



EDICIÓN ESPECIAL

Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Alcance de su obligatoriedad. Obligaciones internacionales asumidas por el Estado argentino. Facultades de la Corte IDH. Sentencia dictada por la Corte Suprema. Cosa juzgada. Obligaciones convencionales. Interpretación del artículo 63.1 de la CADH. Límite de la jurisdicción internacional. Principios fundamentales del derecho público argentino. Diálogo jurisprudencial. Disidencia.

Hechos: *La Corte Interamericana de Derechos Humanos dejó sin efecto una indemnización dispuesta en una sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, pasada en autoridad de cosa juzgada, a raíz de publicaciones periodísticas. La Dirección General de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la Nación remitió a la Corte Suprema un oficio en el que se hace saber el pedido formulado por la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación para que se cumpla con la sentencia del organismo internacional. El Máximo Tribunal de la Nación, por mayoría, determinó que no correspondería hacer lugar a lo solicitado.*

- 1.- Tratándose de una sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación pasada en autoridad de cosa juzgada, la orden de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de dejarla sin efecto es uno de los supuestos en los que la restitución resulta jurídicamente imposible a la luz de los principios fundamentales del derecho público argentino; el constituyente ha consagrado en el art. 27 de la Constitución Nacional una esfera de reserva soberana, y éste es el modo en que deben ser interpretadas las obligaciones internacionales asumidas por el Estado argentino.
- 2.- Dejar sin efecto —sinónimo de revocar— la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Menem” —Fallos: 324:295; AR/JUR/3292/2001—, en virtud de la orden de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Fontev

chia” —AR/JUR/81007/2011— implicaría transformar a ese tribunal en una “cuarta instancia” revisora de las sentencias dictadas por el Máximo Tribunal, en clara violación de los principios estructurantes del sistema interamericano y en exceso de las obligaciones convencionalmente asumidas por el Estado argentino al ingresar al sistema.

- 3.- La Corte Interamericana, al ordenar dejar sin efecto la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación pasada en autoridad de cosa juzgada, ha recurrido a un mecanismo restitutivo que no se encuentra previsto por el texto convencional, por lo tanto es de imposible cumplimiento.
- 4.- Las sentencias de la Corte Interamericana, dictadas en procesos contenciosos contra el Estado argentino son, en principio, de cumplimiento obligatorio para éste. Dicha obligatoriedad, sin embargo, alcanza únicamente a las sentencias dictadas por el tribunal internacional dentro del marco de sus potestades remediales, es decir, con ese alcance en que se ha obligado internacionalmente a acatar sus decisiones.
- 5.- El imposible cumplimiento de lo dispuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación con la revocación de una sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que se encuentra firme no implica negar carácter vinculante a las decisiones del organismo internacional, sino tan sólo entender que

la obligatoriedad que surge del art.68.1 de la CADH debe circunscribirse a aquella materia sobre la cual tiene competencia el tribunal internacional.

- 6.- La revocación formal de un decisorio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación violenta lo dispuesto en los arts. 27 y 75, inc. 22 de la Constitución Nacional, cláusulas por las que el Máximo Tribunal debe velar (del voto del Dr. Rosatti).
- 7.- El cumplimiento de lo ordenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en un pronunciamiento contra el Estado argentino, en relación con la revocación de una sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, erigiría al organismo internacional como una instancia “revisora” o “casatoria” de decisiones jurisdiccionales estatales, categoría que excede el carácter coadyuvante y complementario de la jurisdicción internacional que se desprende del Preámbulo de la CADH (del voto del Dr. Rosatti).
- 8.- Dada la obligatoriedad de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Corte Suprema de Justicia de la Nación debe dejar sin efecto la sentencia dictada en la causa “Menem”—Fallos: 324:295; AR/JUR/3292/2001— en tanto condenó a dos periodistas al pago de una indemnización por la difusión de una noticia, ello conforme a lo dispuesto por ese organismo en el caso “Fontev

9.- Las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos pronunciadas en causas en las que el Estado argentino sea parte deben ser cumplidas por los poderes constituidos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, son obligatorias para la Corte Suprema de Justicia de la Nación (del voto en disidencia del Dr. Maqueda).

10.- El deber de cumplir con la decisión adoptada por la Corte Interamericana responde a un principio del derecho sobre la responsabilidad internacional del Estado, según el cual los Estados deben acatar sus obligaciones convencionales internacionales de buena fe —*pacta sunt servanda*—, y de conformidad con lo dispuesto en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, no pueden, por razones de orden interno, dejar de cumplir las obligaciones ya asumidas, *so pena* de verse comprometida la referida responsabilidad (del voto en disidencia del Dr. Maqueda).

119.893 — CS, 14/02/2017. - Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/informe sentencia dictada en el caso ‘Fontev

[Cita on line: AR/JUR/66/2017]

[El fallo *in extenso* puede consultarse en el Diario LA LEY del 20/02/2017, p. 9, Atención al Cliente, www.laleyonline.com.ar o en Proview]

NOTA A FALLO

En ocasiones necesitamos educarnos en lo obvio <i>Alberto F. Garay</i>	2
La autoridad democrática frente a las decisiones de la Corte Interamericana <i>Roberto Gargarella</i>	3
Los alcances de la obligatoriedad de los fallos de la Corte Interamericana y la reivindicación simbólica de la Corte argentina <i>María Angélica Gelli</i>	5
¿Ser “intérprete supremo” en una comunidad de intérpretes finales? De vuelta sobre una interpretación “creacionista” de los derechos humanos <i>Calogero Pizzolo</i>	7
¿Desobediencia debida? ¿Quién tiene la última palabra? <i>Alfonso Santiago</i>	13

La Corte Suprema y la Corte Interamericana <i>Juan Vicente Sola, Lorena González Tocci y Pedro A. Caminos</i>	20
--	----

Comentario a un diálogo entre quienes no se escuchan. La decisión de la Corte Suprema en el caso “Fontev	22
--	----

JURISPRUDENCIA

SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Alcance de su obligatoriedad. Obligaciones internacionales asumidas por el Estado argentino. Facultades de la Corte IDH. Sentencia dictada por la Corte Suprema. Cosa juzgada. Obligaciones convencionales. Interpretación del artículo 63.1 de la CADH. Límite de la jurisdicción internacional. Principios fundamentales del derecho público argentino. Diálogo jurisprudencial. Disidencia (CS).....	1
--	---

En ocasiones necesitamos educarnos en lo obvio

SUMARIO: I. Introducción. — II. El caso. — III. Los periodistas van a Costa Rica. — IV. El Ministerio de Relaciones Exteriores acude a la Corte Suprema. — V. La opinión de la Procuradora General. — VI. Qué resolvió la Corte Suprema. — VII. Las razones centrales que motivaron la decisión de la mayoría. — VIII. Las razones centrales del voto en disidencia. — IX. Conclusión.

Alberto F. Garay

I. Introducción

El fallo cuyo comentario nos convoca parece haber sido juzgado, quizá con toda justicia, como muy importante, dada la cantidad de especialistas que participaron de esta empresa. No obstante ello debiera llamarnos a todos a ejercitar la prudencia. Es muy difícil, si no imposible, hacer ahora un análisis profundo, reflexivo y meditado de los diferentes votos que conforman la sentencia y de los temas que en ella se abordan. Ese límite inexorable debe precavernos del lenguaje emotivo, y de los vacíos atajos argumentales con los que muchas veces nos engaña la mente cuando se siente apremiada por la falta de tiempo, de ideas o de razón. Una última restricción: uno debe evitar expresarse como si fuera el legislador, el constituyente o el convencional nacional o internacional, porque no lo es. El lector sensible a estos excesos nos lo agradecerá. En lo que sigue trataré entonces de ajustarme a esas exigencias. Haré una presentación muy sintética de cómo fue tratado el asunto por la Corte Suprema. Anticipo que, en general, coincido con lo resuelto en el caso por la mayoría del Tribunal. Sin más rodeos, pondré manos a la obra.

II. El caso

En los años noventa, el ex Presidente Menem se sintió herido en su derecho a la intimidad con motivo de una publicación periodística (semanario Noticias) que ventilaba un hecho de su vida privada. Consecuentemente, demandó por daños y perjuicios al medio de prensa (Editorial Perfil S.A.), al Director y al periodista responsable de esa nota. La Cámara de Apelaciones en lo Civil de la Capital hizo lugar a la demanda. Apelada esa decisión por los demandados, la Corte Suprema, por el voto de cinco de sus jueces (Nazareno, Moliné O'Connor, Belluscio, López y Vázquez), confirmó esa sentencia, si bien redujo la indemnización⁽¹⁾. Corría por entonces el año 2001.

III. Los periodistas van a Costa Rica

Casi dos meses después de dictada la sentencia recién mencionada y luego de cumplir con el pago de la reparación económica, los periodistas, una asociación que los nuclea y el medio de prensa acudieron al sistema interamericano. Entendían que la sentencia de la Corte Suprema argentina vulneraba su derecho a la libertad de prensa y de expresión, mencionados en el art. 13 del Pacto de San José de Costa Rica, por lo que solicitaban que se declarara la responsabilidad internacional del Estado argentino. La sentencia de la Corte Suprema se preocupó en recordarnos que en los procesos ocurridos ante esa instancia internacional sólo son parte el perjudicado por la sentencia y los representantes del Estado al cual pertenece el tribunal cuya decisión se protesta (consid. 3). La parte vencedora, en este caso, el ex presidente Menem, no intervino en esta instancia y, aunque hubiera querido hacerlo no hubiera podido, porque no era un sujeto legitimado en esa confron-

tación. Esto, que para el conocedor del procedimiento ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) es una obviedad, no lo es para mucha gente de Derecho y su expresa mención —a la luz de como se resuelve el caso— no es causal.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos —organismo que suele demorar muchísimo en expedirse— se pronunció luego de diez años de dictada la sentencia de la Corte Suprema. En el considerando 2, la mayoría del Tribunal se preocupa en explicitar otra obviedad como es que esa decisión había adquirido firmeza.

En su decisión, la CIDH declaró que el Estado argentino había violado la libertad de expresión de los periodistas ocurrentes. Juzgó que su resolución era en sí misma una reparación de esa violación y que un resumen de ella, que debía preparar la Corte Suprema, tenía que publicarse en el Diario Oficial (sic), en un Diario de amplia circulación nacional y en el Centro de Información Judicial (CIJ) (considerando 3.b). Pero eso no fue todo. En un párrafo que seguramente desatará controversias doctrinarias, la CIDH dispuso: “2.a. Dejar sin efecto la condena civil impuesta a Jorge Fontevicchia y Héctor D’Amico, así como todas sus consecuencias”.

Obviamente, cuando uno lee y relee el párrafo transcrito anteriormente lo primero que se pregunta es ¿qué quiso decir la Corte Interamericana cuando dispuso “dejar sin efecto la condena civil impuesta” a los periodistas? ¿Cuál es el significado de esa expresión? Además, como esa condena había sido confirmada (y reducida en su monto) por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, también cabe interrogarse si la Corte Interamericana tiene la atribución de “dejar sin efecto” una sentencia de la Corte Suprema argentina y, en caso afirmativo, cuál es la fuente de donde emerge esa atribución. Pero, sigamos adelante con lo que ocurrió con posterioridad.

IV. El Ministerio de Relaciones Exteriores acude a la Corte Suprema

Años después y habiéndose satisfecho lo ordenado por el Tribunal interamericano casi en su totalidad, la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación le requirió a la Dirección General de Derechos Humanos del Ministerio aludido que solicitara a la Corte Suprema que “cumpla, en lo que corresponda y de conformidad con su competencia, la sentencia dictada por la Corte Interamericana...” (consid. 4, tercer párrafo). Sin duda que el pedido de la Secretaría no estaba exento de ambigüedad y suscitaba nuevos interrogantes. En definitiva, ese reclamo dejaba en manos del Alto Tribunal precisar ¿qué era lo que “correspondía”? y ¿cuál era su “competencia”? sin anticipar qué entendía esa dependencia del Poder Ejecutivo por tales nociones con relación al presente caso. Es importante destacar también que el inusual y sinuoso camino recorrido por esta solicitud, expedida des-

de un área del Poder Ejecutivo a la Corte Suprema, no está reglado por la legislación procesal vigente.

V. La opinión de la Procuradora General

La Corte Suprema dispuso dar vista de la petición recién mencionada a la Procuradora General. Ésta consideró que, en primer lugar, debía darse traslado al ex Presidente de la petición del Ministerio. En segundo término, que en cumplimiento de lo ordenado por la CIDH, la Corte Suprema debía dejar sin efecto su propia sentencia, pronunciada quince años antes; revocar la decisión de la Cámara Civil y rechazar la demanda iniciada por el ex Presidente.

El traslado se cursó y Menem respondió que no había sido parte en lo que él llamó “el juicio internacional” y que allí había recaído sentencia de condena al Estado argentino; él “nada tenía que expresar al respecto” (consid. 5). Pareciera que lo que el ex Presidente afirmaba era que nada tenía que decir respecto de un proceso y de una sentencia que no lo había tenido por parte. Obviamente, estaba aludiendo a un principio constitucional y convencional básico como lo es el debido proceso y a otro procesal como lo es la legitimación.

VI. Qué resolvió la Corte Suprema

La Corte Suprema se interroga acerca de si el Tribunal interamericano tiene competencia para ordenar lo dispuesto en el punto 2.a y si, además, podría cumplir con esa orden. La mayoría de sus integrantes respondió que no (consids. 7 y 20 de la mayoría; consid. 8 del voto del juez Rosatti). El juez Maqueda, en disidencia, juzgó sobre este aspecto que debían dejarse sin efecto tanto la sentencia de la Corte Suprema cuanto la de la Cámara Civil. Además dispuso rechazar la demanda que diera origen a estos pronunciamientos (consid. 8).

VII. Las razones centrales que motivaron la decisión de la mayoría

Tres jueces votaron conjuntamente (Lorenzetti, Highton de Nolasco y Rosenkrantz) y uno de ellos lo hizo según su voto (Rosatti). Veamos qué razones eligieron expresar.

Una vez más reiteraron lo obvio, correctamente, afirmando que las sentencia de la CIDH, dictadas en procesos contenciosos contra el Estado argentino son, en principio, de cumplimiento obligatorio para éste (art. 68.1, de la Convención Americana sobre DD.HH.). Y a renglón seguido aclararon ese condicionamiento: lo decidido debe mantenerse dentro del marco de las potestades remediales⁽²⁾. Con esta expresión —no muy frecuente en el derecho interno—, la Corte se refiere a qué debe hacer, no hacer o dar el Estado argentino según lo que disponga la CIDH luego de que ha declarado el derecho de los peticionantes. Ahora bien, esas prestaciones (los remedios) (i) deben surgir, como también es obvio, de la Convención Americana sobre DD. HH. y (ii) debe poder “ser cumplida por [l]a Corte a la luz del ordenamiento constitucional nacional” (voto de la

mayoría, consid. 6; en términos semejantes voto del juez Rosatti, consids. 5 y 6).

Luego de recordar que la Convención Americana tiene carácter subsidiario (consid. 8, voto de la mayoría) y que la Corte Interamericana, no tiene carácter de tribunal de apelación o casación de los organismos jurisdiccionales locales (consid. 10), la mayoría vuelve sus pasos sobre esa Convención para verificar que el art. 63.1 no contempla la posibilidad de que la CIDH deje sin efecto una sentencia dictada en sede nacional (consid. 13). También afirma que pretender revocar una sentencia firme de la Corte Suprema “implica privar[la] de su carácter de órgano supremo del Poder Judicial argentino y sustituirlo por un tribunal internacional, en clara transgresión a los arts. 27 y 108 de la Constitución Nacional”. En mi opinión, esto también es obvio, aunque su reiteración era necesaria a la luz del equivocado alcance que parte de la doctrina ha adjudicado a algunos de los precedentes del Alto Tribunal y de la CIDH.

El voto del juez Rosatti acude a las mismas normas que invoca la mayoría pero quizá pone un mayor énfasis en que la incorporación de la Convención Americana al art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional fue hecha bajo la presuposición de que ella no puede derogar ningún artículo de la Primera Parte de la Ley Fundamental y vincula dicha incorporación condicionada al art. 27 (ver considerandos 5 y 6).

VIII. Las razones centrales del voto en disidencia

El juez Maqueda hace una interpretación diferente de las normas en juego. No revisa la competencia del tribunal interamericano para disponer dejar sin efecto la sentencia argentina, como hicieron los restantes cuatro jueces. Tampoco critica la posición de la mayoría mostrando en dónde residiría su error (si es que existe tal cosa) ni considera los justificativos expresados por ésta con apoyo en los arts. 27, 108 y 75.22 de la Constitución Nacional. Con cita de disidencias o votos propios, manda cumplir la sentencia sin condicionamiento alguno. En apoyo de esa visión acude al art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, afirmando que razones de orden interno no pueden erigirse en obstáculo del cumplimiento de obligaciones ya asumidas (entre éstas, el cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana).

IX. Conclusión

Hasta aquí la presentación del caso y de las principales razones empleadas por los jueces del Alto tribunal federal. Considero que los cuatro jueces que conforman la mayoría han llegado a la solución constitucional más valiosa. Han refrescado nociones obvias y han puesto las cosas en su lugar. A veces, como dijera O.W. Holmes, también nosotros necesitamos educación en las cosas obvias. La Corte Interamericana no tiene atribuciones como para “dejar sin efecto” una sentencia de la Corte Suprema argentina. Sin embargo, esas obvias nociones en las que la Corte nos re-educó, habían sido distorsionadas en los últimos años por una porción considerable de la Doctrina que incurría en un severo desequilibrio

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) Fallos: 324: 2895.

(2) Creo que el primero que empleó la expresión re-

medios (tomándola prestada de la noción equivalente de *Common Law*), para aludir a los efectos que se siguen o que pueden seguirse de una declaración de inconstitu-

cionalidad, fue CARRIÓ, Genaro R. en “Recurso de Amparo y Técnica Judicial”, 1987, 2da. edición. También puede consultarse con provecho, URTEAGA, Alfredo

A., “Remedios Constitucionales y Control de Constitucionalidad”, JA, 2012-III-1224.

conceptual. Como enseñara P.F. Strawson: “La pérdida del equilibrio conceptual es el resultado de una especie de ceguera selectiva que suprime grandes extensiones del campo de visión intelectual, pero que permite que se destaque una parte del mismo con una claridad muy particular... Puede ocurrir que momentáneamente nos domine un solo modo del funcionamiento lógico de las expresiones lingüísticas, o

una sola manera de emplear el lenguaje... o una sola especie de explicación, o un solo grupo de ejemplos de la aplicación de un concepto cualquiera. Las deformaciones conceptuales que derivan de una obsesión tal son, igualmente, de diversas especies. Puede ocurrir que quien esté bajo esa dominación intente presentar o explicar una cosa distinta en términos de su modelo preferido o recurriendo a analogías con

él... Para rectificar esas deformaciones es necesario comprender los verdaderos modos de operación de los conceptos, o de las categorías del discurso, que han sido deformados; es menester, al mismo tiempo, hacer ver las diferencias y las relaciones que existen entre aquellos modos de operación y los de los conceptos o categorías modelos. Al proceder así se hará ver también, en la medida en que ello es posible, cuáles son las fuentes del poder de obsesión y de engeguamiento que ejercen los casos modelos...” (3).

rol para el que ellos no habían sido pensados y elaborados. Nociones tales como juicio, recurso, “obligatoriedad” de los precedentes de la CIDH y algunas otras como, en este caso, la expresión “dejar sin efecto”, u otras como “condiciones de su vigencia”, han sido empleadas y manipuladas por aquéllos en términos de su modelo preferido. Pero claro, explicar esto, confrontar algunos precedentes y explicitar el *holding* de esta sentencia exigirá mayor tiempo, reflexión y extensión. Éstas no son cosas obvias. ●

{ NOTAS }

(3) Párrafo extraído del libro de CARRIÓ, Genaro R. “Notas sobre Derecho y Lenguaje”, Ed. Abeledo Perrot, 1985, ps. 185/186, quien lo tomó de “Analyse, Science et

Métaphysique”, editado en *La Philosophie Analytique*, Paris, 1962, p.105, cita de pág.113.

En mi opinión, algunos autores han hecho jugar a ciertos conceptos e instituciones un

Cita on line: AR/DOC/492/2017

La autoridad democrática frente a las decisiones de la Corte Interamericana

SUMARIO: I. Introducción.- II. Lo que el fallo tiene de atractivo.- III. Los problemas del fallo, en abstracto.- IV. Los problemas del voto mayoritario.- V. Los votos separados de Rosatti y Maqueda.

Roberto Gargarella

I. Introducción

En el caso “Ministerio de Relaciones Exteriores”, el máximo tribunal argentino señaló que la Corte Interamericana no puede revocar, con sus decisiones, las sentencias de la Corte argentina. La decisión —que aquí asumo como conocida por los lectores— fue objeto de un voto mayoritario firmado por los jueces Lorenzetti, Highton y Rosenkrantz, quienes fueron acompañados por el juez Rosatti, a través de fundamentos que expresó en voto separado. Mientras tanto, el juez Maqueda votó en solitaria disidencia. En lo que sigue, trataré de demostrar por qué es que los tres votos del caso (el voto mayoritario, el voto separado de Rosatti y la disidencia de Maqueda) se encuentran, por razones diferentes, equivocados (ello, contra parte de la doctrina argentina, que entiende que la disidencia de Maqueda representa “la decisión correcta”). Antes de hacerlo, destacaré los varios aspectos positivos que encuentro en el fallo cuestionado.

II. Lo que el fallo tiene de atractivo

El fallo es muy controvertible y polémico, pero tiene interés y deja traslucir el impacto de las “nuevas voces” integrantes de la Corte. En términos formales, tiene tres virtudes muy destacables, que son su claridad y relativa brevedad, junto con su carácter comprensible (y no, reservado para expertos). Yendo al núcleo del fallo en cuestión, diría que en principio tiene sentido el desafío que plantea el tribunal y que Rosatti resume de este modo: “no es posible hacer prevalecer automáticamente, sin escrutinio alguno, el derecho internacional (...) sobre el derecho nacional”. Se trata, finalmente, de reflexionar sobre la cuestión de la “autoridad” en el derecho, y aquí, más específicamente, sobre el “carácter autoritativo” de las sentencias de la Corte Interamericana (una cuestión muy relevante, y que ha sido central en los trabajos —previos a su llegada al tribunal— de Carlos Rosenkrantz, quien por caso escribiera el influyente e interesante texto “Against borrowing and other non-authoritative uses of foreign law,” *ICON*, vol. 1, n. 2, 2003, 269-295). Entiendo que se trata de un punto importante, teniendo

en cuenta, además, la liviandad con que un amplio segmento de la comunidad jurídica argentina se posiciona en la materia (asumiendo, por caso, ese predominio automático y sin escrutinio que Rosatti con fuerza impugna).

Resulta valiosa, entonces, la tarea en la que se involucró la Corte, al asumir la imperiosa misión de examinar (en todo caso, iniciando o profundizando una reflexión indispensable) el estado actual de la división y equilibrio de poderes vigente. Todos nosotros —ciudadanos y habitantes de este país— necesitamos tener en claro (y aclararnos) cómo es que luce hoy la constelación de autoridades jurídicas en relación con la cual se desenvuelve cotidianamente la vida pública argentina.

El fallo resulta atractivo, por lo demás, en el esfuerzo (que llamaría “Rosenkrantziano”) de inscribir la decisión dentro de una “tradición” jurídica nacional, que incluye autores y prácticas pasadas que merecemos retomar y tomar en cuenta en nuestras decisiones actuales. Es positivo también que se cite, resueltamente y en busca de argumentos (y no como mera invocación de autoridad), a artículos de académicos o figuras políticas o jurídicas que se consideren valiosas, sean tales personajes o textos, nacionales o extranjeros. Resulta importante, además, la invocación (que aparece en el voto de Rosatti) del “diálogo jurisprudencial” —en este caso, de la Corte argentina con un tribunal internacional— en la medida en que (como parece ocurrir en el fallo) dicho diálogo tenga que ver con un intento de razonar en conjunto con otros, acerca de una cuestión respecto de la cual pueden existir divergencias: ¿qué mejor que conversar horizontalmente, en tales casos? Entonces, la pretensión de llevar adelante una conversación extendida en el tiempo y el espacio, con otros actores e instituciones resulta de singular valor. Finalmente, tiene atractivo especial (según diré) la disidencia de Maqueda, en su subrayado esfuerzo por mantener una posición consistente en el tiempo, demostrando y haciendo explícitas las bases de esa consistencia (que no reconoce el voto mayoritario de la Corte).

Por supuesto, los méritos de búsquedas como las señaladas —en sí mismas relevantes— deben evaluarse en cada caso, y de modo separado. Ello, dado que no es obvio (y sólo por citar un primer ejemplo) que el intento de inscribir al fallo en una cierta tradición sea exitoso: finalmente, la cita de algunas autoridades jurídicas significativas tiene sentido, pero no convierte ese conjunto de citas importantes en una tradición. Del mismo modo parece cierto, por un lado, que las referencias al “diálogo judicial” guardan una enorme importancia (sobre todo, a la luz de la arrogancia o autorreferencialidad propia de fallos anteriores, en donde la Corte parecía asumirse como actor único, supremo o absoluto). Sin embargo, otra vez, tales alusiones ganan sentido efectivo en la medida en que podamos hablar, genuinamente del desarrollo de un “diálogo”, y no de un soliloquio judicial ocasionalmente acompañado por alusiones a otras autoridades incapaces o imposibilitadas, en los hechos, de responder o desafiar lo dicho por la Corte argentina. El punto merece ser subrayado, por lo demás, teniendo en cuenta la creciente y cada vez más frecuente tendencia de los tribunales locales e internacionales a hablar de “diálogos” que en verdad ni ponen en práctica ni están interesados en implementar, y respecto de los cuales de ninguna manera se muestran comprometidos.

III. Los problemas del fallo, en abstracto

Según entiendo, la cuestión central que se debate en el fallo tiene que ver con una disputa de autoridad entre la Corte argentina y la Corte Interamericana. Conforme resulta de la opinión de la Corte local, resaltan al respecto dos visiones contrapuestas. Una de ellas (definida de modo simple y contundente en el voto de Rosatti) dice que la Corte argentina y la Corte Interamericana son, cada una, autoridad suprema dentro de su esfera de jurisdicción (la Constitución argentina para la primera, la Convención Interamericana para la segunda). La visión alternativa parece afirmar la existencia de una relación de jerarquía entre ambos tribunales, en donde la Corte Interamericana sería algo así como una cuarta instancia o tribunal de alzada en relación con los tribunales nacionales/locales (tal como se controvierte, algo provocativamente, en el voto mayoritario).

Al respecto, me parece, ambas posiciones se encuentran equivocadas. En lo esencial, diría por un lado que ni la Corte argentina merece ser vista como último intérprete de la Constitución Nacional, ni la Corte interamericana merece ser vista como último intérprete de la Convención Americana. Por otro lado, tampoco es correcto asumir a la Corte Interamericana como “tribunal de alzada” o cuarta instancia. Para justificar lo que digo, permítanme presentar mi posición, primero, en términos generales y abstractos, para luego especificar sus implicaciones.

En primer lugar, la propia comunidad democrática es la máxima —y última— instancia soberana, en lo relativo a la gestión de los asuntos comunes —en lo que podríamos llamar, con Carlos Nino, cuestiones intersubjetivas o de moral pública (ello, del mismo modo en que cada individuo debe ser considerado como soberano en todo lo que sea relativo a su propia vida —cuestiones de moral privada— y en tanto no afecte de modo significativo a terceros)—. Lo dicho ya implica desafiar la idea (propia de este fallo “Fontevicchia”) conforme a la cual una persona, un funcionario público (i.e., el presidente de la Nación), o un órgano particular (i.e., la Corte Suprema) es en verdad la autoridad última (o el intérprete supremo) dentro de esa comunidad.

Por supuesto, es esperable que dentro de esa comunidad aparezcan divergencias y surjan conflictos, y por ello mismo es que las sociedades que conocemos organizan una serie de instituciones destinadas a procesar y resolver tales controversias. Típicamente, los poderes políticos procuran definir las directivas principales de las políticas públicas; mientras que las autoridades judiciales se encargan de laudiar los conflictos y pretensiones encontradas entre las distintas partes de la sociedad.

En ocasiones, las disputas del caso tienen un carácter que llamaría “simple”. Por ejemplo, yo organizo habitualmente fiestas muy ruidosas que se prolongan hasta altas horas de la madrugada, mi vecino se queja por ruidos molestos y una autoridad “adjudica” la disputa determinando qué es lo que dice el derecho vigente en casos de conflictos de esa naturaleza. En otros casos, en

● VIENE DE PÁGINA 3

cambio —los casos que aquí me interesa abordar— aparecen “controversias sobre principios fundamentales”. En estos casos, lo que ocurre es que las partes disienten en torno a cómo “interpretar” uno de los compromisos o principios básicos que organizan nuestra vida en común. No se trata, por ejemplo, de que una de las partes niegue la existencia, el valor o la primacía especial de un derecho como el de libertad de expresión. Se trata, en cambio, de que el conflicto expresa que dentro de la comunidad existe un pronunciado desacuerdo acerca de cómo entender el significado y alcance precisos de ese derecho con el que todos están, en principio, comprometidos. Cuando ello ocurre, se torna necesario reabrir la reflexión colectiva en torno al entredicho en cuestión.

