

Buenos Aires, 14 de enero de 2016

Al Sr. Ministro de Justicia y Derechos Humanos de la Nación
Dr. Germán Garavano
S/D

Ref: Proceso de selección Juez de la Corte Suprema de
Justicia de la Nación
Decreto 222/03
Candidatos Carlos Rosenkrantz y Horacio Rosatti

De nuestra mayor consideración:

Nos dirigimos a Ud. en representación del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) a efectos de aportar nuestras observaciones en el proceso de selección de integrantes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, previsto en el decreto 222/03 (art. 6). Por las razones que serán expuestas, el CELS impugna la designación de los candidatos Carlos Ronsenkrantz y Horacio Rosatti, ya nombrados como jueces en comisión por el Presidente de la Nación Mauricio Macri (decreto 83/15), por entender que convalidaron un procedimiento de designación irregular y de dudosa constitucionalidad. Además, cuestionamos su perfil para ocupar un cargo de tanta trascendencia por las posturas regresivas que sostienen en algunos temas vinculados a la protección y aplicación del derecho internacional de los derechos humanos, así como por sus posiciones respecto de la relación entre el derecho, la política, el mercado y el Estado. Todas estas consideraciones nos hacen cuestionar el perfil de los candidatos y su idoneidad para acceder al cargo (artículo 2).

De acuerdo con la publicación realizada entre los días 16 y 18 de diciembre del pasado año, hacemos esta presentación cumpliendo con los requisitos y los plazos establecidos en el Decreto 222/03 mencionado. Al mismo tiempo, con domicilio en la Ciudad de Buenos Aires, declaramos bajo juramento la veracidad de los datos que aportaremos.

1. Observaciones al procedimiento irregular de designación: sospecha de inconstitucionalidad

Como sostuvimos en nuestro comunicado de fecha 15/12/15 junto con otras organizaciones no gubernamentales, el nombramiento en comisión de jueces de la Corte Suprema por decreto importa un avance indebido de las facultades del poder ejecutivo por sobre las del Senado; contraría los principios establecidos por la propia Corte Suprema en fallos recientes sobre la garantía de estabilidad de los jueces para asegurar su independencia e imparcialidad, y constituye un grave retroceso en los mecanismos de consulta y participación para la evaluación de los candidatos.

La relevancia institucional de estos cargos exige que el trámite de designación de jueces de la Corte sea tomado en serio y propugne a un debate lo más amplio y participativo posible. Este procedimiento y los debates sustantivos que se generen sobre los candidatos serán los que le otorguen, a la larga, legitimidad social y política a la decisión del Poder Ejecutivo y a los candidatos que resulten electos. En este punto, los candidatos deben mostrar solvencia técnica pero también compromiso con estos valores democráticos.

En el presente trámite, los candidatos -sobre los que haremos también un somero análisis de su perfil- fueron nombrados en comisión por un decreto del Presidente de la Nación, haciendo uso de la facultad del artículo 99.19 de la CN, que le permite evitar el acuerdo del Senado. Al mismo tiempo que se los designó en comisión se dio inicio al trámite ordinario y a la consulta prevista por el decreto 222/03. Ante las críticas recibidas por lo excepcional del método elegido se pusieron en marcha los dos trámites en paralelo, lo cual generó mayor incertidumbre sobre el procedimiento.

El jefe de gabinete de Ministros Marcos Peña afirmó en una nota al diario La Nación del 10 de enero pasado que el decreto se encontraba vigente y que se esperaba que la Corte les tomara juramento a los jueces designados durante el mes de febrero. No hace mención al trámite del

decreto 222 pero sí a que podrían reevaluar hacer efectiva la designación excepcional y darle lugar al trámite regular si existiera algún mensaje positivo de los Senadores.¹

Lamentablemente, el solo hecho de que los candidatos designados en comisión aceptaran someterse a este tipo de procedimiento irregular los hace pasibles de una impugnación.

1.1 La dudosa constitucionalidad del trámite y la estabilidad de las designaciones

A. Una designación bajo este procedimiento afecta la garantía de estabilidad de los jueces según la jurisprudencia de la propia CSJN y la Corte IDH

Según la jurisprudencia de la Corte Suprema todo juez debe tener “garantía de estabilidad” en el cargo como consecuencia de las exigencias que hacen a su independencia (caso Aparicio del 21 de abril de 2015). En la causa “Uriarte” en la que se discutía la constitucionalidad del régimen de designación de jueces subrogantes, la Corte sostuvo: “9°) Que en el mismo precedente se destacó que el objetivo de este principio radica en evitar que el sistema judicial en general, y sus integrantes en particular, se vean sometidos a posibles restricciones indebidas en el ejercicio de su función por parte de órganos ajenos al Poder Judicial. Adicionalmente, se dijo que el Estado está en el deber de garantizar una apariencia de independencia de la magistratura que inspire legitimidad y confianza suficiente no solo al justiciable, sino a los ciudadanos en una sociedad democrática (confr. causa "Aparicio" cit., considerando 18)”, y también “10°) Que para asegurar su independencia, los jueces cuentan -a diferencia de los demás funcionarios- con garantías reforzadas que resultan indispensables para el ejercicio de su función. Entre ellas, en lo que a este caso interesa, se encuentran la de un adecuado proceso de nombramiento y la inamovilidad en el cargo (Fallos: 314:881 y 749; 315:2386; 324:1177; 325:3514; y causa "Aparicio" y sus citas).”.

¹ Diario La Nación, 10/1/16, Marcos Peña. Llevará tiempo reparar el deterioro del aparato de seguridad, **“Periodista -¿La decisión de nombrar a los jueces de la Corte en comisión fue un error, porque parece haber quedado en un limbo? MP -No, no nos parece un error, la validamos y no quedó en un limbo porque es una medida constitucional. Lo que quedó en todo caso es un espacio de tiempo hasta que se haga la jura que por el pedido de la Corte va a hacerse en febrero. Obviamente hay una oportunidad ahí de trabajar en que se logre el consenso en el Senado antes de que ocurra la jura. -¿Pero asumirían en febrero aun sin el acuerdo del Senado? -El decreto está vigente. Hay conversaciones permanentes con el Senado con lo cual si hubiera un acuerdo mejor aún. Ojalá que el Senado apoye. Todos en privado dejan claro que son dos jueces intachables. -¿Si reciben una señal de que los aprobarían no los harían jurar en comisión? -Es evidente que si hay una decisión del Senado de votarlos no hay un capricho en querer hacerlos jurar de otra manera.**

En el caso Aparicio, la Corte Suprema reafirmó que el acto institucional complejo de designación de jueces “encierra la búsqueda de un imprescindible equilibrio político pues, tal como lo ha enfatizado muy calificada doctrina, el acuerdo del Senado constituye ‘un excelente freno sobre el posible favoritismo presidencial’, pero también entraña el propósito de obtener las designaciones mejor logradas (...)”.

Si estas reglas sobre independencia y estabilidad fueron establecidas por la Corte para los jueces subrogantes o conjueces, su alcance es evidente para los jueces del máximo tribunal. En este sentido, según la reiterada jurisprudencia de la Corte IDH, de “la independencia judicial derivan las siguientes garantías: un adecuado proceso de nombramiento, la inamovilidad en el cargo y la garantía contra presiones externas” (casos *Tribunal Constitucional Vs. Perú* y *Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) Vs. Ecuador*, y principios básicos de las Naciones Unidas 2, 4 y 12). En el caso “Chocrón Chocrón c/ Venezuela” sostuvo concretamente: “(...) los jueces, a diferencia de los demás funcionarios públicos, cuentan con garantías debido a la independencia necesaria del Poder Judicial, lo cual la Corte ha entendido como ‘esencial para el ejercicio de la función judicial’ (...). El objetivo de la protección radica en evitar que el sistema judicial en general y sus integrantes en particular se vean sometidos a posibles restricciones indebidas en el ejercicio de su función por parte de órganos ajenos al Poder Judicial o incluso por parte de aquellos magistrados que ejercen funciones de revisión o apelación.” Además, agrega que “(...) el acceso en condiciones de igualdad constituiría una garantía insuficiente si no está acompañado por la protección efectiva de la permanencia en aquello a lo que se accede, más aún si se tiene en cuenta **la estabilidad como componente de la independencia judicial.**” (el destacado nos pertenece).

La utilización de un mecanismo excepcional de dudosa constitucionalidad para designar jueces de la corte en comisión, con las derivaciones que veremos a continuación, pone en juego la estabilidad de los jueces nombrados y se ven gravemente afectadas la independencia y legitimidad de los candidatos y de la Corte en su totalidad.

