

Sobre el control de convencionalidad y la prisión de inocentes

Marcelo Villanova¹

SUMARIO: I.- Introducción; II.- Breve descripción del campo; III.- El control de convencionalidad, IV.- A modo de conclusión; V.- Bibliografía.

RESUMEN: En el presente trabajo abordaré el valor que deben tener los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para el sistema jurídico argentino, en aquellos casos en los que fue parte de un litigio contencioso, con especial referencia a la prisión de inocentes. Intentaré vincular el deber de los tribunales de acatar la doctrina interamericana con su responsabilidad personal en el marco de una teoría democrática del derecho.

PALABRAS CLAVE: Control de Convencionalidad - prisión de inocentes - responsabilidad internacional - democracia.

I.- Introducción

El texto es la publicación de una exposición que efectué en el marco del XI encuentro de la Defensa Pública de la provincia de Buenos Aires.² Con algunas modificaciones, esbozaré las mismas ideas allí planteadas y debatidas. Se me había solicitado explayarme respecto de la prisión preventiva y los diferentes estándares

¹ Abogado por la Universidad Nacional del Comahue, Doctor en Derecho por la Universidad Nacional del Mar del Plata, miembro de la defensa pública bonaerense. Email: Marcelo_villanova@hotmail.com.

² Celebradas entre los días 12 y 17 de septiembre del 2022.

internacionales aplicables. Entiendo que ello nos coloca en la discusión previa y necesaria sobre el “control de convencionalidad.”

Intenté brindar un análisis eminentemente normativo respecto de estas cuestiones. Claro, ello no elude la necesidad de brindar un análisis fáctico, al contrario, la nueva actualidad de este problema tan antiguo viene determinada por la realidad, por los datos empíricos que todos conocemos y que han sido tenidos en cuenta en diferentes precedentes de los poderes constituidos del Estado argentino e interamericano como un fundamento para el accionar urgente sobre el punto.

Sí bien no podemos extraer conclusiones normativas de premisas eminentemente fácticas (Ley de Hume), esos datos parecieran no coincidir con la existencia de una doctrina interamericana que databa de “Bayarri vs Argentina” (30/10/2008) la cual básicamente limitaba, condicionaba y pretendía reducir el encarcelamiento de inocentes. Ello no aconteció, al menos, en territorio bonaerense.

En estos temas las razones siempre son bien complejas, pero podemos objetar la falta de adecuación de los poderes constituidos a la doctrina interamericana, precisamente de los poderes judicial y legislativo.

II.- Breve descripción del campo

En este trabajo me ocuparé sólo de los tribunales. Pero es bien posible trazar un vínculo entre, por un lado, ordenamientos procesales que regulan la prisión de inocentes *sine die*, como el bonaerense, con altos índices de encarcelamiento y, por el otro, la regulación de un plazo *cierto en concreto*, en ordenamientos de tinte acusatorio -el de Neuquén, entre otros- con índices sustancialmente inferiores de encarcelamiento. La Corte IDH en el caso “*Amrheim y otros vs Costa Rica*”³ se pronunciaba contra la antigua fórmula *sine die* y reclamaba el establecimiento de plazos ciertos de duración de la medida.

Como adelantaba, los tribunales no han aplicado la doctrina que estableció “Bayarri”⁴, se han negado sistemáticamente a desprenderse de la teoría del plazo razonable y abrazar la limitación hoy reiterada en “Jenkins”⁵.

³ Sentencia del 25/04/2018.

⁴ Sentencia del 30/10/2008.

Claro, podrá argumentarse que cuando sucedieron las detenciones tratadas en estos casos aún no existía “Bayarri”, es cierto, pero si analizamos, por ejemplo, la doctrina de la Cámara Nacional de Casación Penal, todas sus salas confirman, adhieren o postulan, la teoría del plazo judicial. Lo mismo sucede en el Tribunal de Casación bonaerense. Ni que decir respecto de la necesidad endémica de nuestros tribunales de encarcelar a presuntos inocentes con base exclusiva en el mérito sustantivo, cuando no directamente recurren a criterios sustancialistas de definición de la peligrosidad.

Es que históricamente, los tribunales, no se han demostrado en favor de las concepciones acerca de los derechos más progresistas, que más garantías acordaban al ciudadano para ejercer frente al Estado. Dahl, por ejemplo, recuerda que históricamente la Corte Suprema (americana) no se ha distinguido por su apoyo a las minorías o a los más débiles.

