

LA ULTRA ACTIVIDAD DEL MEJOR DERECHO¹

Por José Raúl HEREDIA²

RESUMEN: En las siguientes reflexiones, me propongo dejar establecido que el Estado –Constitucional y Democrático de Derecho-, vinculado a los instrumentos internacionales de derechos humanos por propia decisión, no puede –no debe- retrogradar los niveles de garantías alcanzados en sus leyes, sancionadas en desarrollo de las previsiones consagradas en las normas convencionales y constitucionales. Ello implica que, por erigirse en el *mejor derecho*, la norma derogada y sustituida por otra más gravosa o menos beneficiosa es invocable siempre por toda persona ante los tribunales de justicia.

I. DERECHO AL MEJOR DERECHO Y PODER PUNITIVO

1. Con este título, Gerardo Nicolás GARCÍA, Mario Alberto JULIANO y Alfredo PÉREZ GALIMBERTI, con Prólogo de Alberto BINDER y un Estudio Preliminar de Maximiliano RUSCONI, han publicado este año un libro de indiscutible valía³. Desde ya, destaco los méritos del contenido y dejo constancia que he leído con gran provecho la obra.

Me detendré en ese libro, pues me facilita en grado sumo el abordaje del tema propuesto, y, además, debo decirlo, puede entenderse implícito –y aun anticipado- en lo que sus autores han desarrollado. Creo, ello no obstante, que merece algún detenimiento por las implicancias que reviste a los fines de la efectiva operatividad de los derechos consagrados en el derecho internacional de los derechos humanos. Para decirlo en palabras de RUSCONI, *cada decisión normativa (legislativa, judicial o administrativa) debe ser puesta*

¹ Sobre la base de la nota publicada en elDial.com - DC177E, el 05/12/2011.

² Académico Correspondiente en Comodoro Rivadavia, Chubut, de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. joseraulheredia@gmail.com

³ Editores del Puerto, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, marzo de 2011.

*en observación (...) bajo aquellas mediciones que denotan qué grado de fidelidad posee la norma frente a la garantía a la cual debe reglamentar*⁴.

2. Según hace notar GARCÍA, puede atribuirse el impulso en el país de este tema del *derecho al mejor derecho* al extinto Profesor, Jorge Luis SALOMONI. Para citarlo en la línea de los autores del libro en comento, y, también como ellos, en reconocido recuerdo, destaco su aseveración según la cual, a partir de la adopción de los Estados miembros del MERCOSUR de la Convención Americana de Derechos Humanos, “...la norma material y/o procesal más protectora de un estado miembro, se transforma en un principio general del derecho comunitario, que se traslada a otro Estado miembro en virtud de la Convención Americana de los Derechos Humanos”. Aclara: no se trata de aplicar el derecho extranjero para fundamentar una decisión administrativa o judicial, *sino de la aplicación directa del ordenamiento más protector de los derechos humanos a través del Pacto de San José de Costa Rica*⁵.

He empleado la expresión *aplicación preferente de la norma más favorable*⁶. Recordé esta justa apreciación:

*“(...) La progresividad de los derechos humanos como principio de interpretación pro homine ha significado el abandono de las imbricadas teorías interpretativas del derecho, y su sustitución por una regla sencilla: la aplicación preferente de la norma más favorable a la persona humana, independientemente de su origen anterior o posterior, de su generalidad o especialidad, o de su estatus nacional o internacional”*⁷.

⁴ Ob. cit., II, p. 3.

⁵ V. EL ORIGEN, LA ORGANIZACIÓN Y EL FUNCIONAMIENTO DEL MERCOSUR. Además, él mismo remite a SALOMONI, Jorge Luis, “Procedimiento Administrativo y Mercosur. Una aproximación a los principios emergentes de los distintos ordenamientos”, en Jornadas de la Universidad Austral, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1998, pp. 551 y ss., éste citado por los autores. Véase también, SALOMONI Jorge Luis, “Objetivos del Mercosur”, en Revista de la Administración Pública, N° 168, pág., 31, Editorial Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1992.

⁶ Según recuerda JULIANO, ob. cit., p. 40, nota 7.

⁷ Cita de CORAO, Carlos M. Ayala [Ex-Presidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos] “La recepción de la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos por la jurisprudencia constitucional” [v. Red de Información Jurídica, página Web de la Comisión Andina de Juristas], originariamente contenida en HEREDIA, José Raúl, “REFLEXIONES A PROPÓSITO DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL DE CHUBUT [LEY 5478]” [elDial - DC955; www.pensamientopenal.com.ar/02042007/heredia.pdf]; Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Doctrina, Procesal Penal, artreflexionesnuevocodigoprocesalchubut.pdf.]

Dijimos al respecto en una nota anterior: “*Obsérvese, se ha podido propiciar la aplicación preferente de la norma más favorable a la persona humana se trate de una norma nacional o internacional. En esta línea, un habitante de la región podría invocar cualquier norma de derecho interno de otro Estado diferente al que él habita más favorable al propio ordenamiento interno el que, en verdad, ha quedado vinculado a aquél por virtud del sometimiento voluntario a ese orden internacional*”⁸.

