frente al Pacto y a los precedentes que sienta la Corte IDH se repite en los Juzgados de primera instancia y en las Cámaras, con algunas excepciones que confirman la regla.

Si bien por el principio *iuris novit curia* los magistrados deben aplicar el derecho vigente, valdría un trabajo previo de los letrados en la presentación de sus demandas y escritos en donde los reclamos estén apoyados en tratados internacionales de carácter supralegal e incluso jerarquía constitucional. Trabajo éste que, presuntamente y a juzgar porque no se tuvo en cuenta a la hora de elaborar los considerandos, no se realizó en los casos analizados.

VI. Excepciones que confirman la regla

No obstante, la Corte de Justicia ha tenido oportunidad de fundar ciertas posiciones de forma un tanto más profunda. Esto sucedió en el fallo "Gómez" de 2012 (18). En la causa se le denega la apelación a la querrela porque el Cód. Proc. Penal (Cód. Proc. Penal) no la admitía y el Fiscal no la promovió. Sin embargo, se argumentó que por el art. 18 y por la CADH en el art. 8° párrafo 1° (y 14.1 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos) debe existir un órgano jurisdiccional al que acudir garantizando de este modo el derecho a la jurisdicción o a la tutela judicial efectiva.

La Corte afirmó que "este derecho debe asistirle por igual a todas las partes en un proceso", "la tutela judicial efectiva le corresponde a quien ha resultado menoscabado en su derecho a raíz de la comisión de un delito: a la víctima". Para fundar la causa citó otro precedente del propio tribunal (19), donde aclara que "la cercenación de la posibilidad recursiva a la parte querrelante, constituye una franca violación a la normativa supranacional, produciendo una afectación a los principios de igualdad ante la ley y a la tutela judicial efectiva".

A su vez, continúa la Corte, "si por un lado se garantiza el libre acceso a la jurisdicción y por el otro se niega la posibilidad de revisión de un fallo contrario a sus intereses, resulta un contrasentido violatorio del art. 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La cercenación de la posibilidad recursiva a la parte querrelante, constituye una franca violación a la normativa supranacional, produciendo una afectación a los principios de igualdad ante la ley y a la tutela judicial efectiva".

Lo interesante de esta causa es que el tribunal se apoya en la interpretación de la Corte IDH citando la causa "Herrera Ulloa" de 2004 (20). Citaremos extensamente a este último porque es uno de los pocos fallos donde es posible encontrar argumentos de este tipo:

"Interpretando los términos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (que al otorgar el derecho a recurrir el fallo lo hace respecto de 'toda persona'), [la Corte IDH] señaló que '(...) los Estados tienen la responsabilidad de consagrar normativamente y de asegurar la debida aplicación de los recursos efectivos y las garantías del debido proceso legal ante las autoridades competentes, que amparen a

todas las personas bajo su jurisdicción contra actos que violan sus derechos fundamentales o que conllevan a la determinación de los derechos y obligaciones de éstas' (consid. 145). 'Si bien los Estados tienen un margen de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir del fallo (...) no basta con la existencia formal de los recursos, sino que éstos deben ser eficaces (consid. 161)'".

No deja de ser llamativa la forma de argumentar de la Corte de Justicia. El tribunal sanjuanino, citando a la CSJN, afirma que las normas del Cód. Proc. Penal deben ser interpretadas de tal forma "que armonicen con el restante ordenamiento jurídico y con los principios y garantías de la Constitución, evitando darles un sentido que pone en pugna sus disposiciones destruyendo las unas por las otras y adoptando como verdadero el que las concilie y deje a todas con valor y efecto" (destacado agregado).

Luego de admitir que la interpretación debe ser conciliadora evitando que una norma sea "destruida" (palabra de la Corte) por la otra, declara que la norma del Cód. Proc. Penal que impide la apelación a la querrela debe ser "destruida" por la aplicación de la CADH. No juzgamos errada la conclusión: la norma del Cód. Proc. Penal es inconvencional. Lo que quisieramos resaltar es que la argumentación no se condice con la resolución del caso.