En la situación que nos ocupa, la controversia se da en torno a los alcances del poder de decisión de la Corte Suprema de la Argentina vis a vis la Corte Interamericana. La conversación que se debe abrir o (en este caso) reabrir debe ser una en la que participen, también, y de modo activo, los principales actores involucrados (la Corte argentina, la Corte Interamericana). Sin embargo, aquí tenemos un primer problema significativo, y es que los tribunales tienden a responder con un celo excesivo e indebido sobre sus propios poderes.

Contra dicha actitud, y siguiendo a Jeremy Waldron, diría que si tenemos un desacuerdo profundo y de buena fe acerca de cómo pensar los contenidos y contornos de los derechos básicos que tenemos, no es justo que la decisión quede en mano de un puñado de funcionarios judiciales, locales o extranjeros, comprometidos o no, conocedores o no, de los detalles y circunstancias del desacuerdo del caso, e involucrados o no con las consecuencias que van a seguirse luego de la decisión del conflicto. Los problemas que nos afectan a todos, deben ser problemas que enfrentemos y resolvamos entre todos. Ello así, porque no vivimos en una monarquía ni en un régimen ilustrado: en primer lugar, somos sujetos iguales en el sentido en que todos tenemos una común dignidad moral, y en segundo lugar, vivimos en democracia, y debemos resolver nuestros principales desacuerdos reflexionando en común en torno a ellos.

A partir de lo dicho en los párrafos anteriores, puede entenderse mejor por qué es que la conclusión del análisis del fallo “Fontevecchia” debe ser que los tres votos (el voto mayoritario, el voto separado de Rosatti, y el voto disidente de Maqueda) se encuentran, los tres, en su medida, y parcialmente al menos, equivocados.

IV. Los problemas del voto mayoritario

En primer lugar, el voto mayoritario se equivoca en su celosa ansiedad por reafirmar su poder frente a la Corte Interamericana. En efecto, pareciera que la principal preocupación de la Corte nacional fue la de dejar en claro la intangibilidad y las dimensiones de su poder, frente a la “amenaza” de menoscabo que percibe desde la Corte Interamericana. Por ello, a partir de una proposición y un desafío correctos, la Corte —en el voto mayoritario— llega a una conclusión errada.

La pretensión correcta es, como dijera ya, la de repensar los alcances del poder de la Corte Interamericana, a la luz de lo que parece ser la auto-percepción de esta última, alimentada por numerosos académicos locales y extranjeros, y que han llevado a que el tribunal internacional se

asuma como máxima, suprema e indiscutible instancia del derecho interamericano. Pero así como uno, en lo personal, puede coincidir con el tribunal argentino en poner un freno a dicha auto-percepción, para desafiarla y preguntarse “por qué”, así también corresponde preguntarse “por qué” (o “de dónde lo deriva”) la respuesta que (se) da la Corte argentina, frente a dicha cuestión. Más específicamente, ¿de dónde es que surge y qué es lo que da fundamento a la idea —explicitada por Rosatti— según la cual el tribunal argentino es el último intérprete del derecho argentino, mientras que el tribunal interamericano es el último intérprete de la Convención Americana?

El “último intérprete” es, en cada caso, la comunidad afectada, llámese la Argentina o Latinoamérica. Dicha idea de “comunidad” incluye a los tribunales superiores citados, que en todo caso pueden y deben participar de esa conversación común, desde el peculiar lugar institucional que tienen asignado. Tales tribunales van a participar así de un modo especial en la construcción de esa respuesta, por lo que tienen para decir, por las responsabilidades particulares que tienen, por las voces que están obligadas a escuchar, y por los textos que están obligados a considerar en sus respuestas. Pero su participación no deberá ser nunca la de actores desempeñándose como “últimos” o principales intérpretes del derecho en cuestión.

Por ejemplo, si disintimos (como nos ha ocurrido ya) sobre las implicaciones del principio de “no-impunidad”, y sus vínculos con ideas como las de “perseguir y castigar” los crímenes cometidos por el Estado, no necesitamos ni queremos que quienes decidan esa tremenda cuestión sean unos pocos jueces, a los que ni conocemos ni podemos controlar o desafiar debidamente. Así, debe ser la propia comunidad afectada la que decida, por ejemplo, si Uruguay o Colombia tienen el derecho de procesar los desgarradores crímenes que se cometieron en sus respectivas países, de un modo que no incluya como única o principal respuesta la privación de la libertad, es un error (además de una irresponsabilidad) asumir que la respuesta que Uruguay o Colombia den a ese tipo de preguntas puede ser simplemente descartada por la opinión contraria a la que arribe la mayoría de jueces que integran ocasionalmente la Corte Interamericana.

Lo dicho merece al menos tres aclaraciones adicionales —una sobre instituciones, otra sobre derechos, y otra sobre democracia— que son las siguientes.

i) *Instituciones*: Primero (y sólo insistiendo sobre lo ya dicho), el rechazo a la de la Corte Interamericana como último intérprete va de la mano de un rechazo a la idea de la respectiva Corte nacional como último intérprete. Otra vez: son los propios afectados los que deben decidir, reflexiva y democráticamente, cómo resolver su profundo desacuerdo en la materia.

ii) *Derechos*: Segundo, la conclusión anterior no se evita ni se refuta repitiendo el simplismo (ferrajoliano) según el cual “las cuestiones relativas a derechos deben ser ajenas a la decisión democrática”. Cuando todos (incluso la Corte argentina) participamos de, y alentamos, un debate democrático en torno a la Ley de Medios, por ejemplo, lo que hicimos fue —convencidamente— discutir de modo democrático en torno a los alcances y límites del derecho constitucional de libertad de expresión. Cuando en el caso “Mendoza” se abrió un proceso de diálogo y consulta en torno al saneamiento del Riachuelo y las responsabilidades por la contaminación existente, lo que hicimos en definitiva fue

poner en discusión el modo efectivo en que entendemos nuestro derecho a un medio ambiente limpio. De eso se trata siempre. Invocando que hay un derecho constitucional en juego no detenemos, ni merece que detengamos, la reflexión colectiva al respecto: simplemente hacemos un llamado para que esa reflexión colectiva se lleve a cabo. Tenemos, colectivamente, el derecho de participar en la discusión sobre los contenidos y alcances de nuestros derechos.

iii) *Democracia*: La tercera y más importante aclaración tiene que ver con el significado de la idea de “reflexión en comunidad” o “discusión democrática”. Cuando sostenemos aquí que nuestros desacuerdos sobre derechos básicos deben ser procesados y resueltos a través de la reflexión democrática, no estamos aludiendo a una idea boba, simple o cualquiera de democracia. Afortunadamente, y como veíamos, no necesitamos tampoco dejar dicha reflexión sobre la democracia en manos exclusivas de los teóricos de la democracia. Por suerte, ya tenemos bastantes conocimientos y experiencia que nos permiten distinguir unos casos de otros, dentro de un mismo continuo (i.e., cuándo es que nos encontramos frente a una decisión no-democrática, cuando es que nos encontramos frente a una robusta decisión democrática). Más precisamente: creo que todos estamos en condiciones de decir que las decisiones tomadas en general por los gobiernos autoritarios —incluyendo, por caso, las consultas populares impulsadas en su momento por el general Pinochet en Chile o Alberto Fujimori en Perú (luego de cerrar el Congreso)— están muy cerca del extremo “negativo” de ese continuo entre decisión no-democrática y decisión fuertemente democrática. Mientras tanto, procesos de discusión como el que precedió en nuestro país a la consulta popular sobre el acuerdo por el Beagle; o como los que se dieron en Uruguay en torno a la ley de amnistía (un proceso que incluyó decisiones por parte de la legislatura nacional, los tribunales inferiores y superiores, dos consultas populares, además de años de debate en los periódicos y en las calles) se acercan mucho al extremo “positivo” de la discusión democrática robusta. Lo anterior nos ayuda a reconocer algo muy importante en la vida política latinoamericana, y que involucra una reflexión sobre los alcances del poder de la Corte Interamericana. Muchas de las decisiones públicas que se han tomado —y algunas de las que se siguen tomando en América Latina— resultan paupérrimas en términos democráticos (por caso, por la destrucción o socavamiento de los órganos de crítica y control), y en esas condiciones, las decisiones que pueda tomar un tribunal como la Corte Interamericana ganan en importancia simbólica y en peso legal. En definitiva, la Corte Interamericana debe asumir un papel más deferente, en la medida en que sea mayor la “reflexión interna” que se produce en un determinado país, en torno a un derecho particular; y un rol más activo y de injerencia, cuando peores sean las condiciones democráticas para la reflexión y el acuerdo del caso (de allí —para citar sólo un ejemplo— el valor e importancia especiales de las primeras decisiones más “intervencionistas” de la Corte Interamericana, como en “Velásquez Rodríguez v. Honduras”, de 1988).

Para cerrar, y volviendo al voto mayoritario de la Corte argentina, agregaría, a lo dicho, lo siguiente: creo que la Corte nacional, básicamente, quiso afirmar los alcances (que veía bajo amenaza) de su propio poder. Por ello, entiendo que la decisión de la Corte es perfectamente compatible con la posibilidad de que en futuros fallos (re)afirme los alcances de las

decisiones de la Corte Interamericana, y las obligaciones consecuentes del Estado argentino (esto así, contra el fatalismo con que algunos colegas están leyendo la decisión de “Fontevecchia”). Insisto: la Corte argentina —es mi convicción— sigue creyendo en el peso y el carácter obligatorio de las decisiones del tribunal interamericano, por buenas y malas razones. En “Fontevecchia” quiso dejar a salvo su propio poder, frente a las decisiones del tribunal internacional, y de ningún modo vaciar de autoridad a la Corte Interamericana (por tanto, tampoco es esperable que se involucre en una estrategia futura de “choque de trenes” con la Corte IDH). De todos modos, en lo personal, y conforme dijera, considero que la Corte argentina se equivocó por ambas puntas: en el celo con que defendió su propia supremacía (y sobre todo, en los argumentos que dio al respecto, que sientan un muy riesgoso precedente para el futuro —y pienso en particular en una Corte con una composición diferente de la actual—), y en el modo en que (según sugiere) va a seguir difiriendo autoridad, y avalando la obligatoriedad de las decisiones de la Corte Interamericana, cuando no entren en conflicto con sus propios criterios al respecto.

V. Los votos separados de Rosatti y Maqueda

Lo dicho en torno al voto mayoritario es básicamente aplicable a la opinión separada expresada por Rosatti, que pretende avanzar un enfoque menos controversial y polémico en relación con el lugar que le corresponde asignar a las decisiones de la Corte Interamericana. Dicho enfoque, sin embargo, termina complicando indebidamente las cosas, al consagrar un “doble principio” de soberanía interpretativa última, que es por tanto doblemente equivocado —la Corte argentina como último intérprete local, la Interamericana como último intérprete en relación con la CADH. Ambas afirmaciones resultan impropias, por las razones expresadas. Y algo más, de especial importancia para la opinión independiente de Rosatti, pero que se aplica sobre los demás votos: tomarse en serio el valor del “diálogo” entre tribunales debería haber implicado, en este caso, reconocer el valor de lo dicho por la Corte Interamericana en relación al caso “Fontevecchia”. La Corte argentina debió “revocar” su sentencia anterior, pero no por la “orden” recibida desde la Corte Interamericana, ni por ser un tribunal “sometido” a la autoridad suprema de aquella. Debió hacerlo porque la Corte Interamericana afirmaba algo razonable, que el propio derecho argentino hoy reconoce como razonable, en relación con el carácter impropio de lo decidido originariamente por el máximo tribunal argentino, en torno a la “condena civil” que se le impusiera a Fontevecchia. ¡De eso se trata el diálogo! Se trata de aceptar el peso de lo dicho por nuestro interlocutor, cuando él nos ofrece un argumento razonable, y modificar en consecuencia la propia postura. De lo contrario, decimos que dialogamos pero en realidad mostramos que estamos por completo indispuestos a cambiar nuestra postura, aun cuando la sabemos equivocada. Esa actitud sería justamente la contraria a la actitud propia del diálogo judicial que invocamos.

Finalmente Maqueda. Un segmento interesante de la doctrina argentina considera al voto disidente de Maqueda (¿el nuevo Fayt?) como “la decisión correcta”. Entiendo que Maqueda acierta al decirle o sugerirle al resto de la Corte que, a través de su decisión, ella pone en jaque indebidamente su compromiso con el sistema interamericano de derechos humanos, se contradice con decisiones anteriores, y abre riesgos graves para la protección de derechos humanos eventualmente

amenazados en el ámbito interno. Todo ello es cierto, como es cierto que necesitamos reflexionar más sobre el carácter autoritativo de las decisiones de la Corte Interamericana, y que la respuesta al respecto no puede ser la que predomina dentro de la dogmática constitucional argentina, y que Maqueda parece suscribir sin mayores ambages. Entiendo que hay un error en la lectura que propone Maqueda del art. 75 inc. 22, en la idea de que “las sentencias de la Corte Interamericana (...) deben ser cumplidas por los pode-

res constituidos (...) y, en consecuencia, son obligatorias para la Corte Suprema de Justicia de la Nación”. Insisto en esto: los disensos que surgen en cuanto a cómo interpretar los principios básicos de nuestro derecho —que incluyen, por supuesto, a la CADH— no se deciden a través de las órdenes de ninguna autoridad, persona o institución particular, llámese el presidente, la Corte argentina o la Corte Interamericana. Tales desacuerdos deben decidirse a través de una conversación que involucra, también, y de modo relevante,

a todos los actores antes citados. Y si la Corte argentina, a través de su voto mayoritario, yerra al no tomar en serio a la palabra de la Corte Interamericana (más aún, al tratar de privarla de autoridad frente a sí misma), Maqueda se equivoca al asignar a la “voz” de la Corte Interamericana una autoridad fulminante, superior o definitiva, cuando se trata en cambio de un participante privilegiado, pero no predominante ni supremo ni excluyente, en la conversación que tenemos en torno a cómo interpretar el sentido o alcances de

un cierto derecho. La Corte argentina, repito, debió hacer caso a la Corte Interamericana, en esta oportunidad, “revocando” la “condena civil” que le fuera impuesta a Fontevecchia, no porque la Corte Interamericana la obligue con sus órdenes, sino porque —bajo un razonamiento que el derecho argentino ya ha afirmado— mostraba tener razón, en este caso. ●

Cita on line: AR/DOC/497/2017

Los alcances de la obligatoriedad de los fallos de la Corte Interamericana y la reivindicación simbólica de la Corte argentina

SUMARIO: I. El fallo “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto” en la ruta problemática de la jerarquía constitucional de los Tratados de Derechos Humanos. — II. Las características del fallo y las cuestiones debatidas en la sentencia. — III. El precedente “Cantos”. — IV. El precedente “Derecho, René” y la disidencia conjunta de Fayt y Argibay. — V. Las reglas de “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto”. — VI. Las proyecciones de la sentencia en el orden nacional y en el internacional.

María Angélica Gelli

I. El fallo “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto” en la ruta problemática de la jerarquía constitucional de los Tratados de Derechos Humanos

La sentencia emitida en autos “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto” fue la respuesta a los requerimientos de las oficinas ministeriales del Poder Ejecutivo Nacional —a más de la presentante, la Dirección General de Derechos Humanos del mencionado Ministerio y la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación— a fin de que la Corte Suprema cumpliera, en lo que correspondía y de conformidad con su competencia con lo dispuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina”.

En el proceso internacional la Corte Interamericana declaró que el Estado argentino había violado el derecho a la libertad de expresión de Fontevecchia y de D’Amico, reconocido por el art. 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos. En la parte dispositiva y en lo que aquí particularmente interesa, el tribunal regional dispuso que “el Estado debe dejar sin efecto la condena civil impuesta a los señores Jorge Fontevecchia y Héctor D’Amico, así como todas sus consecuencias, en los términos del párrafo 105 de la misma [sentencia]”. (1)

A fin de comprender mejor lo dispuesto por la Corte Interamericana en la condena al Estado argentino, conviene transcribir el párrafo 105 de la sentencia regional: “Esta Corte ha determinado que la sentencia emitida el 25 de septiembre de 2001 por la Corte Suprema de Justicia de la Nación que confirmó la condena impuesta por un tribunal de alzada, violó el derecho a la libertad

de expresión de los señores Jorge Fontevecchia y Héctor D’Amico... por lo tanto, el Tribunal dispone, de conformidad con su jurisprudencia, que el Estado debe dejar sin efecto dichas sentencias en todos sus extremos, incluyendo, en su caso, los alcances que éstas tengan respecto de terceros; a saber: a) la atribución de responsabilidad civil de los señores Jorge Fontevecchia y Héctor D’Amico; b) la condena al pago de una indemnización, de intereses y costas y de la tasa de justicia; tales montos deberán ser reintegrados con los intereses y actualizaciones que correspondan de acuerdo al derecho interno y; c) así como cualquier otro efecto que tengan o hayan tenido aquellas decisiones. A efectos de cumplir la presente reparación, el Estado debe adoptar todas las medidas judiciales, administrativas y de cualquier otra índole que sean necesarias, y cuenta para ello con el plazo de un año a partir de la notificación de la presente Sentencia”. (2)

Así pues, de las declaraciones y de las disposiciones de la sentencia emitida por la Corte Interamericana surgen las obligaciones del Estado argentino, único condenado en el caso como sucede, desde luego, porque es el único obligado en la jurisdicción internacional contenciosa. El Estado argentino debe cumplir con lo dispuesto a través de las instituciones estatales pertinentes, es decir, de las que tengan competencia para ello.

La cuestión jurídica se inscribe, entonces, en la situación aparentemente más sencilla de resolver, derivada de la jerarquía constitucional de los Tratados de Derechos Humanos —con el alcance dado en el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional— y del reconocimiento de la competencia de la

Corte Interamericana en la interpretación o aplicación de la Convención Americana, que ha efectuado el país. (3) Esto implica el compromiso del Estado argentino de cumplir la decisión de la Corte en todos los casos en que sea parte y resulte condenado, de acuerdo al art. 68 del citado Pacto.

Ahora bien, para que la Corte Interamericana emita, eventualmente, una sentencia contra el Estado argentino, se requiere que algún habitante del país, agotadas las instancias jurisdiccionales internas, formule una denuncia por violación de sus derechos o garantías convencionales ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Ese largo proceso que entonces se inicia y puede culminar con una sentencia condenatoria de la Corte Interamericana, generó y todavía genera, según lo interpreto, una transformación sustantiva que impactó en el derecho interno de la República Argentina —como en mayor o en menor medida en los Estados Parte del Tratado— que ha causado y continúa causando, por lo que se advierte, tensiones jurídicas y de política institucional en un proceso que —¿hasta ahora? — no se ha consolidado. Esas tensiones, entre otras, originaron interrogantes acerca de la calidad de *suprema* que la Constitución asigna a la Corte argentina. (4)

Y es que el Estado argentino al firmar y ratificar la Convención Americana de Derechos Humanos y al aceptar la competencia de la Corte Interamericana —también de la Comisión— comprometió su responsabilidad internacional por violación de los derechos y garantías reconocidos en la mencionada Convención. Esos dos organismos —y los creados por los Pactos a los que Argentina dio jerarquía constitucional— han elaborado y elaboran doctrina internacional a

la que se denomina genéricamente y, según lo considero, con imprecisión “*jurisprudencia internacional*”. Sin embargo, en estricto sentido, sólo la Corte Interamericana cuando resuelve controversias concretas emite “*jurisprudencia internacional*”, precisamente porque ella es un organismo jurisdiccional. Su sentencia, según lo que dispone el art. 67 de la Convención Americana, es definitiva e inapelable, aunque en caso de desacuerdo sobre el sentido o alcance del fallo, cualquiera de las partes puede solicitar y obtener del Tribunal internacional que éste interprete el alcance y sentido de la sentencia.

Ese fallo —conviene aclararlo— es definitivo e inapelable en la *instancia internacional*; el Estado parte se encuentra vinculado por esa decisión y el criterio o reglas elaboradas por la Corte Interamericana en sentencias de condena a otros Estados, o al Estado argentino pero en otros conflictos, puede servir de pauta o guía de interpretación en controversias bajo circunstancias y hechos similares. (5)

Pues bien, cuando la Corte Interamericana condena al Estado de que se trate por violación a los derechos humanos y esa violación se genera por lo resuelto en una sentencia definitiva emanada de la Corte Suprema de ese país ¿de qué modo debe satisfacerse la responsabilidad internacional en el orden interno? ¿Qué órgano estatal se encuentra vinculado por el fallo de la Corte Interamericana y debe cumplirla? Por otro lado, ¿qué significa la ejecución de esa sentencia? ¿Cabe algún grado de interpretación del fallo internacional por parte de los tribunales argentinos, en especial de la Corte Suprema? ¿Qué ocurre si, eventualmente, la ejecución de la sentencia involucra a terceros que no fueron parte en la instancia internacional? ¿Puede dejarse sin efecto una sentencia, con efecto de cosa juzgada en el orden interno? (6)

● CONTINÚA EN PÁGINA 6

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) Cfr. CIDH, “Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina”, Fondo, Reparaciones y Costas, del 29/11/11. Serie C. Nº 238, párr. 137. 2. (Bastardillas agregadas).

(2) Cfr. CIDH, “Fontevecchia y D’Amico”, párr. 105 (Bastardillas agregadas).

(3) Cfr. Art. 75, inc. 22 de la CN. Cfr. ley 23.054

(1984) de ratificación de la Convención Americana de Derechos Humanos.

(4) He formulado estos interrogantes y parte de este análisis en GELLI, María Angélica, “La supremacía de la Corte argentina y la jurisprudencia internacional. Entre el Poder y la Justicia (los espacios de la Corte Suprema)”, LALEY, 2003-F, 1454.

(5) Cfr. Examen de la cuestión en la doctrina citada en la nota anterior. Puede verse el examen de las tensiones —y también de las armonías— entre la jurisdicción interna y la internacional en el análisis que efectuó en GELLI, María Angélica “Cooperación, conflictos y tensiones entre la jurisdicción constitucional y la convencional” en CAPALDO,

Griselda - SIECKMANN, Jan - CLÉRICO, Laura (directores), *Internacionalización del Derecho Constitucional. Constitucionalización del Derecho Internacional*, EUDEBA, Fundación Alexander von Humboldt, Buenos Aires, 2012, 1ª edición.

(6) Ver nota 4.

VIENE DE PÁGINA 5

Esas cuestiones problemáticas —alguna de las cuales fueron examinadas y resueltas en “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto”— se le plantearon tempranamente a la Corte Suprema argentina a propósito de la sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Cantos vs. Argentina”, como se verá. (7) Adelanto que en esta sentencia el tribunal regional declaró que la Argentina había violado los arts. 8.1 y 25 de la Convención, luego de la tramitación de un larguísimo pleito de índole económica en el que se había condenado al denunciante, el señor Cantos, al pago de una suma muy alta en concepto de honorarios y tasa judicial.

Por otro lado, en el voto de la mayoría de fundamentos y, sobre todo en la concurrencia en “*Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto*”, se efectuó lo que podría denominarse una *afinación o corrección interpretativa* de la expresión que luce en el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional. En esta norma se dispuso que los Tratados de Derechos Humanos a los que se les otorgó jerarquía constitucional “no derogan artículo alguno de la primera Parte de la Constitución”.

En lo que consideré un intento exitoso por compatibilizar las disposiciones del texto constitucional con las cláusulas de los Tratados de Derechos Humanos con jerarquía constitucional, el Tribunal argentino sostuvo por mayoría o en algunas concurrencias en varios precedentes, que los convencionales constituyentes de 1994 efectuaron el análisis de compatibilidad entre aquellas dos fuentes normativas, verificando que no se produce derogación alguna de la primera parte de la Constitución, por lo que no cabe a los magistrados judiciales más que armonizarlas en los casos concretos. (8) Como se verá, en “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto” se inclinó la balanza hacia el sistema jurídico nacional.

II. Las características del fallo y las cuestiones debatidas en la sentencia

Si se comienza por examinar las notas formales de la sentencia surge del fallo que fue emitido por una mayoría de fundamentos integrada por tres ministros, es decir, por la mayoría requerida para decidir y, en este caso, bajo un mismo fundamento. (9) Un ministro concurrió con su voto del que emana una muy sugerente argumentación acerca de lo que se denomina “el margen de apreciación nacional” mentada por el juez como “*esfera de reserva soberana*” que emerge del art. 27 de la Constitución Nacional. Reserva que debe de aplicar la Corte Suprema ¿y los demás tribunales judiciales? —porque es la que interpreta las normas en los casos concretos—. (10) Por fin, en el fallo se emitió una disidencia de quien mantiene su criterio sobre el punto, aludiendo a precedentes del Tribunal muy significativos. (11) En suma, se expidieron todos los integrantes del Tribunal, mediante tres votos. Y todo ello en una

sentencia que puede ser considerada breve para los estándares de la Corte Suprema en fallos de la envergadura de “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto”.

En cuanto a lo sustantivo, puede afirmarse que, en primer lugar, se manifiesta en el fallo de la Corte Suprema una regla clara acerca del alcance de la obligatoriedad de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para el Estado argentino, cuando éste es el condenado en un proceso jurisdiccional internacional, con un límite sustantivo. En segundo término, el rechazo de la Corte argentina a revocar una de las sentencias firmes del Tribunal no afecta, en rigor, a los denunciados en la contienda internacional. Diría que no produce otro efecto que el de mantener una decisión que les fue adversa a los demandados en el orden local, los señores Fontevecchia y D’Amico. Pero, resulta claro que, al mismo tiempo, esta decisión se mantiene como precedente aunque ese precedente puede mudar en decisiones futuras o no ser considerado a la hora de sentenciar.

A más de ello, la Corte Suprema se pronunció sobre varias cuestiones que están ligadas entre sí, a propósito de los lindes de la obligatoriedad de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuando el Estado resulta condenado. En ese sentido del fallo emerge doctrina acerca de la competencia de la Corte Interamericana y sus límites; los bordes de esa competencia con relación al modo en que se otorgó jerarquía constitucional a los Tratados de Derechos Humanos; al significado del art. 27 de la Constitución Nacional y su relación con la supremacía de la Corte; a la calidad del sistema internacional de protección de los derechos humanos respecto a los sistemas jurídicos nacionales.

Adicionalmente, la Corte decidió medidas respecto al eventual afectado por la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que no fue parte en el proceso internacional.

Sobre esas cuestiones se elaboraron reglas, algunas muy precisas, otras implícitas. Veamos, antes de ellas, sendos precedentes que proveyeron insumos para la resolución del caso.

III. El precedente del caso “Cantos”

Como ya se adelantó, en “Resolución 1404/03” a propósito de la presentación efectuada por el Procurador del Tesoro ante la Corte Suprema, solicitando al Tribunal que instrumentara el cumplimiento de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso “Cantos” se examinaron por el primer voto, las concurrencias y las disidencias, algunas de las principales cuestiones abordadas en “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto”. (12)

En la condena a la República Argentina en la instancia internacional se dispuso que el Estado debía: a) abstenerse de cobrar a Cantos, la tasa de justicia y la multa

por falta de ese pago; b) fijar en un monto razonable los honorarios devengados en la causa tramitada en el orden interno; c) asumir el pago de los honorarios y costas correspondientes a los peritos y abogados del Estado y de la Provincia de Santiago del Estero (ésta parte en el conflicto con Cantos, en el orden nacional); d) levantar los embargos e inhibiciones que pesaban sobre el denunciante por el no pago de la tasa de justicia y por los honorarios regulados.

La Corte Suprema, por mayoría y dos votos en concurrencia, desestimó la presentación del Procurador del Tesoro. (13) De todos modos, según lo interpreto y por el modo en que se expidieron los ministros del Tribunal, no emanó de la sentencia una doctrina consolidada acerca de los interrogantes planteados, como sí ocurrió más de trece años después, de “Ministerio de Relaciones y Culto”.