Mario JULIANO enfatiza que “*Los pactos, tratados y convenciones realizados entre los Estados con el fin de asegurar el respeto de valores reputados de importancia indiscutida, han tenido la función esencial de fijar estándares inderogables, por debajo de los cuales resulta inadmisibles aceptar legislación alguna, incorporando principios del derecho internacional que condicionan en forma decisiva las disponibilidades locales*”. Entre esos principios se encuentra –mentado por CORAO y que cita JULIANO– el de *progresividad*, con la significación de que una vez ingresado un derecho humano al sistema jurídico interno *se arriba a un estadio que no puede ser desconocido ni retrogrado en el futuro*⁹. Está contenido, como efecto de pleno derecho, lo que llamo aquí *ultraactividad del mejor derecho*.

En línea, nos habla RUSCONI de un *estándar regional* como una valla de protección, una frontera ideológica. Asevera, ningún orden normativo debe y puede prescindir de los resguardos básicos de la dignidad de la persona humana que provienen de los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos. Y enuncia un primer axioma: *nunca menos de aquello que se encuentra resguardado en los instrumentos normativos regionales o internacionales de protección de los derechos humanos*¹⁰. Y especulando sobre los alcances de la expresión *estándar* concluye de un modo esencial a mi juicio en que hay una cara pétrea del problema, en la que se dibuja el camino del debilitamiento o relativización de la garantía. Afirma que ello no es posible porque *el mínimo está asegurado y debe estar siempre vigente*; como se advierte, se trata de una aseveración del todo trascendente a los fines de mis reflexiones, que desde luego comparto y adopto.

⁸ V. Ibídem. También en *LECTURA CONSTITUCIONAL DEL PROCESO PENAL*, Opúsculos de Derecho Procesal Penal, Del Copista, Córdoba, 2010, p. 141.

⁹ V. JULIANO, ob. cit., II, ps. 34-35 y nota 1.

¹⁰ Ob. cit., III, p. 3.

Y aun añade, como una base racional, la necesidad de admitir *el derecho* de todo ciudadano –toda persona-, en el ámbito de alguna regionalización supranacional-iushumanitaria, *a que se le aplique la reglamentación más fiel* de una determinada garantía constitucional o de un determinado principio del sistema regional de protección. Todavía, estos dos interesantes señalamientos: la dimensión del dinamismo de las garantías que podría equilibrar el protagonismo de los desarrollos político criminales de determinada zona, así como que *no hay una obligación de vigencia de la versión más conservadora* que permite examinar la *construcción de un sistema de protección dinámico*.

Incorpora una *distinción metodológica* del dinamismo, entre el plano cualitativo y el plano cuantitativo, señalando que el primero se relaciona con el catálogo específico de garantías constitucionales o derechos fundamentales, y el segundo con la cantidad de consecuencias que se extraen de una determinada garantía ya reconocida. Para concluir en que aprecia más posibilidades de resguardar el mecanismo de alegación del derecho al mejor derecho en lo que llama el plano cuantitativo o vertical que en el desarrollo expansivo, cualitativo u horizontal –aquí, en cuanto se trate de la incorporación inductiva de una garantía reconocida en una región a otra región que la ha olvidado, si no hay una referencia normativamente planetaria que pueda invocarse-.

Importa remitir a otro tramo de su estudio en cuanto, bajo el *nomen el derecho a la mejor ley*, afirma que la norma de protección también se integra con sus respectivas reglamentaciones y que nadie estaría obligado a soportar, en el mismo universo territorial de la garantía primigenia, convivir con una norma que no ha sacado todas las consecuencias posibles del principio fundamental, y por consiguiente, se trata de un instrumento insatisfactorio –incluye menos de lo que debería según el estándar-.

No nos detendremos en la distinción que hace RUSCONI del alcance del derecho al mejor derecho entre la víctima e imputado, quien niega que pudiera sostenerse la equiparación de protección normativa. No es la posición de PÉREZ GALIMBERTI.

3. GARCÍA, por su lado, recordando una discusión mantenida por él en el tiempo, destaca el contenido del derecho al mejor derecho resumiéndolo como el derecho de una persona –sujeta a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)- a requerir de los tribunales del lugar en que habita la mejor protección de sus derechos que le provea

cualquier provincia de su país –en un Estado federal- o de algún otro país con el que su Estado esté asociado –como el MERCOSUR-. Y lo hace derivar del artículo 28, incisos 2 y 3 y del artículo 1.1 de la misma CADH¹¹.

Alude al principio de *intangibilidad* de la protección de los derechos de la CADH, que rige en el caso de pactos comunitarios entre Estados –artículo 28.3-. Subraya que la República Argentina se comprometió a aplicar los tratados de derechos humanos tal como los interpretan los órganos de aplicación, garantizando a toda persona sujeta a su jurisdicción el libre y pleno ejercicio de los derechos allí reconocidos, tomando las medidas necesarias para remover los obstáculos internos al goce de tales derechos –cita precedentes de la Corte IDH-. Se tendrá presente que en “GIROLDI” la Corte Suprema dejó sentado: *“Que la ya recordada ‘jerarquía constitucional’ de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (consid. 5º) ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente, ‘en las condiciones de su vigencia’ (art. 75, inc. 22, párr. 2º, 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 (confr. arts. 75, Constitución Nacional, 62 y 64 Convención Americana y 2º, ley 23.054)”*. [Destacado mío]. Lo recuerda después, en relación evolutiva de precedentes, PÉREZ GALIMBERTI en esta misma obra. Nos detuvimos en el tema en algunos trabajos anteriores¹².