En el caso de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minería es posible hallar algunos casos en que se ha fundamentado el significado que tiene la incorporación de los tratados de derechos humanos a la CN. Aunque de forma muy breve, la sala I de la Cámara en 2010 entendió que "[s]in lugar a duda, la reforma constitucional del año 1994, modificó definitivamente el clásico paradigma normativo nacional ubicando al ser humano por encima de los derechos patrimoniales" (21). Cabría preguntarse si antes de 1994 los derechos patrimoniales se encontraban por encima del ser humano.

De cualquier manera, la misma sala utilizó el cambio derivado de la reforma constitucional de 1994 para justificar la no aplicación del principio *in dubio pro reo* en el ámbito civil y condenar a un médico por daños y perjuicios producidos por la muerte durante un aborto, más allá de la falta de condena en el fuero penal: "funda-

(1) Proyecto Projóvi, "La Aplicación de los Estándares Interamericanos de Derechos Humanos por el Poder Judicial de San Juan (2007-2015)", Facultad de Ciencias Sociales - Universidad Nacional de San Juan, Res. 0125/CD-2015 Director Marcos Conca. Integrantes: Soledad Lloveras, Luciana Muñoz, Federico Sanna y Gerardo Tripolone.

(2) CSJN, "Mazzeo, Julio L. y otros s/ recurso de casación e inconstitucionalidad", 18/07/2007.

(3) CSJN, "Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros", 24/08/2004.

(4) ELFMAN, Jonas, "Supremacía constitucional. Control de constitucionalidad y control de convencionalidad", en GARGARELLA, Roberto - GUIDI, Sebastián (coord.), *Comentarios de la Constitución de la Nación Argentina. Jurisprudencia y doctrina: una mirada igualitaria*, La Ley, Buenos Aires, 2016, t. I, ps. 73-74.

(5) Debe aclararse que con el fallo "Fonteviechia" (CSJN, "Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe de sentencia dictada en el caso 'Fonteviechia y D'Amico vs. Argentina'" por la Corte Interamericana de Derechos Humanos", 14/02/2017) esta etapa parece cerrarse. Todo indica que la CSJN comienza a deslizar hacia criterios anteriores sobre la recepción de la jurisprudencia de la Corte IDH.

(6) GUIBOURG, Ricardo, "¿Qué son los derechos constitucionales?", en RIVERA (h.), J. C. - ELÍAS, J. S. - GROSMAN, L. S. - LEGARRE, S. (dir.), *Tratado de los derechos constitucionales*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2014, t. I, ps. 59-60.

(7) BOUVIER, Hernán, "Particularismo y derecho. Un abordaje positivista en el ámbito práctico", Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 271. Lo que nos interesa resaltar aquí del realismo genovés son algunas de las once características que señala Bouvier (2012) y que nos sirven como marco para trabajar sobre la jurisprudencia: "1) Distinción entre formulaciones normativas (textos) y normas (formulaciones interpretadas); 2) Una formulación normativa se transforma en una norma a través de los enunciados interpretativos (adscriptivos) desarrollados por juristas y jueces; 3) Las formulaciones normativas toleran más de una interpretación; 4) Los enunciados interpretativos (adscriptivos) son similares a definiciones estipulativas; 5) Los enunciados interpretativos producen normas y suponen ideologías" (idem, p. 272). Nótese, sobre todo, el punto 5): la interpretación produce la norma. Se desconoce la norma con la sola lectura del texto general y hasta tanto no se la haya puesto en relación con la interpretación.

(8) www.jusanjuan.gov.ar.

(9) www.sj.gov.ar.

(10) GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, "¿Es el control de constitucionalidad difuso una ficción?", LA LEY, 2008-C, 1460.

(11) Algo puesto de resalto por BAZÁN, Víctor, "Control de convencionalidad, tribunales internos y protección de los derechos fundamentales", LA LEY, 2014-A, 761.