En efecto, en “Resolución 1404/03” tres jueces sostuvieron que hacer lugar a la petición del Procurador del Tesoro equivaldría a violar el derecho de defensa de quienes no fueron parte en el proceso internacional, por lo que rechazaron ese pedido. (14) Consideraron, además, que ello implicaría tanto como incumplir el Tratado con el fin de cumplirlo. En esa misma línea, la disidencia de Boggiano —dividiendo el decisorio— dispuso dar traslado a los terceros afectados, para no vulnerar los derechos de éstos bajo la Convención, pero mandó cumplir al Estado el resto de lo peticionado. (15) También concurriendo, Petracchi y López entendieron que la Corte Suprema —en las circunstancias del caso— carecía de atribuciones para modificar sentencias con autoridad de cosa juzgada, lo que no le impedía al Poder Ejecutivo tomar las medidas que considerara apropiadas, en el ámbito de su competencia, para cumplimentar la decisión de la Corte internacional, incluida la iniciativa legislativa. (16) En cambio, la disidencia de Maqueda, haciendo mérito de que los fallos de la Corte Interamericana son definitivos e inapelables, los entendió obligatorios para el Tribunal; derivó de ello la obligación de la Corte Suprema de velar a fin de que la buena fe rija la actuación del Estado Nacional en el orden internacional y afirmó que aquellas sentencias no pueden ejecutarse parcialmente. (17)

Aunque ninguno de los integrantes del Tribunal rehusó desconocer las obligaciones internacionales del Estado bajo las cláusulas de la Convención, sólo parece haber una saludable unidad de criterio acerca de la preservación de los derechos —por lo menos a ser oído— de quienes no fueron parte en el proceso internacional pero resultaron afectados por él. En cambio, existen discrepancias acerca de ¿cuál poder del Estado es el obligado en primer lugar a cumplir con la sentencia? ¿de qué modo? y ¿con cuál extensión? (18)

IV. El precedente “Derecho, René” y la disidencia conjunta de Fayt y Argibay

En el primer fallo en el caso “Derecho” la Corte había confirmado la sentencia re-

currida, en tanto en ella se había declarado extinguida la acción penal por prescripción, contra René Derecho. Sin embargo, la controversia judicial deparó una novedad inquietante posterior al fallo referido.

En efecto, planteado un recurso de aclaratoria por el querellante en esos autos, la Corte Suprema emitió otra decisión pero enderezando el reclamo como una revocatoria. El querellante había obtenido una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos —caso “Bueno Alves vs. Argentina”— en la que se le reconocieron las violaciones a varios de sus derechos convencionales por la acción de agentes policiales del Estado argentino. (19) En consecuencia, en lo que planteó como una aclaratoria, solicitó a la Corte Suprema que “indique el auténtico alcance jurisdiccional” de la resolución del Tribunal emitida en “Derecho” a la luz del citado caso “Bueno Alves”. La Corte Suprema, volviendo sobre su decisión anterior, por mayoría y a fin de dar estricto cumplimiento a lo ordenado por la Corte Interamericana, dispuso la revocatoria de su propia sentencia, dejó sin efecto el fallo anterior y mandó dictar nuevo pronunciamiento con arreglo a lo decidido. (20)

Por su parte, la disidencia —aunque dejó fuera de discusión “el carácter vinculante de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino”, al confirmar la prescripción declarada— formuló una serie de consideraciones que pusieron en evidencia las diferentes perspectivas acerca del alcance y límites del valor vinculante de la denominada *jurisprudencia internacional*, en este caso, nada menos que de las sentencias de la Corte Interamericana.

En primer lugar, la disidencia integrada por los entonces jueces Fayt y Argibay hizo mérito de la doctrina sentada por el tribunal regional en “Bueno Alves”. En esta sentencia la Corte Interamericana había afirmado que “comparte el criterio del Estado [argentino] expresado en su contestación de demanda respecto a que ‘si bien los actos de tortura perpetrados contra el señor Bueno Alves han quedado alcanzados por la protección de [...] de la Convención Americana, ello no significa que deban ser calificados *per se* como delitos de lesa humanidad’ como lo pretende la representante de la víctima, debido a que tales actos no forman parte de un contexto de ataque generalizado o sistemático contra una población civil” (párrafo 87). (21)

En segundo término, la minoría hizo foco en que la Corte Interamericana había condenado “*exclusivamente*” al Estado argentino, lo que comprendía el derecho a percibir una indemnización y asegurar las garantías a la víctima en el pleno goce de sus derechos. Por fin, puso de resalto que extender la condena del tribunal regional al procesado —quien no había sido parte del proceso internacional— implicaría para el Estado argentino, al dejar sin efecto una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, la

{ NOTAS }

(7) Caso CIDH, “Cantos vs. Argentina”, del 28/11/02, Fondo, Reparaciones y Costas.

(8) Cfr. “Monges, Analía c. Universidad de Buenos Aires”, Fallos: 319:3148. (1996); “Chocobar, Sixto”, Fallos: 319:3241 (1996); “Petric”, Fallos: 321:885 (1998); “Arancibia Clavel”, Fallos: 327:3312 (2004).

(9) Cfr. CS, “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/informe sentencia dictada en el caso ‘Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina’ por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, 368/1998 (34-M)/CS1 (2017). Voto de la mayoría de fundamentos integrada por los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco y Rosenkrantz.

(10) Cfr. en “Ministerio...”, consid. 5º de la concurrencia del juez Rossatti.

(11) Cfr. en “Ministerio...”, consid. 3º de la disidencia del juez Maqueda.

(12) Cfr. “Resolución 1404/03” *in re* “Cantos”, Fallos: 326:2968 (2003).

(13) Firmaron el primer voto, los jueces Fayt y Moliné O’Connor. Concurrieron en una decisión compartida los ministros Petracchi y López y, por su lado, el ministro Vázquez. Los jueces Boggiano y Maqueda elaboraron sendas disidencias.

(14) Cfr. Consid. 4 de la mayoría y consid. 8 de la concurrencia de Vázquez.

(15) Cfr. Consids. 6 y 4 y 5, respectivamente de la disidencia de Boggiano.

(16) Concurrencia de los ministros Petracchi y López. (Bastardilla agregada).

(17) Cfr. Consids. 4, 7 y 8, respectivamente de la disidencia del ministro Maqueda.

(18) Cfr. el examen crítico de “Resolución 1404/03”. Ver nota 4.

(19) Cfr. CIDH, “Bueno Alves vs. Argentina”, del 11/05/07, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C. Nº164.

(20) Cfr. consids. 3º y 5º de la mayoría de fundamentos integrada por los jueces Highton de Nolasco, Petracchi y Zaffaroni en “Derecho” C.S.D. 1682. XL (2011).

Concurrió con su voto el juez Maqueda. No votó el juez Lorenzetti.

(21) Cfr. consid. 6º de la disidencia de los jueces Fayt y Argibay en “Derecho”. C.S.D. 1682. XL (2011). (Bastardilla agregada). Nótese que tanto el Estado Argentino como la Corte Interamericana de Derechos Humanos hacen suya la caracterización de delitos de lesa humanidad, conforme lo dispuesto por el Estatuto de Roma de la Corte Internacional Penal (17/7/1998), en el art. 7.1. Este Estatuto fue aprobado en la República Argentina mediante la ley 25.390 (Promulgada de Hecho el 8/1/2001). La normativa fue implementada por la ley 26.200. (Promulgación de Hecho: 5/1/2007).

paradoja de cumplir con sus obligaciones internacionales a costa de violar derechos y garantías constitucionales y convencionales. (22)

Las diferencias entre el voto de la mayoría en “Derecho, René” y el de la mayoría de fundamentos y la concurrencia en “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto”, no pueden ser más notorias y significativas. En el primero la Corte Suprema aceptó *revocar su propio fallo* en consecuencia de una sentencia internacional, dejando sin efecto una prescripción definitiva y sin atender los derechos del procesado. El cambio de jurisprudencia, en este punto al menos, no puede ser más saludable para los derechos de quienes no participaron en el proceso internacional, pero ello sin mengua de los derechos de quienes sí recurrieron a esa instancia controversial.

V. Las reglas de “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto”

Al desestimar la presentación y la petición del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, la Corte sostuvo, en lo que constituye la primera regla del caso, que: a) *en principio* las sentencias de la Corte Interamericana son obligatoria para el Estado argentino condenado, siempre que el tribunal regional se expida dentro de su competencia, establecida en la Convención Americana de Derechos Humanos; (23) b) Los límites de la competencia de la Corte Interamericana derivan de: b’) por la propia definición el sistema internacional, éste es subsidiario del nacional. Por ello es que antes de ocurrir a ese sistema deben agotarse las instancias locales. A más, la Corte Interamericana no constituye una cuarta instancia, como ella misma lo ha reconocido en sus precedentes; (24) b’’) del

orden jurídico interno de la República Argentina en tanto el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional declara la jerarquía constitucional a los Tratados de Derechos Humanos que “no derogan artículo alguno de la Primera parte de la Constitución”. Entre esos artículos no derogados está el art. 27 que preserva los “principios de derecho público establecidos en la Constitución”, por sobre los tratados con las potencias extranjeras. De estos principios se deriva la supremacía de la Corte argentina —consagrada en el art. 108 de la Constitución Nacional— lo cual le impide revocar sus propias sentencias firmes. (25) En este punto surge un matiz de diferenciación que considero importante entre el voto de la mayoría de fundamentos y el de la concurrencia.

Haciendo pie en la ya recordada expresión del art. 72, inc. 22 acerca de que la jerarquía constitucional de los Tratados de Derechos Humanos “no derogan artículo alguno de la Primera Parte de la Constitución”, la mayoría considera que para la Corte Suprema el art. 27 de la Constitución constituye un “valladar infranqueable para los tratados internacionales (Fallos: 317:1282)”. Hago notar, por mi parte, que la cita de Fallos: 317:1282 (1994) corresponde a los autos “Café la Virginia”, con la limitación que ello implica. Por su parte, la concurrencia sostiene que no es posible, sin más, de modo automático, hacer prevalecer “sin escrutinio alguno, el derecho internacional —sea de fuente normativa o jurisprudencial— sobre el ordenamiento constitucional”. (26) He ahí, también sostenido de modo expreso, los límites del *control de convencionalidad* que, así lo interpreto de este voto, debe pasar, para ser aplicado, el escrutinio del derecho público argentino, aunque se trate de una sentencia de la Corte Interamericana.

Por fin, acerca de los derechos de quienes no participaron en el proceso internacional pero pueden verse afectados por las disposiciones de la Corte Interamericana que surjan de sus sentencias, la Corte —siguiendo sobre el punto el dictamen de la Procuradora General— decidió dar vista al actor, Carlos Menem, quien había demandado y obtenido sentencia favorable contra los señores Fontevecchia y D’Amico. (27) Aunque el requerido al responder dijo que por no haber sido parte en el proceso internacional en el que se condenó al Estado argentino, nada debía expresar, la preocupación del Tribunal es atendible y pone de manifiesto cuán cuidadosa debe de ser, también en sus fallos, la Corte Interamericana.

VI. Las proyecciones de la sentencia en el orden nacional y en el internacional

Por cierto, el Estado argentino es responsable en el orden internacional por eventuales violaciones a los derechos humanos que se generen por la actuación de sus instituciones y organismos y ello produce efectos en el orden interno. En consecuencia, cada uno de los *poderes*, en la medida de sus competencias, como bien dijo la Corte Suprema en “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto”, debe compatibilizar el orden jurídico interno con aquellos compromisos y preservar mediante los mecanismos constitucionales los derechos y garantías de quienes no han sido oídos en el proceso internacional.

El Tribunal argentino sostuvo, en buena hora, su carácter de supremo en el orden jurisdiccional. En el caso, esa reivindicación fue, también, simbólica porque lo cierto es que con su decisión no afectó en los hechos las facultades y garantías con-

vencionales de quienes recurrieron a la instancia internacional. Por eso considero extrema la crítica formulada al fallo por quien fue miembro de la Corte Suprema y hoy es uno de los integrantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Cualquiera que sea la interpretación de “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto”, el Tribunal argentino no “se independizó del Estado” ni “inauguró una república judicial propia”. (28) Claro que hay un cambio de doctrina jurisprudencial, pero no se han desconocido las obligaciones internacionales, por lo menos referidas a los amparados en el orden internacional y a quien obtuvo reconocimiento de sus derechos en el orden local, antes del proceso internacional.

Habrà que ver el rodaje de la sentencia y cómo cuaja, o no, el interesante criterio desplegado por la concurrencia a propósito de la “esfera de reserva” del art. 27 de la Constitución Nacional del que el juez Rosatti deriva “un margen de apreciación nacional” en la aplicación de los Tratados de Derechos Humanos y la necesidad de recurrir a una *interpretación armónica* entre lo dispuesto por la Corte Interamericana y el ordenamiento constitucional argentino. (29) Porque, conviene tenerlo presente, el Estado cuando firma y ratifica Tratados de cualquier tipo, se obliga a sí mismo y no debe borrar por vía oblicua aquello a lo que se comprometió en el orden internacional. En algunos casos para proteger derechos humanos en sentido estricto. En otros, además, para preservar la seguridad jurídica y la confianza internacional en la República Argentina. ●

Cita on line: AR/DOC/500/2017

{ NOTAS }

(22) Cfr. consid. 6º, 7º y 8º del voto en disidencia en “Derecho.” CS. D. 1682. XL (2011).

(23) Cfr. consid. 6, 13 y 20 de la mayoría de fundamentos y consid. 4º, último párrafo de la concurrencia del juez Rozatti, en “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto”.

(24) Cfr. consid. 8º y 9º de la mayoría de fundamentos y Cfr. 5º considerando de la concurrencia, en “Ministerio...”.

(25) Cfr. consid. 16 y 17 de la mayoría de fundamentos y consid. 5º y 6º de la concurrencia en “Ministerio...”.

(26) Cfr. consid. 5º de la concurrencia en “Ministerio...”.

rio...”.

(27) Cfr. consid. 5º de la mayoría de fundamentos y consid. 5º de la concurrencia en “Ministerio...”.

(28) Cfr. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, su publicación en la Agencia Paco Urondo, transcrito por INFOBAE el 17 de febrero de 2017, de donde tomo la opinión del ex

ministro de la Corte Suprema.

(29) Cfr. consid. 5º y 7º de la concurrencia en “Ministerio...”.

¿Ser “intérprete supremo” en una comunidad de intérpretes finales?

DE VUELTA SOBRE UNA INTERPRETACIÓN “CREACIONISTA” DE LOS DERECHOS HUMANOS

SUMARIO: I. De frente a un escenario de fragmentación jurídica y pluralismo interpretativo: la necesidad de desarrollar una técnica de cohabitación para articular las relaciones interordinamentales.— II. Hechos que originan el presente comentario.— III. Al “rescate” del derecho a la última palabra.— IV. El control de “identidad constitucional” como técnica de cohabitación.— V. Una interpretación “creacionista” de los derechos humanos: ¿la CADH como un bosque petrificado por el tiempo? —VI. Consideraciones finales.

Calogero Pizzolo

I. De frente a un escenario de fragmentación jurídica y pluralismo interpretativo: la necesidad de desarrollar una técnica de cohabitación para articular las relaciones interordinamentales

La trascendencia de la sentencia que anotamos nos impone como necesidad metodológica explicar ante todo, aunque más no

sea sumariamente, el contexto jurídico en que se inserta. Sucede que la época actual, que en suerte o en desgracia nos toca vivir, nada o muy poco mantiene de épocas pretéritas donde la figura del Estado-Nación concentraba la atención del escenario jurídico. Las fronteras del Derecho coincidían entonces con las fronteras nacionales celosamente custodiadas por jueces supremos

que aplicaban un sistema de fuentes caracterizado por la *unidad interpretativa* representada por la Constitución. La tutela de los derechos humanos, por ejemplo, entraba en el dominio reservado de los Estados y, por ende, cualquier “control externo” sobre su vigencia era abiertamente rechazado como una injerencia sobre la soberanía nacional. No había ocasión ni lugar para la *interconexión* con sistemas jurídicos autónomos desarrollados *más allá* del Estado en el espacio supranacional.

Cruz Villalón escribió que, las constituciones nacionales “no fueron pensadas para entenderse las unas con las otras”. Las constituciones nacieron con no pocos problemas y no pocas tareas, pero entre ellas no se encontraba la de generar pautas de convivencia interna. Por el contrario, las constituciones nacionales, como las entendemos hoy día, “se imaginaron como normas supremas de unidades políticas idealmente aisladas: normas organizativas y limitativas de los poderes del Estado”. Otra cosa no tenían que decir, pero ello era suficiente para afirmar su “posición única y su posición de supremacía”. (1) Al describir el espacio constitucional europeo

● VIENE DE PÁGINA 7

actual —donde conviven dos tribunales supranacionales⁽²⁾ con los tribunales nacionales—, el antiguo presidente del Tribunal Constitucional español señala que se trata de un ámbito en el cual cada una de sus comunidades nacionales integrantes “no se rige exclusivamente por la respectiva Constitución nacional, sino en el que, junto a éstas, otras normas determinan materialmente su constitucionalidad”.⁽³⁾ En otras palabras, las constituciones nacionales devienen en “constituciones integradas”. Van a dejar de ser, “Constituciones enteramente autodeterminadas”.⁽⁴⁾

La *tensión interordinamental* generada a partir del pluralismo jurídico entre los ordenamientos involucrados es propia de nuestro tiempo y asume la forma general de una *convergencia de interpretaciones*. El concepto de pluralismo jurídico —reflejo de la fragmentación apuntada—, en opinión de Bogdandy, no implica una estricta separación entre regímenes jurídicos; por el contrario, promueve la idea de que “existe una interacción entre los distintos ordenamientos jurídicos”. Este concepto conlleva además, afirma el mismo autor, importantes consecuencias para la concepción del derecho constitucional: “ninguna constitución es ya un universo en sí mismo, sino más bien un elemento de un ‘pluriuniverso’ normativo”.⁽⁵⁾ En este contexto se propone el concepto de “acoplamiento entre ordenamientos jurídicos” para explicar las relaciones normativas de tipo interordinamental.

La sentencia bajo análisis presenta una cuestión sumamente compleja por resolver: de frente a la *unidad interpretativa* propia de un orden jurídico estatal representado por la Constitución, se ha desarrollado un espacio jurídico *fragmentado*, donde los intérpretes de las normas constitucionales conviven con una pluralidad de *centros autónomos de interpretación* en sede supranacional interconectados entre sí, de modo que se influyen todo el tiempo. Esta fragmentación se impone desde el espacio supranacional —hacia donde la propia Constitución se abre tendiendo “puentes” a partir de diversos *mandatos de apertura* como el contenido en el artículo 75 inc. 22, Const. Nac. Todo ello en el marco de una *universalización* del derecho y una interacción de sistemas jurídicos cada vez más intensa, en especial en materia de derechos humanos.

Diversos actores —personas físicas, Estados y organizaciones internacionales— según Shany, se expanden e interactúan en el ámbito internacional, lo cual hace “necesario e inevitable que los sistemas legales en dicho nivel también experimenten un cierto crecimiento”. El citado autor habla en términos de *explosions*. Así Shany refie-

re a que, por ejemplo, en los últimos años el derecho internacional se ha expandido a zonas donde no existía previamente ninguna regulación internacional, proliferando a la vez sus respectivos centros de interpretación junto a sus sistemas de solución de controversias.⁽⁶⁾ Estas *explosions* o tendencia a la expansión [*trend of expansions*] han contribuido a aumentar el riesgo de una mayor posibilidad de superposición jurisdiccional [*jurisdictional overlap*] entre los tribunales y cortes internacionales.⁽⁷⁾ Para Lavranos, entre los “problemas fundamentales” que han surgido producto de la *jurisdictional competition* se encuentran —en primer lugar— las inconsistencias en la ley [*inconsistencies in law*], las cuales, o bien crean interpretaciones jurídicas conflictivas, o bien la imposibilidad de sacar el máximo provecho de la ley y la jurisprudencia de otros tribunales y cortes que pueden estar envueltos en una disputa. El resultado es, se concluye, un efecto de fragmentación que afecta a los sistemas legales involucrados.⁽⁸⁾

La principal consecuencia de esta *apertura* del derecho interno hacia el espacio jurídico supranacional fragmentado ha sido el *pluralismo jurídico* —o bien la presentación del derecho como un espacio pluridimensional—. La segunda —claro efecto de la primera—, la apuntada *pérdida de la unidad jurídica fundada en las constituciones decimonónicas*. Todo lo cual ha traído como consecuencia directa la *erosión* del monopolio en el ejercicio del control de constitucionalidad a cargo de un juez nacional que ostentaba, como una de sus principales competencias, el *derecho a la última palabra en la interpretación del orden jurídico*. La unidad jurídica se manifestaba, por lo tanto, en una *unidad interpretativa*. A los jueces se les reconocía la última palabra en la medida que ellos ocupaban la máxima instancia en la interpretación de un ordenamiento integrado por normas ordenadas jerárquicamente.

En un escenario de fragmentación, por el contrario, compuesto por una diversidad de sistemas jurídicos autónomos pero interconectados entre sí y que se influyen recíprocamente, las relaciones interordinamentales refieren a las *relaciones* entre sus respectivos intérpretes finales que se integran en una comunidad. El “diálogo” entre las Cortes “es, por lo tanto, *in nuce* una comparación entre interpretaciones”.⁽⁹⁾

Dicha comunidad de intérpretes finales se forma y evoluciona como tal a partir de *normas interconectadas*. Al vincular entre sí un entramado normativo —en el presente caso sobre la regulación de la libertad de expresión y el derecho a la intimidad—, dichas normas lejos están de representar una simple y abstracta recopilación. Al mismo tiempo que se forman, se forma con ellas una *comunidad de intérpretes* que

reclaman para sí la última palabra, en el ámbito propio de su competencia. Competencia que se ejerce con relación a una materia común, por lo tanto, no es difícil visualizar el núcleo problemático: se presentan varios directores de orquesta dispuestos a interpretar, en simultáneo, la misma partitura. ¿Qué pasaría si, al mismo tiempo, cada director decide imponer un ritmo distinto? ¿Qué separaría entonces a la interpretación de los derechos de una convergencia de sonidos caótica e indescifrable? Por último, ¿qué vigencia de los derechos queda garantizada con voces superpuestas que pretenden decirnos que significan?

Ahora bien, la comunidad de intérpretes finales se encuentra integrada ante todo por el intérprete de la *primera palabra*, esto es, los jueces nacionales que ejercen de manera *exclusiva* la competencia de interpretar la voz —y los silencios— del constituyente.⁽¹⁰⁾ Estos jueces nacionales, en la etapa de unidad interpretativa previa a la fragmentación, ostentaban también el monopolio de la interpretación de la *última palabra*. Pero ocurre que al integrarse en una comunidad de intérpretes finales, si bien no pierden esta segunda competencia, pasan a ejercerla en superposición con los demás intérpretes que forman parte de dicha comunidad.

La posibilidad de escuchar un *coro de voces* sobre el contenido y alcance de los derechos humanos potencia el conflicto entre las partes. La salida al *bloqueo* de la eficacia de dichos derechos, lo cual acontecería frente a interpretaciones divergentes u opuestas de un mismo derecho —como en el caso que nos ocupa—, es profundizar en las *relaciones de cooperación no en la confrontación monologada*. Cada uno de los intérpretes finales que hacen parte de la comunidad cooperan entre sí, si logran desenvolver un diálogo interjurisdiccional. Precisamente es este diálogo el instrumento idóneo para alcanzar los consensos mínimos que permitan una cohabitación pacífica. Estos consensos se expresan en técnicas de cohabitación practicadas por las partes y que, en esencia, implican un ejercicio de auto-contención o deferencia jurisdiccional.

Las relaciones entre intérpretes procuran ser, pues, de cooperación. Ello implica abandonar, como principio de las relaciones interordinamentales, el de *ordenación jerárquica*. Este principio es propio de la época clásica donde dominó la unidad interpretativa que hoy se ha perdido a manos de la fragmentación. Las relaciones entre los Tratados de la UE, las constituciones de los Estados y otras normas de relevancia a estos efectos, como es el CEDH —expone García Roca—, “no se basan en relaciones de jerarquía, de supremacía material y formal, sino que son un conjunto de fuentes cuya validez no deriva

cada una de la otra, pero que se relacionan entre sí de manera interdependiente y ordenada mediante un trabajo en red. Esta es la cuestión común a todas las relaciones fundadas en el diálogo”. La vieja pirámide de la teoría escalonada del derecho, construida en los años veinte y treinta por la escuela de Viena, “ya no nos vale como visualización del nuevo fenómeno ni menos aún como explicación u ordenación de las relaciones y del funcionamiento del sistema”.⁽¹¹⁾

En un modelo pluralista —según Torres Pérez— coexisten ordenamientos jurídicos, distintos pero interdependientes, cuyas respectivas normas fundacionales constitucionales no están jerárquicamente ordenadas. La falta de jerarquía entre las normas fundacionales de los sistemas jurídicos que interactúan en un mismo ámbito espacial “no es un defecto a superar, sino una característica básica del modelo”.⁽¹²⁾

Jacqué insiste en que la visión fundada en la ordenación jerárquica que propone la pirámide de Kelsen no permite explicar la realidad actual: si el análisis clásico conserva cierta utilidad en el estudio de la relación entre normas hacia el interior de un mismo orden jurídico, afirma este autor francés, aquél cede al momento de intentar explicar las relaciones complejas entre ordenamientos jurídicos.⁽¹³⁾ Gomes Canotilho, por su parte, defiende que la pirámide normativa está anticuada. En general, se decía y enseñaba —afirma el citado autor portugués— que la Constitución representaba el vértice superior de un sistema de normas construido bajo la forma de una “pirámide jurídica”, la cual, en su globalidad, formaba un orden jurídico. Este modelo no tiene hoy virtualidades suficientes para explicar la relevancia del derecho internacional y el actual derecho de la UE: no existe sólo una norma en la cúspide del ordenamiento; en el nivel superior se sitúan varios ordenamientos superiores —ordenamiento constitucional, ordenamiento internacional y ordenamiento comunitario (UE)— cuya articulación ofrece inequívocas dificultades, sobre todo cuando cualquiera de esos ordenamientos disputa la supremacía normativa o, por lo menos, la aplicación preferente de sus normas y principios.⁽¹⁴⁾

Lo característico de las situaciones de pluralismo como las descritas, afirma Bustos Gisbert, es que “ya no puede existir, por definición, una instancia última de solución de controversias jurídicas”. Existirán tantas instancias como ordenamientos constitucionales estén siendo aplicados simultáneamente. No hay ya, por tanto, “una clara unidad de interpretación, sino tantas unidades de interpretación como ordenamientos constitucionales componentes de ese pluralismo reconozcamos”. En tales casos, concluye Bustos Gisbert, existe un contexto de conflicto potencial entre distintos

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) Ver CRUZ VILLALÓN, Pedro, “La constitución inédita. Estudios ante la constitucionalización de Europa”, Ed. Trotta, Madrid, 2004, p. 134.

(2) Nos referimos al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) con sede en Estrasburgo intérprete del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), y al Tribunal de Justicia intérprete del derecho de la Unión Europea (UE) donde destaca su propia Carta de Derechos Fundamentales (Carta de Niza).

(3) CRUZ VILLALÓN, Pedro, “La constitución inédita...”, ya citado, p. 14.

(4) *Íd.*, p. 61.

(5) BOGDANDY, Armin von, “Del paradigma de la soberanía al paradigma del pluralismo normativo. Una nueva perspectiva (mirada) de la relación entre el ordenamiento internacional y los derechos nacionales”, en *Internacionalización del derecho constitucional*,

constitucionalización del derecho internacional, EU-DEBA, Buenos Aires, 2012, p. 26.

(6) Se cita en este sentido a la Organización Mundial de Comercio y su sistema de paneles, el Acuerdo de Libre Comercio de América del Norte, o bien los procedimientos de investigación de los paneles de inspección del Banco Mundial.

(7) SHANY, Yuval, “The Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals”, Oxford University Press, 2003, p. 10.

(8) LAVRANOS, Nikolaos, “The Solange-Method as a Tool for Regulating Competing Jurisdictions among International Courts and Tribunals”, en *Loyola Marymount University and Loyola Law School*, vol. 30, 2008, p. 333.

(9) RUGGERI, Antonio, “‘Dialogo’ tra le Corti e tecnice decisorie, a tutela dei diritti fondamentali”, n.º 24/2013, <http://www.federalismi.it/docu->

[ment/03122013155424.pdf](http://www.federalismi.it/docu-ment/03122013155424.pdf), p. 7.

(10) Ver PIZZOLO, Calogero, “Las normas interconectadas: entre la primera y la última palabra en materia de derechos humanos”, en LA LEY del 8 de julio de 2015, p. 1.

(11) GARCÍA ROCA, Javier, “El diálogo entre el Tribunal de Derechos Humanos, los Tribunales Constitucionales y otros órganos jurisdiccionales en el espacio convencional europeo”, en *Diálogo jurisprudencial en Derechos humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales (In Memoriam Jorge Carpizo, generador incansable de diálogos...)*, Tirant lo Blanch, México D. F., 2013, p. 226 a 227. Las necesidades inherentes a la integración europea y latinoamericana “nos obligan a flexibilizar las categorías tradicionales y a comprenderlas de manera diversa y dinámica. Un Tratado puede no ser una Constitución, pero a veces ambas cosas se aproximan mucho como v.gr. ocurre

en el origen de una constitución federal en un Estado federal clásico que proceda de la evolución de una Confederación” (*Íd.*).