Dice GARCÍA: *“Por esto surge la obligación del juez nacional de aplicar la norma más protectora de los derechos humanos que se encuentre vigente en la asociación de Estado que conforma el MERCOSUR, en virtud del principio de igualdad y de no*

¹¹ Ob. cit., p. 17

¹² V. “REFLEXIONES A PROPÓSITO DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL DE CHUBUT [LEY 5478]”, cit. También OPÚSCULOS DE DERECHO PROCESAL PENAL, Del Copista, 2010, número 1, VIII, LA LECTURA CONSTITUCIONAL DEL ENJUICIAMIENTO PENAL EN LA DOCTRINA DE LA CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN, ps. 103 y sigs. Cito ahora la excelente nota de doctrina EL DERECHO INTERNACIONAL EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN - Selección de fallos en materia de fuentes del Derecho internacional, por Zlata Drnas de Clément [en Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (República Argentina) <http://www.acader.unc.edu.ar>].

discriminación de la CADH que establece el derecho a la mayor protección de los derechos que esté objetivado en el ordenamiento jurídico internacional de los derechos humanos o en un ordenamiento jurídico nacional de un Estado miembro de una asociación respecto a los demás Estados miembros integrantes”. Y cita a SALOMONI.

Vincula el derecho al mejor derecho con el principio *pro homine* en cuanto a la *obligatoriedad de elegir la fuente y la norma que suministre la mejor solución para la vigencia de los derechos de las personas, en el dual sistema normativo internacional y nacional de un Estado.* Se relaciona, agrega, con el principio de igualdad del artículo 24 del Pacto. De esa suerte, *la norma material o procesal más protectora se transforma en un principio general del derecho comunitario, que se traslada al otro Estado miembro a través de la Convención.* Enseguida, pese a lo que tiene dicho la Corte en otro sentido, encuentra el derecho al mejor derecho en nuestro ordenamiento jurídico interno a partir del artículo 8, C. N. y del principio de igualdad contenido en el artículo 16, C. N.

-N-. Cabe recordar que el ARTICULO IV, SECCION 1, de la Constitución de E.U.N.A., dispone: “Se dará entera fe y crédito en cada estado a los actos públicos, documentos y procedimientos judiciales de los otros estados. El Congreso podrá prescribir mediante leyes generales la manera de probar tales actos, documentos y procedimientos así como los efectos que deban surtir”. Se ha dado en llamar *full faith and credit* –cláusula de entera fe y crédito-. Se ha señalado que esta cláusula no es aplicable a sentencias dictadas por tribunales extranjeros, por lo que no existe ninguna obligación por parte de los tribunales estatales y federales en cuanto a su reconocimiento automático, sino que por el contrario el otorgamiento de entera fe y crédito para las sentencias extranjeras en los EE.UU. se basa en: a) el federalismo adoptado como organización política; b) la cortesía internacional, c) el principio de cosa juzgada¹³. Aunque debe retenerse cuanto luego agregan en este tema los autores citados al pie.

Éstos, aunque sientan que las sentencias son actos de soberanía y, por serlo, no pueden tener fuerza ni autoridad sino en el territorio en que el Estado ejerce su poder soberano, ya subrayan, aunque no con la finalidad de la obra de GARCÍA, JULIANO y PÉREZ GALIMBERTI, que, “sin embargo, en relación al principio de que la justicia, por su carácter universal, no debe encontrar obstáculos en las fronteras de ningún Estado, ‘las sentencias judiciales, no sólo tienen eficacia dentro de los límites del Estado en que actúan los órganos que las producen, sino que pueden

¹³ LA EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS EXTRANJERAS: CONTRASTES ENTRE MÉXICO Y LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, por Donald Lloyd Bennack y Alejandro López Velarde Estrada.

extenderse fuera de su territorio en determinadas condiciones””. Por esto, es importante la aclaración de SALOMONI que citamos *supra* [I.2].

SALOMONI no dejó de considerar el tema de la soberanía en su postura, como lo hacen también los autores y en especial PÉREZ GALIMBERTI. Es un tema particularmente delicado, que escapa a los fines de esta nota.

Concluye GARCÍA en que se afecta la igualdad cuando se trata de distinta manera a los habitantes de una asociación de Estados o de un Estado federal por el solo hecho de vivir en lugares diferentes o porque el hecho haya sucedido en distintos territorios.

Encuentro de suma importancia su aseveración respecto a la aplicación en un mismo distrito judicial de dos códigos de procedimientos penales: allí el acusado tiene derecho a que se le aplique el ordenamiento que más proteja sus derechos –idea en que luego se detiene PÉREZ GALIMBERTI-.

Finalmente, me interesa subrayar que GARCÍA habla de un “*orden público americano*”¹⁴, citando nuevamente a SALOMONI, para reclamar siempre la aplicación directa del ordenamiento más protector¹⁵.