(12) DULITZKY, Ariel E., "El impacto del control de convencionalidad. ¿Un cambio de paradigma en el sistema interamericano de derechos humanos?", en RIVERA (h.), J. C. - ELÍAS, J. S. - GROSMAN, L. S. - LEGARRE, S. (dir.), *ob. cit.* p. 542.

(13) ROSS, Alf, "Sobre el derecho y la justicia", Genaro Carrió (trad.) Eudeba, Buenos Aires, 2011.

(14) "CSJN sala segunda, e. Illanes, Luis Roberto y otro p/ estufa - recurso de queja - inconstitucionalidad y casación", Expte. n° 1429/96, 22/06/1998.

(15) CSJN, "Giroli Horacio D. y otros s/ recurso de casación", causa n° 32/93, 07/04/1995.

(16) A título ilustrativo, algunos ejemplos de este proceder en la Corte de Justicia pueden verse en: "e. VILLALBA, Federico - RODRIGUEZ, Leonardo - RODRIGUEZ, Cristian, -por robo agravado- Casación", 20/01/2011; "RUIZ QUIROGA de VARESE, Marta c. Provincia de San Juan - Contencioso

Administrativo, Inconstitucionalidad y Casación", 19/09/2011. En la Cámara Civil puede nombrarse: "E. L. E. C. L. M. - Daños y Perjuicios", sala II, 24/06/2009; "CAMISAY, Claudio Alberto y Otros c. Municipalidad de la Ciudad de San Juan - Ordinario (en Cont. Adm.)", sala III, 06/05/2010; "N. N. c. Provincia de San Juan - Amparo", sala I, 16/10/2009; "CARRIZO, Ernesto Federico c. Provincia de San Juan - Amparo", sala III, 31/10/2014.

(17) ÁBALOS, María Gabriela, "Justicia constitucional, derechos humanos y control de convencionalidad. Desafíos para las jurisdicciones locales", LA LEY, LXXX, 236, 2016-F, p. 5.

(18) Corte de Justicia, "e. GÓMEZ, Roberto Ángel - por homicidio culposo y lesiones e/p de Cristian Yair Varela D., Paula M. Manrique y Celja Yaney Montato (fallecidos) y otros (lesionados) - queja por recurso denegado", 27/12/2012.

(19) Corte de Justicia, "P. R. E., sala 2ª, -2008-IV-", del 16/10/2003.

(20) Corte IDH, "Herrera Ulloa c. Costa Rica", 02/07/2004.

(21) Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minería, "VARGAS, José Luis y otra c. OSSE y Municipalidad de Santa Lucía - daños y perjuicios - sumario", sala I, 08/07/2010.

mentalmente a partir de la incorporación a rango constitucional de los tratados internacionales [...] el eje de la normativa son los derechos humanos, la protección de la persona, la de evitar los daños, la de la reparación integral de los mismos, etc.". A partir de esto concluye que "en el derecho civil se privilegia la protección del más débil especialmente cuando hay un daño a reparar. Por ello el *in dubio pro reo* no tiene aplicación preeminentemente en el derecho civil como sí es en el derecho penal" (22).

Estos argumentos son interesantes porque, más allá del acierto o no de la decisión en concreto, colocan al principio *pro homine* en el centro del sistema jurídico. Se reconoce que el eje del sistema jurídico ya no es el derecho interno, sino los derechos humanos consagrados en tratados internacionales y en la Constitución. Como mandato de optimización, éste y otros principios resultan herramientas para que los derechos sean cumplidos de la mejor forma posible.