Gustavo Arballo describió en su blog a esta situación como de estabilidad “lábil o fangosa”². Esta labilidad no es sólo un problema en relación con el Poder Ejecutivo del que dependerán

² Blog Saber leyes, post del 15 de diciembre de 2015, [Tuitificación del debate público constitucional: a propósito de las nominaciones Ro-Ro](http://www.saberderecho.com), disponible en <http://www.saberderecho.com>.

los jueces comisionados para que se renueve su comisión; se envíe los pliegos al Senado en el marco del procedimiento regular del 99.4CN; o no se envíe el pliego de otros candidatos mientras ellos están en comisión. Esta “complicación” para su estabilidad, en las propias palabras del candidato Rosatti, también es aplicable en relación con el Senado ya que en paralelo con su actuación como jueces de Corte, necesitarán lograr el acuerdo con mayoría especial agravada de los senadores. Si juran antes de que el Senado evalúe su pliego, ¿cómo serán sus decisiones si de ellas dependerá que el Senado les convalide ex post los nombramientos?

B. El decreto 83/15 es de dudosa constitucionalidad

El procedimiento de designación de Rosenkrantz y Rosatti justificado en el artículo 99 inc. 19 de la Constitución Nacional debe ser considerado un mecanismo sobre el que existe una presunción de inconstitucionalidad. La Constitución establece un sistema específico de designación de jueces de la Corte Suprema en el artículo 99 inc. 4 que exige que los candidatos antes de ser designados tengan el acuerdo de una mayoría calificada de senadores. Por lo tanto, para eludirlo las autoridades deben brindar una justificación fuerte y estrictamente necesaria, además de la existencia del período de receso de la Cámara de Senadores.

El Presidente lo intenta en el decreto 83/2015 con las consideraciones que refieren a que “la Corte Suprema ha quedado integrada por tres jueces, lo que dificulta el desenvolvimiento de las altas funciones que le encomienda la Constitución Nacional (...)”. También con la mención a que, en función de la actual integración de la Corte, no se puede resolver casos por mayoría cuando no sea posible alcanzar decisiones unánimes. Esas afirmaciones representan un supuesto estado de crisis del máximo tribunal judicial de la Nación que debiera haber sido señalado por el propio Tribunal y no por otra rama del Estado. Además, el decreto no menciona los mecanismos legales previstos para estos supuestos en los que no se puedan alcanzar mayorías (por ejemplo, el sistema de conjueces) ni justifica por qué no son aplicables. Tampoco explica por qué optar por no llamar a sesiones extraordinarias para efectivizar nombramientos por el sistema regular del 99.4 cuando no existe ningún impedimento para hacerlo. A lo sumo, debió haber justificado la necesidad y urgencia (elementos de su propio razonamiento en los considerandos del decreto) dando información o datos precisos sobre el universo de casos que la Corte estaba impedida de resolver de

manera urgente en el exiguu plazo que existe en el receso de la Cámara de Senadores, con la aclaración de que durante todo el mes de enero, la Corte Suprema se encuentra de feria judicial.

La Corte Suprema se refirió a cómo interpretar las facultades del poder ejecutivo nacional después de la reforma constitucional del año 1994. En *Consumidores Argentinos*³ –del año 2010-, por ejemplo, dijo, luego de citar las manifestaciones de integrantes de la Convención Nacional Constituyente del año 1994, que “todo lo aquí expuesto no permite albergar dudas en cuanto a que la Convención reformadora de 1994 pretendió atenuar el sistema presidencialista, fortaleciendo el rol del Congreso y la mayor independencia del Poder Judicial (...)”. Es ese el espíritu, agregó, “que deberá guiar a los tribunales de justicia tanto al determinar los alcances que corresponde asignar a las previsiones del art. 99, inciso 3º, de la Constitución Nacional, como al revisar su efectivo cumplimiento por parte del Poder Ejecutivo Nacional en ocasión de dictar un decreto de necesidad y urgencia”. Lo importante en términos de hermenéutica constitucional, más allá de la diferencia entre los incisos 3 (sobre dictados de decretos de necesidad y urgencia) y 19 (sobre nombramientos en comisión por decreto simple) es la regla de atenuación del sistema presidencialista de la reforma constitucional del año 1994 como guía para resolver conflictos interpretativos, sobre todo en aquellos casos en los que las circunstancias para el ejercicio de esas facultades son invocadas unilateralmente para ejercer facultades que por regla constitucional no le pertenecen (por ejemplo, art. 99 inc. 3) o son compartidas con el poder legislativo (art. 99 inc. 4).

La atenuación del presidencialismo en la designación de jueces luego de la reforma constitucional del año 1994 también fue señalada por la Corte Suprema. En *Rizzo*⁴ –del año 2013- dijo que “el constituyente decidió incorporar al procedimiento de selección y nombramiento de magistrados inferiores la participación del Consejo de la Magistratura con el fin de atenuar la discrecionalidad que estaba en cabeza del Poder Ejecutivo en la propuesta de magistrados federales”.

³ CSJN, “Consumidores Argentinos c/ EN - PEN - Dto.558/02-SS - ley 20.091 s/ amparo ley 16.986”, 2010, cons. 8.

⁴ CSJN, “Rizzo, Jorge Gabriel (apoderado Lista Gente de Derecho) s/ acción de amparo el Poder Ejecutivo Nacional, ley 26.855, medida cautelar (Expte. N°3034/13)”, 2013, cons. 20.

La Corte Suprema completó esta idea de limitación de las facultades del Poder Ejecutivo por parte de los constituyentes del año 1994 con relación al nombramiento de jueces de ese mismo Tribunal. En Aparicio⁵ –del año 2015- dijo que “En lo que se refiere a la designación de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el constituyente entendió que, a los efectos de limitar la referida discrecionalidad [con relación a la del Poder Ejecutivo], consolidar la independencia del Poder Judicial de la Nación y reforzar el equilibrio político que debe primar en la integración del cuerpo, resultaba necesario dar aun más vigor al rol del Senado de la Nación en el procedimiento y, en consecuencia, estableció que el acuerdo que dicho cuerpo confiere al candidato propuesto debe contar con el voto de una mayoría calificada, adoptada en sesión pública convocada al efecto”.

La Corte en esa decisión hizo una especial referencia a la interpretación del artículo 99 inc. 19. Allí, retomando la línea del caso Rosza⁶, señaló que “resulta indudable que la participación del Senado ha sido enfáticamente reclamada por nuestros constituyentes, ni bien se atiende al informe de la Comisión Examinadora de la Constitución Federal que, al fundar la propuesta de reforma al texto sancionado en 1853, expresó: “todas las Constituciones, y muy especialmente las federales, han buscado un correctivo a la facultad peligrosa y corruptora depositada en manos de un solo hombre, de distribuir empleos honoríficos y lucrativos de un orden elevado. De aquí la necesidad de sujetar a un acuerdo previo el nombramiento de los ministros, diplomáticos, los obispos, los altos empleos de la milicia, y jueces superiores, sometiendo al Senado la facultad de prestar ese acuerdo (...)”. De ahí que se propusiera, y con éxito, la reforma del art. 83 inc. 23, del texto de 1853, lo cual daría lugar en 1860 al art. 86, inc. 22, que desde entonces nos rige -hoy 99, inc. 19-.”.

De todo esto se desprende que si el procedimiento constitucional de designación de jueces de la Corte Suprema es aquel previsto en el art. 99 inc. 4, en tanto asegura el acuerdo previo e ineludible del Senado de la Nación, tal como lo exige la regla de la Constitución Nacional, el procedimiento de designación del 99 inc. 19 podría operar únicamente en aquellos casos en los que la aplicación del mecanismo del 99 inc. 4 genere graves perjuicios que deban ser sopesados en relación con las razones expresadas por la Corte para la existencia de ese acto

⁵ CSJN, “Aparicio, Ana Beatriz y otros c/ EN -CSJN- Consejo de la Magistratura - art. 110 s/ empleo público.”, cons. 16.

⁶ CSJN, “Rosza, Carlos Alberto y otro s/ recurso de casación”, 2007, cons. 13.

complejo federal con mayoría especial. Estas razones vinculadas con la atenuación del presidencialismo y la garantía de independencia y estabilidad de los jueces requerirían una justificación estricta que demuestre la necesidad de la excepción en una sociedad democrática. La designación –entonces- de Rosenkrantz y Rosatti como jueces de la Corte Suprema sobre la base del artículo 99 inc. 19 no cumple con esos requisitos mínimos de fundamentación que desvirtúe la presunción de inconstitucionalidad que la afecta.

La aceptación de este procedimiento por parte de los jueces designados, habilita su impugnación en tanto demuestra la falta de compromiso y preocupación por las reglas de interpretación expuestas y la división de poderes.