4. Mario JULIANO, como he mencionado ya, parte de estándares inderogables para los Estados como efecto de la incorporación de principios del derecho internacional. Y sostiene el postulado de la igualdad como uno de los estándares en que el derecho internacional de los derechos humanos ha hecho eje, para remarcar que los derechos consagrados por la Convención forman un paraguas que cubre de modo igualitario a todos los habitantes que se encuentran bajo la jurisdicción de los Estados signatarios. Sin embargo, aparece una cuestión cuando se verifica la existencia de legislaciones que protegen los derechos con distinta intensidad, o en una jurisdicción se encuentran resguardados y en otras no, o, más grave aún, cuando ese fenómeno se presenta en diversas jurisdicciones de un mismo Estado.

¹⁴ P. 24.

¹⁵ V. SALOMONI, Jorge Luis (2001). Reforma del Estado y Mercosur. Hacia la construcción de un derecho Público Comunitario. Documento de Trabajo N° 65, Universidad de Belgrano. Disponible en la red:http://www.ub.edu.ar/investigaciones/dt_nuevos/65_salomoni.pdf

Entre la alternativa del *test de convencionalidad* y la aplicación preferente de una norma más favorable de otro Estado, o del mismo Estado pero de una jurisdicción diferente, ambas jurisdiccionales, enfatiza la segunda solución *que materializa el derecho de igualdad de trato frente a la ley de todos los ciudadanos que se encuentren amparados por un mismo tratado internacional de derechos humanos, resultando de aplicación los principios de irreversibilidad y pro homine, los que complementados con el derecho a la igualdad abren la puerta para reclamar la aplicación del mejor derecho al caso singular.*

Y menta JULIANO la forzosa adecuación de las legislaciones y hasta de constituciones, que distintos Estados debieron hacer frente a concretas decisiones de la Corte IDH. Dicha tendencia a la adecuación la avizora influenciada por el mejor derecho que vayan adoptando los Estados como una lógica consecuencia del principio de progresividad que va a definir como *la tendencia general al mejoramiento y superación en la protección de este tipo de derechos, la cual es comprensiva de la ampliación del número de derechos, el desarrollo de su contenido y el fortalecimiento de los mecanismos institucionales para su protección*¹⁶.

5. Alfredo PÉREZ GALIMBERTI deja en el inicio planteada la cuestión: determinar si las personas individuales pueden invocar, ante el juez del lugar, el mejor derecho disponible en el conjunto de Estados soberanos ligados por normas asociativas, en el marco de protección de derechos humanos¹⁷. Se refiere a los dos planos, el interno de un Estado federal o a la mejor norma legal perteneciente a otro Estado signatario de la misma Convención.

Examina la cuestión de la soberanía, distinguiendo los aspectos vinculados con los Estados entre sí como sujetos del derecho internacional de los deberes que devienen de pactos internacionales que han suscripto respecto de los derechos de los habitantes de cada uno de ellos, a cuya protección quedan así vinculados. Avanza en la noción del debilitamiento del concepto tradicional de soberanía y señala que la protección de los derechos de la persona humana se impone sobre la conveniencia política de las naciones que han suscripto los pactos, al punto que la jurisdicción internacional consentida se

¹⁶ IV, p. 45 y nota 14.

¹⁷ Ob. cit., p. 49.

transforma en indisponible. Y cita el caso peruano, en que la Corte IDH rechazó la pretensión del Perú de retiro de la aceptación de la jurisdicción y lo que dijo la Comisión en la Opinión Consultiva N° 20.

Relaciona precedentes de los organismos internacionales y de la Corte argentina, entre éstos el caso “*Verbitsky*”, cuya proyección en el ámbito del derecho a la igualdad y en el de las asimetrías –título del acápite V, en página 73- es incuestionable. Acude al concepto de *asimetría insoportable* –que implica admitir que pueden existir distinciones “constitucionales”- y ejemplifica con el derecho de la víctima a participar en el proceso penal, que está vedado en algunas jurisdicciones en nuestro país de régimen federal y está consagrado, en cambio, en el orden nacional y en otras provincias. Entiende que radica allí una asimetría insoportable.

En cuanto a las restricciones permitidas al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención, afirma, no pueden ser aplicadas sino conforme a una *ley general*. Después, recuerda la última conferencia de Jorge SALOMONI quien hizo una distinción entre el sistema europeo y el americano. En éste, una federación de estados u otro tipo de asociación queda integrada al sistema americano de derechos humanos por las mismas normas de reenvío de la Convención. Y esto nos conduce a la idea de supremacía – aunque emplea la palabra primacía, que nosotros entendemos aquí con ese alcance, el de *supremacía*, ya que no se dice lo mismo empleando una u otra palabra- del ordenamiento de los derechos humanos sobre la totalidad de los ordenamientos comunitarios y nacionales de esa federación o asociación.

De donde, a un paso nomás, surge diáfana la conclusión de que es posible plantearse el derecho a invocar, frente al juez del caso, la aplicación de la norma jurídica que resulte más favorable a la situación de un ciudadano de un Estado miembro de la Convención. De modo que en función del Pacto de Derechos Humanos, el derecho que garantiza más protección fluye como vasos comunicantes de un derecho nacional a otro.

