

Buenos Aires, 23 de febrero de 2016

**Al Sr. Presidente de la  
Comisión de Acuerdos del  
Honorable Senado de la Nación  
Sdor. Rodolfo Julio Urtubey**

**S \_\_\_\_\_ / \_\_\_\_\_ D**

**REF: "Exptes. PE 281/16 y PE 282/16"**

De mi mayor consideración:

Renzo Lavin, argentino, DNI N° 31.242.259, abogado, soltero, co-director y apoderado de la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ), con domicilio en Av. de Mayo N° 1161, Piso 5, Of. 9, tengo el agrado de dirigirme a usted a fin de presentarle nuestras observaciones a las postulaciones de Carlos Rosenkrantz y Horacio Rosatti como jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En el marco de lo establecido por el Reglamento de la Cámara de Senadores de la Nación -D.R. 1388/02-, a continuación exponemos en forma fundada las observaciones formuladas a las calidades y méritos de los postulados.

### **Aclaración previa**

Debido a que el procedimiento en el Senado de la Nación contempla que las observaciones sean realizadas en forma previa a la audiencia pública en la que expondrán los postulados, y dado que dicha pauta procedimental resulta una limitante para una evaluación completa respecto del perfil de los postulados, las observaciones aquí realizadas se refieren a las posturas públicas sobre asuntos relevantes adoptadas por ellos hasta la fecha -particularmente en documentos académicos que forman parte de sus antecedentes declarados-.

### **1- Consideraciones Generales**

*a- Sobre la designación en comisión de los candidatos*

La tácita aceptación de los candidatos al nombramiento “en comisión” y sin acuerdo del Senado realizado por el Presidente de la Nación mediante el Decreto N° 85/15 -aún vigente- resulta preocupante para esta Asociación. Tal decisión representa un avance indebido del Poder Ejecutivo en el nombramiento de jueces de la Corte Suprema; contraría los principios definidos por la Corte Suprema de Justicia en los últimos fallos para asegurar la estabilidad e imparcialidad de los jueces; y constituye un grave retroceso en los mecanismos de participación popular para la evaluación de los postulados.

La falta de pronunciamiento público por parte de los candidatos respecto de su disposición a aceptar el cargo mediante tal designación exige que los Senadores/as indaguen sobre su visión respecto de este mecanismo. En la hipótesis de que los candidatos estuvieran dispuestos a tomar posesión del cargo de tal modo, ello constituiría para esta Asociación razón suficiente para desaconsejar su designación por parte del Senado de la Nación.

Asimismo, y en vista de que el decreto de nombramiento en comisión sigue vigente, cabe advertir que ello en la práctica desvirtúa la totalidad del procedimiento de designación regular previsto constitucionalmente, en tanto la posibilidad de que dichos juristas asuman el cargo puede materializarse en forma independiente de su aprobación por parte de los/as señores/as Senadores/as.

#### *b- Las postulaciones no respetan el equilibrio de género*

Los principios constitucionales de igualdad y no discriminación, receptados en nuestra Constitución, así como en Tratados Internacionales de Derechos Humanos que tienen jerarquía constitucional, obligan al Estado argentino a resguardar el equilibrio en la representación de género en los diversos espacios de poder. Su desigual acceso a posiciones de poder, y en particular a las máximas jerarquías del Poder Judicial, tiene su origen en prácticas, políticas y actitudes discriminatorias, que afectan sus reales oportunidades de tener una igual participación.

El Mapa de Género de la Justicia Argentina, editado en el año 2014, señala que de 104.747 personas que forman parte del Poder Judicial, el 56 % son mujeres, pero sin embargo esta realidad no se ve reflejada en los cargos más altos. Allí las mujeres acceden sólo en un 24% a cargos en Tribunales Superiores (en la Corte y en las provincias), y en un 34% al de camarista. Sólo en dos jurisdicciones las mujeres superan a los varones en la integración de Tribunales Superiores: la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y Santa Cruz. En Córdoba alcanzan la paridad.