1.2 Las tensiones e incertidumbres del procedimiento que busca evadir al Senado. El decreto 222/03 como mera formalidad

Estamos ante una situación de incertidumbre respecto del procedimiento de selección de jueces de la Corte. Como explicamos antes, el Poder Ejecutivo avanzó en el nombramiento de dos jueces en comisión por decreto bajo la cláusula constitucional del artículo 99 inc. 19. Esto implica que esos jueces ya están nombrados pero por el acuerdo alcanzado con el Presidente de la Corte Suprema se les tomará juramento recién durante el mes de febrero con el reinicio de la actividad judicial. Según el texto constitucional, sus nombramientos duran hasta noviembre de 2016.

En paralelo, se dio inicio al trámite regular de designación de jueces de la Corte del art. 99 inc. 4. Por ello se abrió a consulta pública. En teoría este trámite avanza con la evaluación de las presentaciones realizadas, la decisión del Poder Ejecutivo de sostener o dar marcha atrás con sus candidatos propuestos y, si fuera el caso, enviarlos al Senado para que logren el acuerdo del Senado mediante mayoría especial de 2/3.

Ante esta situación se abren varios caminos que generan riesgos e incertidumbres:

- Que el Poder Ejecutivo insista con el decreto (sin dar lugar al procedimiento abierto del 222/03) y la Corte Suprema les tome juramento en febrero. En este caso, su mandato en comisión vence en noviembre de 2016. Ante esta facultad propia del PE, el

Senado queda excluido del trámite de designación. En este caso, el procedimiento del 222 carece de sentido ya que no es parte del trámite de designación.

- Que el Poder Ejecutivo en paralelo al punto anterior siga con el trámite del 99.4 y envíe los pliegos al Senado de los jueces ya nombrados en comisión. Los mensajes políticos que han trascendido dan cuenta que el Senado no estaría dispuesto a dar acuerdo a estos ya jueces nombrados. De modo que, en principio, estos jueces cuyo acuerdo se rechazaría siguen en funciones en comisión (como facultad propia del Poder Ejecutivo) hasta noviembre de 2016, con la posibilidad de que los vuelvan a nombrar sucesivamente durante los recesos. En este caso, el procedimiento del 222 tampoco es valioso ya que difícilmente el Presidente de marcha atrás con el envío de pliegos de jueces que ya nombró por decreto.
- Que el Poder Ejecutivo sostenga que sigue vigente el decreto pero la Corte no les tome juramento por lo cual, una vez enviados los pliegos al Senado se abra el procedimiento regular de audiencia pública, participación y acuerdo. Se normaliza, en este caso, el trámite pero de nuevo el procedimiento de consulta del 222 se ve burlado porque, como dijimos, no es razonable que el Presidente considere las observaciones o impugnaciones que se le planteen si considera que el decreto está vigente.
- Que, en este último caso, el Senado no otorgue el acuerdo pero que como el decreto 83/15 está vigente, la Corte Suprema le tome finalmente juramento como jueces en comisión.
- Se puede dar también que el Senado entienda que no es necesario por la excepcionalidad de este trámite, cumplir con el procedimiento normal y tratar el acuerdo en audiencia extraordinaria u ordinaria pero sin audiencia pública ni participación social.
- Improbable pero posible puede ser también que juren en febrero y asuman como jueces de la Corte Suprema pero que el Poder Ejecutivo decida no enviar estos pliegos con el trámite del 99.4 (por ejemplo por algo surgido en presente la consulta) y más tarde iniciar el trámite con otros candidatos para cubrir una o dos de las vacantes. El Senado podría, ahora sí, darles el acuerdo por lo que uno o los dos jueces designados

en comisión perderían su nombramiento antes de noviembre de 2016 (¿o tienen estabilidad hasta esa fecha según ha opinado el jurista Alberto B. Bianchi??).

En definitiva, todas estas opciones hacen a la baja legitimidad del trámite impulsado por el PE. Mientras escribimos esta presentación está latente que la Corte Suprema les tome juramento a los jueces nombrados, que se haga efectivo su cargo y que de eso dependa que el Senado trate o no los pliegos y se les brinde el acuerdo. Esta incertidumbre sobre el procedimiento de un juez de la Corte pone en tensión todo el sistema de designación.

Al mismo tiempo, en casi todas las opciones que se abren, el decreto 222/03 es virtualmente desconocido o su aplicación una mera formalidad. Como se dice coloquialmente que se lo haya instado como “jueguito para la tribuna”.

No parece razonable ni están dados los incentivos para que el Poder Ejecutivo reevalúe las propuestas de estos dos candidatos y de marcha atrás. Para el Poder Ejecutivo, el déficit de legitimidad del trámite está dado por la vigencia misma del decreto 83/15. Para el Senado, si diera su acuerdo a jueces ya nombrados.

1.3 La construcción de legitimidad de los nombramientos y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Pasaron ya más de diez años desde que firmamos con un colectivo de organizaciones los documentos “Una Corte para la Democracia”, con el objetivo de promover reformas para mejorar el funcionamiento de la Corte Suprema y de dotar de credibilidad a un Tribunal cuya legitimidad –institucional, política y social- había caído a niveles bajísimos durante la década de los noventa. Ese proceso culminó con la producción de tres documentos que sirvieron como bases para las posteriores reformas normativas que fueron sucediéndose.

En uno de los documentos, se destacó, por un lado, la necesidad de reformular el proceso de designación de jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, fundamentalmente a través de la autolimitación del Presidente de la Nación en el proceso de nominación de

⁷ Al respecto ver Bianchi, Alberto B. y Sacristán, Estela B. "Los nombramientos en comisión: diferencias entre la Argentina y los Estados Unidos" en Derecho Para Innovar (DPI) <https://www.facebook.com/dpicuatico/photos/a.435183869893023.1073741826.435177559893654/899566586788080/?type=3>, 21/12/2015.

candidatos/as a Juez/a de la Corte y en la fijación de criterios de selección. Por otro lado, se señaló la importancia de modificar el proceso de aprobación de los pliegos en el Senado. Esos lineamientos constituyeron un fundamento determinante para la consecuente sanción del Decreto 222/03 y de la reforma del reglamento del Senado de la Nación que dispuso la realización de una audiencia pública con participación de la ciudadanía.

La legitimidad de la “nueva Corte” estuvo directamente vinculada a su conformación sobre dicha base reglamentaria y fue, durante años, uno de los consensos sociales y políticos más destacados por los partidos políticos, movimientos y organizaciones sociales.

Sin embargo, si bien el decreto 83/15 dispuso que se abra el procedimiento de consulta sobre los candidatos, como vimos, el propósito del mecanismo de participación quedó desvirtuado. Era esperable que en este contexto los candidatos propuestos rechacen la designación o planteen la necesidad de desestimar el trámite excepcional y que se aplique únicamente el procedimiento regular del art. 99.4.

2. Las designaciones no respetan el criterio de equilibrio de género

El decreto 222/03 consagra expresamente el principio de equilibrio de género como un objetivo a alcanzar en la composición del sistema judicial, en este caso en la Corte Suprema. El Poder Ejecutivo ha tomado la decisión de apartarse de este principio. Este criterio dará lugar a una amplia mayoría masculina en la Corte que desconoce los principios de igualdad y no discriminación. Se continuará así con la antigua tradición del acceso privilegiado de los hombres a los más altos cargos públicos.

Esta nueva composición sería un retroceso en este aspecto. No es sólo un objetivo deseable sino una obligación del Poder ejecutivo y judicial cumplir con los principios de no discriminación e igualdad, en particular en lo que se refiere al género.

3. Falta de compromiso de los candidatos con los valores democráticos

Como sostuvimos, los candidatos nombrados aceptaron el trámite excepcional sospechado de inconstitucional bajo las razones de mérito, oportunidad y conveniencia del Poder Ejecutivo. Esta circunstancia hace muy problemática su postulación si se toma realmente en serio el trámite de designación de jueces de la Corte y la exigencia de que asuman fuertemente los

valores democráticos. El candidato Horacio Rosatti no tuvo problema, incluso, en sostener en una entrevista que lo habían honrado con la designación.⁸

Se espera de candidatos a la Corte Suprema una actitud más precavida y crítica respecto de este tipo de decisiones del Poder Ejecutivo, a las que deberán escrutar. Como se verá a continuación, el propio Rosatti había sostenido en sus libros que los nombramientos en comisión generaban “complicaciones” por su inestabilidad.

4. El perfil de los candidatos. Posiciones constitucionales y de derechos humanos regresivas

En términos generales, de sus CVs se desprende que los dos candidatos tienen, sin duda, trayectoria y versatilidad jurídica para ocupar el cargo. Sin embargo, además de lo desarrollado en cuanto al déficit democrático del mecanismo de nombramiento, queremos puntualizar en esta presentación algunas posturas jurídicas y políticas de los candidatos que a nuestro criterio resultan regresivas en términos de protección de derechos humanos. Estas posturas los definen con perfiles que no resultan valiosos a los fines de la integración de nuestro máximo tribunal y hacen al debate sustantivo que toda designación de este tipo debe promover.