Dentro del ámbito laboral también podemos encontrar resoluciones judiciales que toman como fundamento los criterios de la CADH, aunque no con grandes argumentaciones como sería deseable. Tal es el caso de una acción de amparo (23), interpuesta ante el Primer Juzgado Laboral (24), en donde la parte actora reclamó el pago de una renta periódica y adicionalmente una suma única como resarcimiento por una incapacidad parcial, permanente y definitiva del 52,64% provocada por un accidente de trabajo. Ambas sumas debían ser, a criterio de la parte demandante, actualizadas conforme a la ley 26.773. Asimismo, planteó la inconstitucionalidad del arts. 14 apart. 2 inc. b) y 19 de la Ley de Riesgos de Trabajo, que determinaban el pago de una renta periódica por dicha incapacidad, entendiéndose que resultaban violatorias de los arts. 14, 14 bis, 16, 17 y 28 CN.

Ante este planteo, el magistrado entiende que corresponde hacer lugar al pedido: "en definitiva las normas de análisis, no satisfacen los requerimientos de la Constitución Nacional ni del marco legal internacional, en tanto se encuentra en contraposición a las disposiciones que consagran que se debe asegurar a toda persona 'condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo' y que 'todas las personas son iguales ante la ley'. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley 'conforme se proclama en la Declaración Universal de Derechos Humanos art. 23 y del art. 24 del Pacto de San José de Costa Rica'".

Con respecto a la declaración de inconstitucionalidad, la sentencia dice: "en cuanto a los planteos de inconstitucionalidades articuladas, adelante favorable acogida [...] toda vez que las normas citadas e impugnadas violan el principio de igualdad y vedan el libre y rápido acceso a la justicia, afectando, entre otros, los arts. 14 bis, 16, 17 y 18 de la CN y principios consagrados en el Pacto de San José de Costa Rica que

después de la reforma de la Carta Magna en 1994, tienen jerarquía constitucional".

En el mismo sentido se ha resuelto en otras ocasiones (25), esgrimiendo idénticos argumentos para hacer lugar al planteo de la parte actora.

VII. La resolución de conflictos

Fuera de la mención de rigor de la CADH es posible encontrar jurisprudencia interesante sobre conflictos normativos decidida en tribunales sanjuaninos. Se han decidido casos de gran trascendencia apelando a argumentos simples o sin siquiera ofrecer argumentos. Un fallo de la Cámara Civil, Comercial y Minería lo retrata.

El primero de ellos se dio en un caso de filiación. Por una supuesta negligencia del juzgado de primera instancia (26) no se produjo la prueba necesaria en un proceso de filiación. La Cámara afirmó que "la negligencia en la producción de la prueba biológica [...] quedan subordinadas en el sistema de prelación de normas que tienen rango constitucional, como es la Convención de los Derechos del Niño y el Pacto de San José de Costa Rica, dentro del sistema de operatividad de nuestra Constitución" (27).

La Cámara le otorgó a la CADH y a la Convención del Niño prelación sobre las normas procesales, lo cual no genera tantos problemas. Sin embargo, el problema era que, para la persona que debía someterse a la prueba biológica, la obligatoriedad constituía autoincriminación, lo cual es contrario al art. 18 CN. En unas pocas líneas la Cámara rechazó este argumento:

"Entre un posible conflicto entre el derecho a la identidad (art. 7°, párr. 1° de la Convención del Niño) y a no autoincriminarse (art. 18 CN) corresponde inclinarse por conceder jerarquía al derecho de una persona a conocer su origen biológico" (28).

Muchos son los problemas que surgen de esta formulación. La Cámara está adoptando, sin argumentar, la posición según la cual la CN está subordinada a los tratados internacionales. Esto, que es una tesis defendible, aunque vastamente discutida, debe contrastarse con la propia letra de la CN, sobre todo sus arts. 27 y 75 inc. 22. Este último afirma que los tratados con jerarquía constitucional "no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución y deben entenderse como complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos".

En primer lugar, la Cámara está rechazando la interpretación de la CSJN sobre la frase "no derogan artículo alguno de la primera parte". Según lo dicho en "Monges" (1996), los constituyentes "han efectuado un juicio de comprobación" sobre la compatibilidad de los tratados con la CN. No les cabe a los poderes constituidos sustraerse a ese juicio (29). Esto puede ser controvertido, sin dudas. No obstante, deben darse

argumentos para rechazar la posición de la CSJN la cual ha sido sostenida en fallos recientes (30).