“La Corte Suprema inevitablemente se ha aliado con cada mayoría política electoral...Así, los cuasi tutores judiciales no suelen ser garantes de los derechos fundamentales frente a las mayorías democráticas, salvo y sólo quizá en el corto tiempo.”⁶

⁵ Sentencia del 26/11/2019. En Un sentido similar se expidió en “Romero Ferris vs. Argentina”, sentencia del 15/10/2019 Aquí, básicamente, se cuestionó la imposición de la medida mediante la alegación abstracta y dogmática de formas estereotipadas a fin de tener por acreditada la peligrosidad procesal, que no se correlacionaban con las circunstancias concretas del caso. Al igual que en “Jenkins” la medida resultó arbitraria por no encontrarse debidamente motivada de modo tal que se permita evaluar la razonabilidad en torno de su necesidad, idoneidad y proporcionalidad. También en “Hernández Vs. Argentina”, sentencia del 22/11/2019 se condenó al Estado argentino Aquí la Corte consideró arbitraria la resolución en tanto no se reunían los extremos necesarios para su dictado. Si bien se reunió el requerimiento de legalidad, su dictado no persiguió un fin legítimo e implicó un juicio anticipado respecto de su responsabilidad. El caso fincó centralmente en las afecciones comprobadas a su derecho a la salud, concretamente Hernández sufrió la pérdida de visión en un ojo, la pérdida de memoria, incapacidad parcial y permanente en un brazo, debido a que no fueron tratadas oportunamente. Ello implicó la imposición de una pena cruel e inhumana. Asimismo, se consideró que la falta de cumplimiento a las ordenes emanadas por el Juez de la causa tendientes a garantizar su derecho a la salud implicaron la violación al derecho a contar con un recurso judicial efectivo.

⁶ Dahl, 1991, p.228-229. Ver, por caso, las razones históricas del surgimiento del movimiento conocido como constitucionalismo democrático, y cómo el proyecto denominado “La Justicia en 2000”, establecido por el Departamento de Justicia durante la presidencia de Reagan, procuró, e instauró, en los diferentes niveles del poder judicial, una práctica jurídica conservadora, garantizada por especiales formas de litigar y controladas designaciones dentro

Como vemos, el problema no es sólo argentino. Los jueces y juezas que deciden mantener el statu quo y reproducir un derecho injusto, lo hacen porque pueden, pues no son pasibles de ningún tipo de responsabilidad. Es que tales formas de proceder vienen determinadas y garantizadas por la ausencia de una directriz específica desde las “altas cortes.”

Si estas establecieran la duración máxima del encarcelamiento preventivo, en consonancia con el deber de adoptar las medidas necesarias de derecho interno, seguramente no nos encontraríamos con índices de encarcelamiento preventivo similares a los Estados Unidos o Rusia, por ejemplo. Es que los tribunales siempre se sienten refugiados y seguros en las opiniones de esas cortes y no es casualidad que no la establezcan.

Entonces, quizás, debamos discutir sobre dos cuestiones para aclarar el punto, la primera de ellas tiene que ver con el valor de los precedentes de la Corte y, la segunda, con la necesidad de elaborar una teoría de la responsabilidad funcional.

III.- El control de convencionalidad

Si bien no desarrollaré aquí un análisis respecto de las teorías y doctrinas que puedan explicar la actividad de nuestros tribunales, debe tenerse en cuenta que cualquier teoría sobre el derecho y la justicia debe ir acompañada de una *teoría sobre la autoridad*, es decir, respecto de quién deba tener la última palabra, quién decide con autoridad sobre los derechos. Esto nos colocará, necesariamente, en el centro de las objeciones de las teorías democráticas⁷ y cualquier adhesión a los

de este Poder. Básicamente, hicieron prevalecer sus visiones sobre los derechos constitucionales, identificando y estableciendo precedentes que consideraban necesario que prosperaran y otros que deberían ser modificados. (Al respecto puede leerse Leonardo García Jaramillo, 2015, p. 69 sttes).

⁷ Designaremos bajo este término aquellas teorías que, de alguna u otra manera, cuestionan el poder de los jueces para decir el derecho, la supremacía judicial, el control de constitucionalidad y convencionalidad, que alguna vez fueran llamadas populistas (sean de izquierda o derecha) y que generalmente los autores tratan como “*la objeción contramayoritaria*”, por caso en nuestro país Roberto Gargarella. Estas teorías, robustas, complejas y fuertemente fundadas, representan, en definitiva, una objeción al neoconstitucionalismo en sí, a sus bases y cimientos, también, por ejemplo, sobre los que Luigi Ferrajoli cimentara su “Constitucionalismo Garantista”, desarrollado, sobre todo, en *Principia Iuris*.

denominados “neo-constitucionalismos”, incluido el garantista⁸, deben responder a sus objeciones.

Muy brevemente me gustaría utilizar reflexiones de Moreso que, si bien no comparto en su totalidad, nos serán útiles. Para el autor español las democracias constitucionales son *sistemas abiertos a la moralidad*, algunas de las normas constitucionales, las que remiten a la moralidad, nos obligan a recurrir al “discurso moral” (para utilizar palabras de Nino) para establecer su contenido.