4.1 Sobre el candidato Horacio Rosatti

A. El candidato ya había planteado problemas en la designación de jueces mediante el artículo 99 inc 19 de la CN

En primer lugar, llama la atención que el Dr. Rosatti no haya realizado declaración alguna cuestionando el proceso de designación elegido por el Poder Ejecutivo Nacional, siendo que en su Tratado de Derecho Constitucional advertía que el mecanismo del artículo 99 inciso 19 presentaba “complicaciones” para la designación de jueces inferiores.

En su obra, Rosatti señala que la norma constitucional fue, en su momento, la solución que la Constitución originaria previó para llenar aquellas vacantes que se produjeran durante el

⁸ “Estoy muy contento y muy satisfecho por el ofrecimiento (...)”. Cuando se le preguntó por el modo por el que fue nombrado, afirmó “yo me tengo que mantener al margen”. <http://www.infobae.com/2015/12/20/1777723-horacio-rosatti-no-tengo-intereses-comunes-los-gobernantes-turno>.

largo receso parlamentario de aquella época (entre octubre y abril), alertando sobre su utilización en la actualidad. En particular, señala que el uso de esta atribución para la designación de jueces inferiores “genera una situación de provisoriedad que no se compatibiliza con la seguridad jurídica”⁹, dada la limitada temporalidad en el cargo. Además, afirma que no queda claro si el Poder Ejecutivo podría proponer otro candidato mientras dura el mandato temporal del juez en comisión, lo que indefectiblemente pone al juez designado en un lugar de precariedad para el ejercicio de sus funciones constitucionales.

Ahora bien, si Rosatti considera que la designación de jueces inferiores en comisión atenta contra la seguridad jurídica necesaria de todo sistema jurídico confiable, es dable suponer que la designación en comisión de los jueces del máximo tribunal del país adolecería de las mismas “complicaciones”.

B. El candidato sostuvo posiciones muy regresivas con respecto al derecho de las mujeres y a la interrupción legal del embarazo

Las definiciones del Dr. Rosatti respecto de la supuesta jerarquía constitucional del comienzo de la vida y la imposibilidad de legislar sobre el aborto sin antes denunciar por mayoría agravada la Convención del Niño, constituyen un obstáculo insalvable para la protección de los derechos de las mujeres en la Argentina.

En su Tratado Constitucional de 2010, previo al fallo más importante de la Corte Suprema en lo que respecta al aborto no punible, Rosatti afirma categóricamente que se encuentra reconocido constitucionalmente que la vida comienza con la concepción en el vientre materno y que, por lo tanto, el aborto es inadmisibles, existiendo una “inconsistencia” en el ordenamiento jurídico argentino a causa del artículo 86 del Código Penal.¹⁰

En su libro de 2013¹¹ el Dr. Rosatti confronta directamente con la sentencia de la Corte en el caso F.A.L.¹² en que una adolescente de 15 años que había sido abusada por su padrastro, un

⁹ Rosatti, Horacio, Tratado de Derecho Constitucional, Tomo II. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2010, páginas 431-432

¹⁰ Rosatti, Horacio, Tratado de Derecho Constitucional, Tomo I. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2010, páginas 209-212.

¹¹ Rosatti, Horacio. Derechos Humanos en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (2003-2013), Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2013

oficial de la policía de Chubut, solicitó la interrupción de su embarazo. En su sentencia el Máximo Tribunal estableció los estándares para la interpretación y aplicación del artículo 86 del Código Penal, con el objeto de “esclarecer la confusión reinante en lo que respecta a los abortos no punibles y a fin de evitar frustraciones de derecho por parte de quienes petitionen acceder a ellos” (cons. 18). La Corte, por unanimidad, reconoció que las mujeres tienen un derecho al aborto en los casos previstos en el artículo 86 del Código Penal y que el aborto es legal cuando exista peligro para la salud o vida de la mujer y en todos los casos de violación, con independencia de la capacidad mental de su víctima. Y estableció que la realización del aborto no punible no requiere autorización judicial ni denuncia policial en los casos de violación, bastando la declaración jurada de la mujer frente al médico.

En este fallo, la Corte exhortó a las autoridades nacionales y provinciales a implementar y hacer operativos, mediante normas del más alto nivel, protocolos hospitalarios para la concreta atención de los abortos no punibles a los efectos de remover todas las barreras administrativas o fácticas al acceso a los servicios médicos.

En su libro de 2013 Horacio Rosatti sostiene que cuando la Corte Suprema exhorta de esta forma a las autoridades provinciales y nacionales a establecer mecanismos que aseguren el ejercicio de los derechos de las mujeres, se excede en su competencia, “incursionando en competencias propias de los otros poderes del Estado”¹³. Asimismo, afirma que cuando la Corte Suprema reconoce la no punibilidad del aborto para todas las mujeres en caso de violación, se está liberalizando el aborto en la Argentina. Asevera que la consecuencia del fallo es “convalida[r] fácticamente lo que el Derecho constitucional argentino prohíbe: la permisión (o despenalización total) del aborto.”¹⁴

De las críticas expuestas por el Dr. Rosatti en su libro, resulta evidente que, a su entender, las mujeres que sufren una violación –y que no padecen algún tipo de discapacidad mental- no tienen derecho a acceder a una interrupción legal del embarazo y deben ser perseguidas penalmente. Esta posición es completamente inaceptable para un juez de la Corte Suprema.

¹² Sentencia del 13 de marzo de 2012 F. 259. XLVI. F., A. L. s/ medida autosatisfactiva. Dictada por unanimidad, con dos votos razonados.

¹³ Ver: Rosatti, 2013, página 125

¹⁴ Ver: Rosatti, 2013, página 133

Además, conviene tener en cuenta que en FAL la Corte tan sólo realiza una interpretación armónica del Código Penal, en relación con la Constitución Nacional y diversos tratados internacionales de derechos humanos.¹⁵

Por último, el Dr. Rosatti sostiene que la declaración realizada por la Argentina al aprobar la Convención del Niño por medio de la ley 23.849¹⁶ goza de jerarquía constitucional y que, por esto, nuestro ordenamiento constitucional prevé que la vida comienza en la concepción. Sin perjuicio de que esta interpretación ya fue desechada por la Corte Suprema en 2012¹⁷, Rosatti insiste y afirma que, dado que esta declaración goza de jerarquía constitucional, antes legislar sobre el aborto en la Argentina, se debe, previamente, denunciar la Convención del Niño.

En su libro de 2013 afirma que “[e]s el Congreso, por expresa voluntad del constituyente (art. 75, inc. 22 de la CN), el que tiene la llave para abrir la posibilidad de “salirse” total o parcialmente de una convención internacional como la del niño (con la decisión de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara). Y, cumplido este requisito, es el Congreso quien tendría la potestad de incluir (o no incluir) a alguno(s) de los criterios vigentes en la legislación comparada con relación al aborto.”¹⁸ Nuevamente, una posición de este tenor, sosteniendo argumentos ya desechados por el máximo tribunal y limitando al Congreso en la discusión democrática para la protección de los derechos de las mujeres, es inaceptable en un eventual ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Esto da cuenta de una concepción que está exenta totalmente de la perspectiva de género. Lo anterior resulta aún más preocupante en un contexto en el cual la Corte Suprema de Justicia

¹⁵ Respecto de las discusiones sobre las posibilidades interpretativas de la legislación vigente, consultar “Aportes del CELS a los debates legislativos sobre derechos sexuales y reproductivos”, disponible en: [http://www.cels.org.ar/common/documentos/cels_aborto_WEB_con_tapas%20\(1\).pdf](http://www.cels.org.ar/common/documentos/cels_aborto_WEB_con_tapas%20(1).pdf)

¹⁶ Ley 23846. Artículo 2: “Al ratificar la convención, deberán formularse las siguientes reserva y declaraciones: [...] Con relación al artículo 1º de la Convención sobre los Derechos del Niño, la República Argentina declara que el mismo debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad. [...]”

¹⁷ Este fue uno de los argumentos evaluado y desechado por la Corte Suprema en el caso F.A.L. “el artículo 2º de la ley 23.849, en cuanto estipula que el artículo 1º de la Convención “debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de la concepción”, no constituye una reserva que, en los términos del artículo 2º de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, altere el alcance con que la Convención sobre los Derechos del Niño rige en los términos del artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional” Considerando 13

¹⁸ Ver: Rosatti, 2013, página 134

quedaría conformada por cuatro varones y una mujer, poniendo en entredicho el equilibrio de género de la Corte.

C. El candidato sostiene una posición muy restrictiva sobre el alcance del derecho a huelga

Un aspecto de preocupación para el CELS se refiere a las consideraciones restrictivas que el Dr. Rosatti ha sostenido respecto del derecho de huelga, reconocido en el artículo 14bis de nuestra Constitución Nacional y en diversos instrumentos internacionales ratificados por la Argentina.