(12) TORRES PÉREZ, Aída, “Principio fundamentales del poder público globalizado: comentarios desde la perspectiva europea”, en *Soberanía y Estado abierto en América Latina y Europa*, UNAM-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, México, 2014, p. 134. Sin resaltar en el original.

(13) JACQUÉ, Jean-Paul, “‘Droit constitutionnel national, Droit communautaire, CEDH, Charte des Nations Unies’. L’instabilité des rapports de système entre ordres juridiques”, en *Revue française de droit constitutionnel*, 2007/1 n.º 69, p. 5.

(14) GOMES CANOTILHO, J.J., “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, Edições Almedina, Coimbra, séptima edición (undécima reimpresión), 2003, p. 695.

ordenamientos constitucionales que ha de resolverse de manera no jerárquica. (15)

La convergencia en una comunidad de intérpretes a partir de la formación de normas interconectadas no implica una prevalencia declarada en virtud de la jerarquía de ningún intérprete sobre otro. La noción misma de pluralidad interpretativa, representativa de la actualidad jurídica, aparece como incompatible no sólo con la idea de unidad sino de ordenación jerárquica que esta última defiende a partir del uso de un lenguaje absoluto e interpretaciones excluyentes no conformes.

Lo dicho hasta aquí, volviendo a García Roca, se proyecta en “un cambio revolucionario en la idea de jurisdicción constitucional, muy ligada desde el origen al ‘monopolio’ para el control de las leyes del cual emana la misma idea de ‘valor de ley’”. Al igual que los tribunales constitucionales desplazaron como supremos a los tribunales supremos, las jurisdicciones constitucionales han comenzado a compartir esa superioridad con entidades supranacionales: “Nadie es totalmente supremo en una estructura judicial de trabajo en red”. (16)

Defiende Ruggeri que para que el diálogo interjurisdiccional se revele un “instrumento precioso” en la tutela de los derechos, es *conditio sine qua non* abandonar un “*habitus mental*”, lamentablemente muy difundido entre los intérpretes tanto en el ámbito interno como externo, que lleva a “encejarse como una almeja en sí mismos, no reconociendo que ordenamientos diversos al de pertenencia puedan ofrecer material normativo y jurisprudencial idóneo para aumentar el nivel de protección de los derechos y consentir por tanto dar una respuesta mayor a las demandas de justicia que las que podría encontrarse en el material disponible en el propio ordenamiento”. Las constituciones, o lo que es prácticamente lo mismo, las Cortes —concluye sobre este punto Ruggeri— “se exaltan en el mismo momento en que se humillan [*si esaltano nel momento stesso in cui si umiliano*]”. La ausencia de humildad, por el contrario, se vuelve en contra de sí mismas, porque a fin de cuentas no consienten la óptima realización de los principios de libertad e igualdad: “un costo —no debe perderse nunca de vista— que viene pagado sobre la piel de los seres humanos, especialmente de aquellos que se encuentran más débilmente expuestos”. (17)

El diálogo interjurisdiccional será entonces la herramienta con la cual los jueces intentarán reconstruir o más bien recrear —en base a consensos— una nueva

unidad interpretativa que limite las incertezas originadas en la fragmentación jurídica.

Ahora bien, para que el diálogo finalmente pueda expresarse es necesario entre los miembros intérpretes —como quedó expuesto— alcanzar consensos en torno a técnicas de cohabitación. El uso de una técnica de este tipo permite, en el contexto de un proceso deliberativo, que una parte *consienta* a la otra avanzar con su argumentación jurídica sin contradecirla, desconocerla o interfiriendo en sus argumentos. Estas técnicas no se alejan de un ejercicio de tolerancia, de deferencia, puesto de manifiesto en la aceptación —tácita o expresa— de interpretaciones sobre el contenido material de los derechos reconocidos formalmente y de modo concurrente por los distintos componentes normativos que forman la norma interconectada. Las técnicas de cohabitación, en síntesis, son las vías por donde discurre el diálogo. En este sentido, hacen a la vez de instrumentos *formadores* de consensos mínimos que encuentran en el principio *pro homine* su límite de actuación.

Cuando hablamos de consensos mínimos señalamos “soluciones de síntesis” centradas en evitar interferir sobre la *eficacia* de la norma interconectada. Alcanzar consensos mínimos implica *articular* entre la comunidad de intérpretes finales una forma específica de lenguaje que comunique a sus integrantes y, a la vez, los represente. Dicho lenguaje se muestra necesariamente como un *lenguaje ambiguo*. A la cohabitación se arriba al costo de sacrificar certeza jurídica. La jurisprudencia, forma de expresión central dentro de la referida comunidad inicia, de este modo, la construcción de categorías jurídicamente indeterminadas tales como “identidad constitucional” —que se encuentra en cuestión en la sentencia anotada—, “tradiciones constitucionales comunes”, “protección equivalente”, “margen nacional de apreciación” o bien “interpretación conforme”. Estas categorías procurarán ser instrumentos para la adaptación de los contenidos de los derechos formalmente reconocidos, a un mosaico de realidades en algunos casos antagónicas entre sí.

Jacqué explica este proceso y sus consecuencias. El período posterior a la Segunda Guerra Mundial estuvo marcado, afirma, “por la multiplicación de sistemas, incluso, de órdenes jurídicos nuevos y yuxtapuestos”. Lo dicho ha traído como consecuencia que la potencialidad del conflicto entre sistemas “se ha multiplicado”. Se ha creado una “complejidad formidable” en la articulación de la relación entre órdenes jurídicos, a punto tal que la pluralidad de inter-

pretaciones en materia de derechos “perjudica la seguridad jurídica”. (18) La “galaxia jurídica contemporánea”, concluye Jacqué “está constituida de planetas que evolucionan los unos en relación con los otros y, cuyos recorridos, se cruzan en múltiples ocasiones”. (19)

II. Hechos que originan el presente comentario

Los hechos que originan el presente comentario son un producto propio de la fragmentación jurídica que acabamos de describir. Se originan en una sentencia de la Corte IDH contra nuestro país. (20) En ella los jueces de San José difieren con los jueces nacionales —incluidos los jueces supremos— sobre la interpretación de derechos que convergen hacia normas interconectadas que entran en conflicto entre sí. La divergencia entre intérpretes se produce en la *forma* y el *modo* en cómo superar dicho conflicto que involucra a la libertad de expresión, por un lado, y el derecho a la intimidad, por el otro. (21) La Corte IDH declaró entonces que el Estado argentino, al condenar a dos periodistas por difundir noticias referidas a un presunto hijo extramatrimonial del entonces presidente Carlos Saúl Menem, violó el derecho a la libertad de expresión reconocido en el artículo 13 (Convención Americana sobre Derechos Humanos, en adelante CADH). Los jueces argentinos, por el contrario, entendieron que la difusión de ciertas notas periodísticas vinculadas con la presunta existencia de un hijo no reconocido de Menem había lesionado *en forma ilegítima* su derecho a la intimidad, tutelado no sólo por el artículo 19 (Const. Nac.) sino por los artículos 17, párrafos 1 y 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 11, párrafos 2 y 3 (CADH), entre otras normas. (22)

En consecuencia con lo anterior, la Corte IDH ordenó un conjunto de medidas de reparación a favor de los periodistas. Dispuso que el Estado argentino debe: *dejar sin efecto las sentencias civiles en todos sus extremos* (23); publicar la sentencia del 29 de noviembre de 2011 en el Boletín Oficial, en un diario de amplia circulación nacional y en la página del Centro de Información Judicial (CIJ) de la Corte Suprema, por el plazo de un año (24); y estableció, además, una indemnización compensatoria. (25)

En lo que aquí interesa, el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto —en particular la Dirección General de Derechos Humanos— remite un oficio a la Corte Suprema acompañando la citada sentencia de los jueces de San José y expresa que “en atención a lo solicitado por la Secretaría de

Derechos Humanos de la Nación, agencia con competencia primaria en la materia, se remite copia de la misma a fin de cumplimentar, en lo que corresponde de conformidad con su competencia, lo dispuesto en los párrafos 105 y 108 (c) de dicha resolución judicial”. (26) Esto es, se procura mediante la presentación citada dar cumplimiento por parte del Poder Judicial de la Nación, en lo que refiere al ámbito de su competencia, de lo resuelto por la Corte IDH en la citada sentencia condenatoria. Ello implica dejar sin efecto las sentencias de la misma Corte Suprema (27) y de la Sala H de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, que, en su oportunidad, les atribuyeron responsabilidad civil a Jorge Fontevecchia y Héctor D’Amico y los condenaron al pago de una indemnización, con intereses y costas.

III. Al “rescate” del derecho a la última palabra

Como ya observamos, la cuestión detrás de la sentencia que analizamos presenta un núcleo problemático ineludible: ¿Quién tiene la última palabra sobre la interpretación de derechos que aparecen regulados en diversos niveles de protección? La Corte IDH reclama para sí la última palabra en la interpretación de la CADH, la cual converge hacia derechos que también se encuentran reconocidos por normas constitucionales nacionales. En consecuencia, los jueces supranacionales establecen —ejerciendo un control de convencionalidad en sentido estricto— si los Estados partes cumplen o no cumplen con las obligaciones internacionales asumidas al ratificar dicho instrumento sobre derechos humanos.

Delante de esta superposición de competencias, la Corte Suprema defiende para sí una *autoridad interpretativa absoluta y dogmática*. En un escenario de fragmentación jurídica que ha enterrado la unidad interpretativa, la Corte Suprema va al rescate de la última palabra pero no sólo sobre la interpretación de las normas constitucionales. Invocando la defensa abstracta de la Constitución, avanza de igual modo en la interpretación de los instrumentos internacionales con interpretaciones *voluntaristas* y *excluyentes* que, como ocurre en el presente, colisionan abiertamente con la interpretación del intérprete directo de la norma convencional en este caso los jueces de San José. El resultado de este rescate —que encuentra en el diccionario de la Real Academia Española una herramienta de socorro sustancial (28)— no podría ser otro que la violación por parte del Estado argentino de

CONTINÚA EN PÁGINA 10

{ NOTAS }

(15) BUSTOS GISBERT, Rafael, “XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales”, en *Revista Española de Derecho Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*, Madrid, núm. 95, mayo-agosto (2012), p. 22. En estos casos, por tanto, el diálogo —continúa Bustos Gisbert— “se producirá cuando exista una distorsión entre los distintos órganos encargados de interpretar con carácter supremo sus propias normas constitucionales. Distorsión consistente en alcanzar soluciones incompatibles entre sí a idénticos problemas. Esto es, el diálogo no viene impuesto por la diversidad de soluciones, pues la idea de diversidad es consustancial a la idea de pluralismo constitucional”. Lo esencial “es que esa diversidad no conduzca a situaciones de incompatibilidad absoluta” (ídem.).

(16) GARCÍA ROCA, Javier, “El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales en la construcción de un orden público europeo”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, UNED, Madrid, núm. 30, 2012, p. 215.

(17) RUGGERI, Antonio, “‘Dialogo’ tra le Corti e tecnice decisorie, a tutela dei diritti fondamentali”, n.º 24/2013, <http://www.federalismi.it/documnt/03122013155424.pdf>, p. 27.

(18) Las referencias son a las Naciones Unidas y las “instituciones especializadas” y, más recientemente, a la OMC, a los sistemas regionales de protección de derechos humanos y la UE (Cfr. JACQUÉ, Jean-Paul, “Droit constitutionnel national, Droit communautaire, CEDH, Charte des Nations Unies. L’instabilité des rapports de système entre ordres juridiques”, *Revue française de droit constitutionnel*, n.º 69, p. 3 a 4.

(19) JACQUÉ, Jean-Paul, “Droit constitutionnel national, Droit communautaire, CEDH, Charte des Nations Unies. L’instabilité des rapports de système entre ordres juridiques”, en *Revue française de droit constitutionnel*, 2007/1 n.º 69, p. 6.

(20) Corte IDH. Caso “Fontevecchia y D’Amico c. Argentina”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C No. 238.

(21) A diferencia de los jueces nacionales, los jueces supranacionales interpretaron que no se produjo una injerencia arbitraria en el derecho a la vida privada, del señor Menem y que, por lo tanto, la medida de responsabilidad ulterior impuesta resultó innecesaria. En este rumbo, sentenciaron que el proceso judicial llevado adelante en la justicia argentina, la atribución de responsabilidad civil, la imposición de la indemnización, más los intereses, las costas y los gastos, así como

la orden de publicar un extracto de la sentencia y el embargo trabado contra uno de los periodistas, vulneraron el derecho a la libertad de expresión de los señores Jorge Fontevecchia y Héctor D’Amico (Cfr. Corte IDH. Caso “Fontevecchia y D’Amico c. Argentina”, ya citada, párrs. 71 y 72).

(22) Cfr. CS, sentencia de 25 de septiembre de 2001 [“Menem, Carlos Saúl c. Editorial Perfil S.A. y otros”], Fallos: 324: 2895.

(23) En este punto la Corte IDH afirmó que el Estado argentino debe dejar sin efecto las sentencias dictadas en el proceso civil “en todos sus extremos, incluyendo, en su caso, los alcances que éstas tengan respecto de terceros; a saber: a) la atribución de responsabilidad civil de los señores Jorge Fontevecchia y Héctor D’Amico; b) la condena al pago de una indemnización, de intereses y costas y de la tasa de justicia; tales montos deberán ser reintegrados con los intereses y actualizaciones que correspondan de acuerdo al derecho interno y c) así como cualquier otro efecto que tengan o hayan tenido aquellas decisiones. A efectos de cumplir la presente reparación, el Estado debe adoptar todas las medidas judiciales, administrativas y de cualquier otra índole que sean necesarias, y cuenta para ello con el plazo de un año a partir de la notificación de la pre-

sente Sentencia” (Corte IDH. Caso “Fontevecchia y D’Amico c. Argentina”, ya citada, párr. 105).

(24) Cfr. Corte IDH. Caso “Fontevecchia y D’Amico c. Argentina”, ya citada, párr. 108. Obligación esta última que fuera cumplida por la Corte Suprema.

(25) Corte IDH. Caso “Fontevecchia y D’Amico c. Argentina”, ya citada, párrs. 114 a 123.

(26) Cfr. Dictamen de la Procuración General de la Nación de 26 de noviembre de 2014 en la causa “Menem, Carlos Saúl c. Editorial Perfil y otros”, párr. 1.

(27) CS, sentencia de 25 de septiembre de 2001 [“Menem, Carlos Saúl c. Editorial Perfil S.A. y otros”], Fallos: 324: 2895. La misma confirma la sentencia de la Sala H de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil que había hecho lugar a la demanda de daños y perjuicios promovida por el ex Presidente Carlos Saúl Menem. Confirmó de este modo la condena pecuniaria dispuesta por la cámara, reduciendo los montos de condena.

(28) Ver CS, sentencia de 14 de febrero de 2017 [“Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/informe sentencia dictada en el ‘caso Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina’ por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”], consid. 11.

● VIENE DE PÁGINA 9

sus obligaciones internacionales y la consiguiente responsabilidad internacional con la obligación de reparar.

En efecto, los jueces supremos desconocen la competencia de sus pares de San José en la interpretación final de la CADH. Consiguientemente, inauguran un *filtro* al cumplimiento de sus sentencias y resoluciones. En otras palabras, invocando el carácter de intérpretes finales de la Constitución se auto-conceden la prerrogativa de decidir qué sentencias de la Corte IDH cumplir o —como en el presente— incumplir, haciendo caso omiso a la responsabilidad internacional que dicho incumplimiento genera para el Estado argentino e invocando como único argumento la sacralidad de la Constitución y su defensa. En palabras de los propios jueces supremos: “las sentencias de la Corte Interamericana, dictadas en procesos contenciosos contra el Estado argentino *son, en principio, de cumplimiento obligatorio* para este (art. 68.1, CADH). *Dicha obligatoriedad, sin embargo, alcanza únicamente a las sentencias dictadas por el tribunal internacional dentro del marco de sus potestades remediales. En efecto, es con ese alcance que el Estado argentino se ha obligado internacionalmente a acatar las decisiones de la Corte Interamericana*”. (29)

¿Quién decide si los jueces de San José ejercieron su competencia *ultra vires*? Los propios jueces supremos y, con ello, privan a la misma Corte IDH —en sentido opuesto a su constante jurisprudencia— de la competencia para definir el alcance de su jurisdicción (cfr. art. 62.3, CADH). (30)

Los jueces supremos parecen censurar a sus pares de San José por no respetar la normas constitucionales nacionales —conforme a la interpretación que legítimamente ellos hacen de las mismas—, *pero olvidan que dichos jueces no están para interpretar el derecho interno de ninguno de los Estados partes sino para determinar si éstos cumplen con las obligaciones internacionales que surgen de la CADH —que han ratificado en ejercicio de su soberanía— según es interpretada por la Corte IDH*. En otras palabras, los jueces de San José llevan a cabo un “control externo” para determinar la conformidad de la actuación de los poderes públicos argentinos con la CADH; y lo hacen, porque en ello radica su razón de ser como organismo internacional de control. Si se privara a la Corte IDH de dicha función, ¿cuál sería la razón de su existencia?

La Corte Suprema pretende oponer su interpretación constitucional a la interpretación convencional que debe y corresponde hacer a la Corte IDH. (31) Claramente que la protección internacional sea *subsidiaria* no

implica atropellar a la CADH y sus órganos de control como la Corte IDH y la CIDH. Tamaña conducta es difícil de justificar en una comunidad de intérpretes finales condenados a entenderse mediante el diálogo interjurisdiccional para generar consensos mínimos.

Como es notorio, esta actitud de la Corte Suprema implica un cambio radical de su jurisprudencia. Se debe prestar atención a la incongruencia —cuando menos— que presenta este viraje jurisprudencial para los jueces supremos que han acompañado en el presente el voto de la mayoría y que —durante los años precedentes— sentenciaron a favor de “revocar” sus sentencias, incluso desterrado del vocabulario jurídico cortésano la expresión “cosa juzgada”. Los casos “Derecho II” (32) y “A.D.D.” (33) presentan dos ejemplos irrefutables y difíciles de defender a tenor de la argumentación que ahora pretende imponer la Corte Suprema. El primero de los casos citados presenta hechos similares a los del caso que anotamos. En una primera sentencia (34), nuestra Corte debía resolver el alcance de la prescripción penal a pedido del recurrente. A pesar que hacía dos meses la Corte IDH había sentenciado la responsabilidad del Estado argentino por los mismos hechos (35), compartiendo los argumentos del Procurador General, la Corte Suprema rechaza la presentación. En una segunda sentencia (36), la misma Corte Suprema resuelve una *acción aclaratoria* —interpuesta por el querellante conforme al art. 166.2 y 3 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación—, para que, “en esencia, el Tribunal indique el auténtico alcance jurisdiccional de la antedicha resolución (la confirmación de la sentencia recurrida) a la luz del fallo de la Corte Interamericana en el caso “Bueno Alves vs. Argentina”. La Corte Suprema interpretó, en su segunda intervención en el caso, que el nuevo planteo implica una *recursión de revocatoria* y que “el presente es uno de esos casos por el cual las sentencias del Tribunal pueden ser *excepcionalmente corregidas*”. (37) A continuación, la Corte Suprema afirmaba que la nombrada sentencia de la Corte IDH se aplica al caso en cuestión remitiendo, como fundamento, a lo resuelto en el caso “Espósito” (2004) (38). Que por tanto, concluyó la Corte Suprema: “con el objeto de dar *estricto cumplimiento a lo ordenado* por la Corte Interamericana de Derechos Humanos —en la sentencia ‘Bueno Alves c. Argentina’, notificada a este Tribunal el 21 de septiembre de 2007— corresponde hacer lugar al recurso de revocatoria articulado, *dejar sin efecto el pronunciamiento apelado* y devolver las actuaciones a la instancia anterior para que, por quien corresponda, se cumplan las pautas fijadas en dicho fallo”. (39)

Resulta claro que, conforme a su jurisprudencia anterior, las sentencias de la

máxima instancia jurisdiccional argentina —o bien una instancia inferior—, en la medida que se relacionen con las obligaciones internacionales dispuestas en la CADH, no disfrutaban de los beneficios de la *cosa juzgada*, si eran cuestionadas directamente por alguna sentencia de la Corte IDH. Con lo cual dicha Corte —como llama la atención el juez Maqueda en su solitario voto en disidencia— pasaba, según razonaban entonces los jueces supremos, a ser la última autoridad interpretativa en la materia de referencia.

La nueva jurisprudencia nos enfrenta ahora a un posible aislamiento internacional como en el caso de Venezuela, cuyos jueces supremos, con argumentos similares, desconocieron el efecto vinculante de las sentencias de la Corte IDH como paso previo a la denuncia de la CADH. (40) Pero, además de denostar el diálogo (41), abre las puertas a un contencioso de consecuencias impredecibles en la relación de la Corte Suprema con la Corte IDH. Actitud ésta inconciliable con la tradición argentina, afianzada en el último tiempo, de cumplimiento de sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos.

IV. El control de “identidad constitucional” como técnica de cohabitación

En el presente caso mantienen los jueces supremos dejar sin efecto su propia sentencia “pasada en autoridad de cosa juzgada” —sentencia, como vimos, considerada por la Corte IDH como violatoria de la CADH— “resulta jurídicamente imposible a la luz de los principios fundamentales del derecho público argentino” consagrados en el art. 27 (Const. Nac.). Estos principios, entre los que la Corte Suprema ubica —vía interpretación constitucional— su derecho a la última palabra, “se traducen en el modo en que deben ser interpretadas las obligaciones asumidas por el Estado argentino. El constituyente ha consagrado en el art. 27 una *esfera de reserva soberana*, delimitada por los principios de derecho público establecidos en la Constitución Nacional, a los cuales los tratados internacionales deben ajustarse y con los cuales deben guardar conformidad”. (42)

El problema, como vemos a continuación, no es tanto la cerrada defensa de los principios de derecho público establecidos en la constitución —que hasta cierto punto podemos compartir—, sino que lejos de utilizar tal defensa como técnica de cohabitación se la usa para justificar el incumplimiento de una obligación internacional en franca violación del art. 27, no ya de la Constitución Nacional, sino de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (1969), que prohíbe expresamente una práctica similar por parte de los Estados.

Como intérprete de la primera palabra expuesta en las normas constitucionales la Corte Suprema procura preservar, de cualquier injerencia supranacional, a su autoridad interpretativa sobre todo el ordenamiento jurídico argentino, incluida la CADH. El carácter absoluto de esta afirmación potencia el conflicto en las relaciones interordinamentales que involucran directamente a la Corte Suprema desde el momento que *excluye* la posibilidad de desarrollar cualquier tipo de técnica de cohabitación. Ello con el fin de mantener un “equilibrio” dentro de la comunidad de intérpretes finales. “Revocar” la sentencia firme dictada por este Tribunal, expresa la Corte Suprema, “implica privarlo de su carácter de órgano supremo del Poder Judicial argentino y sustituirlo por un tribunal internacional, en clara transgresión a los arts. 27 y 108 de la Constitución Nacional”. (43)

No nos hallamos frente a un hallazgo de la dogmática constitucional promovida por la Corte Suprema. El Tribunal Constitucional Federal Alemán (en adelante TCFA) fue y es pionero en la delimitación de un área de reserva constitucional, inmune a las interpretaciones supranacionales. Con eje en la llamada “cláusula de eternidad” del art. 79, inc. 3, de la Ley Fundamental de Bonn (LFB) (44) y el carácter indisponible de su contenido —aun para cualquier reforma constitucional—, batallan en una cerrada defensa de la identidad constitucional. Con este fin, los jueces de Karlsruhe se auto-concedieron el derecho a la última palabra, el cual sería ejercido en un *hipotético control de identidad constitucional*.

La famosa sentencia “Lisboa” (2009) (45), por citar sólo uno de los antecedentes más notorios, donde el TCFA desarrolla un control de constitucionalidad *a priori* del tratado homónimo, (46) dejó en evidencia el valioso uso que permite hacer la invocación de la “identidad constitucional” como técnica de cohabitación para regular los conflictos interordinamentales. (47) Lo dicho al punto de permitirle al TCFA presionar a los jueces de Luxemburgo con un “control de identidad constitucional” que, en sentencias posteriores —como la sentencia *Honeywell* (2010) (48)—, se irá *dilatando*. O bien, encerrado como el Minotauro, dentro del laberinto —propio de la dogmática constitucional— para nunca ser hallado. Mientras tanto, invocando la posible realización de dicho control, el TCFA puede seguir administrando la conflictividad que en el derecho nacional generan muchas de las interpretaciones del Tribunal de Justicia de la UE. Los jueces de Karlsruhe, sin embargo, pese al tono tenso y estricto de sus palabras, nunca cuestionaron la competencia de sus pares tanto en Estrasburgo como en Luxemburgo, con quienes integran una compleja comunidad de intérpretes finales: el llamado *triángulo judicial europeo*.

{ NOTAS }

(29) Íd., consid. 6. Sin resaltar en el original.

(30) Íd., consid. 7.

(31) Ello surge con claridad al afirmar la Corte Suprema que: “Corresponde analizar en esta instancia, entonces, si la orden contenida en la parte resolutoria de la sentencia [de la Corte IDH] (...) ha sido dictada dentro del marco de atribuciones previsto por la CADH y puede ser cumplida por esta Corte a la luz del ordenamiento constitucional nacional” (CS, sentencia de 14 de febrero de 2017 [“Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/informe sentencia dictada en el ‘caso Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina’ por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”], consid. 7). Sin resaltar en el original.

(32) CS, sentencia de 29 de noviembre de 2011 [“René Derecho II”].

(33) CS, sentencia de 5 de agosto de 2014 [“A.D.D., s. homicidio agravado”].

(34) CS, sentencia de 11 de julio de 2007 [“René Derecho”].

(35) Corte IDH. Caso “Bueno Alves c. Argentina”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 164.

(36) CS, sentencia de 29 de noviembre de 2011 [“René Derecho II”].

(37) Íd., consid. 3.

(38) CS, sentencia de 23 de diciembre de 2004.

(39) CS, sentencia de 29 de noviembre de 2011 [“René Derecho II”], considerando 5. Sin resaltar en el original.

(40) Ver AYALA CORAO, Carlos, “Comentario a la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela (Nr. 1939) de fecha de 18.12.08”, en *Estudios Constitucionales*, Año 7, Nr. 1, 2009, ps. 391-395.

(41) Sólo el juez Rosatti en su voto particular hace referencia a la necesidad de desarrollar un “diálogo jurisdiccional”.

(42) CS, sentencia de 14 de febrero de 2017, ya citada, considerando 16. Sin resaltar en el original.

(43) Íd., consid. 17.

(44) La norma citada dice: “No está permitida ninguna modificación de la presente Ley Fundamental que afecte la organización de la Federación en Länder, o el principio de la participación de los Länder en la legislación, o los principios enunciados en los artículos 1 y 20”.

(45) STCFA, 30/06/09, BVerfGE 123, 267; asuntos 2 BvE 2/08, 5/08, 1010/08, 1022/08, 1259/08 y 182/09. Versión española por la cual se cita en López Castillo-Menéndez (coor.), Sentencia “Lisboa” del Tribunal Constitucional Alemán.

(46) Este tratado que entró en vigor el 1 de diciembre de 2009 permitió superar la crisis desatada a partir del naufragio del llamado Tratado Constitucional luego de su rechazo electoral en Francia y Holanda. El mismo reforma el TUE y crea el TFUE como marco de organización y funcionamiento de la UE.

(47) La LFB, expone el TCFA, permite al legislador “una extensa transferencia de derechos de soberanía”

a la UE. Dicha habilitación queda, no obstante, supeditada al requisito de que en dicho proceso “se preserve la estatalidad constitucional soberana sobre la base de un programa de integración acorde con el principio de atribución singular y restringida de competencias, y desde el respeto a la identidad constitucional de los Estados miembros, y que al mismo tiempo los Estados miembros no pierdan su capacidad de organización autónoma política y social de las condiciones de vida” (STCFA, 30/06/09, apartado 226). Sin resaltar en el original.

(48) STCFA, 6/07/10. Véase CORTI VARELA, - PORRAS BELARRA - ROMÁN VACA, “El control *ultra vires* del Tribunal Constitucional alemán. Comentario de la Decisión de 06.07.2010 (2 BVR 2661/06, Honeywell)”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 40, p. 828 a 829.