En lo que se denomina moralidad pública, o en la política, no existen límites a lo que podamos discutir, a los argumentos que podamos verter, a las instancias de la discusión. Pero en el derecho, existe lo que él denomina una “*dimensión institucional*”, ello es precisamente lo que lo distingue de cualquier otro sistema moral. Hay algunos sectores, decisiones, que no se encuentran abiertas al debate moral, en el derecho encuentran el límite de “setos” o “cotos” institucionales. En sus palabras: “*el derecho cuenta con procedimientos que establecen fronteras institucionales a aquello que puede ser decidido.*”⁹

Podemos encontrarnos en todo o en parte en desacuerdo con el profesor español, pero hay algo claro, en las democracias constitucionales deben existir

⁸ Como simplemente enunciare más adelante, entiendo que existe una manera plausible de responder a la objeción democrática, aunque implica retocar, en gran parte, como entendemos el accionar de los tribunales, sus funciones y sus relaciones con la sociedad civil organizada. Pero claro, la respuesta creo que ya no puede ser la de siempre, por ejemplo, la de Ferrajoli, es decir, los jueces tienen y deben tener la última palabra en función que, de lo contrario, caeremos en modelos de derecho autoritarios o totalitarios, siempre pensando en aquella popular imagen de la Europa de la pre y posguerra. Para utilizar sus propias palabras, a la pregunta que venimos infiriendo, Luigi responde: “*¿Quién tiene, o mejor, quién debe tener la última palabra sobre aquello que establecen las constituciones? Respondo, sin titubeos, que la última palabra sobre la invalidez constitucional de las leyes debe corresponder a los jueces y solamente a ellos.* Ferrajoli 2011, p. 358-359.

⁹ El autor grafica esto con la existencia en los ordenamientos jurídicos de las sentencias judiciales firmes. Suele citar el caso de la decisión de la Corte Suprema estadounidense en “Bush vs. Gore” (531 US 98 2000). En sus palabras: “*La Corte Suprema decidió que el método establecido por la Corte Suprema de Florida para recomtar las papeletas del voto conllevaba una violación de los derechos constitucionales, la decisión fue muy controvertida y muchos consideraron que era una decisión errónea desde el punto de vista del Derecho Constitucional, el mismo Dworkin editó un conjunto de ensayos para criticar dicha decisión...Sin embargo, hasta donde yo sé, nadie consideró que la sentencia de la Corte no debía ser obedecida y que, por lo tanto, el Presidente Bush era un Presidente ilegal, aunque la decisión judicial que autorizó su proclamación fuese constitucionalmente inválida. **Algunas veces, por paradójico que parezca, los procedimientos jurídicos requieren la aplicación de reglas inválidas.**” Moreso 2000, p.29.*

decisiones últimas y definitivas, alguien debe tener la “*última palabra*” sobre la adjudicación de derechos constitucionales y convencionales. Esta es, precisamente, el fin de la adhesión de los Estados a la jurisdicción de la Corte.

En lo que sigue responderé la siguiente pregunta: ¿Qué valor tienen, o deben tener, los precedentes de la Corte para el ordenamiento jurídico argentino?¹⁰ Podemos vincular el valor de los precedentes de la Corte con tres situaciones posibles: 1) La obligatoriedad del Estado parte de la contienda de cumplir con la sentencia en el caso concreto en litigio (ello es precisamente lo que dispone el artículo 68. I de la Convención¹¹) generalmente se le designa como ejecución de sentencias; 2) La obligatoriedad de la doctrina establecida en el precedente para el ordenamiento jurídico del Estado parte de la contienda; 3) La obligatoriedad de la doctrina para cada uno de los Estados parte de la Convención.

Dado el marco en análisis, podemos limitarnos a los primeros supuestos. Ambas situaciones resultan bien difíciles de distinguir. La Corte suele dictar diversas medidas en sus sentencias, vinculadas a las denominadas “*garantías de no repetición*.”

La postura formalista, que alguna vez represento el ex Procurador Esteban Righi en su dictamen a la causa “Acosta”¹², sostendría que el Estado sólo se encuentra obligado en el caso contencioso concreto y respeto de quienes allí fueran partes.

Veámoslo con unos breves ejemplos. En el caso “López y otros vs Argentina”¹³, la Corte ordenó al Estado argentino modificar el sistema normativo a fin de

¹⁰ En unos trabajos algo antiguos, Villanova 2009 y 2012, he analizado con más detalle el valor que dichos precedentes debieran tener para los Estados que aceptaron la jurisdicción de la Corte, a quien guste profundizar sobre el punto me remito a ellos. Me limitaré aquí al análisis de algunas recientes sentencias de la CSJN que han modificado algo aquel escenario.

¹¹ La Corte siempre entendió vinculante su decisión, por ejemplo, sostuvo que: “*La CADH estatuye con claridad -y existe opinión común en este sentido- que esas resoluciones son vinculantes para las partes contendientes. (Trabajadores cesados del congreso vs. Perú*”, voto razonado del Juez Sergio García Ramírez, considerando 6.)

¹² CSJN causa “Acosta Jorge Eduardo y otros s/ recurso de Casación”, sentencia del 10 de marzo del 2010.