6. Falta aun hablar de los precedentes como *mejor derecho*, no tan solo de la mejor ley, que encontramos más explícito en el estudio de RUSCONI y también en el aporte de PÉREZ GALIMBERTI.

RUSCONI titula el acápite X.B (p. 12) precisamente así: *El derecho al mejor precedente*, resaltando que el valor del mismo en nuestra cultura jurídica es más bien relativo. No me detendré en el punto, aunque me interesa traer de nuevo esta apreciación de CORAO que ya había citado:

“A su vez, en no pocos casos, la jurisprudencia más progresiva emanada de las jurisdicciones constitucionales también ha sido recogida por los órganos de protección internacional de los derechos humanos. Ejemplo de ello se puede ver en la norma que —a propuesta nuestra— resultó incorporada en la nueva Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 (...), la cual a la par de otorgarle a los tratados sobre derechos humanos la jerarquía constitucional, permite su aplicación preferente aún frente a la propia Constitución cuando las normas internacionales resulten más garantistas y, por último, reitera la vinculación directa y operativa de dichas normas internacionales (...). De esta manera, los tratados sobre derechos humanos reconocidos expresamente en el derecho constitucional —lo cual refuerza su carácter vinculante y operativo— quedan integrados al ‘bloque de la constitucionalidad’...”¹⁸

7. Alberto BINDER presenta los trabajos de los autores con palabras que reflejan su contenido con elocuencia y justeza y proyectan profundas meditaciones acerca del presente y del futuro del sistema de garantías, de la política criminal y de la dogmática penal y procesal penal.

Inscribe a los mismos en la *tarea de expandir el sistema de garantías*, una de las tres formas de comprender las tareas de la dogmática penal y procesal en el presente, según nos dice. Me parece oportuno citar sus iniciales palabras:

“El desarrollo del sistema de garantías constituye una tarea permanente. No sólo para sostener principios que parecen consolidados pero cada época pone en cuestión nuevamente, bajo nuevas formas o con nuevos argumentos —no olvidemos la sorprendente capacidad de nuestro tiempo para rehabilitar la ‘legalidad’ de la tortura- sino para extender la defensa del ciudadano y sus libertades antes las viejas y nuevas amenazas.

¹⁸ CORAO, op. cit. V. HEREDIA, José Raúl, OPÚSCULOS..., 1, ps. 141-142.

Nunca ha sido fácil contener el poder del Estado. Menos aun cuando la tecnología lo ha dotado de herramientas de intromisión en la vida privada que ponen en cuestión la existencia misma del concepto de privacidad”.

Inmediatamente, relaciono aquí estas reflexiones de RUSCONI:

“En innumerable cantidad de ocasiones abogados, litigantes, representantes de determinadas ONG preocupadas por la temática, profesores universitarios, de determinada jurisdicción, se enfrentan al dilema de que independientemente de la elocuencia que posea cierta normativización supranacional de una garantía o derecho fundamental, ella sólo adquiere la forma que se le ocurre darle al operador judicial de turno. Allí, casi todo el trabajo consiste en un lento, penoso y esforzado trabajo de ‘seducción’ sobre quien tiene la responsabilidad de activar o darle vida a lo que, todavía es, en realidad, un mero axioma. / Es evidente que este escenario plantea posibilidades muy reducidas de trabajo sobre el desarrollo de los límites que posee la puesta en acción de la política criminal que, al contrario, tiene multiplicadas fuentes de dinamismo. Si el camino de la nutrición del sistema ideológico de límites al Estado sólo dependiera de esta agenda, nos encontraríamos, como ahora mismo sucede, con un cuadro de indudable anemia”.

Precisamente, me había detenido en alguna consideración semejante un tiempo atrás: *“Acaso en España, como en Argentina y en todas partes se reclame demasiado a las leyes procesales penales, en verdad, al Derecho. Pero es cierto que es posible un diseño normativo que se adecue a las realidades de nuestro tiempo, sin atentar contra las garantías que trabajosamente la humanidad ha construido durante largo tiempo en doloroso devenir cultural que nunca acaba”*¹⁹.

Es, efectivamente, penoso cada retroceso que comprobamos. Esta nota, en el final, apunta humildemente a subrayar, nada más que esto, la existencia de una herramienta que impida retrocesos en el ámbito de la actuación del derecho, es decir, especialmente en el

¹⁹ V. *EL DEVENIR DEL ENJUICIAMIENTO PENAL*, 2003, p. 332.

ámbito de la actividad de los jueces pese a los intentos del legislador por restringir derechos y garantías.

II. SISTEMA DE GARANTÍAS. ORDEN PÚBLICO. ULTRA ACTIVIDAD DEL DERECHO AL MEJOR DERECHO

1. En verdad, en Argentina se encuentra consagrado un sistema de garantías en el nivel superior de la Constitución –que ha recibido de modo expreso con esa jerarquía al derecho internacional de los derechos humanos-, el que se proyecta a todo el derecho y, específicamente, al derecho penal y procesal penal –como quiere GARCÍA- de un modo inderogable. Para que él impere, es preciso, en primer lugar, reconocerlo, y, luego, comportamientos institucionales acordes con él.