En el Tomo I de su Tratado de Derecho Constitucional de 2010, Rosatti afirma que el derecho de huelga es atribución exclusiva de los sindicatos formalmente constituidos, sea con inscripción gremial o personería jurídica.¹⁹ Esta concepción restrictiva de la legitimación para ejercer el derecho a huelga no es acorde con los estándares internacionales de derechos humanos aplicables. Sostuvimos esta postura amplia en un amicus curiae del CELS en el caso Orellano de la Corte Suprema. Según los estándares internacionales este derecho debe ser considerado en términos amplios, encontrándose legitimados para su ejercicio los trabajadores que se organizan a través de diversas formas y no sólo los sindicatos.²⁰

Rosatti sostiene también una posición restrictiva de la naturaleza jurídica de la huelga. Señala que ésta debe ser esencialmente de carácter “laboral” y “reivindicativo”, lo que hace “constitucionalmente discutibles” las llamadas huelgas “por solidaridad” y las huelgas “políticas o sociales”. Expone en su libro que sólo sería legítima una huelga que se vincule con un “conflicto laboral concreto y específico”, definiéndola como una “garantía destinada a ser ejercida en caso de desconocimiento o violación de derechos laborales previamente reconocidos”.²¹

¹⁹ Ver: Rosatti, 2010, Tomo I, página 666

²⁰ El escrito de amicus curiae del CELS se puede consultar en: <http://cels.org.ar/common/Amicus%20Orellano%20derecho%20a%20huelga%20CELS.pdf>

Por su parte, la Asociación de Trabajadores del Estado (ATE), la Central de Trabajadores de la Argentina-Autónoma, la Central de Trabajadores de la Argentina-De los trabajadores, la Asociación de Abogados Laboralistas, la Asociación de Abogados de Buenos Aires y el Instituto de Derecho Social de la Universidad Nacional de La Plata, sostuvieron una legitimación amplia del derecho de huelga en la audiencia pública convocada por la Corte Suprema de Justicia en septiembre de 2015.

²¹ Ver: Rosatti, 2010, Tomo I, página 665

De esta forma, el derecho de los trabajadores para luchar por la mejora de sus condiciones laborales y sociales se vería restringido al mantenimiento de un status quo, limitado exclusivamente como reacción frente a un “conflicto laboral concreto” por el “desconocimiento o violación de un derecho laboral previamente reconocido”. Esta interpretación restringida no es la que prevé la ley 23551, que protege la libertad y la acción sindical en términos amplios²², no referida de manera exclusiva a una reivindicación laboral específica por un derecho desconocido.

Asimismo, la postura de Rosatti se confronta con el Protocolo a la Convención Americana sobre derechos humanos sobre derechos económicos sociales y culturales (protocolo de San Salvador) que en el artículo 8.1 b) reconoce el derecho a la huelga. También esta posición de Rosatti confronta con la opinión de los órganos de control de la Organización Internacional del Trabajo, que reconocen una habilitación amplia de la huelga para la defensa de los intereses de los trabajadores, con relación a la situación política económica del país, y no limitada al reclamo por un derecho laboral específico previamente reconocido.

El Comité de Libertad Sindical ha sido enfático al señalar que los trabajadores tienen derecho al ejercicio de la huelga para discutir problemas que exceden lo meramente “laboral” como plantea Rosatti. Para el Comité “los intereses profesionales y económicos que los trabajadores defienden mediante el derecho de huelga abarcan no sólo la obtención de mejores condiciones de trabajo o las reivindicaciones colectivas de orden profesional, sino que engloban también la búsqueda de soluciones a las cuestiones de política económica y social y a los problemas que se plantean en la empresa y que interesan directamente a los trabajadores.”²³

²² Ley 23551. Artículo 3: “Entiéndese por interés de los trabajadores todo cuanto se relacione con sus condiciones de vida y de trabajo. La acción sindical contribuirá a remover los obstáculos que dificulten la realización plena del trabajador”.

En el mismo sentido, el Comité de Libertad Sindical de la OIT: “Los intereses profesionales y económicos que los trabajadores y sus organizaciones defienden abarcan no sólo la obtención de mejores condiciones de trabajo o las reivindicaciones colectivas de orden profesional, sino que engloban también la búsqueda de soluciones a las cuestiones de política económica y social a los problemas que se plantean en la empresa y que interesan directamente a los trabajadores.” Recopilación de Decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, edición revisada, año 2006, párrafo 28.

²³ Recopilación Comité Libertad Sindical [...] párrafo 526.

También: Las organizaciones encargadas de defender los intereses socioeconómicos y profesionales de los trabajadores deberían en principio poder recurrir a la huelga para apoyar sus posiciones en la búsqueda de soluciones a los problemas derivados de las grandes cuestiones de política, económica y social que tienen

Lo propio ha dicho el Comité respecto de las llamadas “huelgas de protesta”²⁴ y las “huelgas en solidaridad”²⁵ a las que Rosatti entiende constitucionalmente cuestionables.

D. El candidato postula una posición restrictiva sobre los efectos de la incorporación del derecho internacional de los derechos humanos al derecho interno

El Dr. Rosatti sostiene que, de conformidad con el artículo 27 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales (incluso aquellos con jerarquía constitucional) no serían aplicables en cuanto se contrapongan con los principios de Derecho Público y las normas de la primera parte de la Constitución.²⁶ Esta postura deja en manos de los jueces la posibilidad de aplicar o no un tratado internacional ratificado por la Argentina y deliberadamente incorporado a nuestro ordenamiento jurídico constitucional.

Horacio Rosatti también tiene una postura similar con relación al carácter vinculante de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sostiene que la ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana se encuentra condicionada a su compatibilidad con los principios de Derecho Público de la Constitución Nacional, quedando librada al criterio de los tribunales interiores.²⁷

Esta es una posición doctrinaria que la Corte Suprema de Justicia aplicó para el caso Cantos en agosto de 2003²⁸, pero que fue desechada por entrar en contradicción con las obligaciones internacionales asumidas por la República Argentina en materia de protección de derechos humanos. En diciembre de 2004 la CSJN resolvió el caso “Espósito”²⁹, que en su vertiente internacional había terminado con una condena a la Argentina en septiembre de 2003 en el

consecuencias inmediatas para sus miembros y para los trabajadores en general, especialmente en materia de empleo, de protección social y de nivel de vida.” Párrafo 527

²⁴ “[...] Las organizaciones sindicales deberían tener la posibilidad de recurrir a huelgas de protesta, en particular con miras a ejercer una crítica con respecto a la política económica y social de los gobiernos”. Recopilación Comité Libertad Sindical [...] párrafo 529.

²⁵ “Una prohibición general de las huelgas de solidaridad podría ser abusiva y los trabajadores deberían poder recurrir a tales acciones a condición de que sea legal la huelga inicial que apoyen.” Recopilación Comité Libertad Sindical [...] párrafo 534.

²⁶ Ver: Rosatti, 2013, páginas 61-63

²⁷ Ver: Rosatti, 2013, páginas 98-99. Cabe señalar que no existe una definición unívoca de qué son los “Principios de Derecho Público” que deben prevalecer sobre las sentencias de la Corte Interamericana.

²⁸ Sentencia del 21 de agosto de 2003. Resolución 1404/2003, Procurador del Tesoro de la Nación s/presentación.

²⁹ Sentencia del 23 de diciembre de 2004. E. 224. XXXIX. Espósito, Miguel Ángel s/ incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa, votos de la Mayoría, Dres. Zaffaroni y Petracchi.

caso *Bulacio Vs. Argentina*³⁰. La Corte argentina, sin perjuicio de aclarar sus diferencias con lo decidido por la Corte Interamericana, se sometió plenamente a la condena internacional afirmando que “la decisión mencionada resulta de cumplimiento obligatorio para el Estado Argentino (art. 68.1, CADH), por lo cual también esta Corte (...) debe subordinar el contenido de sus decisiones a las de dicho tribunal internacional”.

En el mismo sentido, nuestra Corte en el año 2011 resolvió un pedido de aclaratoria en el caso “Derecho”³¹, luego de la sentencia condenatoria en el caso *Bueno Alves*, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos³². En ese precedente la Corte Suprema dejó sin efecto su propia sentencia de 2007 en que había declarada extinta por prescripción la acción penal por la investigación de las torturas sufridas por la víctima, atendiendo al contenido de la condena internacional.