¹³ En este inédito fallo se establecieron las condiciones *necesarias* para considerar convencionalmente legítimos los traslados de personas detenidas entre establecimientos penales, ordenando incluso la reforma de la legislación vigente en nuestro país por resultar incompatible con la Convención Americana. Quien desee profundizar el tema, hemos publicado un comentario al fallo en: “*Algunos estándares en materia de traslados de detenidos. Breve comentario al caso “López y otros Vs. Argentina” y repaso de criterios jurisprudenciales domésticos relevantes*” Villanova, 2021.

adecuarlo a una finalidad específica, la posibilidad efectiva de contralor judicial previo, contralor que debía sujetarse a ciertas y precisas reglas que desarrolló.

Muy brevemente, la Corte estableció el siguiente estándar: 1) *Solo de manera excepcional pueden trasladarse personas privadas de libertad a establecimientos penitenciarios lejanos a su grupo familiar, defensas y tribunales que los posean a cargo, si, y sólo si, la medida persigue un fin legítimo y, además, resulta idónea y proporcional;* 2) *A fin de evaluar dicha circunstancia, debe garantizarse un exhaustivo control jurisdiccional previo;* 3) *El traslado debe encontrarse regulado por una norma que cumpla con las exigencias del principio de estricta legalidad, es decir, debe establecer de manera clara y precisa las condiciones en las cuales procede;* 4) *Argentina no posee una reglamentación acorde al mencionado principio, lo que posibilita amplios márgenes de discreción y poder a la autoridad administrativa penitenciaria y jurisdiccional.*

En “Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina”¹⁴ el Estado reconoció su responsabilidad y se comprometió a llevar adelante una serie de medidas y modificaciones normativas, a saber: 1) adecuar su ordenamiento interno de acuerdo con lo señalado en la Sentencia, de forma tal que se evite la arbitrariedad en los supuestos de detención, requisas corporales o registro de un vehículo; 2) implementar un plan de capacitación de los cuerpos policiales de la provincia de Buenos Aires y de la Policía Federal Argentina, el Ministerio Público y el Poder Judicial, incluyendo información sobre la prohibición de fundamentar las detenciones sobre fórmulas dogmáticas y estereotipadas y; 3) la producción de estadísticas oficiales respecto a la actuación de las Fuerzas de Seguridad en materia de detenciones, registros y requisas.

Por otro lado, y si bien el caso no es reciente, si lo son sus implicancias en función de lo resuelto por la CSJN en varios precedentes, me refiero a “Mendoza y otros vs. Argentina.”¹⁵ Aquí, entre otras cuestiones, se declaró culpable al Estado argentino por violentar la prohibición de torturas y tratos crueles inhumanos o degradantes, aplicando prisiones perpetuas a quienes al momento del hecho eran menores de edad. Ordenó, como *medidas de reparación*, que el Estado debía asegurar: 1) Que no se vuelvan a imponer penas de prisión perpetuas a menores; 2) Que las personas que actualmente se encuentren cumpliendo dichas penas puedan obtener

¹⁴ En este popular fallo, el Estado argentino ha efectuado un reconocimiento de su responsabilidad, en definitiva, por haber perpetuado la antiliberal y arbitraria doctrina que consideraba, la privacidad como una mera cuestión de comodidad. A quien desee leer un análisis del caso lo he comentado en Villanova septiembre del 2021.

¹⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia del 14/5/2013.

una revisión de estas, que se ajuste a los estándares expuestos en la sentencia. Todo ello a fin de evitar la reiteración de casos ante el tribunal interamericano y que los mismos puedan ser resueltos por los tribunales domésticos.

En los precedentes Carrizo¹⁶, y recientemente en “Escalante”¹⁷(entre otros) la CSJN estableció la necesidad de cumplimentar con la medida de reparación dispuesta por la Corte, ordenando una mensuración de la pena temporal. Concretamente, en este último caso, su decisión implicó la revocación de una sentencia condenatoria firme, y ordenó a la Corte correntina¹⁸ ajuste su decisión a la mencionada doctrina interamericana.

En los casos, como sucede habitualmente, surgieron efectos de las dos clases, las modificaciones ordenadas y la obligación de adoptar las disposiciones de derecho interno, traen consecuencias lógicamente implicadas para todo el orden jurídico del Estado.

Podríamos resumir el objetivo último de la Convención en la "americanización" de un conjunto de derechos a fin de permitirle a todas las personas sometidas a su jurisdicción gozar de los estándares interpretativos establecidos por la Corte, independientemente de la circunstancia aleatoria y moralmente irrelevante de su nacionalidad. En el actual contexto de integración internacional, esta es la noción de igualdad que debe prevalecer.¹⁹

¹⁶ Sentencia del 26/9/2017.