En ocasión del libro homenaje a Germán Bidart Campos, me detuve a desentrañar el sistema de garantías en la Constitución de Chubut²⁰ que, desde luego, no ha podido sino inscribirse en el marco de la Constitución general porque se trata de la dogmática constitucional, indisponible para las provincias *en menos*. Hago esta aclaración porque, como enseñaba el mismo Bidart Campos, las provincias pueden sumar derechos y garantías. Luego, me ocupé de un modo más general del tema en *LECTURA CONSTITUCIONAL DEL PROCESO PENAL*.

Reconocida la existencia de un sistema de garantías, el legislador –en el orden nacional o provincial- debe adecuar sus comportamientos a él porque en su nivel, nivel legislativo, es imposible –jurídicamente- sancionar normas que lo afecten. Luego, la tarea de los jueces es salvar las incongruencias de las normas legales con el sistema de derechos fundamentales y garantías, aplicando éste siempre. Los pactos lo ordenan así, desde que llaman *medidas de otro carácter*, en ausencia de normas –omisión del legislador- a la actividad de los jueces que, como decía el mismo Bidart, son promotores de los derechos humanos. Y, añadido, en presencia de normas anti convencionales deben desaplicarlas.

²⁰ *EL SISTEMA DE PROTECCION DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA CONSTITUCION DE CHUBUT*, en Defensa de la Constitución: garantismo y controles. Bazán, Víctor (coord.). Libro en reconocimiento al Doctor Germán J. Bidart Campos, Buenos Aires: EDIAR, 2003, 1232 pág. ISBN 950-574-157-X. Auspicio de: IIJS Gjoja / Facultad de Derecho. UBA / UNAM.

2. Me ha interesado subrayar la expresión *orden público americano*, el que igualmente debemos reconocer, con todas las consecuencias que los autores que citamos han señalado. Parece pertinente recordar ahora un dictamen del Procurador General de la Nación, que la Corte citó en su fallo; dijo la Corte que el Procurador afirmó: “(...) (A) diferencia de **los tratados sobre derechos humanos**, que **buscan establecer un orden público común cuyos destinatarios sean los seres humanos que pueblan su territorio**, los convenios de extradición constituían un medio para equilibrar recíprocamente intereses entre los Estados”²¹. [Destacados míos].

La Constitución de la Provincia del Chubut contiene esta valiosa disposición: “NULIDAD. ARTICULO 10.- Toda ley, decreto u ordenanza que imponga al ejercicio de las libertades o derechos reconocidos por esta Constitución otras restricciones que las que la misma permite o prive de las garantías que ello asegura, son nulos y no pueden ser aplicados por los jueces”.

Ella no existe explícita en el ámbito de los instrumentos internacionales ni tampoco en la Constitución de la Nación. Pero la sanción –que es sanción de invalidez, que impide mantener en el orden jurídico una determinada norma en cuanto ella violente los postulados fundamentales- debe entenderse siempre inserta en los ordenamientos desde que, en cuanto éstos proclaman y aseguran derechos y garantías, es ciertamente la condición inicial para su eficacia y su oponibilidad.

3. Voy ahora a una consecuencia específica que deriva de cuanto se ha expresado, contenida en lo que nos han señalado los autores pero que, estimo, debe enfatizarse y aun formularse de un modo explícito.

Acudo a la expresión *ultraactividad*, que tiene carta de ciudadanía en el derecho, en el derecho penal especialmente en relación con la sucesión de leyes en el tiempo. No explicaré conceptos conocidos; diré, sí, que entenderé derivada la *ultraactividad del mejor derecho* del *principio de progresividad* de los derechos humanos, específicamente en cuanto de él se desprende la significación de que una vez ingresado un derecho humano al

²¹ CSJN, 23/02/1995 - Canda, Alejandro Guido s/ extradición - Fallos 318:79, citado por Zlata Drnas de Clément, op. cit.

sistema jurídico interno se arriba a un estadio que no puede ser desconocido ni retrogrado en el futuro, como lo ha destacado JULIANO.

Debo confesar que el entrañable amigo y prestigioso jurista Mario JULIANO, en conocimiento de esta aseveración mía, ha tenido la gentileza de señalarme que quizá pudiera invocar, en forma más directa y relacionada, el principio de *irretractabilidad*, es decir, la imposibilidad estatal de desmejorar o empeorar un estándar ya adquirido por la comunidad donde, probablemente, encuentre mejor apoyatura la *ultraactividad* de la norma derogada. Ello, sin perjuicio de entender que el principio de progresividad de los derechos humanos, incuestionablemente, se encuentra involucrado. Precisamente, en esa significación apelaba yo a la *progresividad*, como lo destacaba CORAO según cité, que repito ahora:

“(...) La progresividad de los derechos humanos como principio de interpretación pro homine ha significado el abandono de las imbricadas teorías interpretativas del derecho, y su sustitución por una regla sencilla: la aplicación preferente de la norma más favorable a la persona humana, independientemente de su origen anterior o posterior, de su generalidad o especialidad, o de su estatus nacional o internacional”.

Obsérvese, la norma más favorable *independientemente de su origen anterior o posterior*. También, subrayando con el mismo JULIANO, como cité, que una vez ingresado un derecho humano al sistema jurídico interno se arriba a un estadio que no puede ser desconocido ni retrogrado en el futuro.