Al respecto, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW), sostiene en su art. 7 que “Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la vida política y pública del país y, en particular, garantizando, en igualdad de condiciones con los hombres el derecho a: [...] b) Participar en la formulación de las políticas

gubernamentales y en la ejecución de éstas, y ocupar cargos públicos y ejercer todas las funciones públicas en todos los planos gubernamentales”.

En este contexto, la postulación de dos hombres deja de lado el criterio establecido en el decreto 222/03, el cual en su art. 3 sostiene que “...al momento de la consideración de cada propuesta, se tenga presente, en la medida de lo posible, la composición general de la Corte Suprema de Justicia de la Nación para posibilitar que la inclusión de nuevos miembros **permita reflejar las diversidades de género**, especialidad y procedencia regional en el marco del ideal de representación de un país federal” (la negrita nos pertenece).

Si se aprobaran los pliegos de ambos postulados, la Corte contaría solamente con una mujer sobre 5 miembros, lo cual no es representativo de la cantidad de mujeres que hay en la sociedad, y mucho menos de la cantidad de mujeres que integran el Poder Judicial, o son abogadas.

La Corte Suprema es el órgano máximo del Poder Judicial, llamado a proteger los derechos de los sectores más vulnerables, por lo cual es necesario que cuente con una integración no discriminatoria y equilibrada, lo que requiere necesariamente de una composición que refleje la diversidad de género de nuestra sociedad.

## 2- Observaciones a la postulación de Carlos Rosenkrantz

### *a- Su postura respecto a los derechos económicos y sociales*

El Dr. Rosenkrantz, en su ensayo “La pobreza, la ley y la constitución”<sup>1</sup>, realiza una distinción artificial entre los derechos económicos y sociales (o, más ampliamente, “los derechos distributivos”, como el derecho a la seguridad social, salud y educación, entre otros) y los restantes derechos, lo que lo lleva a sostener la inejecutabilidad judicial de aquéllos.

En dicho artículo, al argumentar en contra de la incorporación de estos derechos a las constituciones -al menos en las primeras etapas del desarrollo político de un país-, realiza afirmaciones problemáticas para la exigibilidad judicial de estos derechos. Concretamente, sostiene que los tribunales no están preparados para adjudicar derechos económicos, en primer término, por la falta de tecnología y conocimiento apropiado que el Poder Judicial tiene a la hora de realizar la justicia distributiva. Y, en segundo lugar, porque en su visión los tribunales no son instituciones especialmente preparadas para resistir presiones de quienes podrían verse afectados positiva o negativamente por las decisiones distributivas, que además tampoco ejecutan por sí mismos esas decisiones.

---

<sup>1</sup> Rosenkrantz, C.F., “La pobreza, la ley y la constitución” (2002). SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política)

También señala que existe sobre estos derechos una objeción de tipo epistémica, debido a que, en sus palabras, “no tenemos una visión única sobre cómo asignar recursos en nuestra sociedad”.

Los derechos económicos y sociales están incorporados a nuestra Constitución y a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, muchos de los cuales tienen jerarquía constitucional. Uno de los problemas más graves de nuestro país es precisamente la enorme brecha entre esa normativa que consagra derechos sociales básicos y el derecho a la igualdad de oportunidades -interdependientes e indivisibles de los derechos civiles y políticos (en cuanto constituyen precondiciones para su ejercicio)-, y la realidad cotidiana de subordinación que viven las personas más pobres. A los efectos de la necesaria reducción de dicha brecha, es clave que la Corte Suprema defienda y reafirme la igual exigibilidad de estos derechos, y la obligación estatal de desarrollar políticas que los garanticen.

Además de la debilidad de los argumentos que formula para realizar una pretendida distinción entre derechos económicos y sociales y derechos civiles y políticos, es preocupante que los argumentos de Rosenkrantz para atacar su constitucionalización conlleven la adopción de posiciones restrictivas de la exigibilidad judicial de los derechos económicos y sociales.

Por ello, es importante que el postulado explique y desarrolle el alcance de las objeciones antes apuntadas a la exigibilidad de los derechos económicos y sociales, y cuál es su visión actual sobre el tema.