Un buen ejemplo del uso de la noción de “identidad constitucional” como técnica de cohabitación, en la relación del TCFA con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y su interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), lo constituye la sentencia “Görgülü” (2004).⁽⁴⁹⁾ El TCFA, en la solución del conflicto de derechos aquí planteado, debe resolver una compleja trama judicial.⁽⁵⁰⁾ Ello se va a dar en un escenario de fuertes fricciones entre el TCFA y el TEDH.⁽⁵¹⁾ Sin embargo, la citada sentencia del TCFA es otro buen ejemplo de cómo la defensa de la identidad constitucional considerada intangible funciona como técnica de cohabitación en un plano dialéctico. Palermo califica en este sentido la intervención del TCFA como la de un “perro que ladra pero no muerde [*Can che abbaia, ma non morde*]”.⁽⁵²⁾ En efecto, luego de una larga y pormenorizada reconstrucción de las relaciones entre el ordenamiento interno alemán y el CEDH resaltando la primacía del primero, el TCFA llega a la conclusión que, en el caso bajo análisis, no se presentan las condiciones que hagan necesario hacer prevalecer el derecho nacional, pero alza la guardia respecto a hipótesis futuras.⁽⁵³⁾

Como recuerda Di Martino, el TCFA retoma y desarrolla en “Görgülü” (2004) un precedente anterior en la materia donde los jueces de Karlsruhe habían ya precisado que una sentencia del TEDH, que declare la violación del CEDH por parte de un tribunal o juez alemán, no tiene eficacia idónea para remover lo ya resuelto por la instancia nacional.⁽⁵⁴⁾ Sin embargo, el TCFA afirma que la comparación con las sentencias del TEDH es cuando menos “debida [*gebührend*]” y, por lo tanto, debe ser “reconocible” en el sentido que una conclusión opuesta a lo dispuesto por los jueces de Es-

trasburgo *deberá ser atentamente motivada*. Lo dicho implica, que los jueces, en la “consideración” de las sentencias del TEDH deberán tener en cuenta sus repercusiones hacia el interior de los ordenamientos nacionales. Sobre todo cuando se trata de “un sistema parcial de derecho interno y ponderado en sus consecuencias jurídicas”, en el que varios derechos fundamentales se ponderan recíprocamente. Corresponde, entonces, según el TCFA, a los jueces nacionales “adecuar una sentencia del TEDH a los sistemas jurídicos parciales de los ordenamientos nacionales involucrados en cada caso”, adaptación que no puede ser hecha directamente por los jueces de Estrasburgo.⁽⁵⁵⁾

En ningún pasaje de la sentencia citada se devalúa el valor de la jurisprudencia del TEDH y la trascendencia de un sistema de protección internacional de derechos humanos que —al igual de la CADH— inaugura el CEDH.

Los jueces constitucionales alemanes pasaron a la historia por promover el llamado *método Solange* como regulador de las relaciones interordinamentales.⁽⁵⁶⁾ Dicho método, lejos de inflamar el conflicto con interpretaciones voluntaristas y excluyentes, intenta alcanzar los consensos mínimos necesarios para superar el conflicto a través del diálogo interjurisdiccional.⁽⁵⁷⁾

Los jueces del TCFA proclamaron y declararon a quienes quisieran escucharlos —y de hecho muchos lo hicieron, ya que el *método Solange*⁽⁵⁸⁾ es seguido por la mayoría de los jueces nacionales e internacionales en las relaciones interordinamentales—, que existen valores constitucionales que sólo el TCFA interpreta y, por ende, tiene la misión de defender frente a cualquier injerencia externa.⁽⁵⁹⁾ En palabras

de Cano Montejano: “No se puede renunciar a la soberanía en el núcleo duro de la estructura constitucional, porque de otro modo se vaciaría de contenido la configuración del Estado mismo”.⁽⁶⁰⁾ No cabe la menor duda, añade el citado autor, de que al recomendar el TCFA la interposición de un recurso promoviendo la cuestión de inconstitucionalidad, para llevar a cabo una confrontación a nivel constitucional, de lo que se haya afirmado por los jueces de Luxemburgo, no admite otra interpretación que la de que el TCFA *no renunciaba a su posición de última instancia respecto a lo que al derecho que se va a aplicar en el territorio alemán se refiere*. Con independencia que haya sido dictado por el legislativo alemán o lo haya sido por una institución de carácter supranacional.⁽⁶¹⁾

Sin embargo, tales consideraciones *nunca superaron el plano discursivo, el enfrentamiento dialéctico*. Los jueces de Karlsruhe al día de hoy jamás desconocieron una sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, aun en casos de extrema tensión como los mecanismos propuestos por el Banco Central Europeo para combatir la crisis del euro y que fueran cuestionados por el TCFA por ser considerados contrarios al derecho mismo de la UE y al derecho constitucional nacional.⁽⁶²⁾

Un “potencial choque de jurisdicciones”, producto de la superposición de competencias en materia de derechos —característica distintiva de las normas interconectadas—, entre los Tribunales constitucionales, el TEDH, el Tribunal de Justicia, y demás tribunales y organizaciones internacionales se ha resuelto, en opinión de Sabel y Gerstenberg, con la creación de un “nuevo orden de constitucionalismo coordinado [*novel order of coordinate constitutionalism*]”, donde cada uno de sus promotores

“acuerdan respetar los unos las decisiones de los otros, siempre que dichas decisiones respeten mutuamente acuerdos esenciales”.⁽⁶³⁾

Dichos principios hacen referencia a que cada “orden legal” acepta las decisiones de los “otros órdenes”, incluso si otra decisión podría haber sido más coherente con la tradición constitucional nacional, “«siempre que [*so long as*]» dichas decisiones no signifiquen una sistemática violación de contenidos constitucionales entendidos como esenciales”. La doctrina *Solange*, sentencian Sabel y Gerstenberg, convierte a cada orden jurídico en “monitor” de la jurisprudencia de los otros ordenamientos involucrados y subordina la aceptación de posibles “desviaciones” de las preferencias nacionales a un continuo encuentro de “equivalencias” en las cuestiones fundamentales donde, esencialmente, cada orden jurídico requiere a los otros que respeten sus decisiones, a condición de respetar sus diferencias. Cada parte, en este tipo de consenso, sabe que ha llegado a un acuerdo en lo *esencial* —como la defensa de la democracia en tanto sistema de gobierno o el respeto por el individuo como una condición de la libertad y la justicia—, a través de distintas, o bien de “sólo parcialmente concordantes” interpretaciones de tales ideas. Es precisamente porque las partes de dicho consenso reconocen estas diferencias, y su influencia continua sobre la interpretación de principios compartidos, que se “reservan el derecho de interpretar los principios

CONTINÚA EN PÁGINA 12

{ NOTAS }

(49) STCFA, 14/10/04, “Görgülü”. Dos comentarios a la sentencia citada pueden encontrarse en HOFFMEISTER, “Germany: Status of European Convention on Human Rights in domestic law”, *International Journal Constitutional Law*, vol 4, n° 4 p. 722 a 731; y HARTWIG, “Much ado about Human Rights: The Federal Constitutional Court confronts the European Court of Human Rights”, *German Law Journal*, vol. 6, n° 5, p. 869 a 894.

(50) Dicha trama involucra a un ciudadano turco residente en Alemania. El Tribunal Regional Superior [*Oberlandsgericht*] había negado a éste la custodia de su propio hijo nacido fuera del matrimonio y dado en adopción, por la madre —ciudadana alemana—, al momento del nacimiento e inmediatamente entregado a una familia adoptiva. Luego que el propio TCFA había rechazado sin fundamentos un primer recurso de inconstitucionalidad [*Verfassungsbeschwerde*] del padre, éste presentó una demanda ante el TEDH. Los jueces de Estrasburgo resolvieron que la decisión final de los tribunales alemanes de negar, incluso en vía provisorio, no solo la guarda sino el derecho del padre de ver a su propio hijo, constituía una violación de la vida privada y familiar conforme al artículo 8 (CEDH, ver STEDH, 26/02/04, “Görgülü c. Alemania” [n° 74969/01]). Mientras tanto el recurrente había empezado un segundo procedimiento paralelo con el objeto de obtener, en vía cautelar, el reconocimiento del derecho de visita lo cual le fue nuevamente denegado por el Tribunal Regional Superior. En el ámbito de este segundo proceso, el juez de primera instancia reconoce —inmediatamente después de la sentencia del TEDH— el deber de conferirle al recurrente la custodia exclusiva del hijo, así como concederle de oficio una medida cautelar para asegurarle un limitado derecho de visita. Esta última resolución es recurrida por la familia adoptiva y el tutor de oficio del menor y finalmente anulada por el Tribunal Regional Superior por motivos procesales y de merito. El citado Tribunal argumenta —en lo que aquí interesa— que la adopción de la cautelar no estaría justificada ni siquiera por el contenido de la sentencia del TEDH. Esta, en su opinión, obligaría directamente solo a Alemania como sujeto de derecho internacional, pero no a sus órganos y

oficinas, ni a sus tribunales los cuales en tanto órganos independientes de la jurisdicción (cfr. art. 97.1, LFB). Contra esta última decisión viene presentado un nuevo recurso de inconstitucionalidad [*Verfassungsbeschwerde*] —en lo que aquí interesa— contra la violación por parte del Tribunal Regional Superior del derecho internacional a causa del incumplimiento de la sentencia del TEDH.

(51) Apenas unos meses antes, el TEDH había desarrollado una interpretación sobre el alcance del derecho a la intimidad y la protección de la personalidad (cfr. art. 8, CEDH) muy diversa a la interpretación precedente hecha por el TCFA. Ello en el marco del conflicto que involucraba a Carolina de Mónaco —junto a su familia— en contra de la prensa sensacionalista alemana. Mientras el TCFA mantenía que, respetando ciertos criterios, la publicación de imágenes sin consenso serían admisibles en razón de la popularidad de la persona (TCFA, ordenanza de 26 de abril de 2001 mediante la cual se rechaza el recurso presentado por la recurrente), el TEDH había decidido en modo diverso haciendo prevalecer en la ponderación el derecho a la personalidad sobre el derecho a la crónica periodística. El TEDH actuando así, desconocía o bien desmentía en sus interpretaciones al TCFA.

(52) Ver PALERMO, “Il Tribunale costituzionale federale e la teoria selettiva dei controlimiti”, http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/pre_2006/107.pdf

(53) Para el TCFA, las garantías previstas en el CEDH “influyen” en la interpretación de los derechos fundamentales y los principios constitucionales de la LFB. El texto del CEDH junto a la jurisprudencia del TEDH, en opinión del TCFA, “sirven, en el plano del derecho constitucional, como guías de interpretación para determinar el contenido y el alcance de los derechos fundamentales y los principios constitucionales de la Ley Fundamental, siempre que [el CEDH y la jurisprudencia del TEDH] no den lugar a una restricción o reducción de la protección de los derechos fundamentales de la persona en virtud de la Ley fundamental situación que la misma Convención no desea” (STCFA, 14/10/04, “Görgülü”, párrafo 32, sin resaltar en el original).

(54) STCFA, 11/10/85, “Pakelli-Beschluß”. Se trataba aquí una cuestión que con el tiempo resultaría vital en la relación del CEDH y la interpretación que de éste hace el TEDH con el derecho interno: la reapertura de un proceso penal luego que los jueces de Estrasburgo constataran la violación del artículo 6 (CEDH). El TCFA precisó los límites subjetivos, objetivos y temporales de una sentencia del TEDH, excluyendo la obligación específica de activar la reapertura del procedimiento penal. En 1998 el remedio invocado por el TCFA finalmente fue introducido por el legislador en el Código Procesal penal alemán.

(55) DI MARTINO, “Il Tribunale costituzionale tedesco delimita gli effetti nel diritto interno delle sentenze della Corte Europea dei diritti dell'uomo”, http://archivio.rivistaic.it/cronache/estero/germania_e_diritti_uomo/index.html

(56) La sentencia *Solange I* (1974) produce un giro en la jurisprudencia seguida hasta ese momento por el TCFA a punto tal que puede afirmarse que marca un antes y un después en lo que concierne a las competencias de los jueces de Karlsruhe en relación con el hoy derecho de la UE. Los orígenes del caso, y sus consecuencias posteriores, tienen que ver con la defensa cerrada que de la primacía absoluta del entonces derecho comunitario hace el Tribunal de Justicia en su jurisprudencia.

(57) STCFA, 29/05/74 “*Solange I*”. En este caso en particular, la técnica de cohabitación permitió preservar la cohesión dentro de la comunidad de intérpretes finales reconociendo de manera positiva la interpretación de una de las partes —sobre el derecho supranacional— como equivalente a la interpretación que otra de las partes hacen de las normas constitucionales en una materia común como los derechos. El equilibrio en las relaciones interordinamentales alcanzado por el TCFA constituye una de las mejores muestras de diálogo entre Cortes en una relación vertical que a la fecha pueda presentarse.

(58) En el caso *Solange II* (1986) el TCFA —en relación a su precedente— cambia parcialmente los términos de su pronunciamiento. Esta sentencia es un buen ejemplo de lo productivo que puede ser el diálogo entre los jueces de Luxemburgo y sus homólogos

constitucionales de los Estados miembros. Luego de la “advertencia” en la sentencia *Solange I* que hiciera sentir el TCFA, el Tribunal de Justicia inicia una etapa de reconocimiento jurisprudencial de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico comunitario.

(59) En palabras del TCFA: “Mientras tanto el proceso de integración de la Comunidad [hoy UE] no se encuentre tan avanzado que el derecho comunitario contenga un catálogo de derechos fundamentales formulado, aprobado por el Parlamento y en vigor, que además resulte asimilable al catálogo de la [LFB], es lícito y obligado, tras obtener la sentencia del Tribunal Europeo de Justicia exigida por el art. 177 del Tratado [sobre la CEE, actual art. 267 TFUE que refiere a la cuestión prejudicial], plantear una cuestión de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional Federal por parte de un Tribunal de la República Federal de Alemania, cuando éste considere que la norma de derecho comunitario de aplicación al caso resulta inaplicable en la interpretación dada por el Tribunal de Justicia Europeo a causa de y en la medida en que entra en colisión con uno de los derechos fundamentales de la [LFB]”. STCFA 29/05/74, “*Solange I*”. Versión castellana de este párrafo por el cual se cita en STERN, “Derecho del Estado de la República Federal alemana”, ps. 892 a 893.

(60) CANO MONTEJANO, José Carlos, “La integración europea desde el Tribunal Constitucional alemán”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, p. 59.

(61) Íd., p. 63.

(62) Ver la primera cuestión prejudicial planteada ante el Tribunal de Justicia de la UE por el TCFA mediante resolución de 14 de enero de 2014, así como las Conclusiones del Abogado General Pedro Cruz Villalón presentadas el 14 de enero de 2015 en el asunto C 62/14 y la respuesta de los jueces de Luxemburgo (STJ, 16/06/15, “*Gauweiler*”, asunto C 62/14).

(63) SABEL Charles F. - GERSTENBERG, Oliver, “Constitutionalising an Overlapping Consensus: The ECJ and the Emergence of a Coordinate Constitutional Order”, en *European Law Journal*, vol. 16, Nr. 5, sept. 2010, ps. 511 a 550.

VIENE DE PÁGINA 11

esenciales”, dentro de límites amplios y compartidos, como mejor les parezca, y el acuerdo de este derecho a las otras partes. Todo ello permitiría crear “un mecanismo institucional para articular e ir ajustando el significado práctico de estos ideales compartidos”. (64)

La apuntada convergencia —advierten Pollicino y Martinico— no significa, evidentemente, una coincidencia perfecta [*perfect coincidence*], pero describe un proceso de acercamiento mutuo entre “entes jurídicos” que se caracterizan por tener objetivos diferentes en sus orígenes. A pesar de los conflictos que a veces existen entre los actores judiciales, nuestra impresión —afirman los citados autores— es que estamos tratando con una especie de “clima de cooperación” entre los jueces, quienes prefieren garantizar la coherencia entre los sistemas legales (en nombre de la protección de los derechos fundamentales que representan un campo axiológico común en un contexto de múltiples niveles). Especialmente a través del desarrollo de modos informales de diálogo [*informal ways of dialogue*], los cuales recuerdan la experiencia de *cortesía judicial* propia del derecho internacional público y la deferencia judicial. Refiriéndose en particular a la integración europea, Pollicino y Martinico recuerdan que el denominado *método Solange* —inspirado en la doctrina homónima del TCFA— implica el reconocimiento de una “reserva de jurisdicción” para los tribunales nacionales y el reconocimiento al derecho de la UE de una especie de “primacía limitada”: esto es, tal primacía estaría garantizada “siempre y cuando [*as long as*]” no afecte los principios fundamentales de las constitucionales nacionales [*the “counter-limits”*]. En lo que hace a la relación entre los tribunales constitucionales y supremos con el Tribunal de Justicia, se hace notar que el *método Solange* es una manera de encontrar una solución a la situación inducida por la fragmentación del derecho. Consiguientemente, Pollicino y Martinico definen el *método Solange* como una “herramienta” para determinar el alcance de la reserva de jurisdicción de un tribunal en relación con la competencia existente de otro tribunal. Su aplicación tiene, como consecuencia, la *abstención* [*refrain*] por parte de un tribunal del ejercicio de su jurisdicción en favor de la jurisdicción de otro tribunal. (65)

El *método Solange* permite, entonces, articular la relación jurisdiccional vertical [*vertical jurisdictional relationship*] entre intérpretes finales que pertenecen a sistemas jurídicos diferentes, pero también se aplica a una relación jurisdiccional horizontal [*horizontal jurisdictional relationship*] como la que mantiene el TEDH con el Tribunal de Justicia. Por lo tanto, dicho método —propio de las técnicas de cohabitación— es una propuesta para superar los conflictos entre “jurisdicciones que compiten [*competing jurisdictions*]”, siendo considerado como un ejemplo de “cortesía judicial [*judicial comity*]”.

La citada *cortesía*, establece Shany, puede crear un “marco para la interacción jurisdiccional que permita a los juzgados y tribunales aplicar reglas originadas en otras instituciones judiciales”. Ello, a su vez, “estimulará la fertilización cruzada [*cross-fertilization*]” y puede resultar en un aumento de la legitimidad de las sentencias internacionales a causa de la utilización de la autoridad de otros tribunales y cortes internacionales. (66)

Las relaciones interordinamentales se expresan en relaciones entre intérpretes reunidos en una comunidad formada alrededor de competencias comunes expuestas en normas interconectadas. El *método Solange* actúa, por lo tanto, sobre dichas relaciones con el objetivo primario de regular el conflicto evitando un *choque* de jurisdicciones [*judicial clash*].

V. Una interpretación “creacionista” de los derechos humanos: ¿la CADH como un bosque petrificado por el tiempo?

La sentencia que comentamos afecta, por otra parte, directamente el *carácter progresivo* reconocido a los derechos humanos tanto en sede nacional como supranacional. Es bien sabido que tanto el TEDH como la Corte IDH —entre tantos— apelan como modo de interpretación al *método evolutivo* que ve en los instrumentos internacionales de derechos humanos *instrumentos vivos*. Ello, básicamente, implica interpretarlos no por lo que quisieron decir en el tiempo que fueron redactados —como pretenden los jueces supremos al defender un “análisis textual” de la CADH (67)—, sino conforme al presente en que deben ser aplicados.

El “creacionismo” que promueve la nueva Corte Suprema —que lleva a aferrarse a los trabajos preparatorios de la CADH como dogma de fe—, deja al intérprete encerra-

do —o perdido— en la literalidad de los instrumentos y la formalidad de los debates. Todo lo cual conlleva sacralizar el momento de la creación, a pretender detener en ese preciso instante el tiempo. ¿Qué hubiera sido en el sentido anterior de la protección contra la desaparición forzada de personas? Esta no se encuentra ni en la letra de la CADH ni de sus trabajos preparatorios, sino que es producto de una interpretación dinámica de los jueces de San José en los llamados “casos hondureños”.

El pulso del tiempo no se detiene por la mera voluntad de sus intérpretes por más supremos que sientan que las constituciones los honran. La evolución del derecho internacional de los derechos humanos en la presente centuria lo demuestra.

Como marca claramente Cançado Trindade, la interpretación de los tratados relativos a la protección internacional de los derechos humanos fue objeto de una construcción jurisprudencial, tanto en el ámbito europeo como americano, que ha tenido como función y objeto último la protección de los derechos de las personas humanas, la cual “no puede ser interpretada restrictivamente a la luz de la soberanía estatal”. (68) En la actualidad, “difícilmente se podría sostener que la protección de los derechos humanos recae sobre el llamado dominio reservado de los Estados”. Para concluir el autor brasileño en que, en el proceso de interpretación de los instrumentos de protección de derechos humanos, “no ha habido —como no podría haber— lugar para la invocación del dogma de la soberanía”. (69)

Dicha transformación ha sido documentada por la Corte IDH, que ha expresado, en ocasión de establecer los efectos jurídicos de la Declaración Americana de Deberes y Derechos del Hombre (DADDH) (70), que la evolución registrada en el derecho internacional impone caracterizar los instrumentos internacionales sobre derechos humanos atendiendo a su contenido, y no tanto a su forma o denominación jurídica, pues sólo en razón de aquél generan obligaciones específicas. (71)

Anteriormente, la Corte IDH ya había aclarado que “los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana [CADH], no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los de-

rechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos los Estados se someten a un orden legal, dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción”. (72) ¿Considerará en un futuro la Corte Suprema, sobre la base de su “creacionismo”, a la DADDH como una “obligación moral” conforme al sentido que se le asignó a la misma en 1949?

La jurisprudencia de los jueces de San José ve en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos *instrumentos vivos* y los interpreta de manera teleológica, conforme a su objeto y fin de modo de garantizar el *efecto útil* de sus disposiciones. (73) En palabras de la Corte IDH, el derecho internacional de los derechos humanos, “ha avanzado mucho mediante la interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección (...) los tratados de derechos humanos *son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales* (...) El *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones). Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el Derecho Internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones”. (74)

Esta línea argumental, venía siendo acompañada hasta la sentencia que anotamos por la Corte Suprema, la cual al establecer en el caso “Carranza Latrubesse” (2013) (75) el carácter obligatorio de las recomendaciones del artículo 51.2 (CADH) contenidas en los Informes de la CIDH (76) sostuvo que los tratados de derechos humanos “constituyen una serie de limitaciones a la soberanía de los Estados, por lo que se requiere adoptar una actitud amplia en materia de hermenéutica de las obligaciones estatales, a la inversa de la enseñanza clásica en materia de Derecho Internacional”.

Retomando el análisis de Cançado Trindade, éste concluye en que son ampliamente conocidas y reconocidas las profundas

NOTAS

(64) Íd, ps. 511 a 550.

(65) MARTINICO, Giuseppe - POLLICINO, Oreste, “The Interaction between Europe’s Legal Systems Judicial. Dialogue and the Creation of Supranational Laws”, Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham (Reino Unido)-Northampton (EE.UU.), 2012 p. 16.

(66) SHANY, Yuval, “The Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals”, Oxford University Press, 2003, p. 261.

(67) Ver CS, sentencia de 14 de febrero de 2017, “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/informe sentencia dictada en el caso Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, consid. 12. Para los jueces supremos pareciera significar lo mismo una corte arbitral que decide sobre obligaciones contractuales que un tribunal supranacional especializado en la protección de los derechos humanos como el TEDH y la Corte IDH. En este sentido la Corte Suprema, siguiendo para interpretar la constitución nacional autorizada doctrina en lengua anglosajona, sentencia que “la letra de los tratados —en el contexto de sus términos y teniendo en cuenta su objeto y fin (art. 31, Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados)— determina los límites de la competencia remedial de los tribunales internacionales. Por definición, los tribunales internacionales son órganos con competencia limitada de la manera

prescripta en los instrumentos que los han constituido”.

(68) CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto, “A evolução doutrinária e jurisprudencial da proteção internacional dos direitos humanos nos planos global e regional: as primeiras quatro décadas”, en *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Año 23, Núm. 90, abril-junio 1986, p. 263.

(69) Íd, p. 287.

(70) Concretamente se preguntaba si la DADDH podía ser objeto de interpretación por la Corte IDH. Algunos Estados miembros de la OEA, en el marco de aquel proceso consultivo, se mostraron contrarios a reconocerle a la DADDH el *status* jurídico de un tratado. Esta interpretación fue abiertamente rechazada por los jueces de San José (ver Corte IDH, opinión consultiva OC-10/89 del 14/07/89, Serie A n°10 (1989), Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

(71) A tal fin los jueces de San José consideraron necesario establecer que no es a la luz de lo que en 1948 se estimó que era el valor y la significación de la DADDH como la cuestión del *status* jurídico que debe ser analizada, sino que es preciso determinarlo en el momento actual, ante lo que es hoy el sistema interamericano,

habida consideración de la evolución experimentada desde la adopción de la DADDH. La evolución del “derecho americano” en la materia, continúa la Corte IDH, es una expresión regional de la experimentada por el derecho internacional contemporáneo y en especial por el de los derechos humanos, que presenta hoy algunos “elementos diferenciales” de alta significación con el derecho internacional clásico. Es así como, por ejemplo, “la obligación de respetar ciertos derechos humanos esenciales es considerada hoy como una obligación *erga omnes* (...) Puede considerarse entonces que, a manera de interpretación autorizada, los Estados Miembros han entendido que la Declaración contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta se refiere, de manera que no se puede interpretar y aplicar la Carta de la Organización en materia de derechos humanos, sin integrar las normas pertinentes de ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración, como resulta de la práctica seguida por los órganos de la O.E.A.” (cfr. Corte IDH, opinión consultiva OC-10/89 ya citada, párrs. 37-43).

(72) Corte IDH, Opinión consultiva OC-2/82 del 24/09/82, Serie A N°2 (1982), *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos* (arts. 74 y 75 CADH), párr. 29. Sin resaltar en el original.

(73) Ver al respecto CIPPITANI, Roberto, “Inter-

pretación y derecho de la integración”, Astrea, Buenos Aires, 2016, p. 188.

(74) Corte IDH, Opinión Consultiva OC-16/99 de 1/10/99, Serie A n°16, *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, párrs. 114 y 115. Sin resaltar en el original.

(75) CS, sentencia de 6 de agosto de 2013, “Carranza Latrubesse Gustavo c/ Estado Nacional-Ministerio de Relaciones Exteriores-Provincia del Chubut”, Fallos: 336:1024.

(76) Los jueces supremos argentinos argumentaron que “dicho resultado es el que impone el ‘sentido’ que debe atribuirse a los términos del citado precepto tanto en el ‘contexto’ específico cuanto en el general en el que están insertos, atendiendo al ‘objeto y fin’ del régimen de peticiones y de la Convención Americana en su integralidad. Es, a la par, el que mejor responde al principio de ‘buena fe’ y al ‘efecto útil’ de dicho régimen, evitando así el ‘debilitamiento’ del sistema, cuando no, por así decirlo, del propio ser humano al cual está destinado a servir. El derecho de petición individual ‘abriga [...] la última esperanza de los que no encontraron justicia a nivel nacional’” (CS, sentencia de 6 de agosto de 2013, consid. 18).

transformaciones por las que ha pasado el derecho internacional, en las cinco últimas décadas, bajo el impacto del reconocimiento de los derechos humanos universales. A lo que agrega: “Ya no se sostienen el antiguo monopolio estatal de la titularidad de derechos, ni los excesos de un positivismo jurídico degenerado, que excluyeron del ordenamiento internacional el destinatario final de las normas jurídicas: el ser humano. Se reconoce hoy día la necesidad de restituir a este último la posición central —como sujeto del derecho tanto interno como internacional— de donde fue indebidamente desplazado, con consecuencias desastrosas, evidenciadas en los sucesivos abusos cometidos en su contra en las últimas décadas. Todo esto ocurrió con la complacencia del positivismo jurídico, en su subserviencia típica al autoritarismo estatal”. (77)

VI. Consideraciones finales

La “supremacía constitucional”, entiende Sagüés, alude actualmente, a la luz del derecho contemporáneo, a una idea que puede

ser (en algunos aspectos) diferente a la manejada en el siglo XIX, en tren de amalgamarla con un derecho internacional —por cierto ahora más exigente—, también reconocido por la Constitución. No se trata de extinguirla, afirma el reconocido maestro, sino de reciclarla útil y legítimamente. Supremacía constitucional implica que, *in suo ordine* (para utilizar una añeja expresión medieval), la Constitución predomina sobre las normas internas; y que, con relación al derecho internacional de los derechos humanos, la Constitución “debe amalgamarse, compatibilizarse, y de haber oposición, incluso triunfar (si la regla constitucional es más generosa para el individuo, conforme al principio *pro persona*), o ceder, si la cláusula constitucional es menos favorable para el habitante”. (78)

En el sentido anterior, refiriéndose al sistema interamericano, Sagüés comenta que la interpretación conforme del derecho nacional con relación a la CADH, y a la interpretación dada a ésta por la Corte IDH, “significa una seria disminución de

las competencias de los operadores locales para interpretar el derecho doméstico, comenzando por el constitucional”. Asumir tal situación, sostiene más adelante Sagüés, “puede no resultar fácil a juristas de viejo cuño, o a otros embebidos de una visión demasiado fuerte del principio de supremacía constitucional. Más todavía: El compromiso que demanda la doctrina del control de convencionalidad es posible que exija, ocasionalmente, sacrificios ideológicos, como ser interpretar la regla constitucional nacional no según el techo ideológico que campea en la Constitución, sino de acuerdo con la ideología que anima al Pacto de San José [CADH] y a la Corte Interamericana cuando lo interpreta. Esta transmutación espiritual (si se acepta que la ideología es el alma de la constitución y del Pacto) es, tal vez, el segmento más difícil de transitar en la aplicación del ‘control de convencionalidad’”. (79)

La sentencia que anotamos destaca por su vocación de ruptura respecto al pasado. Es fundacional, pretende así generar una

nueva época en las relaciones interordinamentales. Lamentablemente abandonando una tradición y oscureciendo una reforma constitucional —en ningún pasaje del voto de la mayoría aparece mención alguna al art. 75 inc. 22, Const. Nac., y el mandato de apertura hacia el derecho internacional de los derechos humanos que éste promueve—, que había colocado al país a la vanguardia de una jurisprudencia dinámica y activa en el cumplimiento de las obligaciones internacionales y la tutela de los derechos humanos. (80)

Pretender que nada ha cambiado, enclerrándose en la erudición de autores clásicos a los que se les reconoce la lucidez de interpretar la Constitución en el contexto de la época que les tocó vivir, nos pone frente al desafío mayor de pensar la Constitución interpretándola en el contexto de nuestra propia época. ●

Cita on line: AR/DOC/501/2017

{ NOTAS }

(77) Corte IDH. *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16. Voto concurrente del

juez Cançado Trindade, párr. 12.