Acepto, entonces, la jerarquizada sugerencia: acaso sea más preciso hablar directamente de *irreversibilidad* –no reversible-, esto es, *que (no) puede volver a un estado o condición anterior* con idéntico alcance que la palabra propuesta por JULIANO²².

Ello supone que el legislador de un Estado en el que se ha alcanzado un determinado desarrollo de los derechos y garantías fundamentales consagrados en el derecho internacional de los derechos humanos –subrayo que debe tratarse de un desarrollo

²² La prefiero por la significación que la palabra sugerida tiene en el derecho penal: “La prohibición de desistir la acción penal se denomina irretractabilidad, complemento del principio de legalidad (v. “La ordenanza procesal Penal Alemana” por Julio B.J.Maier. Ed. Depalma, Bs.As., 1982, com. parág. 156, pág., 133).

fiel- no puede derogar la reglamentación con otra de inferior calidad en términos de protección de sus habitantes. Y si lo hiciera, todo habitante del mismo puede invocar esas regulaciones ya derogadas en su favor como *el mejor derecho*.

-N-. Podremos respaldarnos en GORDILLO para sostener la apelación al concepto de *irreversibilidad*.

Nos dice: ...**La irreversibilidad del derecho supranacional en materia de derechos humanos** No ha de olvidarse el principio de “la irreversibilidad de los compromisos comunitarios”; “Jurídicamente no hay, pues, vuelta atrás en la Comunidad. No está permitido poner de nuevo en tela de juicio los compromisos una vez asumidos; no está admitido nacionalizar de nuevo los sectores que han pasado ya bajo la autoridad de la Comunidad” [cita PESCATORE, PIERRE, Aspectos judiciales del “acervo comunitario”, “Revista de Instituciones Europeas”, Madrid, 1981, p. 331 y ss., p. 336].

La Convención como derecho supranacional elimina, obviamente, el dogma o mito interno de cada país —o gobierno— como poder incondicionado o ilimitado. Si había dudas posibles al respecto, “Es en el momento de prepararse para ratificar los tratados cuando cada Estado ha debido o deberá considerar y resolver los problemas de tipo constitucional que se le planteen. Cada uno es dueño de la solución que les dé; pero una vez que se ha aceptado el compromiso internacional con toda libertad, hay aquí un hecho histórico sobre el que ya no es posible volver” [cita PESCATORE, op. cit., p. 348].

“Lo que sería entonces inadmisibles, porque se opone a la buena fe de los tratados internacionales, sería que un Estado Miembro, o una de sus autoridades, por ejemplo, una jurisdicción, tratara de poner en duda los compromisos aceptados invocando, ‘a posteriori’, obstáculos constitucionales” [ídem].

Del mismo modo, el artículo 27º de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, aprobada por ley 19.865, establece que “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”, lo cual no puede razonablemente pretenderse aplicable sólo en las relaciones internacionales del Estado (...) pues ello importaría una duplicidad de interpretación contraria a la indispensable unidad del orden jurídico.

Añade que “En materia de derechos humanos en general tenemos un orden jurídico supranacional y supraconstitucional (...) que cumplir, operativo, (...) directa (...) e inmediatamente aplicable (...) también en el orden interno (...) y por los jueces (...) y demás órganos (...) nacionales del Estado. A tal efecto de operatividad directa e inmediata (...) no necesitamos de una previa reforma constitucional.

Y con García de Enterría destaca –textual- “un standard mínimo y común de libertad en todo el espacio europeo, por encima tanto de Estados y regímenes políticos, como, sobre todo, en el orden práctico, de sistemas y tradiciones jurídicas”.

Por supuesto, aduna, de llegarse a concretar la reforma no estará de más puntualizarlo expresamente, (...) –textual- para sosiego o desazón, según sea el caso, de los escépticos del derecho supranacional, los anti- “eurofóricos” locales...Pero el tiempo no necesariamente se quedará a la vera del camino, a la espera del avance de los rezagados. El desarrollo europeo del derecho comunitario de los derechos humanos debiera marcar el derrotero... Esas normas supranacionales, en las bellas palabras de LORD DENNING, son cada vez más como la “marea creciente. Penetra en los estuarios y sube por los ríos. No puede ser detenida”...

Si algunas normas internas admitían dos o más interpretaciones posibles, “sólo pueden interpretarse en el futuro en el sentido compatible con el texto de la Convención”; (...) es que en verdad el lineamiento garantizador de la Constitución se ve ahora precisado en la Convención...

Por todo lo expuesto, culmina, en materia de derechos humanos no es necesario reformar la Constitución. Basta con aplicar la Convención Americana de Derechos Humanos y, en forma congruente con ella, armonizar la interpretación y aplicación del resto del derecho interno²³.

Esto no conlleva, añadimos por nuestra parte, la inmovilidad del legislador: no se trata de impedir las correcciones a las normas materiales e instrumentales que las experiencias pueden recomendar, sino de impedir todo retroceso en términos de la mejor protección de los derechos fundamentales de las personas. Es una conducta institucional a adoptar por el legislador y, en todo caso, siempre por los jueces que están vinculados a la operatividad de la Constitución y del derecho convencional –*bloque de constitucionalidad*–.