Por otra parte, el Dr. Rosenkrantz argumenta contra la constitucionalización de dichos derechos no sólo por los motivos relacionados con la exigibilidad judicial antes apuntados, sino también porque ello implica una “cristalización” que obstaculizaría las posibilidades de expresarse con libertad de las mayorías actuales; y, especialmente, porque alega que no existe suficiente consenso en las democracias constitucionales modernas acerca de qué requiere la justicia distributiva.

Sería esperable que el postulado desarrollara el alcance de estos conceptos y, en particular, que explicara su opinión respecto de cómo debería procederse en los casos - como el de Argentina- en que estos derechos ya cuentan con pleno reconocimiento constitucional.

#### *b- Su postura respecto al derecho a la protesta*

En el mismo trabajo antes referido, el Dr. Rosenkrantz defiende una visión restrictiva del derecho a la protesta cuando este entra en colisión con el derecho a la libre circulación. Fundamenta que los cortes de ruta no se encuentran protegidos por la libertad de expresión porque significan un perjuicio al derecho a la libre circulación de terceras personas, y porque además existirían “medios alternativos de expresión más o menos igual de eficientes y mucho menos invasivos” que el corte de una ruta.

Vemos con especial preocupación su mirada sobre el derecho a la protesta social. Rosenkrantz enfoca el asunto por fuera de lo que debería ser el eje central de análisis: la colisión de dos derechos, uno de los cuales -el derecho a la protesta- ocupa un rol central en el debate democrático, tal como lo ha señalado la Relatoría para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos<sup>2</sup>. Contrariamente, pone énfasis en la distinción entre ricos y pobres, y en la ausencia de razones para que éstos últimos desobedezcan la ley.

El análisis del Dr. Rosenkrantz ignora que la protesta social se enmarca en el derecho a la libre expresión de ideas y a peticionar a las autoridades, y que no es una herramienta expresiva exclusiva de las poblaciones más pobres, aunque sí muchas veces sean las que acuden a esos medios en virtud de la imposibilidad de expresar sus ideas y peticiones en medios masivos de comunicación. La resolución de una eventual tensión entre el derecho a la protesta y otros derechos, como el de la libre circulación, no puede ser realizada -como parece hacer el postulado- prescindiendo de un análisis que contemple las circunstancias particulares de cada caso.

Es por ello que resultaría preciso que en la audiencia correspondiente, el postulado se explaye en torno a este tópico, que manifieste cuál es su postura actual sobre este asunto, y que indique cuál es el lugar que según su visión ocupa el derecho a la protesta en el sistema democrático y cómo debe ponderarse cuando dicho derecho tensiona con otros como el vinculado al tránsito vehicular.

### *c- Su postura sobre los efectos de la incorporación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos al derecho interno*

En una publicación en que el candidato critica el uso de derecho o decisiones judiciales extranjeras para sustentar o justificar las sentencias nacionales, por contener lo que denomina un “problema de validación”, incluye dentro del concepto de “derecho extranjero” al Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En su artículo “En contra de los ‘préstamos’ y otros usos ‘no autoritativos’ del derecho extranjero”<sup>3</sup> sostiene que “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

---

<sup>2</sup> Informe sobre Manifestaciones Públicas como Ejercicio de la Libertad de Expresión y la Libertad de Reunión (2005).

<sup>3</sup> “Against Borrowing and other non-authoritative uses of foreign law” (“En contra de los Préstamos y de otros usos no autoritativos del derecho extranjero”), *International Journal of Constitutional Law* (Oxford U. Press.) vol. 1 n. 2, 2003, pág. 259. ISSN 1474-2640.

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”.

Las críticas hacia la aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos son profundizadas en su publicación “Advertencias a un internacionalista (o los problemas de Simón y Mazzeo)”<sup>4</sup>. Allí, Rosenkrantz sostiene que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos carece del mismo “estatus valorativo” que “nuestro derecho”, aún los Tratados de Derechos Humanos incorporados a nuestra Constitución.

Además, 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 unívocas que ellas deben tener para hacer posible la implantación y el desarrollo de una cultura constitucional”.