(78) SAGÜÉS, Néstor Pedro, “La interpretación judicial de la Constitución. De la constitución nacional a la constitución convencionalizada”, Ed. Po-

rrúa, México D.F., p. 336.

(79) SAGÜÉS, “Dificultades operativas del ‘control de convencionalidad’ en el sistema interamericano”, LALEY, 2010-D, 1245.

(80) Sólo el juez Rosatti en su voto particular hacen mención al artículo 75 inc. 22, Const. Nac.

¿Desobediencia debida? ¿Quién tiene la última palabra? (*)

SUMARIO: I. Las definiciones contenidas en el fallo de la Corte Suprema en el caso “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto”. — II. Algunos posibles fundamentos constitucionales que avalan la postura adoptada por la Corte Suprema. — III. Una breve recorrida por el derecho comparado. — IV. Conclusiones.

Alfonso Santiago

I. Las definiciones contenidas en el fallo de la Corte Suprema en el caso “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto”

El pasado martes 14 de febrero, al resolver el caso “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto”, la Corte Suprema argentina dictó un fallo de marcada trascendencia institucional.

En su decisión, nuestro máximo tribunal, en fallo dividido por cuatro votos contra uno, se negó a dejar sin efecto una sentencia que había dictado en el año 2001, no obstante que una sentencia de la Corte IDH así lo ordenaba.

A propósito de la resolución de la cuestión planteada, nuestro máximo tribunal ha adoptado una serie de definiciones de suma relevancia jurídica y política que trascienden el concreto caso en estudio y manifiestan una clara toma de posición de nuestro máximo tribunal en relación con el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, con importantes novedades y precisiones respecto de la postura que implícita o explícitamente adoptara en anteriores pronunciamientos.

Entre esas definiciones centrales contenidas en el fallo, quisiéramos destacar las

siguientes siete tesis fundamentales que allí se sostienen, citando textualmente los considerandos de la sentencia en que ellas están recogidas:

1) El carácter diferenciado, subsidiario y no jerárquico que tiene el sistema interamericano de derechos humanos respecto de la protección principal de los derechos humanos a cargo de las normas y los tribunales nacionales:

- “Desde la perspectiva de las obligaciones internacionales asumidas por nuestro país, deben tenerse en consideración los principios estructurales del sistema interamericano de protección de derechos humanos, el que se autodefine como subsidiario. Así, se afirma que la CADH crea “una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos” (Preámbulo CADH). Esta subsidiariedad se manifiesta, entre otras, en la exigencia convencional de agotamiento de los recursos internos en forma previa al acceso al sistema regional (cfr. arts. 46.1.a y 61.2 CADH) y en el principio de que la Corte Interamericana no actúa como una instancia más en los casos tratados por las Cortes nacionales” (consid. 8).

- “Esta comprensión del rol de los tribunales internacionales de derechos humanos como actores subsidiarios ha sido, además, abrazada enfáticamente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos con sus doctrinas del margen de aprecia-

ción nacional (desarrollada a partir de los casos “Lawless v. Ireland”, sentencia del 1/7/1961, y “Handyside v. The United Kingdom”, sentencia del 7/12/1976, y expresada más recientemente en el caso “Lautsi and Others v. Italy”, sentencia del 18/3/2011) y de la “cuarta instancia” (“Schenk v. Switzerland”, 10862/84, sentencia del 12/7/1988; “Tautkus v. Lithuania”, 29474/09, sentencia del 27/11/2012; entre otros)” (consid. 10).

2) La inexistencia de una cuarta instancia de apelación en sede internacional ante los fallos emitidos con carácter definitivo y final por la Corte Suprema argentina:

- “La Corte Interamericana no constituye entonces una ‘cuarta instancia’ que revisa o anula decisiones jurisdiccionales estatales sino que, siguiendo los principios estructurales recordados, es subsidiaria, coadyuvante y complementaria (véase, entre otros, Corte IDH, caso ‘Pérez y otros c. Venezuela’, sentencia de 28/1/2009, SerieC, núm. 195, párr. 64)” (consid. 8).

- “El mismo Tribunal internacional ha sostenido que ‘la Corte Interamericana no tiene el carácter de tribunal de apelación o de casación de los organismos jurisdiccionales de carácter nacional; sólo puede en este caso, señalar las violaciones procesales de los derechos consagrados en la Convención que hayan perjudicado al afectado en este asunto, pero carece de competencia para subsanar dichas violaciones en el ámbito interno [...]’ (Corte IDH, caso ‘Genie Lacayo’, sentencia del 29 de enero de 1997, Serie C, núm. 30, párr. 94). Por su parte, también la Comisión In-

teramericana de Derechos Humanos ha enfatizado estos principios al manifestar que la protección internacional que otorgan los órganos de supervisión de la Convención es de carácter subsidiario y que no puede hacer las veces de un tribunal de alzada para examinar supuestos errores de derecho o de hecho que puedan haber cometido los tribunales nacionales (conf. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 39/96. Caso 11.673. Argentina, 15 de octubre de 1996, puntos 48 y 51)” (consid. 9)

- “Dejar sin efecto la sentencia dictada por esta Corte Suprema en la causa ‘Menem’ en virtud de la orden de la Corte Interamericana (punto 2 de la parte resolutoria y párr. 105) —lo cual es sinónimo de ‘revocar’ conforme la primera acepción de esta palabra en el Diccionario Real Academia Española— implicaría transformar a dicho tribunal, efectivamente, en una ‘cuarta instancia’ revisora de las sentencias dictadas por esta Corte, en clara violación de los principios estructurales del sistema interamericano y en exceso de las obligaciones convencionalmente asumidas por el Estado argentino al ingresar a dicho sistema. En efecto, la idea de revocación se encuentra en el centro mismo del concepto de una ‘cuarta instancia’, en tanto una instancia judicial superior supone la capacidad de revisar las decisiones del inferior y, en su caso, dejarlas sin efecto. Reconocer a la Corte Interamericana tal carácter implicaría, por otra parte, la paradoja de que esa instancia revisora hubiera sido ejercida en un proceso que no reconoce continuidad con el desarrollado por esta Corte, al ser diferentes sus elementos fundamentales, tales como las partes y la prueba” (consid. 11).

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(*) “No hay ninguna comunidad humana sin una última instancia” (Aristóteles).

● VIENE DE PÁGINA 13

3) La limitación de los compromisos del Estado argentino al texto de los tratados internacionales, sin que una interpretación extensiva de los organismos y tribunales internacionales puedan aumentar o modificar el alcance de las obligaciones asumidas. Plena vigencia del principio *pacta sunt servanda*:

- “La Corte Interamericana, al ordenar dejar sin efecto la sentencia de esta Corte pasada en autoridad de cosa juzgada, ha recurrido a un mecanismo restitutivo que no se encuentra previsto por el texto convencional. Este análisis textual es de fundamental importancia, puesto que la letra de los tratados —en el contexto de sus términos y teniendo en cuenta su objeto y fin (art. 31, Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados)— determina los límites de la competencia remedial de los tribunales internacionales. Por definición, los tribunales internacionales son órganos con competencia limitada de la manera prescripta en los instrumentos que los han constituido (Michael Reisman, ‘Has the International Court Exceeded its Jurisdiction’, *American Journal of International Law*, 7 vol. 80, año 1986, p. 128). Y carecen de una jurisdicción inherente e inalterable para seleccionar los remedios que quieran (Chitharanjan, Felix Amerasinghe, ‘Jurisdiction of International Tribunals’, *Kluwer Law International*, La Haya, 2003, p. 389). En este sentido, la CADH establece que ‘[c]uando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada’ (art. 63.1, CADH) En consecuencia, el tenor literal de la norma no contempla la posibilidad de que la Corte Interamericana disponga que se deje sin efecto una sentencia dictada en sede nacional” (consids. 12 y 13).

- “Esta comprensión del art. 63.1 se ve confirmada por los antecedentes que dieron lugar al texto de la Convención (conf. art. 32 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados). Su examen muestra que este mecanismo restitutivo no fue siquiera considerado en los trabajos preparatorios de la Convención Americana (véase Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica 7-22 de noviembre de 1969, Actas y Documentos, Secretaría General, Organización de los Estados Americanos, Washington, D.C., OEA/Ser.K/XVI/1.2)” (consid. 14)

4) La primacía final de la Constitución sobre los Tratados Internacionales, incluso sobre aquellos a los que el Constituyente de 1994 le ha reconocido carácter complementario y otorgado jerarquía constitucional:

- “Dejar sin efecto la sentencia de esta Corte pasada en autoridad de cosa juzgada es uno de los supuestos en los que la restitución resulta jurídicamente imposible a la luz de los principios fundamentales del derecho público argentino. Desde esta perspectiva constitucional, el art. 27 de la Carta Magna prescribe “[e]l Gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución”. Estos principios reseñados se traducen en el modo en que deben ser interpretadas las obligaciones asumidas por el Estado argentino. El constituyente ha consagrado en el art. 27 una esfera de reserva soberana, delimitada por los principios de derecho público establecidos en la Constitución Nacional, a los cuales los tratados internacionales deben ajustarse y con los cuales deben guardar conformidad (Fallos: 316:1669; entre otros)” (consid. 16).

- “Entre dichos principios incommovibles se encuentra, sin duda alguna, el carácter de esta Corte como órgano supremo y cabeza del Poder Judicial, conforme surge del art. 108 de la Constitución Nacional (Fallos: 256:114; 289:193; 318:986; 319:1973; 328:2429; 329:3235, 5913; 330:49, 251; 338:1575; entre muchos otros). Revocar la sentencia firme dictada por este Tribunal implica privarlo de su carácter de órgano supremo del Poder Judicial argentino y sustituirlo por un tribunal internacional, en clara transgresión a los arts. 27 y 108 de la Constitución Nacional” (consid. 18)

- “Esta interpretación es reflejo de una fuerte tradición en la práctica constitucional argentina expresada, por ejemplo, en la denominada ‘fórmula argentina’ —sostenida en la Conferencia de Paz de La Haya de 1907 por los delegados Roque Sáenz Peña, Luis María Drago y Carlos Rodríguez Larreta— mediante la cual se excluían de los tratados de arbitraje obligatorio las cuestiones que afectaban a la Constitución de cada país. Esta fórmula ‘ha nacido de los términos y del espíritu de nuestra Constitución, los que no podían ser desvirtuados por ningún tratado sin exponerse a caer en nulidad’ (Carlos Saavedra Lamas, ‘En torno a la Constitución que nos rige’, *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales*, Buenos Aires, 1957, p. 21). En el mismo sentido se expresó Joaquín V. González al sostener que “[u]n tratado no puede alterar la supremacía de la Constitución Nacional, cambiar la forma de gobierno, suprimir una provincia o incorporar otras nuevas, limitar atribuciones expresamente conferidas a los poderes de gobierno, desintegrar social o políticamente al territorio; restringir los derechos civiles, políticos y sociales reconocidos por la Constitución a los habitantes del país, ni las prerrogativas acordadas a los extranjeros ni suprimir o disminuir en forma alguna las garantías constitucionales creadas para hacerlos efectivos [...]. En cuanto la Constitución Nacional sea lo que es, el art. 27 tiene para la Nación significado singular en el derecho internacional. La regla invariable de conducta, el respeto a la integridad moral

y política de las Naciones contratantes’ (Joaquín V. González, Senado de la Nación, *Diario de Sesiones*, sesión del 26 de agosto de 1909, volumen IX, pág. 52)” (consid. 18).

- “Esta comprensión del art. 27, lejos de haber sido alterada por la reforma de 1994, ha sido reafirmada con ella. Así lo ha entendido el constituyente argentino cuando al otorgar jerarquía constitucional a la CADH —entre otros tratados internacionales sobre derechos humanos— ha establecido expresamente que sus normas ‘no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución’, reafirmando la plena vigencia de los principios de derecho público establecidos en la norma fundamental como valladar infranqueable para los tratados internacionales (doctrina de Fallos: 317:1282)” (consid. 19).

5) La viabilidad en sede nacional de un control de un control de constitucionalidad de la actuación de los órganos y tribunales convencionales:

- “Las sentencias de la Corte Interamericana, dictadas en procesos contenciosos contra el Estado argentino son, *en principio*, de cumplimiento obligatorio para este (art. 68.1, CADH) (conf. doctrina de Fallos: 327:5668, voto de la jueza Highton de Nolasco, considerando 6). Dicha obligatoriedad, sin embargo, alcanza únicamente a las sentencias dictadas por el tribunal internacional dentro del marco de sus potestades remediales. En efecto, es con ese alcance que el Estado argentino se ha obligado internacionalmente a acatar las decisiones de la Corte Interamericana” (consid. 6).

- “Corresponde analizar en esta instancia, entonces, si la orden contenida en la parte resolutive de la sentencia en cuestión (punto 2), en tanto dispone ‘dejar sin efecto la condena civil impuesta a los señores Jorge Fontevicchia y Héctor D’Amico’ en la causa ‘Menem’ ha sido dictada dentro del marco de atribuciones previsto por la CADH y puede ser cumplida por esta Corte a la luz del ordenamiento constitucional nacional” (consid. 7).

6) La reafirmación de la supremacía constitucional como instancia jurídica suprema y la obligación por parte de los jueces nacionales de su defensa ante cualquier otra norma que la contradiga:

- “Esta Corte no puede desconocer que la CADH fue incorporada con jerarquía constitucional a nuestro orden jurídico sin que tal incorporación suponga derogar artículo alguno de la primera parte de la Constitución Nacional (art. 75, inciso 22 de la Constitución Nacional), dentro de la cual destaca el art. 27. El constituyente ha consagrado en el citado art. 27 una esfera de reserva soberana (margen de apreciación nacional) delimitada por ‘los principios de derecho público establecidos en la Constitución Nacional’, a los cuales los tratados internacionales —y con mayor razón aun la interpretación que de tales tratados se realice— deben ajustarse y con los cuales deben guardar conformidad. A partir de esta cláusula no es posible hacer prevalecer

automáticamente, sin escrutinio alguno, el derecho internacional —sea de fuente normativa o jurisprudencial— sobre el ordenamiento constitucional. Esta interpretación es reflejo de una fuerte tradición en la práctica constitucional argentina” (consid. 5 del voto concurrente del Dr. Rosatti).

7) La reafirmación de la Corte Suprema como cabeza del Poder Judicial e intérprete final de la CN y del carácter definitivo de sus sentencias:

- “El carácter supremo de las decisiones de esta Corte de Justicia, cabeza del Poder Judicial de la Nación según lo dispuesto por el art. 108 de la Constitución (Fallos: 256:114; 289:193; 319:1973; 328:2429; 329:3235 y 5913; 330:49 y 251; 338:1575, entre muchos otros), configura un elemento constitutivo de tales principios de derecho público a los que refiere el art. 27 examinado precedentemente. Esta potestad jurisdiccional, calificada como la más alta y eminente del ordenamiento jurídico argentino, connatural con la responsabilidad institucional que le corresponde a esta Corte como titular del Departamento Judicial del Gobierno Federal (conf. Fallos: 330:3109; 338:1216, y causa FLP 8399/2016/CS1 ‘Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros el Ministerio de Energía y Minería si amparo colectivo’, sentencia del 18 de agosto de 2016), se sustenta con el carácter inalterable de sus pronunciamientos regulares, firmes y pasados en autoridad de cosa juzgada, no siendo posible ‘dejarlos sin efecto’ —lo cual supone ‘revocarlos’ conforme con la primera acepción de la expresión ‘revocar’ del Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia— si es ello lo que se pretende en el presente caso” (consid. 6 del voto concurrente del Dr. Rosatti).

- “En un contexto de ‘diálogo jurisprudencial’ que procure mantener la convergencia decisional entre los órganos con competencias para dirimir conflictos en los ámbitos nacional e internacional, reconociendo a la Corte IDH como último intérprete de la CADH (art. 62, puntos 1 y 3 CADH) y a la Corte Suprema de Justicia de la Nación como último intérprete de la Constitución Nacional Argentina (arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional)” (consid. 6 del voto concurrente del Dr. Rosatti).

Como bien lo pone de manifiesto el Dr. Maqueda en su voto de disidencia (1), la postura adoptada en este fallo por la Corte Suprema argentina difiere de la sustentada en anteriores casos. Así, en el caso “Mazzeo” (2), nuestro máximo tribunal, para seguir la doctrina jurisprudencial de la Corte IDH en materia de amnistía e indultos, dejó sin efecto una sentencia que ella misma había dictado años atrás y en el caso “Derecho” (3), en cumplimiento de una sentencia específica de condena al Estado Argentina, también revocó su propio pronunciamiento definitivo (4).

Por otra parte, la postura asumida por nuestro máximo tribunal se opone en buena medida a la doctrina expresa o tácita-

{ NOTAS }

(1) Cfr. consid. 3 de su voto en disidencia, en el que afirma: “esta Corte, como uno de los poderes del Estado argentino y conforme lo previsto en el art. 68.1 de la misma convención, debe cumplir y ejecutar el pronunciamiento del tribunal interamericano (ley 23.054; art. 75, inciso 22, de la Constitución Nacional; doctrina de Fallos: 326: 2968 ‘Cantos’, disidencia del juez Maqueda; 327:5668 ‘Espósito’, voto de los jueces Belluscio y Maqueda; 334: 1604 ‘Derecho’, voto del juez Maqueda; 336:1024 ‘Carranza Latrubesse’, voto del juez Maqueda y resolución CSJN 477/15 del 25 de marzo de 2015 en expte. n° 4499/13 ‘Mohamed c.

Argentina)’”.

(2) Fallos 330:3248 (2007).

(3) Fallos 334: 1504 (2011).

(4) En un primer pronunciamiento el 11/7/2007, la Corte Suprema argentina declaró la prescripción de la acción penal y cerró la causa, dejando de lado su anterior postura asumida en el caso Espósito (Fallos 327:5668) y no siguiendo la doctrina sentada en ese caso por la Corte IDH. Previamente, en mayo de 2007, la Corte IDH en el caso “Bueno Alves c. Argentina” había establecido la responsabilidad internacional del Estado argentino en relación a su deber de

investigar los hechos denunciados en esta causa. La Corte Interamericana consideró que los hechos denunciados por el señor Bueno Alves —víctima del delito reprochado a Derecho— constituía un caso de torturas y por ende una vulneración a derechos humanos, por lo que entendió que el Estado Argentino debía realizar las investigaciones para determinar las corresponsables responsabilidades que surgieran de ellas y aplicar las consecuencias que la ley prevea. Esa sentencia recién fue notificada oficialmente a la Corte Suprema argentina el 21/9/2007. Cuatro años después, en noviembre de 2011, la Corte Suprema de

Justicia de la Nación, en decisión dividida cuatro votos a dos, hizo lugar al recurso de revocatoria de la parte querellante, dejó sin efecto la sentencia dictada por el propio Tribunal el 11/7/2007 y dispuso devolver las actuaciones para que un tribunal inferior dé cumplimiento a lo dispuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia “Bueno Alves c. Argentina”.

mente sostenida por la Corte IDH sobre la supremacía del orden jurídico convencional sobre el derecho interno, incluida la propia Constitución. Afirma en este sentido Néstor Sagüés: “la doctrina del control de convencionalidad parte del supuesto, más bien tácito que expreso, de que el Pacto tiene categoría jurídica superior a la Constitución. La Corte Interamericana, en efecto, terminó por indiciar en ‘Trabajadores Cesados del Congreso’, superando algunas fórmulas iniciales, que eran las ‘normas jurídica internas’ opuestas a la Convención Americana de Derechos Humanos —y a su interpretación por la Corte Interamericana— las que debían inaplicarse. Entre ella, no excepción a las normas constitucionales. Además, las razones jurídicas esgrimidas por la Corte para avalar el control de convencionalidad, el principio de la *bona fide* en las relaciones internacionales, y la tesis del *pacta sunt servanda*, que impide —como regla— al Estado alegar normas internas para incumplir un tratado, también conducían a que la Constitución fuese relegada si violaba el Pacto” (5). No sabremos cuál será la reacción de la Corte IDH ante esta nueva postura que adopta ahora nuestro máximo tribunal.

II. Algunos posibles fundamentos constitucionales que avalan la postura adoptada por la Corte Suprema

Habiendo descripto en el primer apartado las principales definiciones contenidas en el reciente fallo de la Corte Suprema y mostrado su novedad y posibles conflictos con la doctrina jurisprudencial de la Corte IDH, corresponde ahora que examinemos si la postura adoptada por la Corte Suprema cuenta con adecuados fundamentos constitucionales.

La puesta en marcha del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) ha creado el interesantísimo problema de su articulación y armonización con la protección que también realizan las normas y tribunales nacionales.

Como bien señala el Preámbulo de la CADH y recuerda la Corte Suprema en su fallo, el sistema interamericano de los derechos humanos es coadyuvante, complementario y subsidiario de la protección que brindan los Estados nacionales (6), quienes son los principales responsables de su garantía y promoción. Ambos sistemas son diferentes, independientes y no hay entre ellos una estricta dependencia jerárquica (7). Se trata de un sistema multifocal, ya que cada uno de estos dos subsistemas tiene normas y órganos propios, cuya operación ha de articularse y armonizarse (8).

Establecida esta distinción corresponde señalar que ambos subsistemas están llamados a mantener una intensa interacción recíproca de cara al logro del objetivo común que pretenden alcanzar: la protección y defensa de los derechos humanos de las personas que viven en el continente americano. Debido a ello, el diálogo interjurisdiccional surge como una necesidad ineludible y creciente (9).

La Corte Suprema argentina ha ido desarrollando una serie de doctrinas y criterios jurisprudenciales de cara al logro de ese objetivo de creciente armonización: adhesión a la doctrina del monismo de fuentes, carácter operativo de los derechos reconocidos en los tratados internacionales de derechos humanos, supremacía de esos tratados sobre las leyes ordinarias, presunción de la plena compatibilidad de dichos tratados con la Constitución Nacional, seguimiento como pauta insoslayable de interpretación de las doctrinas elaboradas por los órganos convencionales, cumplimiento de las sentencias de la Corte IDH, recepción de la doctrina del control de convencionalidad, carácter vinculante de las recomendaciones de la CIDH, etcétera (10).

Más allá de estas pautas de armonización entre el derecho interno y el derecho internacional de los Derechos Humanos, se puede plantear la cuestión de cómo un juez nacional debe resolver un conflicto insalvable entre la Constitución Nacional y una norma o criterio interpretativo proveniente del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como, a criterio de la Corte Suprema, se planteaba en el caso que estamos comentando (11).

Un arduo tema de debate teórico y práctico de las últimas décadas es determinar, más allá de los naturales esfuerzos de armonización y coordinación, a quién le corresponde la supremacía normativa final en los ordenamientos jurídicos de las democracias constitucionales: ¿a las disposiciones de las constituciones nacionales o a las normas, principios y criterios jurisprudenciales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos? ¿siguen siendo las constituciones nacionales las instancias normativas supremas o han cedido su lugar al nuevo *ius commune* que tiene *per se vigore* y se denomina Derecho Internacional de los Derechos Humanos? ¿Cómo se resuelve un conflicto insalvable en la comunidad de intérpretes finales que hoy conviven y cohabitan en nuestros sistemas jurídicos?

Las preguntas decisivas que corresponde plantear y resolver aquí son las siguientes:

—¿A qué norma, la constitucional o la convencional, corresponde el máximo rango normativo en el sistema jurídico argentino?

—En caso de conflicto insalvable, el juez nacional ¿cuál norma tiene que elegir? ¿La constitucional o la convencional?

—¿Corresponde realizar el control de convencionalidad de las normas constitucionales o, más bien, lo procedente es hacer el control de constitucionalidad de las disposiciones convencionales y/o de las interpretaciones que de ellas hagan los tribunales internacionales?

—¿Cuál es la instancia jurídica suprema? ¿A quién debe lealtad final el juez nacional?

Consideramos, en consonancia con lo decidido por nuestro máximo tribunal, que la primacía final continúa siendo en nuestros días a favor de la norma constitucional respecto de las normas convencionales o de las interpretaciones que de ellas hagan los tribunales u organismos internacionales. El juez nacional argentino debe resolver los conflictos normativos insalvables siguiendo este criterio (12).

Estimamos que cabe encontrar distintos fundamentos para fundar esta afirmación, algunos de los cuales desarrollaremos a continuación.

II.1. Rigidez constitucional

El art. 30 establece con claridad el carácter rígido de nuestra Constitución, previendo un procedimiento especial para su reforma. De acuerdo con ello, los poderes constituidos no pueden modificar la Constitución Nacional, ni pueden ir en sus decisiones más allá de las disposiciones constitucionales. De ese modo, los órganos de gobierno no podrían firmar, aprobar ni ratificar ningún Tratado Internacional que contrarie la constitución, ni los jueces pueden aplicar ninguna norma o criterio jurisprudencial contrario a sus disposiciones. Quebrar el principio de la supremacía y rigidez constitucional significaría afectar las bases mismas de nuestro sistema institucional y jurídico, ya que los poderes constituidos podrían directo o indirectamente dejar sin efecto las reglas y limitaciones que le ha impuesto el Poder Constituyente. La Constitución es la fuente de legitimidad de las atribuciones reconocidas a los poderes constituidos y a la par constituye para ellos un límite infranqueable. Desconocer en algún punto dichos límites sería ser rruchar la rama en la que ellos fundan su propia autoridad.

El ejercicio del poder constituyente, mediante el dictado de una Constitución, constituye la instancia política y jurídica suprema en una democracia constitucional. Corresponde a esa instancia, y no a la interpretación judicial nacional o internacional, determinar los principios que regirán las relaciones normativas positivas del sistema jurídico de cada país. Desconocer este criterio significa alterar los principios de la soberanía del pueblo y de autogobierno que están en la base misma del sistema democrático.

II.2. Supremacía de la Constitución sobre los tratados internacionales

Toda constitución no sólo establece el ordenamiento del sistema institucional de gobierno de un determinado Estado (¿quién manda y cómo se manda?), sino que también regula el diseño de su ordenamiento normativo (¿quiénes y mediante qué procedimientos se van a crear las normas por la que se rige una comunidad y qué jerarquía van a guardar entre sí?). Como es sabido, esta dimensión de la Constitución como *lex legum, norma normarum*, ha sido ha sido puesto especialmente de manifiesto por Hans Kelsen. La Constitución prevé los procedimientos conforme a los cuales se crearán el resto de las normas que conformarán el sistema normativo del Estado y la relación jerárquica que entre ellas han de guardar. Como con toda claridad lo señalara Joseph Raz, en un Estado de Derecho “la propia creación del derecho ha de estar regulada y sometida al derecho”. La Constitución fija los procedimientos de creación y los límites de contenido que deberán observar todas las demás normas del sistema jurídico para ser consideradas válidas. Ninguna de ella podrá contradecir lo establecido en el texto de la propia Constitución.

El art. 27 señala con toda claridad que “el Gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los *principios de derecho público establecidos en esta Constitución*”. De acuerdo con esta cláusula los Tratados Internacionales que celebre el Estado Argentino han de ser, para su validez, conformes con las disposiciones de su Constitución. Entre esos principios se encuentran el de la supremacía y rigidez constitucional (13). En 1993, un año después del caso “Ekmekdjian” y un año antes de la reforma de año 94, la Corte

CONTINÚA EN PÁGINA 16

{ NOTAS }

(5) SAGÜÉS, Néstor P., “La Constitución bajo tensión”, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Querétaro, 2016, p. 419.

(6) Como señala el Preámbulo de la Convención Americana “los derechos esenciales del hombre... tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”.