En segundo lugar, la Cámara rechaza una pauta interpretativa prescripta por la CN: los tratados con jerarquía constitucional "deben entenderse complementarios" de los derechos y garantías constitucionales. Complementarios de, por ejemplo, el art. 18. Ante un aparente conflicto el juez debería hacer un esfuerzo interpretativo para que los derechos de la primera parte de la CN estén armonizados con los consagrados en los tratados con jerarquía constitucional. Nada de eso hace la Cámara que, sin dar muchos argumentos, opta por una salida rápida: el art. 18 queda, para este caso, dejado de lado por los tratados internacionales.

Esto abre las puertas a un decisionismo bastante peligroso. Porque las normas de la CN habilitan para otras interpretaciones. Por ejemplo, el art. 27 da lugar a que, en virtud de los principios de derecho público interno que son inviolables por los tratados, se dejen éstos de lado y se sostenga el art. 18 CN. Un decisionismo a la inversa del fallado por la Cámara, pero igualmente válido.

La situación se agrava si se toma en cuenta que la prohibición de obligar a autoincriminarse también tiene rango convencional (CADH 8.2.g). La Cámara no tenía entre sí solamente un conflicto entre una norma de derecho interno y una de derecho internacional. Tenía que resolver un conflicto entre normas de igual jerarquía. En términos de Alexy, es un conflicto entre principios, no entre reglas (31). Los conflictos entre principios no se resuelven por cláusulas de excepción que eliminan el conflicto (e.g., ley posterior deroga anterior, ley superior deroga inferior, etc.) (32). Debe acudirse a la ponderación.

En estos supuestos no existe una solución a *mano* válida universalmente para todos los casos. No hay un argumento de *knockout* que indique de forma general y en abstracto qué norma debe aplicarse. Ambas normas deben ser sometidas a la ponderación en el caso concreto. Someter a la ponderación "no significa declarar inválido al principio desplazado". Lo que sucede es que, en el caso en particular, "uno de los principios precede al otro", pero "bajo otras circunstancias" la solución podría ser otra (33).

El mecanismo de la ponderación obliga a dar argumentos de lo que se afirma. Independientemente de la importante discusión en torno a la ponderación y los diversos modelos que existen (34), lo que es seguro es que no puede simplemente decirse que un derecho "queda subordinado" a otro sin dar razones de ello. Eso es justamente lo que la Cámara Civil realizó en el caso.

VIII. Reflexiones finales

El objetivo en este artículo fue esbozar algunas primeras conclusiones sobre el

análisis de la aplicación del SIDH en los tribunales sanjuaninos. Por la dificultad en el acceso a la jurisprudencia, esto no fue sencillo. Sin embargo, con los casos estudiados puede tenerse alguna idea del estado de la cuestión, el cual no es alentador.

Se puede estar de acuerdo o no con el nuevo carácter que la Corte IDH le ha dado a la CADH. De su original función (expresa en el preámbulo del Pacto) "coadyuvante" y "complementaria", se pasó a una clara situación de jerarquía superior del SIDH sobre todo el orden jurídico interno (35). Más aún, como afirma Dulitzky, es claro que una aplicación "mecánica y con fe mesiánica" de la jurisprudencia de la Corte IDH no es lo deseable (36). Biscardi considera esta "deferencia y sumisión a la CADH" como *inacceptable* desde el punto de vista constitucional (37). Sin embargo, mientras Argentina sea parte de la CADH es difícil negarse al cumplimiento de las obligaciones que surgen de ella y de la interpretación que realiza la Corte y la Comisión IDH.