¹⁷ Sentencia del 12/8/2022 (1487/2017.RH1)

¹⁸ En este caso, la Corte correntina había declarado inadmisibile un recurso de revisión interpuesto contra una sentencia firme donde se reclamaba la aplicación del precedente “Mendoza vs Argentina” (sentencia de la Corte IDH del 14/5/2013). Ello por 1) No se encontraba previsto en la legislación el recurso para solicitar tal revisión (pues sólo lo habilitaba el cambio jurisprudencial que tornara atípica la conducta o modificara la calificación); 2) Que la CSJN ya había desestimado la queja interpuesta dejando firme la sentencia, y que ello había sucedido luego del caso “Mendoza” que ahora se reclamaba; 3) Debía aplicarse la postura de la CSJN en el precedente “Fontevicchia” donde la misma se negó a modificar una sentencia firme.

¹⁹ La Corte, en el caso “Cabrera García y Montiel Flores vs. México”, Sentencia del 26/11/2010, sostuvo al respecto que: *"El juez nacional, por consiguiente, debe aplicar la jurisprudencia convencional incluso la que se crea en aquellos asuntos donde no sea parte el Estado nacional al que pertenece, ya que, lo que define la integración de la jurisprudencia de la Corte IDH es la interpretación que ese Tribunal Interamericano realiza del corpus juris interamericano con la finalidad de crear un estándar en la región sobre su aplicabilidad y efectividad. Lo anterior lo consideramos de la mayor importancia para el sano entendimiento del 'control difuso de convencionalidad', pues pretender reducir la obligatoriedad de la jurisprudencia convencional solo a los casos*

La postura formalista supone que la Corte pronuncie el estándar con relación a cada uno de los Estados sometidos a su jurisdicción, o que lo haga con respecto a cada uno de los ciudadanos sujetos a la jurisdicción del Estado condenado. Además de la lesión al principio de igualdad que ello implicaría, trae aparejadas graves consecuencias a la finalidad del sistema, específicamente, hiere de muerte a su eficacia. Sergio García Ramírez, ha manifestado que:

"Dentro de la lógica jurisdiccional que sustenta la creación y operación de la Corte, no cabría esperar que esta se viese en la necesidad de juzgar centenares o millares de casos sobre un solo tema convencional, es decir, todos los litigios que se presenten en todo tiempo y en todos los países, resolviendo uno a uno los hechos violatorios y garantizando, también uno a uno, los derechos y libertades particulares. La única posibilidad tutelar razonable implica que una vez fijado el 'criterio de interpretación y de aplicación' este sea recogido por los Estados en el conjunto de su aparato jurídico."²⁰

En punto al control de convencionalidad que deben realizar los jueces domésticos, la CSJN sostuvo en “Carrizo” (remitiendo al caso “Arce” del 5/8/2014), que corresponde:

“En el ejercicio del control de convencionalidad, la justicia argentina adecue sus fallos a los expresos términos de la sentencia de la Corte Interamericana que, más allá del caso específico en que fue dictada, ha compelido al Estado a adoptar diversas disposiciones de derecho interno...lo que permitirá observar fielmente las condiciones de vigencia de la Convención Americana.”

donde el Estado ha sido 'parte material', equivaldría a nulificar la esencia misma de la propia Convención Americana, cuyos compromisos asumieron los Estados nacionales al haberla suscrito y ratificado o adherido a la misma, y cuyo incumplimiento produce responsabilidad internacional."

²⁰ CtIDH, voto razonado del Juez Sergio García Ramírez a la sentencia “*Trabajadores cesados del congreso vs. Perú*”, párr. 8. Debe recordarse que la Corte había formulado su “control de convencionalidad” en base a la doctrina del “problema estructural” elaborada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Precisamente en el caso “*Bronioswski vs. Polonia*” sostuvo que: “*El Comité de Ministros ha recomendado a los Estados miembros que una vez que la Corte indique fallas estructurales o generales en el derecho o en la práctica del Estado, este debe reexaminar la efectividad de los recursos existentes y, llegado el caso, ofrecer recursos efectivos a fin de evitar que casos repetitivos sean presentados ante la Corte*” TEDH sentencia de 22 de junio de 2004. Aquí el tribunal debatió acerca de la implementación de sus sentencias. Efectuando una interpretación amplia, que podríamos denominar en estas latitudes “pro homine”, estableció un alcance general de sus fallos, en determinadas situaciones donde se presenten *problemas de naturaleza estructural o sistémica*, a fin de evitar y eliminar las deficiencias normativas, evitando así la repetición del caso y la circunstancia lesiva.

En torno al valor de los precedentes interamericanos, Maqueda sostuvo en “Carrizo” que:

“El caso se relaciona directamente con el cumplimiento de un fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, siendo el caso resaltar que este, contrariamente a lo que alude el a quo, resulta de acatamiento obligatorio por parte de los poderes constituidos del Estado argentino.”