(7) Sostiene Calogero Pizzolo que “el escenario jurídico del presente se encuentra fragmentado, según podemos observar, entre una diversidad de sistemas jurídicos autónomos los cuales, lejos de encontrarse separados e incomunicados, se encuentran conectados entre sí influyéndose recíprocamente. En el contexto de normas interconectadas, el proceso de fragmentación permite la formación de una comunidad de intérpretes finales” (PIZZOLO, Calogero, “Las técnicas de cohabitación en una comunidad de intérpretes finales”, ponencia en el XII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, México, febrero 2017).

(8) No se verifica entre la Corte IDH y los tribuna-

les supremos nacionales una relación de subordinación jerárquica como la que existe en un sistema federal entre la Corte Suprema y los tribunales supremos de cada provincia.

(9) “La posibilidad de escuchar un coro de voces sobre el contenido y alcance de los derechos humanos potencia el conflicto entre los intérpretes. La superación de un posible bloqueo a la eficacia de los derechos, lo cual acontecería frente a interpretaciones divergentes u opuestas de los mismos, es profundizar en las relaciones de cooperación. Cada uno de los intérpretes finales que hacen parte de la comunidad, cooperan entre sí, si logran desarrollar un diálogo interjurisdiccional. Precisamente, es este diálogo el instrumento idóneo para alcanzar los consensos mínimos que permita una cohabitación pacífica. Estos consensos, se expresan en técnicas de cohabitación practicadas por las partes y que, en esencia, implican un ejercicio de auto-contención o deferencia jurisdiccional. La salida que encontró la práctica jurisprudencial al problema de las normas interconectadas, es convertir el espacio común pluridimensional en un espacio de diálogo interjurisdiccional. En una unión de jurisdicciones. El diá-

logo, por tanto, no siempre es bilateral, también lo es multilateral y tiene como objeto la construcción de las relaciones interordinamentales” (PIZZOLO, Calogero, ob. cit.).

(10) Hemos analizado la elaboración y recepción de cada uno de esos criterios jurisprudenciales en el cuaderno “La progresiva apertura e incorporación del Derecho Internacional de los derechos humanos en la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, junio de 2016.

(11) Cfr., SAGÜÉS, Néstor P., “El ‘control de convencionalidad’, en particular sobre las constituciones nacionales”, LA LEY 19/02/2009, donde este destacado constitucionalista argentino hace un llamado a la prudencia por parte de la Corte Interamericana en el ejercicio del control de convencionalidad. De lo contrario, el propio tribunal debilitaría su natural autoridad y ascendiente.

(12) Habíamos ya sostenido este criterio en nuestro trabajo “Supremacía constitucional y primacía normativa”, en AA.VV., El Derecho Constitucional de cara al Bicentenario 2010-2016, EDUCA, Buenos Aires, 2011.

(13) Describiendo el conflicto que se puede plantear al juez nacional que debe aplicar una norma internacional que contradice el texto constitucional, sostiene Andrés D’Alessio: “cuando una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre la base de alguno de los tratados incorporados por el art. 75, inc. 22, pretenda que los tribunales argentinos se pronuncien de modo que viole algunas de las garantías preexistentes en nuestra Constitución, ocurrirá lo siguiente: quedará de lado el principio del art. 27; quedará de lado que dicha incorporación se hizo con la aclaración de que no importaba derogación de artículo alguno de la primera parte de nuestra Carta, y para que fuera complementaria de los derechos y garantías establecidos en ella; Posiblemente se esté dejando de lado alguna reserva o declaración interpretativa hecha en el momento de la ratificación y, de tal modo, olvidando que la incorporación se hizo en las condiciones de su vigencia en 1994. A todo esto, los jueces que integren ese tribunal habrán asumido su cargo jurando aplicar la Constitución, por lo que no podrán acceder a violarla con tal motivo” (“Los delitos de lesa humanidad”, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 89).

VIENE DE PÁGINA 15

Suprema resolvió el caso “Fibraca” (14), donde sostuvo que, en virtud del art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, los órganos del Estado argentino deben asignar primacía a los tratados ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria. Ahora bien, advierte el Tribunal que dicha primacía opera “una vez asegurados los principios de derecho público constitucionales”. En otras palabras, en “Fibraca” se afirma la primacía, si no expresamente de toda la Constitución Nacional, al menos de los “principios de derecho público constitucionales”, por sobre los tratados internacionales (15).

Cabe recordar que los arts. 27 y 30 de la Constitución originaria, de acuerdo con las disposiciones de la ley 23.409 declaratoria de la necesidad de reforma de 1994, no podían ser modificados por el Poder Constituyente bajo pena de nulidad absoluta e insanable (16).

II.3. Las disposiciones introducidas por la reforma constitucional de 1994 en materia de tratados internacionales sobre derechos humanos

La decisión del Constituyente de 1994 fue establecer el carácter complementario de las disposiciones del Derecho Internacional de los Derechos Humanos respecto de la Constitución Nacional (17) y establecer la supremacía de los tratados internacionales respecto de las leyes, pero no en relación con la propia Constitución Nacional. Las normas internacionales en materia de derechos humanos tienen en la Argentina jerarquía constitucional complementaria y, por ende, rango suprallegal, pero no son supraconstitucionales. Han de ser aplicadas en conformidad con las disposiciones constitucionales. Se complementa algo ya existente y principal que no puede ser modificado ni alterado.

Estos criterios sobre jerarquía normativa surgen con claridad del texto del art. 75, incs. 22, párrs. 1 y 2, y 24. En el primero se establece que “los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes” y que once Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos “en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”. En el inc. 24 se habilita la posibilidad de “aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes”.

Por otra parte, esta era la única opción que podía establecer el Constituyente de 1994 dado los límites que le había fijado el Poder pre-constituyente mediante la sanción de la ley 24.309. La Convención Constituyente no podía modificar el contenido de lo dispuesto en los arts. 27 y 30, pertenecientes a la primera parte de nuestra CN.

II.4. El establecimiento de la primacía normativa es una decisión constitucional reservada al Poder Constituyente

Señala Kelsen, al referirse a las relaciones que guardan entre sí el derecho internacional y el interno, que “ambos sistemas son igualmente correctos e igualmente justificados. Es imposible, a partir de una especulación jurídico-científica, adoptar una decisión jurídico-científica a favor de uno de los dos”; en otras palabras, la decisión de cuál debe prevalecer “escapa a la ciencia del derecho” (18). No siendo de origen estrictamente jurídico el establecimiento de la primacía es una decisión política que establece cada comunidad soberana (19).

Consideramos que, en el estado actual de la organización jurídico-política, la instancia última normativa de derecho posi-

tivo le corresponde a la Constitución Nacional (20). Nos parece que es más realista afirmar que las normas internacionales, tal vez con excepción de las que constituyen el *ius cogens* (21), adquieren en general su validez por medio del consentimiento que brindan los poderes públicos nacionales en base a las competencias establecidas por una Constitución, que el sostener que las constituciones nacionales son dictadas por una habilitación contenida en las normas internacionales. La sanción de una Constitución por el Constituyente significa la máxima expresión del derecho positivo de un Estado y el punto de partida para el reconocimiento y la sanción de las restantes normas jurídicas, incluidas las internacionales.

Nos parece que, de acuerdo con los contenidos y exigencias básicas de la teoría del poder constituyente y de la supremacía constitucional que fundamentan nuestro sistema jurídico-político, se puede afirmar que la *supremacía* es siempre constitucional, si bien cabe la posibilidad de que sea el propio texto constitucional el que establezca la *primacía* del derecho internacional o comunitario sobre toda norma interna, incluida la constitucional (22). En ese caso, el intérprete privilegiando la norma internacional da plena operatividad a la propia Constitución. Nos parece que estos criterios son los que se corresponden con el estado actual de evolución de los Estados nacionales en el marco del proceso de globalización. Éste ha debilitado el Estado Nación moderno, ha relativizado partes importante de la soberanía estatal, pero aún estamos lejos de poder decir que ella haya desaparecido. Los Estados nacionales siguen siendo los principales sujetos y protagonistas del sistema político y jurídico y las instituciones y el derecho internacional aún está en proceso de conformación.

Por tanto, de acuerdo con los núcleos básicos de la teoría del poder constituyente y de la supremacía constitucional que fundamentan nuestro sistema jurídico-político, nos parece que la *supremacía* es siempre

constitucional, si bien cabe la posibilidad de que sea el propio texto constitucional el que establezca la *primacía* del derecho internacional o comunitario sobre toda norma interna, incluida la constitucional. En ese caso, el intérprete privilegiando la norma internacional da plena operatividad a la propia Constitución. Nos parece que estos criterios son los que se corresponden con el estado actual de evolución de los Estados Nacionales en el marco del proceso de globalización. Éste ha debilitado al Estado Nación moderno, ha relativizado partes importante de la soberanía estatal, pero aún estamos lejos de poder decir que ha desaparecido. Los Estados Nacionales siguen siendo los principales sujetos y protagonistas del sistema político y jurídico y las instituciones y el derecho internacional aún está en proceso de conformación.

Ya en el marco específico del sistema jurídico argentino, podemos señalar que el Constituyente de 1994 podría haber establecido la primacía del derecho internacional aún sobre las propias normas constitucionales como lo han hecho algunas constituciones, p. ej. la holandesa. Sin embargo, no lo hizo, sino que optó por darle al derecho internacional de los Derechos Humanos un carácter complementario de las disposiciones constitucionales. Quien complementa agrega, añade, pero no reforma ni suprime lo principal.

La jerarquía constitucional que el art. 75 inc. 22.2 otorga a los once tratados de derechos humanos se debe entender, según indica su propio texto, como complementaria de los derechos constitucionales reconocidos en la primera parte y no pueden derogar ninguna de sus disposiciones, entre ellas el art. 27, que establece claramente la supremacía de la Constitución sobre los tratados internacionales, el art. 30, que regula el procedimiento de reforma constitucional e impide a los poderes constituidos la modificación o desconocimiento de las normas constitucionales, y el art. 31, que proclama la supremacía constitucional.

NOTAS

(14) Caso “Fibraca Constructora SCA c. Comisión Técnica Mixta de Salto Grande”, Fallos 316:1669 (1993).

(15) Aplicando estos principios, afirma el Dr. Fayt en el consid. 49 de su lúcida y valiente disidencia en el caso “Simón” (Fallos 328:2056): “la vigencia del art. 27 impide claramente la aplicación de un tratado internacional que prevea la posibilidad de aplicación retroactiva de la ley penal, en tanto el principio de legalidad que consagra el *nullum crimen nulla poena sine lege praevia* es innegablemente un principio de derecho público establecido en esta Constitución (art. 18 de la Constitución Nacional), quizá uno de sus más valiosos”. También sostiene más adelante en el consid. 74: “ni la nueva jurisprudencia del Tribunal [se refiere a la Corte IDH] ni la reforma constitucional mencionada [la de 1994] permite que la aplicación de tratados internacionales importe vulnerar el principio de legalidad en cualquiera de sus corolarios”.

(16) Un principio análogo al establecido en el art. 27 de nuestra Constitución es asumido en la doctrina de la identidad constitucional como límite al derecho internacional, desarrollado por el tribunal constitucional italiano que Calogero Pizzolo explica en estos términos: se trata de una “reserva expresa de jurisdicción en relación a la interpretación de los que se señalan como principios fundamentales del orden constitucional a partir de los cuales se materializa la identidad constitucional de un Estado. Identidad que viene dada por ese demiurgo que es el poder constituyente originario representante de la soberanía popular. El recorrido, en este sentido, que siguen diversos tribunales constitucionales -además de Alemania e Italia, en España, Francia, República Checa y Polonia, entre otros- lleva a señalar la existencia de límites constitucionales a la apertura propuesta por el derecho interno hacia el derecho internacional.

Dichos límites estarían en condiciones de activarse frente a situaciones calificadas como ‘extremas’ o ‘extraordinarias’. La utilidad de esta técnica en las relaciones interordinamentales entre los jueces de Luxemburgo y los jueces nacionales ha quedado expuesta en la ‘europeización’ de la misma operada vía el artículo 4.2 (TUE). Por otra parte, la doctrina de los controlimiti -cuya paternidad pertenece a los jueces constitucionales italianos- es una derivación de la identidad constitucional y de la defensa propuesta de está. En su formulación dogmática, expuesta como técnica de cohabitación, parte de la premisa que reconoce en el ‘otro’ ordenamiento una entidad o cualidad suficiente que permite considerarlo, por el intérprete final del ordenamiento nacional, como compatible -equivalente- con éste. Pero tal reconocimiento, se acompaña con una declaración a priori sobre la existencia de límites constitucionales cuya violación por los jueces supranacionales, el juez nacional no está dispuesto a tolerar. Ahora bien, como los límites invocados por los controlimiti -según Randazzo una categoría ‘más predicada que declarada’ o en palabras de Bignami un ‘quimérico instituto’ difícilmente puedan defenderse en abstracto -o sea más allá de un plano eminentemente dogmático- cumpliendo ciertos mínimos de certeza jurídica, su configuración queda para el caso concreto. Esto es, los controlimiti se materializarían como tales en situaciones más precisas que hipotéticas. Mientras tanto, el intérprete nacional, obtendrá a su favor un valioso margen de discrecionalidad que le permitirá consentir diversas interpretaciones hechas en sede supranacional a la vez que administrar el grado de conflictividad interordinamental que éstas puedan crear. En efecto, tanto la noción de controlimiti como su derivado, la noción de identidad constitucional, son representativas de nociones jurídicamente indeterminadas. Está claro -afirma Bon- que esta incertidumbre ‘debilita

en gran medida el carácter operativo de la noción de identidad constitucional’ Pero dicha ambigüedad, parecería representar su mayor ventaja para el intérprete final nacional” (ob. cit.).

(17) Por otra parte, este carácter complementario también es establecido en los propios documentos internacionales. Así, en el Preámbulo de la Convención Americana de Derechos Humanos se afirma que “los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”.

(18) KELSEN, Hans, “Teoría pura del Derecho”, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1979, p.334.

(19) “Tradicionalmente, el derecho internacional clásico ha reservado a las legislaciones nacionales, en general, a las normas constitucionales, la decisión sobre la forma de integración del Derecho internacional al orden jurídico vigente en un Estado” (PINTO, Mónica, “Temas de derechos humanos”, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1997, p.63).

(20) Acerca del necesario respeto de todo el sistema normativo, incluida la propia Constitución, a las exigencias de derecho natural que se derivan de la dignidad de la persona humana, remitimos a nuestro libro “En las fronteras entre el Derecho Constitucional y la Filosofía del Derecho”, Ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2010, en especial Caps. III a V.

(21) Sostuvo el juez Maqueda en su voto en el caso “Simón”: “la consagración positiva del derecho de gentes en la Constitución Nacional permite considerar que existía -al momento en que se produjeron los hechos investigados en la presente causa- un sistema de protección de derechos que resultaba obligatorio

independientemente del consentimiento expreso de las naciones que las vincula y que es conocido actualmente -dentro de este proceso evolutivo- como *ius cogens*. Se trata de la más alta fuente del derecho internacional que se impone a los estados y que prohíbe la comisión de crímenes contra la humanidad incluso en épocas de guerra. No es susceptible de ser derogada por tratados en contrario y debe ser aplicada por los tribunales internos de los países independientemente de su eventual aceptación expresa. Estas normas del *ius cogens* se basan en la común concepción -desarrollada sobre todo en la segunda mitad del siglo XX- en el sentido de que existen conductas que no pueden considerarse aceptables por las naciones civilizadas”, Fallos 328:2056, voto Dr. Maqueda, consid. 45.

(22) Un ejemplo de cierta primacía otorgada por una Constitución a las normas internacionales sobre el propio texto constitucional puede verse en los arts. 91.3 y 92 de la Constitución holandesa: “Artículo 91: 1. El Reino no quedará vinculado por tratados y éstos no podrán ser denunciados sin la aprobación previa de los Estados Generales. La ley determinará los casos en que no se requiera tal aprobación. 2. La ley regulará el procedimiento de la prestación de aprobación, pudiendo también prever la aprobación tácita. 3. Cuando un tratado contuviere estipulaciones que deroguen la Constitución o que impongan la necesidad de tal derogación, se requerirá para su adopción por las Cámaras una mayoría de al menos dos tercios del número de votos emitidos. Artículo 92: Con observancia, en la medida necesaria, de lo dispuesto en el apartado tercero del artículo 91, se podrán conferir competencias legislativas, administrativas y jurisdiccionales a organizaciones internacionales de derecho público”.

No existe a nivel constitucional ninguna norma que permita sostener la supremacía del orden convencional sobre el orden constitucional, de modo análogo a como el art. 31 de nuestra CN dispone con toda claridad la supremacía del derecho federal sobre toda norma de derecho provincial.

Al no haberse establecido expresa ni implícitamente la primacía del derecho internacional de los Derechos Humanos sobre el propio texto constitucional, corresponde afirmar la primacía normativa de este último sobre el primero según los principios de la lógica jurídica más elemental.

Esta pauta normativa no puede ser modificada jurisprudencialmente por los tribunales, sin que ello configure un claro exceso judicial y una violación de la propia normativa constitucional, cuya custodia final está encomendada a los jueces nacionales.

II.5. Los criterios establecidos en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados

Algunos alegan para sostener la primacía de los tratados internacionales sobre la Constitución Nacional las disposiciones de los arts. 27 y 46 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, que impiden alegar las normas internas para dejar de cumplir los compromisos que los Estados asumen internacionalmente. Sin embargo, corresponde recordar que para el derecho argentino la mencionada Convención es un tratado internacional con jerarquía supralegal pero no supraconstitucional, ni siquiera constitucional. Por lo tanto, sus disposiciones, en caso de conflicto, no pueden ser opuestas válidamente a lo claramente establecido en los arts. 27, 30 y 31 de la CN.

II.6. Actuales limitaciones y debilidades institucionales de la Corte IDH

Un argumento adicional de carácter institucional que se podría señalar para no hacer prevalecer una doctrina de la Corte IDH en una determinada cuestión sobre lo que dispone la Constitución Nacional está dado por ciertas limitaciones y debilidades institucionales que actualmente se pueden señalar en su actual diseño y funcionamiento de este tribunal regional.

Si el reconocimiento del control de constitucionalidad por parte de los tribunales constitucionales nacionales y su poder para decir la palabra final en determinados asuntos son hoy puestos en duda en términos de su legitimidad democrática, mayores reparos aún merece reconocer dicha autoridad final a un órgano regional que posee mayores limitaciones en esta materia.

Los jueces de la Corte IDH son elegidos por los representantes de los estados que han reconocido su competencia en el marco de la Asamblea General de la OEA. La participación de los órganos locales de base electoral es prácticamente nula, lo mismo que la de los ciudadanos, del cuerpo electoral y de las organizaciones de la sociedad civil. Por otra parte, los jueces de la Corte IDH son completamente irresponsables por las decisiones que adopten (cfr. art. 70.2 de la CADH (23)). Por lo tanto, la participación de los órganos representativos de base democrática es muy poco significativa tanto

en los procesos de designación como de responsabilidad por su actuación.

La mayoría o la totalidad de los jueces llamados a resolver una determinada materia no son del propio país, ni tienen un especial vínculo con él. La gran mayoría de los ciudadanos nacionales no los conoce, no sabe de su existencia ni conoce sus antecedentes.

Junto a ello, la Corte IDH tiene fuertes debilidades institucionales. El trabajo de los jueces no es permanente, sino que sólo abarca determinados meses del año. Por otra parte, su presupuesto es exiguo y dependiente de donaciones de países y organizaciones internacionales, muchas de ellas de fuera de la región. Ello constituye una debilidad de cara a las condiciones institucionales mínimas de independencia que debe gozar un tribunal judicial.

En el ámbito nacional existen sistemas de pesos y contrapesos, de mecanismos de colaboración y controles cruzados que facilitan el equilibrio institucional. Poco de ello ocurre a nivel de la Corte IDH.

En esas circunstancias de limitación y debilidad institucional que enmarcan la actuación del tribunal regional, no parecería prudente ni acertado reconocer a la Corte IDH la decisión final en una determinada materia que ha sido claramente definida a nivel nacional por el texto de la Constitución que sí goza de las mínimas pero suficientes garantías de legitimidad democrática e institucional.

Los anteriores condicionamientos aconsejan reconocer un poder efectivo pero limitado a la Corte IDH, ceñido a los términos en que fue reconocido por los Estados parte de la Convención Americana de Derechos Humanos al momento de su incorporación al SIDH, al mismo tiempo que propician cierta autolimitación por parte de sus propios integrantes.

Por lo expuesto anteriormente, nos inclinamos a sostener la tesis de que en el supuesto caso de un conflicto insalvable entre normas constitucionales y convencionales, en el que no es posible su armonización, en el marco del sistema jurídico argentino el juez nacional debe optar por dar eficacia a la norma constitucional sobre la convencional.

III. Una breve recorrida por el derecho comparado

Para completar el análisis realizado en torno al derecho argentino, puede ser interesante analizar cómo se ha resuelto normativa y jurisprudencialmente este posible conflicto insalvable entre una norma constitucional y una de carácter convencional en distintos países, en el marco del derecho comparado. Examinar cuál ha sido la actitud y decisión de los supremos tribunales nacionales cuando el cumplimiento de una sentencia de un tribunal internacional o el seguimiento de alguna doctrina jurisprudencial convencional podía llevarle a desconocer, a su criterio, disposiciones de la propia constitución nacional.

Analizaremos la doctrina y las decisiones adoptadas sobre el punto en cuestión tanto por los tribunales constitucionales

europeos, como de los países del sistema interamericano.

III.1. Países europeos

a) Italia

Ya a partir del año 1973, la Corte Constitucional italiana desarrollará la doctrina acerca de la identidad constitucional italiana como límite a las normas y decisiones comunitarias y convencionales. Así, en el caso "Frontini", sostendrá que los órganos comunitarios no pueden disponer "del poder inadmisiblemente de violar los principios fundamentales de nuestro ordenamiento constitucional o los derechos inalienables de la persona humana" (24).

Como puede verse, se trata de una creación jurisprudencial, análoga a lo que dispone el art. 27 de nuestra CN, que establece una zona de reserva constitucional y limita en supuestos muy excepcionales la aplicación del derecho internacional, comunitario o convencional, cuando de ello se deriva una afectación grave de los principios fundamentales del orden constitucional italiano (25).

b) Alemania

Un claro conflicto entre instancias nacionales e internacionales se ha dado en Alemania con motivo de la sentencia de la Corte Constitucional alemana del 14/10/2004, que relativizó el alcance de lo decidido en un fallo de la Corte Europea de Derechos Humanos. Se trataba de un caso en que un menor había sido dado en adopción por su madre, sin el consentimiento de su padre y cuando este último aún no había reconocido su paternidad. El padre impugnó sin éxito dicha adopción en el orden interno. En cambio, su petición fue acogida por la Corte EDH. Sin embargo, cuando quiso hacer valer esa decisión en el orden interno, los tribunales alemanes se opusieron a ella alegando que el cumplimiento de la sentencia implicaría violar garantías reconocidas constitucionalmente.

La Corte Constitucional señaló que, si bien las normas internacionales forman parte del derecho interno alemán, ellas no gozan de una jerarquía constitucional. Las decisiones de los tribunales internacionales deben ser llevadas a la práctica por los tribunales locales siempre y cuando su cumplimiento no signifique una violación a las normas constitucionales alemanas y, cuando ello sea necesario, con las debidas adaptaciones al sistema jurídico nacional. Ello ocurre particularmente cuando se trata de resolver conflictos no entre un Estado y sus ciudadanos, sino, como en este caso, entre los intereses particulares de sus propios ciudadanos (26).

Más allá de esta falta de seguimiento en el caso concreto de lo decidido por la Corte EDH, el tribunal constitucional alemán señaló que en futuras sentencias análogas los tribunales nacionales deberían tener especialmente en cuenta la doctrina de la Corte Europea.

También el tribunal constitucional alemán ha receptado la doctrina de la identidad constitucional nacional y ha sostenido en las sentencias "Solange I" de 1974 (27) y "Solange II" (28) de 1986 que el art. 24 de la Constitución alemana, relativo a la trans-

ferencia de competencia a organismos supranacionales, no permite que "la estructura fundamental de la Constitución que le confiere su identidad sea modificada sin revisión constitucional". Estos principios fueron confirmados por el tribunal constitucional alemán cuando en el año 2009 tuvo que pronunciarse acerca de la constitucionalidad del Tratado de Lisboa, constitutivo de la Unión Europea.

c) Reino Unido

El Reino Unido ha sido condenado por parte de la Corte EDH por negar el voto a las personas detenidas, lo que a criterio del tribunal de Estrasburgo, es contrario a las normas convencionales. Tanto el Parlamento como los jueces nacionales han rehusado el cumplimiento de esta condena internacional y no han modificado la legislación ni habilitado judicialmente el voto de los detenidos en ningún caso, pese a los requerimientos del tribunal europeo (29).

Afirma Howard Davis que "ha habido un número de casos en los que jueces del Reino Unido, incluida la Corte Suprema, tras un análisis cuidadoso y detallado de los derechos de la Convención, se han pronunciado en desacuerdo con el TEDH, interpretando de forma diferente el texto de la Convención. Ejemplo de ello son los supuestos sobre las bases de datos de perfiles de ADN en manos de la policía, la política de detenciones y cacheos aleatorios en el contexto de la lucha contra el terrorismo, y los casos sobre el voto de los reclusos (mencionado anteriormente). Hay también tensiones relativas al derecho a un juicio justo, y temas tales como el derecho a guardar silencio, y el uso de testimonios por referencia. Si estos asuntos vuelven entonces a los tribunales del Reino Unido, los casos ulteriores deberán ser decididos a la luz del enfoque de Estrasburgo, lo que en ocasiones se hace con judicial renuencia" (30).

d) España

El art. 95 de la Constitución española señala al respecto lo siguiente:

"1. La celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional.

2. El Gobierno o cualquiera de las Cámaras puede requerir al Tribunal Constitucional si existe o no esa contradicción".

Como se aprecia en la lectura de este artículo, se consagra aquí implícitamente el principio de la supremacía de la Constitución que no puede ser modificada implícitamente por la celebración de un tratado, sino únicamente a través del proceso de reforma específicamente establecido para ello.

Si se quiere aprobar un tratado internacional contrario a lo dispuesto constitucionalmente, hay que reformar previamente el texto constitucional.

e) Rusia

En el célebre caso "Markin", el Tribunal Constitucional ruso debió resolver la deli-

{ NOTAS }

(23) "No podrá exigirse responsabilidad en ningún tiempo a los jueces de la Corte ni a los miembros de la Comisión por votos y opiniones emitidos en el ejercicio de sus funciones".

(24) Corte Constitucional Italiana, sentencia 183/1973, 18/12/1973.

(25) Para ampliar la comprensión de esta doctrina de la identidad nacional constitucional, remitimos a la cita del nota 16 de este trabajo y al artículo de BON, Pierre, "La identidad nacional o constitucional, una nueva noción jurídica", Revista Española de Derecho Constitucional, n°100, enero-abril 2014, p.167 y ss.

(26) Cfr. HARTWIG, Matthias, "Much ado about Human Rights: The Federal Constitutional Court Confronts the European Court of Human Rights", *German Law Journal*, Vol. 06 N°05, p.869.

(27) BVerfGE 37, p.271.

(28) BVerfGE 73, p.339.

(29) Cfr. ST, "Greens v. United Kingdom", 53 EHRR 21, 2011.

(30) DAVIS, Howard, "La ley de derechos humanos bajo amenaza. El desafío a la ley de derechos humanos en el Reino Unido", disponible en http://www.ugr.es/~redce/REDCE23/articulos/05_DAVIS.htm.

VIENE DE PÁGINA 17

cada cuestión acerca de si sus decisiones, fundadas en el derecho constitucional ruso, debían prevalecer sobre las adoptadas por la Corte EDH.

Konstantin Markin era un militar ruso al que le fue denegado en el orden nacional un permiso de licencia parental por tres años, ya que ese beneficio sólo se preveía para el personal militar femenino. El tribunal constitucional ruso entendió que ello no era violatorio del art. 19 de la Const. rusa que consagra el derecho a la igualdad y prohíbe toda discriminación. Disconforme con lo decidido en el ámbito nacional, Markin acudió a la Corte EDH y obtuvo una sentencia favorable a su pretensión. El tribunal europeo consideró que en el caso estaban violadas tanto el art. 9 del CEDH que protege la igualdad, como el art. 14 que protege la vida privada.

En base a la decisión de la Corte EDH, Markin solicitó la reapertura del proceso local ante un tribunal de San Petersburgo quien, antes de resolver el caso, acudió en consulta a la Corte Constitucional rusa. El máximo tribunal ruso negó la posibilidad de revisar su propia decisión e hizo prevalecer su propio fallo (31).

Más recientemente Rusia ha desoído abiertamente las condenas de la Corte EDH acerca de la prohibición de las marchas del orgullo gay en su territorio, que continúan siendo prohibidas por la legislación de distintas regiones de este país.