Esta discusión no se ha dado en los tribunales sanjuaninos. En nuestra Provincia puede probarse una falta de vigencia (en sentido Rossiano) de la CADH. La discusión sobre la jerarquía de las normas (salvo excepciones) ni siquiera puede comenzar. Para nuestros magistrados la CADH no parece ser derecho aplicable. Cuanto más se cita al pasar y como mera mención de rigor. Esto no subsana el problema. Decir que el derecho X está "protegido en la CN y la CADH", sin especificar las diferencias en el alcance de la protección, en las definiciones que sobre ellos han dado los tribunales nacionales, la Corte y la Comisión IDH, las regulaciones locales, entre otros factores, no es aplicar el SIDH. Citar el número de un artículo o un tratado internacional en general no es aplicar la norma jurídica.

Para solucionar esta deficiencia, María Gabriela Ábalos propone, entre otras cuestiones, la creación en las jurisdicciones locales de una "oficina de convencionalidad" (38). Esta oficina realizaría un seguimiento y sistematización de la jurisprudencia de la Corte IDH. Es una propuesta interesante, ya que es innegable que la sobrecarga laboral de los tribunales locales dificulta el conocimiento y actualización del SIDH por parte de los magistrados y el personal del Poder Judicial. Sin embargo, la falta de aplicación de los estándares del SIDH no se solucionará exclusivamente con nuevas oficinas que podrían generar una sobre estructuración del Poder Judicial. Es necesario un cambio de paradigma en donde se entienda la importancia del derecho internacional en la resolución de conflictos y el reconocimiento de derechos dentro de la Provincia. Instancias de investigación de este tipo y su correspondiente difusión coadyuvan con este propósito.

Cita on line: AR/DOC/1267/2017

(22) Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minería, "N. N. c. Z.A.J. - daños y perjuicios", sala I, 19/05/2009.

(23) Primer Juzgado Laboral, "SORIA RIVEROS, Sebastián Miguel e. GALENO A.R.T. S.A. a/amparo", 22/08/2014.

(24) La jurisprudencia de los tribunales de primera instancia no está contemplada en el diseño del Proyecto de Investigación, por lo que lo incorporamos de manera ilustrativa.

(25) Primer Juzgado Laboral, "VIDABLE, Oscar

Alberto c. MAPFRE ARGENTINA ART SA s/amparo", 28/08/2014.

(26) *Idem*.

(27) Cámara de Apelación Civil, Comercial y Minería, "N.N. c. N.N. s/ filiación", 06/07/2011.

(28) *Idem*.

(29) BISCARDI, Samanta, "Jerarquía constitucional y tratados internacionales", en GARGARELLA, Roberto - GUIDI, Sebastián (coord.), *Comentarios de la Constitución de la Nación Argentina. Jurisprudencia y doctrina: una mirada igualitaria*, La Ley, Buenos

Aires, 2016, t. I, ps. 93-94.

(30) *Idem*, p. 94. La autora cita el caso CSJN, "S. L. E. c. Diario 'EL Sol'", 28/08/2007.

(31) ALEXY, Robert, "Teoría de los derechos fundamentales", traducción y estudio introductorio Carlos Bernal Pulido, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014, p. 70 y ss.

(32) *Idem*, p. 69.

(33) *Idem*, p. 70.

(34) Entre la abundante literatura sobre la discusión en torno a la ponderación puede verse MORESO,

José Juan, "La Constitución: modelo para armar", Marcial Pons, Madrid, 2009, ps. 287-284. Una crítica puede encontrarse en GUIBOURG, Ricardo, *ob. cit.*, p. 68. Guibourg afirma que la ponderación es "un placebo jurídico".

(35) DULITZKY, Ariel E., *ob. cit.*, ps. 537-541. Véase también las críticas de BISCARDI, Samanta, *ob. cit.*, ps. 103-106.

(36) DULITZKY, Ariel E., *ob. cit.*, p. 533.

(37) BISCARDI, Samanta, *ob. cit.*, p. 103.

(38) ÁBALOS, María Gabriela, *ob. cit.*, p. 8.