Con este marco, atendiéndonos *a los expresos términos* de la CSJN, habiendo ordenado la revisión de una sentencia firme en “*Escalante*” con el fin de adecuar sus términos a los de “*Mendoza*”, entiendo se ha zanjado la discusión acerca del hipotético cambio de rumbo implicado por el incumplimiento a lo dispuesto por la Corte en “*Fontevicchia y D’amico vs Argentina*”²¹.

Recordemos que el 21 de agosto del 2017 los representantes del Estado argentino ante la Corte se negaron a cumplir la sentencia en función de la división de poderes existente en nuestro país y a que la CSJN se había negado a dejar sin efecto la condena civil impuesta contra los periodistas.²²

Claro, la última palabra no tiene porque también ser definitiva. Me explico. En otra oportunidad²³, he entendido que puede responderse a ciertas objeciones que se dirigen al constitucionalismo normativo propuesto por Ferrajoli, aquellas que lo presentan como un programa antidemocrático y elitista.

²¹ Sentencia del 29/11/2011.

²² Básicamente la CSJN decidió dejar firme la sentencia que condenaba a la editorial Perfil, Fontevicchia y Damico entendiéndolo que la difusión de ciertas notas periodísticas había afectado la intimidad del ex Presidente Menem. Los demandados cumplieron con el pago de la indemnización correspondiente y luego iniciaron la presentación interamericana reclamando la vulneración de sus derechos a la libertad de pensamiento y expresión entre otros. El 29/11/2011 la Corte falla a favor de los peticionantes y condena al Estado Argentino ordenando lo siguiente: 1) Dejar sin efecto la condena civil y sus efectos; 2) Publicar un resumen de la sentencia; 3) reintegrar las sumas reconocidas en los fallos. Encontrándose cumplidos los puntos 2 y 3, el Ministerio del Exterior solicita a la CSJN cumplimente el punto 1). La CSJN se niega a dejar sin efectos la sentencia civil, precisamente en el considerando 16 sostiene que “*no cabe dejar sin efecto la sentencia de esta Corte pasada en autoridad de cosa juzgada*”. Se entendió que, de un diálogo jurisprudencial entre ambas Cortes, las reparaciones y publicaciones efectuadas cumplimentaban acabadamente lo resuelto internacionalmente. En su lugar se realizó un informe junto a la sentencia dejando constancia que la misma había sido declarada incompatible con la Convención Americana en 29/11/2011.

²³ Villanova 2019 y 2020.

Un primer paso es dar respuesta a las objeciones democráticas, la necesidad de establecer y mantener abiertos canales deliberativos entre los tribunales y la opinión pública organizada. Debe asegurarse la influencia de la cosmovisión de la sociedad civil organizada en la determinación del contenido de los derechos que tenemos. Mantener el interés de los grupos sociales permite que se crea en la posibilidad de persuasión y, con ello, estimular el debate. Va de suyo que no depende solo del poder de persuasión sino de la existencia de garantías concretas que no solo estimulen, sino que permitan la comunicación, el diálogo y modificación de la interpretación constitucional.

Llevado al análisis aquí propuesto, la Corte debiera efectuar un público y periódico relevamiento de los criterios disidentes sentados por los tribunales supremos de cada nación y, eventualmente, revisar en base a ello sus doctrinas. *Este es el procedimiento conforme al cual, en la comunidad de la Convención, se construye la voluntad internacional, en la que inciden las opiniones de cada una de las Cortes de los países integrantes de la misma, siendo el mecanismo más plural y democrático de toma de decisiones.*

Apelando a la honestidad intelectual, pero fundamentalmente a las reglas del juego democrático, en supuestos de disidencia con el nuevo contenido del derecho, los tribunales domésticos deberían dictar resoluciones conforme el mismo, aunque claro, no *deben* -sino ante todo *pueden*- descalificar el contenido anteriormente asignado irrestrictamente como un derecho irracional e injusto al cual deban dar la espalda incondicionalmente, sino que, en caso de no coincidir, a lo sumo manifiesten su punto de vista personal e íntimo, tal y como ha hecho la CSJN, por ejemplo, en el precedente "Espósito"²⁴.

De lo contrario, podríamos encontrarnos también en una instancia del argumento que Bayón ha denominado "*la dictadura de los Jueces*", pues:

"[A] través de la interpretación los jueces terminarían ocupando un lugar que correspondería a la voluntad popular, instalando una 'dictadura de los jueces'. La democracia constitucional sería lo que decida la mayoría, siempre que no vulnere lo que los jueces constitucionales entiendan que constituye el contenido de los derechos básicos."²⁰

Debemos prestar suma atención a estas objeciones, la de Bayón es sólo un ejemplo, pues en este sentido es que surgieron las principales críticas a los neo-constitucionalismo al control de constitucionalidad, y por qué no, al control de

²⁴ Sentencia del 23 de diciembre de 2004.

convencionalidad, y al insoportable activismo judicial, para usar las palabras de Kelsen.