Sin desconocer los debates existentes a nivel académico sobre los alcances de la obligatoriedad de las decisiones de los tribunales internacionales de derechos humanos, y los límites que se establecieron en otros fallos de la Corte y dictámenes del Ministerio Público Fiscal, la materialización de una postura, como la que expresa Rosatti, significaría un obstáculo serio para la concreción de mecanismos de protección efectiva de los derechos humanos en la Argentina. Tal como afirma Abramovich, “esta posición, por lo demás, desecha la idea de que los tribunales argentinos deben ejercer un control de legalidad de las decisiones internacionales para preservar el denominado ‘orden público constitucional’ que es la postura sostenida por el juez Fayt en varios precedentes. Esta suerte de tamiz de legalidad acabaría por convertir en discrecional el acatamiento de los precedentes del sistema interamericano de derechos humanos y sentaría un grave precedente institucional”.³³

E. El candidato postula una posición limitada del control de convencionalidad

El Dr. Rosatti confronta con la jurisprudencia de la Corte Suprema respecto de la interpretación de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos. El control de

³⁰ Corte IDH. Caso *Bulacio Vs. Argentina*. Sentencia de 18 de septiembre de 2003.

³¹ Sentencia del 29 de noviembre de 2011. “Derecho René Jesús s/incidente de prescripción de la acción penal” Fallos 334:1504.

³² Corte IDH. Caso *Bueno Alves Vs. Argentina*, Sentencia de 11 de mayo de 2007.

³³ Abramovich, V. “Transplante y neopunitivismo. Debates sobre la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en Argentina”, en Tiscornia, S. *Activismo de los derechos humanos y burocracias estatales. El caso Walter Bulacio*, ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2008, p.257.

convencionalidad implica que al momento de administrar justicia, los jueces no solo tengan en cuenta los preceptos incluidos en la Constitución Nacional, sino que además realicen una comparación entre el derecho local y el supranacional, a fin de velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales de derechos humanos. Esta es una obligación que la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostiene constantemente desde hace una década³⁴ y que nuestra Corte Suprema ha reconocido en innumerables ocasiones.

Al respecto, Rosatti afirma que no es posible sostener la exigencia de un control de convencionalidad separado del control de constitucionalidad previsto por el ordenamiento jurídico interno, de forma tal que no podría exigírsele al juez realizar un control de convencionalidad de oficio, como lo exigen la Corte Interamericana de Derechos Humanos y nuestra Corte Suprema de Justicia, dificultando así la aplicación directa de un tratado internacional de derechos humanos en una causa concreta.³⁵

En particular, al condenar a la Argentina en el caso *Fontevecchia y D'Amico*, la Corte Interamericana estableció que todos los “jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles” tienen la obligación de realizar “ex officio” un control de convencionalidad entre las normas de derecho interno y la Convención Americana sobre derechos humanos.³⁶ La Corte regional concluye afirmando que “los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana.”³⁷

Por su parte, nuestra Corte Suprema sostiene el mismo criterio recién expuesto, afirmando que “no hay lugar a dudas de que los órganos judiciales de los países que han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos están obligados ejercer, de oficio, el control de convencionalidad, descalificando las normas internas que se opongan dicho tratado.”³⁸

³⁴ La primera vez que Corte Interamericana explicitó este deber y lo llamó “control de convencionalidad”, fue en el caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*, sentencia de 26 de septiembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 124.

³⁵ Ver: Rosatti, 2013 Rosatti, Horacio “El llamado control de convencionalidad y el control de constitucionalidad en la Argentina”, *La Ley*, febrero de 2012.

³⁶ Corte IDH, caso *Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina*, Sentencia de 29 de noviembre de 2011, párr. 93

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ Sentencia del 27 de noviembre de 2012 en el caso “*Rodríguez Pereyra, Jorge Luis otra c/ Ejército Argentino s/ daños y perjuicios*”. Considerando 12°.

Ahora bien, respecto de la interpretación que se debe hacer de los tratados internacionales al momento de realizar este llamado control de convencionalidad, Rosatti sostiene que no existe una razón constitucional para seguir la interpretación de los organismos internacionales competentes. Afirmar que la expresión “en las condiciones de su vigencia” del artículo 75 inciso 22, se refiere a las reservas hechas por el Estado al momento de ratificar un tratado internacional y no -como lo entiende nuestra Corte Suprema- que los tratados se deben interpretar y aplicar según la interpretación que los órganos internacionales competentes realizan del texto convencional.³⁹

Ha sido la jurisprudencia constante de la Corte Suprema, desde el fallo Girolodi en 1995⁴⁰, sostener que, en virtud de la expresión “en las condiciones de su vigencia” los tratados deben ser aplicados de acuerdo a su interpretación y aplicación por parte de los órganos internacionales competentes, tal y como funcionan en el ámbito internacional.⁴¹ Asimismo, en 2007, en el fallo Mazzeo, la Corte reafirma la relevancia de la interpretación de la Corte Interamericana, como pauta insoslayable para los poderes constituidos argentinos.⁴²

4.2 Sobre el candidato Carlos Rosenkrantz

A. El candidato tiene una postura restrictiva respecto de los efectos de la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos por parte de los tribunales nacionales

³⁹ Ver: Rosatti, 2013, página 95.

⁴⁰ Sentencia del 7 de abril de 1995, Girolodi, Horacio David y otro s/ recurso de casación -causa N° 32/93. Considerando 11°: “Que la ya recordada “jerarquía constitucional” de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (considerando 5°) ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente, “en las condiciones de su vigencia” (artículo 75, inc. 22, 2° párrafo), esto es, tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación. De ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana”.

⁴¹ Cabe señalar que incluso con anterioridad a la reforma constitucional de 1994 la Corte ya sostenía la consideración prioritaria de la interpretación de la Corte Interamericana. Al respecto, véase “Ekmekdjian Miguel Angel c/ Sofovich Gerardo y otros.” Sentencia del 7 de julio de 1992.

⁴² CSJN, Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ rec. de casación e inconstitucionalidad. Sentencia del 13 julio 2007, Considerando 20°: “Se trata de una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos.”

En su publicación “En contra de los ‘préstamos’ y de otros usos ‘no autoritativos’ del derecho extranjero”⁴³, Rosenkrantz critica el uso de derecho o decisiones judiciales extranjeras para sustentar o justificar las sentencias nacionales, resumiendo su postura en los siguientes términos: “la heterogeneidad del derecho constitucional y las dificultades en la validación democrática de la decisión de un tribunal de adoptar o tomar prestado derecho extranjero hacen a la actividad de tomar ‘prestado’, cuando menos, problemática (...) la referencia a material extranjero en las sentencias es inconveniente, principalmente porque agrega complejidad innecesaria a las decisiones judiciales –las cuales, idealmente, deberían ser tan simples como fuera posible– y porque dificulta el desarrollo de una cultura constitucional autóctona”.

El concepto de derecho extranjero empleado abarca, según se indica expresamente, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos⁴⁴, lo que conlleva la lógica consecuencia de que le son, a criterio de Rosenkrantz, aplicables todas las críticas mencionadas.

En su artículo “Advertencias a un internacionalista (o los problemas de Simón y Mazzeo)”⁴⁵, Rosenkrantz desarrolla esos argumentos en referencia al Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En primer lugar sugiere que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, aún el incorporado al derecho nacional por su constitucionalización, carece del mismo “estatus valorativo” que “nuestro derecho”⁴⁶. Señala en ese sentido que “los tratados de derechos humanos son en un sentido importante, y aún a pesar de su constitucionalización, derecho de otro (...) del mismo modo que diferir a otras nuestras decisiones no hace que las

⁴³ Artículo publicado en la Edición Año 6, N° 1 (Octubre 2005) de la *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, disponible en http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n6N1-Octubre2005/061Juridica04.pdf, este artículo es una traducción del ensayo “Against borrowings and other non authoritative uses of foreign law”, publicado en inglés en el *International Journal of Constitutional Law*, 2003; 1: 269-295.

⁴⁴ Así se lee respecto de la reforma constitucional de 1994: “Argentina incorporó derecho extranjero por un propósito completamente expresivo. Argentina utilizó los ‘préstamos’ a fin de manifestar su adhesión a las mismas restricciones al poder gubernamental que caracterizaban al derecho extranjero o internacional ‘trasplantado’ o ‘prestado’”.

⁴⁵ Artículo publicado en la Edición Año 8, N° 1 (Septiembre 2007) de la *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, disponible en: http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n8N1-Sept2007/081Jurica14.pdf

⁴⁶ “[...] si el derecho internacional de los derechos humanos, al haber sido incorporado al derecho nacional por su constitucionalización, tuviera el mismo estatus valorativo que nuestro derecho, al usarlo no lo tomaríamos prestado [...] ahora bien [...] ni la constitucinalización de los tratados de derechos humanos ni nuestra pertenencia a la comunidad internacional blindan el uso del derecho internacional humanitario por los jueces”.

decisiones que otros toman por nosotros sean ‘nuestras’, adoptar el derecho que otro sanciona no lo hace ‘nuestro’”.