Así, el candidato no distingue qué es lo que hace “nuestro” al derecho (si un criterio territorial, generacional, cultural, etc.); pasa por alto que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos fue incorporado a nuestro derecho por decisiones de nuestros constituyentes y por nuestros dos órganos de representación popular (Poder Ejecutivo y Congreso Nacional) al adoptar cada nuevo tratado internacional; y tampoco aclara en qué radican las dificultades de la aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos ni por qué la simplicidad debe sobreponerse al criterio de protección de derechos.

ACIJ observa con preocupación que un postulado a juez de la Corte Suprema considere como derecho extranjero al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que ha sido incorporado a nuestra Constitución Nacional con la mayor jerarquía normativa y que ha sido una base fundamental para la resolución de casos de gran trascendencia para el afianzamiento de la Democracia y el Estado de Derecho en nuestro país (por ejemplo, en materia de justicia transicional, sistema penitenciario, debido proceso legal, libertad de expresión, derecho a la vivienda, derecho a la salud y tantos otros).

---

<sup>4</sup> “Advertencia a un Internacionalista (o los problemas de Simón y Mazzeo)”, Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, Año 8, N° 1

Al margen de la objeción teórica, la posición del candidato tiene implicancias en la praxis del derecho. La visión restrictiva del candidato sobre la conveniencia de la aplicación de los Tratados de Derechos Humanos va en contra del desarrollo progresivo de los derechos y de la propia jurisprudencia de la Corte Suprema en la materia. Si bien el candidato no sostiene expresamente que no se deban aplicar los Tratados de Derechos Humanos, su argumentación en torno a los posibles problemas de “validar” el Derecho Internacional de los Derechos Humanos va en detrimento al propio desarrollo de los derechos que supuestamente se protegen con su idea de “simplicidad de las sentencias”.

Sería esperable que el candidato profundice sus ideas al respecto, y en particular qué carácter le daría como juez de la Corte Suprema a las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y a las recomendaciones de los Comités de Naciones Unidas de seguimiento de derechos.

### **3- Observaciones a la candidatura de Horacio Rosatti**

#### *a- Su postura regresiva respecto de la jurisprudencia de la CSJN sobre el aborto no punible*

En su libro “Derechos Humanos en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (2003 - 2013)”, Horacio Rosatti expresa su posición respecto de la constitucionalidad del aborto no punible en general, y sobre la decisión adoptada por la CSJN en el caso “F., A. L.”<sup>5</sup>, en particular.

En dicho precedente, la CSJN estableció que la Constitución y los tratados de derechos humanos no sólo no prohíben la realización de abortos en casos de violación, sino que impiden castigarlos, en atención a los principios de igualdad, dignidad de las personas y de legalidad. Además, puso fin a la incertidumbre relacionada con el alcance del artículo 86, inciso 2º, del Código Penal, respecto del cual cierta parte de la doctrina y jurisprudencia aun sostenía que sólo estaba permitido el aborto para la víctima de una violación que tuviera alguna discapacidad mental. Consideró que este criterio violaba el principio de igualdad y no discriminación al establecer una distinción inadmisibles entre mujeres con y sin discapacidad mental, y desconocía el principio de legalidad penal propiciando una interpretación amplia de los tipos penales. Estableció además que exigir a toda mujer que no tuviera una discapacidad mental llevar a término un embarazo producto de una violación atentaba contra la dignidad humana.

Rosatti afirma que no comparte la decisión de la CSJN. Argumenta que la declaración formulada por el Estado Argentino al aprobar la Convención sobre los Derechos del Niño (la cual establece que se entiende por niño a toda persona menor de 18 años, desde el momento de su concepción) obligaba a dar en el caso una respuesta diferente. Además,

---

<sup>5</sup> CSJN, “F., A.L. s/ medida autosatisfactiva”, sentencia del 13/5/2012.

sostiene que no se tuvieron en cuenta las previsiones del Código Civil respecto de las personas por nacer.

De lo expuesto por el candidato surge que, a su entender, la mujer víctima de una violación que aborta comete un delito. Se apoya en la declaración realizada por Argentina al incorporar la Convención sobre los Derechos del Niño sin analizar los otros tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional que fundaron la decisión de la CSJN, ni las observaciones del Comité de Derechos Humanos y de los Derechos del Niño.