IV.- A modo de conclusión

Ahora regresemos al problema de la prisión de inocentes. *Los expresos términos*, a los que debieran ceñirse los tribunales son: 1) El mérito sustantivo es insuficiente para fundar la medida²⁵; 2) El único fin legítimo perseguible con la medida es la peligrosidad procesal, se excluye la posibilidad de fundarla en función de criterios sustancialistas de definición de la peligrosidad²⁶; 3) Debe alegarse en concreto sobre peligrosidad procesal, de manera tal que permita identificar y cuestionar su idoneidad, necesidad y proporcionalidad, es decir mediante hipótesis controvertibles que contengan valor de verdad, que sean refutables o confirmables²⁷; 4) El plazo máximo de la prisión preventiva en Argentina es de 2 años, o 3 con prórroga²⁸; 5) El plazo funciona como una condición de legitimidad formal de la medida; 6) Ante la ausencia de alguno de estos presupuestos debe decretarse automáticamente la libertad; 7) A tal fin los tribunales deben realizar un análisis periódico sobre la subsistencia de los mismos.

La Corte impuso la necesidad de valorar periódicamente *“si el plazo de la detención ha sobrepasado los límites que imponen la ley y la razón. En cualquier momento en que aparezca que la prisión preventiva no satisface estas condiciones, deberá decretarse la libertad, sin perjuicio*

²⁵ Esta condición, que es una garantía para la persona sometida a proceso, una condición necesaria de aplicabilidad, siempre fue utilizada por nuestros tribunales como una condición suficiente. Suelen legitimar la mantención en el tiempo de la medida en función del propio avance del proceso.

²⁶ Hoy muy común en los delitos vinculados al género, donde el fundamento exclusivo de la medida es la reiteración delictiva.

²⁷ Los tribunales tienen un arsenal de argumentos para encarcelar inocentes presuntos, pero generalmente recurren al de vincular la categoría del delito imputado con una presunción acerca de la peligrosidad, es decir desvinculando del caso concreto y gambeteando la necesidad de alegar sobre condiciones concretas que indiquen peligro procesal.

²⁸ Por ejemplo, la Corte sostuvo en los Párrafos 74 y 76 de “Bayarri” que: *“la Ley 24.390 establecía el límite temporal máximo de 3 años, luego del cual no puede continuar privándose de la libertad al imputado...el Juez debe valorar periódicamente si las causas de necesidad y proporcionalidad de la medida se mantienen, y si el plazo de la detención ha sobrepasado los límites que imponen la ley y la razón. En cualquier momento en que aparezca que la prisión preventiva no satisface estas condiciones, deberá decretarse la libertad, sin perjuicio de que el proceso respectivo continúe.”* Reiterando tal postura, en Jenkins sostuvo, por ejemplo, en el párrafo 90, que el plazo de la prisión preventiva *“no podía ser superior a los 3 años, tal y como así lo estipulaba el art. 1, lo cual implicaba su excarcelación inmediata.”*, lo cual es reiterado nuevamente en el párrafo 97.

de que el proceso respectivo continúe...cuando el plazo de la prisión preventiva sobrepasa lo razonable, el Estado podrá limitar la libertad del imputado con otras medidas menos lesivas que aseguren su comparecencia al juicio, distintas de la privación de la libertad.”

Al referirse a *la ley*, claramente lo vincula al plazo legal, es decir al límite de 2 años establecidos por el legislador nacional y al que refirió expresamente la Corte. Al referirse a *la razón*, lo vincula al deber de analizar sí, dentro de ese plazo máximo, se mantienen vigentes el resto de las condiciones necesarias de su aplicación.

Desde “*Bayarrí*”, y ahora en “*Jenkins*”, el plazo de la prisión preventiva opera como un *presupuesto formal de validez*, como las denominadas condiciones objetivas de punibilidad, por lo que, más allá de la demostrada y razonable necesidad de mantener la prisión preventiva, este impedimento procesal enerva su aplicación, al igual que la prescripción impide el castigo aún ante la probada comisión de un delito.

Como deslizará al comienzo, al igual que con los derechos humanos y el paradigma *ius positivista*, ya no se trata de encontrar el fundamento de los derechos fundamentales sino los mecanismos para protegerlos, para hacer más las ideas de Bobbio. *Ya no se trata de presentar y desarrollar estándares sino de mecanismos para hacerlos efectivos, de procedimientos ciertos y precisos para ejecutar las sentencias y doctrinas interamericanas.*

En este sentido, entiendo necesario el desarrollo de una teoría sobre la responsabilidad personal de los jueces. Aquellos que inaplican estándares obligatorios generando responsabilidad internacional, pero, sobre todo, violentando derechos de las personas. El artículo 18 constitucional quizás represente un buen punto de partida, claramente se trata de la imposición de tormentos innecesarios que debieran involucrar la responsabilidad personal, funcional, civil y penal, de quienes los ordenan toleran o permiten.