Además, Rosenkrantz sostiene que “no obstante la pertenencia de nuestro país a la comunidad internacional, nosotros no ‘somos’ la comunidad internacional por lo que el derecho internacional no puede ser visto como un derecho hecho por nosotros cuya aplicación está a salvo totalmente del problema de la validación”. Y precisa en ese sentido que “la alteridad del derecho internacional (...) y la falta de inmediatez del derecho internacional humanitario (...) determinan que la aplicación por parte de los jueces, tal como la aplicación del derecho extranjero, enfrente también el problema de la validación dado que todos podemos preguntarnos si las razones para obedecer el derecho internacional son las mismas razones que tenemos para obedecer el derecho interno, por lo menos qua derecho”.

Finalmente, Rosenkrantz explica que, a su criterio, “la práctica de usar derecho o decisiones de otros siempre y, más allá de sus resultados beneficiosos, adicionan complejidad a las sentencias haciéndolas, por ello más difíciles de ser compartidas y endosadas por todos aquellos que las deben honrar quitando a dichas sentencias el carácter de necesarias y univocas que ellas deben tener para hacer posible la implantación y el desarrollo de una cultura constitucional”.

Para ejemplificar su postura, toma como ejemplo los fallos “Mazzeo” y “Simón” de la CSJN, y señala: “el hecho de que la Corte Suprema hubiera articulado sus conclusiones haciendo que Barrios Altos juegue de pivote, dificulta nuestra posibilidad de endosar y acompañar a la Corte Suprema pues para endosar y acompañar su razonamiento necesitamos previamente entender, procesar y aceptar todas sus premisas, lo que requiere no sólo la posesión de información que muchos de nosotros no tenemos y que es difícil de adquirir sino que, además, estemos de acuerdo con ella en muchas otras cuestiones que aquellas que hubieran sido necesarias para solucionar la cuestión traída a juicio si la decisión (...) hubiera estado centralmente inspirada por consideraciones relativas a nuestro derecho”.

Además sostiene que “podemos plantear dudas razonables” respecto de “el derecho internacional de los derechos humanos referido en Simón es vinculante para nosotros”, y que “la cuestión de si Barrios Altos es un precedente vinculante para la Corte Suprema también

representa una dificultad que debe disipar quien quiere seguir a la Corte y adoptar como suyas sus sentencias”.

En este punto, Rosenkrantz alega que “no es claro que una amnistía sea necesariamente contraria a la Convención Interamericana de Derechos Humanos, tal como lo (sic) Corte Interamericana lo sostuvo en Barrios Altos” (con cita de Charles P. Trumbull, remata: “no hay ningún tratado que obligue a castigar todos los delitos serios”). Además plantea que si un estado permite que sus agentes realicen ejecuciones sumarias viola el derecho a la vida, integridad personal, etc., pero “es más difícil ver cómo la promulgación y aplicación de una ley de amnistía viola dichos artículos, dado que al momento de su promulgación y aplicación dichos derechos, necesariamente ya habían sido violados”.

Las ideas expresadas en los artículos anteriores ponen en debate la jerarquía constitucional de una multiplicidad de Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, que según la propia Corte Suprema deben ser interpretados en las condiciones de su vigencia.

Estas posiciones teóricas se contraponen con la vigencia efectiva y el desarrollo progresivo de los derechos humanos, en la medida en que tienden a favorecer el no uso por parte de los tribunales nacionales de ese derecho. En la misma línea, sostener que “nuestro derecho” y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, aún el incorporado a nuestra Constitución, no tienen el mismo “estatus valorativo” y que este último es “derecho de otro” tampoco parece ser una postura conteste con esos objetivos, ni lo que ha sido la jurisprudencia del máximo tribunal en estos años.

Estas posturas son teóricamente válidas, interesantes y orientadas a generar debate y no una aplicación automática e irreflexiva del derecho internacional de los derechos humanos. Por ejemplo, Filippini contrapone a la argumentación de Rosenkrantz acerca del lugar de la comunidad internacional en la protección de los derechos humanos: “[...] la sola idea según la cual la comunidad internacional es un sujeto político tan radicalmente distinto al nuestro al punto de impedir otra alternativa más que considerarnos extraños a él, también es problemática. Parte de la riqueza del derecho internacional de los derechos humanos, ha sido, precisamente, abrir la posibilidad de concebir derechos fundamentales por encima de las jurisdicciones nacionales. En el propio caso argentino los excluidos de nuestra comunidad

política fueron, gracias a ello, tratados como sujetos de derechos en una comunidad política más amplia que les reconoció la dignidad personal que se les negaba fronteras adentro”.⁴⁷

Pero la pregunta crucial es cómo aplica en casos concretos y qué posición tomará el candidato en la protección de ciertos derechos que se han visto amparados por la aplicación de este cuerpo normativo. Todas preguntas fundamentales y necesarias que deberían ser parte del escrutinio del candidato y no verse obviadas por el trámite elegido por el Poder Ejecutivo.

Cabe aclarar que en el último párrafo del artículo antes mencionado Rosenkrantz pretende relativizar las conclusiones que surgen de la argumentación que viene desarrollando. Señala: “Mi punto no es que el derecho internacional constitucionalizado por la Convención Constituyente de 1994 no sea vinculante para nosotros o que debamos evadirnos de las obligaciones internacionales que nuestro país ya asumió”. A pesar de esta reserva, resulta evidente que toda la línea argumentativa precedente tiende a desfavorecer la aplicación por parte de los tribunales nacionales de los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos y de los estándares elaborados por los órganos de aplicación de los Sistemas Interamericano y de Naciones Unidas. En ese sentido el propio autor plantea que existen “dudas razonables” respecto de si el Derecho Internacional de los Derechos Humanos aplicado en el caso Simón “es vinculante para nosotros” y que la cuestión de si una sentencia de la Corte IDH es vinculante para la CSJN es también “una dificultad”. Además, un punto relevante para tener en cuenta es el hecho de que el autor escoja como ejemplo para defender su postura los fallos “Simón” y “Mazzeo”, hitos del proceso de justicia por los crímenes del terrorismo de Estado en Argentina.

B. El candidato rechaza la constitucionalización de los derechos sociales, y es partidario de la inejecutabilidad de “muchos derechos” consagrados en la Constitución Nacional

En su artículo “La pobreza, la ley y la constitución”⁴⁸, Rosenkrantz sostiene que los derechos económicos y sociales no deberían estar constitucionalizados. Así, explica “creo que es un

⁴⁷ Filippini, Leonardo G., *El derecho internacional de los derechos humanos no es un préstamo. Reflexiones sobre la crítica a los préstamos de Carlos F. Rosenkrantz.*, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 8, Nro. 1, Buenos Aires, 2007. pp. 191-202 Disponible en: http://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n8N1-Sept2007/081Jurica13.pdf

⁴⁸ *Yale Law School SELA* (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política), 1-1-2002, disponible en:

error constitucional incluir en las primeras etapas del desarrollo político de un país un derecho constitucional extenso a la distribución de recursos. En mi visión los derechos económicos no pertenecen primariamente al dominio constitucional”. Para sustentar esta particular visión, Rosenkrantz aporta varios argumentos:

- los tribunales “carecen del equipamiento institucional necesario para tratar con problemas de tan largo alcance y tanta dimensión como el problema de la pobreza en una sociedad”, “no tienen el conocimiento para diseñar el conjunto de instituciones necesarias para realizar la justicia distributiva” y “están incapacitados de ver la cantidad de cuestiones relacionadas y necesarias para la realización de la justicia económica en nuestras sociedades”;
- “al largo plazo la posibilidad de que los tribunales realicen decisiones que determinen grandes transferencias de riqueza terminará socavando el poder de los tribunales”;
- “La Constitución Argentina tiene muchos derechos que no son ejecutables y otros que son solo ejecutables en circunstancias muy especiales”;
- Objeción “epistémica”: “Como cuestión de hecho, nosotros no coincidimos en lo que requiere la justicia distributiva. Nuestras sociedades están caracterizadas por el pluralismo no sólo acerca de las concepciones del bien sino también acerca de las exigencias de lo correcto. Ninguna teoría de la justicia distributiva ha ganado suficiente apoyo en las democracias constitucionales modernas” (“el pluralismo acerca de los requisitos de la justicia distributiva contrasta claramente con la aceptación casi universal de que es incorrecto privar a alguien de sus libertades básicas” o “este tipo de problemas hacen muy persuasivo el caso en contra de la inclusión de derechos económicos a la igualdad en la constitución”).

En línea con este último argumento, consideró que “Si la constitución quiere ser una carta efectiva necesariamente debe ser un pacto que nos englobe a todos más allá de nuestras diferencias. La constitución no puede ser la carta organizacional de una facción de gente que

piensa y siente del mismo modo. Si ello es así, la inclusión de derechos distributivos en la constitución será simplemente contraproductiva”.