Para llegar a tales conclusiones, Rosatti no realiza una ponderación entre los derechos en juego (a la vida, salud, igualdad, dignidad de la víctima de la violación, etc.), operación que ineludiblemente debería realizar un juez para decidir adecuadamente frente al choque de dos derechos de máxima jerarquía.

Finalmente, critica la decisión de la CSJN de eximir a la mujer víctima de una violación de la necesidad de realizar denuncia penal, solicitar dictamen médico o requerir autorización judicial para acceder a un aborto. Con esa pauta -que la CSJN funda en el artículo 19 de la Constitución, en la Convención Para Prevenir Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer y en la ley 26845 de Régimen de Protección Integral de la Mujer- la Corte buscó eliminar la práctica de judicializar la cuestión que se da a lo largo de todo el país con resultados adversos y, en algunos casos, con riesgo a la realización del aborto o a la salud de la madre.

La posición del Dr. Rosatti resulta preocupante para esta Asociación, en tanto de prevalecer su posición en la Corte Suprema, representaría un grave retroceso para el efectivo goce de los derechos humanos de las mujeres en nuestro país.

*b- Su postura sobre los efectos de la incorporación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos al derecho interno y el control de convencionalidad*

El candidato Rosatti sostiene<sup>6</sup> que, de conformidad con el artículo 27 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales incorporados a nuestro derecho interno, incluso los que cuentan con jerarquía constitucional, deben ser contrastados con los "Principios de Derecho Público" de la primera parte de la Constitución. En caso de contraposición, debería darse preeminencia a estos últimos. La aplicabilidad de los Tratados de Derechos Humanos sería facultativa para los jueces, en lugar de ser obligatoria. Asimismo, no define con claridad cuáles serían estos principios de Derecho Público que primarían sobre la aplicación de los Tratados de Derechos Humanos. Esta posición es contraria a una asentada jurisprudencia de la Corte Suprema, que sostiene que el juicio de

---

<sup>6</sup> Rosatti, Horacio "Derechos Humanos en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (2003-2013)", Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2013, pags. 61-63



compatibilidad entre los tratados con jerarquía constitucional y el texto de la primera parte de la Constitución ya fue realizado por el constituyente al momento de incorporarlos<sup>7</sup>.

Asimismo, el candidato sostiene que la expresión “en las condiciones de su vigencia” prevista en el art. 75 inc. 22 no responde a la finalidad de incorporar la interpretación que de los Instrumentos de Derechos Humanos hagan los órganos internacionales como tiene dicho en numerosos precedentes nuestra Corte Suprema, sino que por el contrario, obedece solamente a la intención de condicionar dichos Tratados a las reservas que Argentina hubiere hecho al momento de su incorporación.

Esta postura tiene directas implicancias en relación al valor jurídico de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de las decisiones de los demás órganos internacionales de protección de derechos humanos. En particular sobre la Corte Interamericana (cuyas decisiones son obligatorias según el propio texto de la Convención Americana, ratificada por nuestro país con jerarquía constitucional), el postulado sostiene que la ejecución de sus sentencias se encuentra condicionada a su compatibilidad con los “principios de Derecho Público” de la Constitución Nacional.

Atento las consecuencias prácticas de dicha postura para la eventualidad de que el postulado sea designado miembro de la Corte Suprema, consideramos ello debe ser tenido en cuenta por los/as señores/as Senadores/as a los efectos de la evaluación de su perfil.

#### **4- Consideraciones finales**

En función de todo lo expuesto, ponemos a disposición de los señores y señoras Senadores/as los argumentos arriba desarrollados, así como un pliego de preguntas - suscripto junto a otras organizaciones- que adjuntamos a esta presentación.

Esperamos que dichas consideraciones sean tenidas en cuenta en la audiencia pública a celebrarse, y en la oportuna valoración de los pliegos de las postulaciones propuestas por el Poder Ejecutivo.

Sin otro particular, saludo a ustedes atentamente.

---

<sup>7</sup> CSJN, “Monges, Analía. c. Universidad de Buenos Aires”, sentencia del 22 de diciembre de 1996