El Caso *Jenkins* hubiera sido un buen banco de prueba para ello, pues en su demanda civil no sólo había incluido al Estado argentino sino también al Juez responsable del dictado de su prisión preventiva, aunque luego desestimara su acción contra el magistrado por cuestiones procesales. La resolución que ordenaba su prisión había sido arbitraria y anticonvencional, pues no contenía los elementos suficientes para valorar su justificación “*careció de una debida motivación en tanto que no expuso las razones por las cuales la medida perseguía un fin legítimo y era necesaria, idónea y proporcional a dicho fin.*” Así, entiendo que el actuar del Juez se incluye en el caso que

prevé la norma del artículo 18, ¿Qué fue sino una mortificación innecesaria la privación de libertad ilegítima y arbitraria por más de 3 años?²⁹

V.- Bibliografía

- Bayón, J.C: Derechos democracia y constitución, en Discusiones Núm. 1, Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca, pp.65-94, 2000.
- Dahl, R: *La democracia y sus críticos*, Paidós, Buenos Aires, 1991.
- Dworkin, Ronald: *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 2009. Publicación original: *Freedom's Law*, Harvard University Press, Massachussets, 1977.
- Gargarella, Roberto: El nacimiento del Constitucionalismo Popular, Revista de Libros, Segunda Época, Buenos Aires, 2006.
- Kramer Larry: *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review* Oxford University, Oxford, 2004.
- Ferrajoli, Luigi: *Derecho y Razón –Teoría del Garantismo Penal-*, Trotta, Madrid, 1997. Publicación original: *Diritto e ragione -Teoría del garantismo penale-*, Gius. Laterza & Figili, Roma, 1989.
- Ferrajoli, Luigi: *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2001.
- Ferrajoli, Luigi: “*El Constitucionalismo Garantista. Entre paleo-iuspositivismo y Neoinsnaturalismo*” en Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, N°34, 2011, páginas 311-360.
- Ferrajoli, Luigi: *Principia Iuris, -teoría del derecho y de la democracia-*, Trotta, Madrid, Segunda Edición, 2016.
- Moreso, José Juan: “*Antígona como defeater. Sobre el constitucionalismo garantista de Ferrajoli*”, en Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho N. 34, Alicante, 2011.

²⁹ En definitiva, porque el Sr. Jenkins debió permanecer más de 3 años privado de su libertad por una ley anticonvencional, que incluso fuera declarada posteriormente inconstitucional por la propia CSJN en el precedente “Veliz”, cuando fue absuelto por falta de pruebas en su contra. Aquí entra en juego otra cuestión central, que por razones de extensión no abordaré aquí, ¿cuándo procede la reparación de la prisión preventiva en casos que el imputado es posteriormente absuelto? Sobre este punto deberemos analizar las implicancias de la reciente sentencia de la CSJN en el caso “Castelli Néstor Rubén”, sentencia del 3 de mayo del 2022, donde impuso la necesidad de encontrarnos ante la posibilidad de unificación de condenas para efectuar el cómputo del plazo en prisión preventiva donde hubiera resultado absuelto.

- Moreso, José Juan: “*La ciudadela de la moral en la corte de los juristas*”, en Anuario de Filosofía del Derecho, 28: pp. 119-140, Barcelona, 2012.
- Moreso, José Juan: “*El positivismo jurídico contemporáneo*”, en Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, vol.1, pp. 171-205, 2015.
- Moreso, José Juan: “*Derechos y Justicia procesal imperfecta*”, en Discusiones: Derecho y Justicia Constitucional, pp. 15-51, núm. 1 2000.
- Villanova, Marcelo Oscar: “*Algunos estándares en materia de traslados de detenidos. Breve comentario al caso “López y otros Vs. Argentina” y repaso de criterios jurisprudenciales domésticos relevantes*” escrito en coautoría con María Celina Berterame y Fabiana Andrea Danti, en *Unidad en la Diversidad Volumen III*, pps. 253-274, IJ Editores, noviembre 2021.
- Villanova, Marcelo Oscar: “*Nuevamente sobre la libertad, -un comentario a Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina-*” en Revista de Derecho Penal y Criminología, Año XI, N.º 8, La Ley, septiembre 2021.
- Villanova, Marcelo Oscar: “*Sobre la prisión preventiva y el veredicto de culpabilidad: una objeción democrática.*” en Revista de Derecho Penal y Criminología, Año X, Número 4, La Ley, mayo 2020.
- Villanova, Marcelo Oscar: “*Algunos estándares internacionales en materia de prisión preventiva.*” Derechopenalonline.com.ar 24/3/2012.
- Villanova, Marcelo Oscar: “*Sobre el control de convencionalidad -A propósito de sus implicancias en el sistema de garantías penales-*” Pensamientopenal.com.ar/ 2010.
- Waldron, Jeremy: *Derecho y desacuerdos*, Marcial Pons, Madrid, 2004.
- Wittgenstein, L: *Investigaciones Filosóficas*, Critica, Barcelona, 1988.