Desde el punto de vista valorativo esta orientación interpretativa del derecho constitucional e internacional de los derechos humanos asume un concepto de igualdad débil, no acorde con relación a los estándares de protección de derechos humanos desarrollados, en materia de igualdad sustancial por la Corte Suprema o por los órganos de interpretación y aplicación de los tratados internacionales de derechos humanos.

Esta posición tampoco toma en cuenta los diferentes criterios de exigibilidad e interpretación de derechos económicos sociales y culturales desarrollados, sobre todo, desde la reforma constitucional del año 1994, por tribunales nacionales y por los sistemas internacionales de protección de derechos humanos. Por ejemplo, la Corte Suprema ha sostenido, ya desde el año 2004, que el principio de progresividad y no regresión, que veda al legislador la posibilidad de adoptar medidas injustificadamente regresivas, no solo es un principio arquitectónico del derecho internacional de los derechos humanos, sino también una regla que emerge de las disposiciones de nuestro propio texto constitucional en la materia.⁴⁹ El sistema interamericano de derechos humanos también se refirió a la relevancia del principio de progresividad previsto en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.⁵⁰ Es discutible entonces que los tribunales, como dice Rosenkrantz, no tengan “equipamiento institucional” para evaluar medidas adoptadas para lidiar con “problemas” como la pobreza.

En todo caso, existe un gran desarrollo doctrinario y jurisprudencial, de tribunales nacionales y órganos de aplicación de los tratados, que ha refutado, sobradamente, la pretendida caracterización de los derechos sociales como derechos no exigibles.

Además, la oposición a la constitucionalización de los derechos sociales, ignora la larga historia del constitucionalismo social en la Argentina y en la región, y tiende a conferir un estatus normativo inferior a los derechos que protegen a las personas que reclaman por el acceso, alcance y efectividad de derechos sociales.

⁴⁹ Ver , CSJN, caso “Aquino, Isacio c. Cargo Servicios Industriales S. A., del 21 de septiembre de 2004 y caso “ATE c. Municipalidad de Salta”, 18 de junio de 2013.

⁵⁰ Corte IDH, caso “Cesantes y Jubilados de la Contraladuría vs. Peru, Sentencia del 1 de julio de 2009.

Ahora bien, más allá de la discusión académica que plantea Rosenkrantz, la pregunta que subyace es qué puede esperarse de un juez que considera que los tribunales “carecen del equipamiento institucional necesario para tratar con problemas de tan largo alcance y tanta dimensión como el problema de la pobreza en una sociedad”, o cómo define los mecanismos de garantía de los derechos económicos, sociales y culturales reconocidos por nuestra Constitución Nacional y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos a ella incorporados. El candidato sugiere una respuesta vacua al interrogante que plantea su propio artículo cuando dice que si bien “los tribunales deben garantizar el derecho a un ingreso mínimo en especie interviniendo en los márgenes de derechos legales o constitucionales ya otorgados”, su comentario central es que *“la reducción de la pobreza y la distribución deberían ser logrados mediante el uso de normas del derecho público no tan protegidas como las normas constitucionales”*. Otra pregunta que subyace en el artículo es qué rol él considera que debe cumplir la justicia en la articulación de políticas y derechos sociales, y cómo concibe el principio de participación en procesos donde se ventilen demandas distributivas con un alcance colectivo, en el caso que no considere vinculantes a los estándares desarrollados en las Observaciones Generales elaboradas por el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales en la resolución de casos que comprometan la protección o el goce efectivo de derechos sociales.

C. El candidato sostiene una interpretación restrictiva del derecho de protesta y considera que las manifestaciones que incluyen un corte de calle o ruta configuran delito

En el mismo artículo al que se ha hecho referencia en el apartado anterior, Rosenkrantz desarrolla su posición en torno a la extensión del derecho de protesta, en particular referencia a aquellas que recurren a los cortes de calles.

La cuestión que motiva el análisis es si “los pobres dejan de estar vinculados por el derecho cuando el derecho no ha hecho lo que moralmente debe hacer para terminar con los problemas de distribución y pobreza”. Para Rosenkrantz, ello “es particularmente importante para nosotros dado que los argentinos debemos formar opinión acerca de una de las manifestaciones de resistencia política más singulares de los últimos tiempos: El Movimiento Piquetero”.

A criterio de Rosenkrantz, una protesta que incluya un corte configura un delito. En sus palabras: “en la Argentina, al menos del modo en que yo lo veo, piquetear una ruta o autopista es un delito (...) el piquete viola el artículo 194 del Código Penal (...)”. De este modo, el candidato sostiene: “creo que [este tipo de protesta] no está protegida por la libertad de expresión por dos razones: (...) consisten primariamente en la toma como rehenes a terceros inocentes (...) existen medios alternativos de expresión más o menos igual de eficientes y mucho menos invasivos que el piquete”.

En ese sentido, expone: “la pobreza no es relevante y no puede ser usada como una razón para explicar y justificar la violación de los derechos consecuencia de la regulación del derecho privado”. Así “cualquiera sea el grado de pobreza que usted pueda sufrir en la Argentina sus intereses y, de un modo menos notable, su opinión cuentan (...) creo que hay formas abiertas que permiten mejorar el sistema desde adentro”.

Concluye Rosenkrantz “dado que los que están peor están todavía integrados a nosotros en el grado relevante a los efectos de la obediencia política el derecho debe ser vinculante para ellos. En virtud de que no podemos excusar una desobediencia continua a los mandatos legales debemos juntar el coraje necesario para decir que el piquete es un mal y que deben encontrarse formas alternativas de expresión”.

Las posturas descriptas implican una concepción absolutamente restrictiva del derecho de protesta, incompatible con su interpretación por parte de la doctrina y la jurisprudencia, particularmente la de los órganos de control de los tratados Internacionales de derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional. Desde hace varios años, se ha consolidado un importante desarrollo sobre el alcance del derecho a la protesta, como parte integrante del derecho a la libertad de expresión, el de petionar ante las autoridades públicas, o como parte de las garantías mínimas que deben reconocérsele a ciertos sectores que no tienen canales para la exigibilidad de derechos sociales básicos.⁵¹

⁵¹ Ver, entre muchos otros, Loreti, D., Lozano, L., “El rol del Estado como garante del derecho humano a la comunicación”, en Revista Derecho Público. Año I N°1, p. 49 y ss.; Gargarella, R., “Cómo pensar bien un protocolo de protesta”, en Clarín, 4 de enero de 2016; Bertoni, E., ¿Es legítima la criminalización de la protesta social? Derecho penal y libertad de expresión en América Latina, ed. CELE y UP, Buenos Aires, 2010; CELS, “El Estado frente a la protesta social”, ed. CELS/Siglo XXI, Buenos Aires, 2004.

El candidato pretende matizar lo que parece surgir del desarrollo reseñado. Señala: “Habría que castigar a los piqueteros? Creo que no, pero reconozco que este es un tema aún más complejo que el de la obediencia al derecho” y agrega que “por un lado, los piquetes –a diferencia de lo que sucede con otras conductas ilegales, tienen un efecto beneficioso en tanto dirigen nuestra atención a las circunstancias de pobreza abyecta en la que viven todas sus vidas muchos de nuestros compatriotas” y que “por el otro, en la Argentina la persecución de los delitos no es discrecional y nosotros, a diferencia de lo que sucede en muchos otros países necesitamos revigorizar la convicción de que el derecho está allí para ser obedecido y honrado por todos”. Si bien esta reserva rechaza explícitamente una de las más extremas derivaciones del razonamiento expuesto más arriba, es evidente que ello no empece a la limitada concepción del derecho de protesta, de reunión y de libertad que su interpretación conlleva.

También esta posición abre un interrogante cierto acerca de qué tipo de garantías de protección del derecho a la protesta y la libertad de expresión definiría o qué mandatos de actuación hacia los órganos del Estado Rosenkrantz establecería desde la más alta magistratura del país.

5. Cierre

Tal como sostuvimos, la convalidación del decreto pone fuertemente en duda su compromiso con los valores que las reglas de la constitución establecen para la selección y designación de cargos de esta envergadura. Y ponen en duda también el vínculo que este procedimiento irregular puede generar ya sea con el Poder Ejecutivo como con el Senado, con el consecuente impacto sobre la legitimidad democrática de estos nombramientos.

Asimismo, la elección de los nuevos integrantes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación reflejará la concepción que el sistema político tiene en relación con la función de los tribunales, fundamentalmente respecto de la protección de ciertos grupos.

Los perfiles descriptos ponen en evidencia su concepción restringida con relación a los avances de los estándares constitucionales y del derecho internacional de los derechos humanos así como su interpretación de la relación entre política y derecho.



Esperando que estas observaciones sean tenidas en cuenta, lo saludamos atentamente.

Gastón Chillier

Director Ejecutivo