Por lo pronto, en Argentina, Estado con régimen federal de gobierno, ningún juez de ninguna provincia podría invocar la autonomía que deviene de los artículos 1, 5, 121 y 122, C. N., para aplicar en primer lugar una norma local de modo preferente a otra contenida en los instrumentos internacionales, ni desoír la jurisprudencia de los organismos internacionales encargados de su custodia. Ello así, porque ese *bloque de constitucionalidad* o *bloque federal de constitucionalidad*²⁴ impera en ellas de pleno derecho –artículo 31, C N.- por la jerarquía que tiene la materia, ya que estamos en el

²³ Capítulo III - LA SUPRANACIONALIDAD OPERATIVA DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL DERECHO INTERNO.

²⁴ V. lo que decimos en Opúsculos..., I, p. Cap. VIII, 5, p. 111 y las citas en nota 113.

terreno de los derechos y garantías y las provincias están obligadas a resguardarlos conforme lo manda el artículo 5, C. N. –concuera con el 123-, entre las cinco condiciones que les impone. Por esto, no soy partidario de buscar eliminar las asimetrías a que se refirió la Corte en “*Verbitsky*” a través de una ley del Congreso o ley general, no porque no asuma yo que ellas existen y que se proyectan en forma negativa para el mejor derecho de todos los habitantes de la Nación, sino porque esa *ley general* es la Constitución misma. Es al comportamiento de los jueces al que debe acudirse en un sistema de control de constitucionalidad difuso, de derecho, judicial y represivo, como es el nuestro. Ahora también de *convencionalidad*.

En Chubut, la Constitución ha incorporado expresamente esta disposición: “*Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución Nacional y la presente reconocen, se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados y los acuerdos internacionales sobre la misma materia ratificados por la Nación Argentina*” [artículo 22, párrafo primero]. Aunque no se encuentre en otras constituciones, en verdad, ella debe entenderse elípticamente contenida en todas, repito, por el carácter dogmático que tiene la materia, que les resulta indisponible a las provincias.

De modo que trato de concluir en que al traslado del mejor derecho de un Estado a otro, sujetos a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y al de una provincia a otra en el interior del Estado federal –según los fundamentos expresados con rigor por los autores citados- debe añadirse que *el mejor derecho adquiere ultraactividad* frente a normas derogatorias de inferior calidad protectora o que lesionen los postulados convencionales. Y es el derecho que siempre deben aplicar los jueces. De otro modo dicho, el mejor derecho queda definitivamente adquirido en beneficio de todos los habitantes del Estado.

-N-. Pueden darse ejemplos de la aplicación judicial preferente del mejor derecho, aun no vigente éste. En Chubut, durante la breve vacancia del Código acusatorio, sancionado por la ley 5478 el 7 de abril de 2006, se aplicó éste en procedimientos que tramitaban bajo el imperio del Código mixto –ley 3155- empleando medios alternativos como la conciliación o la reparación,

institutos éstos ajenos al código sustituido²⁵. Y el doctor Mario Alberto Juliano, en valiosa nota²⁶, ha comentado un fallo en el que un juez correccional de la Provincia de Entre Ríos hizo lugar al pedido del imputado de aplicar en su favor el procedimiento de la *conciliación* normado en la ley 9754²⁷ – nuevo Código en aquella Provincia- argumentando que “resulta de aplicación en una jurisdicción en la que aún no está vigente, *ya que esta circunstancia no significa que aquellas normas que consagran nuevas garantías, nuevas formas de acometer la solución de conflictos penales, no puedan ser utilizados por los magistrados locales en pos de resolver con justicia e igualdad los casos sometidos a su escrutinio, en tanto lo contrario vulneraría los principios de igualdad y del debido proceso*” [destacado agregado].

Y el mismo Juliano ha dejado planteado el arribo a la máxima instancia judicial, en nota – inédita cuando esto escribo, que he conocido por gentileza del autor- al fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación in re “*GERMANO*”²⁸, que tituló “El derecho al mejor derecho llegó a la Corte Suprema de Justicia”.

²⁵ Puedo citar la Sentencia Interlocutoria Número 33, del 28 de noviembre de 2006, de la Cámara Criminal de Puerto Madryn que resolvió aplicar el instituto de la reparación pese a que “el mismo se encuentra plasmado recién a partir de la sanción del nuevo Código Procesal Penal, y el hecho planteado en autos es anterior a la misma”, en tanto, “el acuerdo otorgado por el Fiscal como así también por parte de las víctimas hacen posible su aplicación”. Y resolvió homologar dicho acuerdo con cita de las normas del nuevo Código.

²⁶ V. “Una concreta aplicación del derecho al mejor derecho”, en REVISTA DE DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA, Año II, Número 1, Febrero de 2012, Director Eugenio Raúl ZAFFARONI, pp. 143-150.

²⁷ Publicada en 9 de enero de 2007, aunque su vigencia fue prorrogada y, luego, aplicado el Código gradualmente según leyes posteriores.

²⁸ G. 763. XLVI. RECURSO DE HECHO. Germano, Karina Dana s/ causa n° 12.792, de 14 de febrero de 2012.