III.2. Países americanos

a) Estados Unidos

Como claro ejemplo de falta de armonización entre el derecho interno y el internacional y de leal acatamiento y colaboración de las instancias nacionales respecto de las decisiones de los tribunales internacionales, cabe mencionar la sentencia de la Corte Suprema norteamericana en el caso “Medellín” del 25/3/2008. José Medellín, un ciudadano mexicano residente en Estados Unidos, había sido condenado a muerte por los tribunales de Texas a causa de una violación ocurrida en Houston en 1993. Durante su proceso penal, no se le informó al condenado acerca de su derecho a recibir asistencia consular, según lo previsto en la Convención de Viena sobre relaciones consulares de 1963, de la que Estados Unidos era parte. A raíz de que esta omisión se había repetido en otros 58 casos, México demandó a Estados Unidos ante la Corte Internacional de Justicia. Al resolver el caso “Avena” en 2004, el tribunal de La Haya acogió favorablemente el reclamo y decidió que la violación de las normas internacionales por privación de la asistencia consular, exigían la revisión de las condenas penales. En 2005, el presidente Bush dictó una circular para el cumplimiento de la sentencia de la Corte Internacional de Justicia y la revisión de los fallos con-

denatorios. La Corte de Texas reconsideró el caso “Medellín”, pero confirmó la condena a muerte. Medellín apeló ante la Corte Suprema norteamericana quien, en voto dividido seis a tres, rechazó su apelación. En los fundamentos del voto mayoritario, desde una clara postura dualista, se afirma que la Convención Internacional de Viena no era una norma cuyo cumplimiento deba ser exigido por los tribunales locales, ya que ninguna ley del Congreso la había incorporado aún al sistema normativo interno, por lo que las normas procesales estatales tienen primacía sobre la Convención. Por otra parte, tampoco la instrucción del presidente era obligatoria para los tribunales locales, ya que ello implicaría reconocer facultades legislativas y judiciales en el presidente, contrariando la división de poderes prevista en la Constitución federal. México volvió a acudir ante la Corte Internacional de Justicia para impedir la ejecución de Medellín. El tribunal internacional determinó en el mes de junio de 2008 que se debía suspender la ejecución. La Corte de Texas, a pesar del pedido del secretario de las Naciones Unidas, ordenó la muerte del condenado.

Podemos ver aquí una clara manifestación de la falta de apertura del sistema jurídico norteamericano hacia el derecho internacional y el derecho internacional de los derechos humanos (32).

b) Brasil

El 29/4/2010, el Supremo Tribunal Federal brasileño declaró la constitucionalidad de la ley de amnistía 6683/79 (33), desconociendo la jurisprudencia de la Corte IDH establecida en el caso “Barrios Altos” de 2001, que pretendía dejar sin efecto, con carácter retroactivo, este tipo de medidas.

Meses después, el 24/11/2010, la Corte IDH condenó a Brasil en el caso “Gomes Lund y otros (Guerrilla del Araguaia)” y señaló que la mencionada ley brasileña no podría ser utilizada como obstáculo para la instauración de procesos de responsabilización de los militares involucrados en los crímenes de tortura y desaparición forzada durante la dictadura militar brasileña.

En su fallo, la Corte IDH sostiene que “en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, del cual Brasil forma parte por decisión soberana, son reiterados los pronunciamientos sobre la incompatibilidad de las leyes de amnistía con las obligaciones convencionales de los Estados cuando se trata de graves violaciones a derechos humanos” (34). Señala que el Estado de Brasil no había adecuado su legislación interna a la Convención Americana, ni sus autoridades judiciales ejercieron debidamente el control de convencionalidad de la ley de amnistía y crítica expresamente la sentencia Supremo Tribunal Federal que “confirmó la validez de la interpretación de la Ley de Amnistía sin considerar las obligaciones internacionales de Brasil derivadas del derecho internacional”.

Luego de la condena del caso “Gomes Lund”, mediante la ley 12.528 de 18/11/2011, se creó la Comisión Nacional de la Verdad, pero los tribunales brasileños han seguido aplicando la ley de amnistía declarada inconvencional por la Corte IDH y no se han abierto internamente los procesos penales en relación con esas graves violaciones de derechos humanos de la dictadura militar.

c) Uruguay

En el célebre caso “Gelman” de febrero del 2013 (35), la Suprema Corte de Uruguay debió decidir un grave conflicto entre la garantía de irretroactividad de la ley penal consagrada en la Constitución y el cumplimiento de una sentencia de la Corte IDH que condenaba al Uruguay a dejar sin efecto una ley de amnistía del año 1985, ratificada dos veces por el electorado de ese país.

El 24/2/2010 la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró, por unanimidad, que el Estado de la República Oriental del Uruguay era internacionalmente responsable por:

a) La desaparición forzada y la violación de los derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal y a la libertad personal, en perjuicio de María Claudia García Iruretagoyena Casinelli;

b) La violación de los derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la libertad personal, a la familia, al nombre, a los derechos del niño y a la nacionalidad, en perjuicio de María Macarena Gelman García Iruretagoyena, por lo que constituyó una forma de desaparición forzada desde su nacimiento hasta el momento en que recuperó su verdadera y legítima identidad;

c) La violación de los derechos a la integridad personal y a la protección de la familia, en perjuicio del señor Juan Gelman, y

d) La violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, en relación con las normas pertinentes de la Convención Americana y de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, por la falta de investigación efectiva de los hechos del presente caso, en perjuicio de Juan Gelman y María Macarena Gelman.

Además, consideró que el Estado ha incumplido la obligación de adecuar su derecho interno a la Convención Americana, como consecuencia de la interpretación y aplicación que le ha dado a la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado respecto de graves violaciones de derechos humanos. En cuanto a la Ley de Caducidad, la Corte Interamericana recordó las obligaciones internacionales que tienen los Estados de investigar y, en su caso, sancionar graves violaciones de derechos humanos. La Corte IDH reiteró su jurisprudencia y concluyó que son inadmisibles las disposiciones de amnistía y de prescripción y

el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

El fallo señala también que las investigaciones internas han sido abiertas bajo la figura del homicidio, excluyendo otros delitos como la tortura, desaparición forzada y sustracción de identidad, con la que se hace posible que la causa sea declarada prescrita por los tribunales nacionales. La Corte IDH reiteró que, por tratarse de un caso de graves violaciones de derechos humanos, en particular desapariciones forzadas, esta tipificación debe primar en las investigaciones que corresponda abrir o continuar a nivel interno. Dada su manifestación incompatible con la Convención Americana, las disposiciones de la Ley de Caducidad que impiden la investigación y sanción de graves violaciones de derechos humanos carecen de efectos jurídicos y, en consecuencia, no pueden representar un obstáculo para la investigación de los hechos del presente caso y la identificación y el castigo de los responsables, ni pueden tener igual o similar impacto respecto de otros casos de graves violaciones de derechos humanos consagrados en la Convención Americana que puedan haber ocurrido en el Uruguay. En relación con lo anterior, el Tribunal agregó que el hecho de que la Ley de Caducidad haya sido aprobada en un régimen democrático, e incluso respaldada por la ciudadanía en dos ocasiones, no le concede, automáticamente ni por sí sola, legitimidad ante el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

La Corte IDH agregó en su fallo que la legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, por lo que la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un “control de convencionalidad”, que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial.

La Corte IDH concluyó en su fallo que el Estado había violado los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, previstos en los arts. 8.1 y 25.1 de la CADH, en relación con los arts. 1.1 y 2 de la misma y los arts. I.b y IV de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, por la falta de una investigación efectiva de la desaparición forzada de María Claudia García Iruretagoyena y la sustracción, supresión y sustitución de identidad y entrega a terceros de María

NOTAS

(31) Sobre este tema puede consultarse el trabajo de VAYPAN, Grigory, “Acquiescence Affirmed, Its Limits Left Undefined: the Markin Judgment and the Pragmatism of the Russian Constitutional Court vis-à-vis the European Court of Human Rights”, Lomonosov Moscow State University (Moscow, Russia).

(32) Otra manifestación de esta tendencia ha sido el debate acerca de la legitimidad de fundar decisiones judiciales en normas de derecho internacional no aprobadas expresamente a través del procedimiento legislativo ordinario que ha tenido en los últimos años una notable repercusión en Estados Unidos. En los últimos años, la Corte Suprema de ese país provocó un gran revuelo al acudir colateralmente en sus

fallos a normas y sentencias internacionales que, en sentido amplio, integran el derecho internacional de los derechos humanos, pero que no han sido incorporados al ordenamiento jurídico local por decisión de los poderes públicos con base electoral. Ello ocurrió en tres casos dictados a partir del año 2002. Los votos mayoritarios dejaron de lado el anterior criterio que evitaba acudir al derecho extranjero para fundar las decisiones del máximo tribunal norteamericano. En enero del 2005 los jueces de ese tribunal Antonin Scalia y Stephen Breyer expusieron sus posturas encontradas sobre este punto en la American University de Washington DC, en un debate que fue transmitido por televisión a todo el país y al que la revista New

York Times le dedicó su número de tapa. No sólo jueces conservadores como Scalia rechazaron este cambio de criterio que habilita la posibilidad de acudir al derecho extranjero para fundar sentencias. También Richard Posner, juez, profesor de la Universidad de Chicago y uno de los principales doctrinarios de la corriente del Law and Economics, manifestó su inquietud al respecto. También corresponde mencionar, para advertir la repercusión pública que esta cuestión está teniendo en ese país, que el precandidato presidencial por el Partido Republicano Mike Huckabee en las elecciones del año 2008 incluyó dentro de su plataforma electoral su promesa de promover juicio político a todos los jueces norteamericanos que acudieran

al derecho extranjero a la hora de fundar sus sentencias. La tradición política norteamericana, basada en el autogobierno democrático, es especialmente reacia y refractaria a aceptar la vigencia de las normas internacionales y la competencia de los tribunales internacionales, fundándose, entre otros motivos, en la insuficiente legitimidad democrática de esas instituciones jurídicas.

(33) Sup. Trib. Fed., “Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153”, juzgada el 29/4/2010.

(34) Corte IDH, “Gomes Lund y otros c. Brasil”, 2010, párr. 149.

(35) Cfr. sent. 20 de la Sup. Corte República Oriental del Uruguay, del 22/2/2013.

Macarena Gelman, en perjuicio de Juan y María Macarena Gelman. Además, debido a la interpretación y a la aplicación que se le ha dado a la Ley de Caducidad, que carece de efectos jurídicos respecto de graves violaciones de derechos humanos, el Estado ha incumplido su obligación de adecuar su derecho interno a la Convención, contenida en el art. 2 de la misma, en relación con los arts. 8.1, 25 y 1.1 del mismo tratado y los arts. I.b, III, IV y V de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

Con posterioridad al fallo de la Corte IDH y en cumplimiento a lo allí decidido, el 27/10/2011 el Parlamento uruguayo sancionó, con apretada mayoría, la ley 18.831. Esta ley establece en su art. 1 que “se restablece el pleno ejercicio de la pretensión punitiva del Estado para los delitos cometidos en aplicación del terrorismo de Estado hasta el 1/3/1985, comprendidos en el art. 1 de la Ley 15.848, de 22 de diciembre de 1986”. Asimismo, el art. 2 señala que “no se computará plazo alguno, procesal, de prescripción o de caducidad, en el período comprendido entre el 22 de diciembre de 1986 y la vigencia de esta ley, para los delitos a que refiere el art. 1 de esta ley”. Por su parte, el art. 3 prescribe lo siguiente: “Declárese que, los delitos a que refieren los artículos anteriores, son crímenes de lesa humanidad de conformidad con los tratados internacionales de los que la República es parte”.

La Suprema Corte de Justicia dictó el 22/2/2013 la sentencia 20 en la que declaró inconstitucionales los arts. 2 y 3 de la ley 18.831, por entender que eran contrarios a la garantía constitucional de irretroactividad de la ley penal(36). La sentencia se dictó por cuatro votos contra uno, y en los fundamentos del voto mayoritario aparecen conceptos sobre el control de convencionalidad, como así también sobre el alcance, el valor y la fuerza de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y la reafirmación, entre otros aspectos, del principio de irretroactividad penal consagrado constitucionalmente. En síntesis, la Suprema Corte de Justicia, máximo órgano del Poder Judicial y cabeza de uno de los Poderes del Estado de Uruguay, dando primacía a las disposiciones constitucionales desconoció la anulación de amnistía que la Corte Interamericana de Derechos Humanos dispuso en la sentencia en el caso “Gelman vs. Uruguay”. En caso de un conflicto insalvable entre normas y principios constitucionales y convencionales, dio prioridad a la norma constitucional nacional, aun cuando existía una sentencia de la Corte IDH que no declaraba la inconvencionalidad de ley de caducidad y ordenaba la apertura de los procesos(37).

d) Chile

La Constitución chilena de 1980 en su art. 13 *in fine* establecía la censura previa

en materia cinematográfica(38). La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso “La última tentación de Cristo”, entendió que el mecanismo previsto en la Constitución chilena era contrario al art. 13 de la CADH y condenó al Estado chileno a reformar su propia Constitución.

El conflicto se resolvió porque las propias autoridades chilenas procedieron a la modificación de su texto constitucional mediante el procedimiento de reforma que ella establece para adecuarlo a las pautas emanadas de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos(39).

e) México

En el año 2011, México introdujo una importante reforma constitucional, incorporando al texto de la su carta magna la protección de los derechos humanos que brindan los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos.

El art. 1 de la Constitución pasó a tener la siguiente redacción: “En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley”. En el año 2011, la Corte Suprema de ese país señaló en una importante decisión que las únicas limitaciones válidas a los derechos humanos consagrados en los tratados internacionales son las que tengan fundamento directamente en el texto constitucional(40). De este modo, consagró implícitamente la supremacía final de la Constitución en relación a los tratados internacionales sobre derechos humanos cuando no es la propia Constitución la que establece una limitación a un derecho más ampliamente consagrado en un tratado internacional.

f) República Dominicana

En la sentencia 168/2013 del Tribunal Constitucional de la República Dominicana

sostuvo que no eran dominicanos los hijos de extranjeros en tránsito nacidos en ese país. La decisión se dictó luego de que la Corte IDH condenara a la República Dominicana por las detenciones y expulsiones sumarias de inmigrantes haitianos acaecidas entre los años 1999 y 2000. Con posterioridad, la Corte IDH ordenó al Estado dominicano a dejar sin efecto su sentencia 168/2013 por considerarla contraria a los derechos reconocidos en la CADH.

Planteada esta situación, el Tribunal Constitucional dominicano declaró la inconstitucionalidad del instrumento mediante el cual la República Dominicana había aceptado la competencia de la Corte IDH, ya que el mismo no había sido aprobado por el Poder Legislativo de ese país, según el procedimiento previsto en la Constitución de ese país. Consideró que el reconocimiento de la competencia de la Corte IDH había sido decidido sólo por el presidente, sin la aprobación del Congreso como lo establece la Constitución Nacional. Sobre la base de ello, desconoció la decisión de la Corte IDH sobre los inmigrantes haitianos.

La Corte IDH señaló que la decisión del Tribunal Constitucional era contraria al Derecho Internacional y no producía efectos. Una vez aceptada la competencia de la Corte IDH, no es posible desconocerla sin denunciar la CADH.

Vemos aquí un grave conflicto planteado entre las sentencias del Tribunal Constitucional y de la Corte IDH. El tribunal nacional reconoce como instancia última normativa a su propio texto constitucional y en base a ello desconoce lo decidido por la corte regional.

g) Costa Rica

Otro claro y abierto conflicto entre la Corte IDH y el Congreso y la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica se ha dado en torno al caso “Artavia Murillo” sobre fecundación *in vitro*.

El 15/3/2000, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica había declarado la inconstitucionalidad del decreto 24029-S del Poder Ejecutivo que regulaba los tratamientos de fecundación *in vitro*, tanto por tratarse de una materia que correspondía normar al Poder Legislativo como por afectar el derecho a la vida de las personas por nacer.

Disconforme con la decisión de la Sala Constitucional, los accionantes acudieron a la Corte IDH que en el caso “Artavia Murillo” declaró la inconvencionalidad de esa sentencia y ordenó al Estado el dictado de una legislación que contemplara los tratamientos de fecundación *in vitro*(41).

El parlamento de Costa Rica se negó al dictado de esa norma por entender que ella

era violatoria de la Constitución Nacional que protege el derecho a la vida de las personas por nacer.

En virtud de ello, el Poder Ejecutivo dictó un nuevo decreto 39210-MP-S que habilitaba la práctica de tratamientos de fecundación *in vitro*, sancionado para dar cumplimiento a lo ordenado por la Corte Interamericana.

El 3/2/2016 dicho decreto fue declarado inconstitucional por la Sala de la Corte Suprema de Costa Rica por entender que dicha materia no podía ser regulada por decreto sino por ley(42).

Mediante la presentación de tres escritos (4, 11 y 16/2/2016) la República de Costa Rica hizo saber a la Corte IDH lo decidido por la Sala Constitucional y solicitó a la máxima instancia judicial regional en materia de Derechos Humanos que “otorgara vigencia temporal al referido Decreto Ejecutivo mientras no se emita una norma de rango superior”.

A través de su sentencia del 26/2/2016, la Corte IDH declaró que, de ahora en adelante, “la prohibición no puede producir efectos jurídicos en Costa Rica ni constituir un impedimento al ejercicio de los referidos derechos protegidos por la Convención”. Por lo tanto, concluye que “debe entenderse que la FIV está autorizada en Costa Rica y, de forma inmediata, se debe permitir el ejercicio del derecho a decidir sobre si tener hijos biológicos a través del acceso a dicha técnica de reproducción asistida, tanto a nivel privado como público, sin necesidad de un acto jurídico estatal que reconozca esta posibilidad o regule la implementación de la técnica”.

III.3. Comentarios

Del repaso que hemos realizado sobre situaciones de conflicto que se han planteado entre las normas constitucionales y las convencionales, entre las decisiones de los supremos tribunales locales y los regionales, tanto de Europa como de América, advertimos que la tendencia predominante es que en esos casos los jueces nacionales han dado prioridad a las normas constitucionales, poniendo límites a las decisiones de los tribunales internacionales que contradecían lo que los tribunales locales consideraban que eran derechos o garantías protegidas por las constituciones nacionales. Los tribunales nacionales han tendido a dar prioridad tanto a las normas constitucionales como a sus propias decisiones.

IV. Conclusiones

La Corte Suprema ha abordado en el caso “Ministerio de Relaciones Exteriores

{ NOTAS }

(36) Cfr. RISSO FERRAND, Martín, “Cumplimiento de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Gelman. Después de la declaración de inconstitucionalidad de la Ley Interpretativa 18.831”, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Fundación Konrad Adenauer, Bogotá, 2013, p.647 y ss.

(37) La respuesta de la Corte IDH no se hizo esperar. En un pronunciamiento sobre seguimiento de ejecución de la sentencia en el caso “Gelman”, sostuvo que “cuando existe una sentencia internacional dictada con carácter de cosa juzgada respecto de un Estado que ha sido parte en el caso sometido a la jurisdicción de la Corte Interamericana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, también están sometidos al tratado y a la sentencia de este Tribunal, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención y, consecuentemen-

te, las decisiones de la Corte Interamericana, no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin o por decisiones judiciales o administrativas que hagan ilusorio el cumplimiento total o parcial de la sentencia. Es decir, en este supuesto, se está en presencia de cosa juzgada internacional, en razón de lo cual el Estado está obligado a cumplir y aplicar la sentencia”. Añadió que el cumplimiento de buena fe de los instrumentos internacionales (pacta sunt servanda) implica que no pueden invocarse razones de orden interno -incluso una norma constitucional o decisión judicial- para dejar de asumir la responsabilidad internacional en términos de los arts. 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

(38) Señalaba el texto constitucional chileno, luego reformado en el año 2005: “La ley establecerá un sistema de censura para la exhibición y publicidad de la produc-

ción cinematográfica”.

(39) Más recientemente, en el año 2009, Chile reformó nuevamente su Constitución para posibilitar la vigencia del Estatuto de Roma que había sido declarado inconstitucional por la Corte Suprema de Justicia de ese país.

(40) Cfr. Contradicción de tesis 293/2011.

(41) En su sentencia la Corte IDH condenó a Costa Rica a: “1. Adoptar las medidas apropiadas para que quede sin efecto con la mayor celeridad posible la prohibición de practicar la FIV y para que las personas que deseen hacer uso de dicha técnica de reproducción asistida puedan hacerlo sin encontrar impedimentos al ejercicio de los derechos que fueron encontrados vulnerados. Informar en seis meses sobre las medidas adoptadas al respecto; 2. Regular, a la brevedad, los aspectos que considere necesarios para la implementación de la

FIV, teniendo en cuenta los principios establecidos en la presente Sentencia; 3. Establecer sistemas de inspección y control de calidad de las instituciones o profesionales calificados que desarrollen este tipo de técnica de reproducción asistida. El Estado deberá informar anualmente sobre la puesta en vigencia gradual de estos sistemas. 4. La Caja Costarricense de Seguro Social deberá incluir la disponibilidad de la FIV dentro de sus programas y tratamientos de infertilidad en su atención de salud, de conformidad con el deber de garantía respecto al principio de no discriminación. El Estado deberá informar cada seis meses sobre las medidas adoptadas para poner gradualmente estos servicios a disposición de quienes lo requieran y de los planes diseñados para este efecto”.

(42) Cfr. sent. 2016-001692.

● VIENE DE PÁGINA 19

y Culto” uno de los puntos centrales del Derecho Constitucional y del Derecho Público de nuestros días.

Ha sostenido la tesis de la supremacía final de la Constitución y su carácter de tribunal supremo en el orden interno,

privilegiando la custodia de los principios constitucionales frente a las decisiones y doctrinas convencionales que, a su criterio, los desconocían en este caso concreto.

Ha sido una clara toma de postura institucional que limita en parte la amplia apertura al derecho internacional de los humanos que la jurisprudencia del tribunal

había iniciado hace ya veinticinco años, con el dictado del caso “Ekmekdjian” en 1992.

Por las razones expuestas en el segundo apartado, compartimos los criterios sentados por nuestro máximo tribunal que, como hemos visto en el tercer apartado, están en consonancia con la postura adoptadas por la mayoría de los tribunales supremos nacionales.

La cuestión es compleja, abierta y opinable, pero muy seria y profunda. Merece una respuesta que se haga cargo plenamente de las consecuencias políticas, institucionales y jurídicas que de ella se derivan. ●

Cita on line: AR/DOC/493/2017

La Corte Suprema y la Corte Interamericana

SUMARIO: I. Antecedentes. — II. Síntesis de los argumentos de la mayoría. — III. Un análisis comparativo de los procesos de toma de decisiones. — IV. La Constitución y la Convención Interamericana.

Juan Vicente Sola, Lorena González Tocci
y Pedro A. Caminos

I. Antecedentes

El día 14 de febrero de 2017, la Corte Suprema dictó sentencia en la causa “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/informe sentencia dictada en el caso ‘Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina’ por la Corte Interamericana de Derechos Humanos” (CSJ 368/1998 (34-M)/CS1), la cual tiene los siguientes antecedentes. En el año 2001, la Corte Suprema confirmó una condena en un juicio civil que el ex Presidente Carlos Menem había promovido en contra de Editorial Perfil, Jorge Fontevicchia y Héctor D’Amico. (1) A través de ese litigio, el reclamante persiguió, y obtuvo, el pago de una indemnización por el daño que, según alegó, sufrió como consecuencia de la publicación de información relativa a la presunta existencia de un hijo suyo no reconocido.

Una vez que aquella sentencia quedó firme, Fontevicchia y D’Amico, a quienes se sumó Horacio Verbitsky como representante de una entidad que reúne a periodistas, promovieron denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El procedimiento ante el sistema regional culminó con una sentencia, dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en la cual se determinó que la condena confirmada por la Corte argentina había violado la libertad de expresión, protegida por el art. 13 de la Convención Americana. (2) En su parte resolutive, además de disponer medidas como la publicación de la sentencia y el reintegro de las sumas que los reclamantes habían pagado, también se ordenó “dejar sin efecto la condena civil impuesta a Jorge Fontevicchia y Héctor D’Amico, así como todas sus consecuencias”. En virtud de ello, la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación le solicitó a la Corte Suprema que cumpliera con la sentencia dictada por la Corte Interamericana, en particular, que “deje sin efecto” la decisión adoptada en la causa “Menem”. La Corte, en el pronunciamiento que comentamos, desestimó dicho pedido.

II. Síntesis de los argumentos de la mayoría

La Corte Suprema invocó dos tipos de fundamentos para resolver la causa. En

primer lugar, reconoció que, como cuestión de principio, las sentencias de la Corte Interamericana, dictadas en procesos contenciosos contra el Estado argentino, son de cumplimiento obligatorio para éste. Sin embargo, a continuación, aclaró que ello depende de que la Corte Interamericana, al dictar su sentencia, se mantenga dentro del alcance de las competencias que le confiere la Convención. Por lo tanto, para establecer si el tribunal regional podía válidamente revocar una sentencia de un tribunal nacional, la Corte Suprema ejerció el *control de convencionalidad* sobre la sentencia de la Corte Interamericana, invocando para ello el texto de la Convención Americana, jurisprudencia europea e interamericana, así como también los principios de subsidiariedad y de “cuarta instancia”. En síntesis, la Corte argentina concluyó en que el tribunal regional carece de competencia para revocar una decisión judicial nacional, en los propios términos del sistema interamericano.

Ahora bien, esa primera argumentación tiene una debilidad, pues la Corte Interamericana es quien tiene competencia para definir el alcance de sus propias competencias. Por lo tanto, bien podría ocurrir que ese organismo interprete la Convención de manera tal que dicho instrumento sí le confiera la competencia de revocar decisiones judiciales de los órganos judiciales internos.

Frente a esa posibilidad, la Corte Suprema elaboró otro argumento, con fundamento ya no en las disposiciones de la Convención Americana, sino en las normas de derecho interno. En efecto, en la segunda parte del voto de la mayoría, la Corte ejerció el *control de constitucionalidad* sobre la Convención. En tal sentido, sostuvo que revocar la sentencia que había condenado a Fontevicchia y a D’Amico, implicaría dejar sin efecto una decisión pasada en autoridad de cosa juzgada. Agregó que el principio de la cosa juzgada era uno de los principios de Derecho Público a los que se refiere el art. 27 de la Constitución Nacional (CN). Esta disposición constitucional establece que los Tratados Internacionales en los que sea parte el Estado argentino

deben estar “en conformidad” con aquellos principios.

Ante una posible objeción de que la Convención Americana tiene, en virtud del art. 75, inc. 22, de la CN, idéntica jerarquía a ésta, y, por ello, no sería posible analizar su constitucionalidad, la Corte recordó que el mismo inc. 22 dispone que los instrumentos a los que se les otorgó jerarquía constitucional “no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución”, entre los cuales está el art. 27. Finalmente, sostuvo que, de admitirse la posibilidad de que la Corte Interamericana esté facultada para revocar las sentencias judiciales de los tribunales nacionales, se habría alterado el carácter de órgano supremo de la Corte argentina.

III. Un análisis comparativo de los procesos de toma de decisiones

La discusión que subyace al fallo, con respecto a la jerarquía entre las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y las del Derecho Constitucional no puede ser resuelta únicamente invocando disposiciones de cada sistema jurídico. En efecto, afirmar que la Constitución Nacional tiene mayor jerarquía que el derecho internacional porque así lo establece el art. 27 de la CN o, al contrario, que el derecho internacional convencional tiene mayor jerarquía que todo el derecho interno, incluyendo al constitucional, porque lo dispone el art. 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, constituye un argumento, dos argumentos en verdad, completamente circulares. Para romper esa circularidad, es necesario recurrir a argumentos externos, tanto a la Constitución Nacional como al Derecho Internacional, que nos permitan explicar la jerarquía entre ellos. (3)

Los argumentos externos en cuestión son de tipo valorativo. La cuestión es la de establecer cuál de los dos procesos de toma de decisiones en juego, el nacional o el interamericano, está en mejores condiciones para producir decisiones definitivas respetuosas de los derechos humanos en la solución de casos concretos. Recordemos que, el debate específico que la Corte Suprema trató de resolver fue el de establecer si la Corte Interamericana tie-

ne competencia para revocar, en sentido estricto, las sentencias del máximo tribunal nacional pasadas en autoridad de cosa juzgada. Por lo tanto, resultará necesario un análisis comparativo de las capacidades institucionales de los procesos involucrados. (4)

Si la sentencia de la causa “Menem” fuera revocada en esta oportunidad el caso quedaría configurado de la siguiente manera. El actor en ese juicio resultó vencedor en el proceso y obtuvo el derecho a cobrar una indemnización. Este derecho se convirtió en un derecho adquirido cuando la sentencia pasó en autoridad de cosa juzgada. Por lo tanto, si aquella decisión fuera revocada, su derecho adquirido sería aniquilado y debería devolver el dinero. Por lo tanto, si la revocación no tuviera un carácter meramente formal, sino un efecto más concreto, entonces resultaría que el derecho adquirido del vencedor en el juicio de daños se extinguiría como resultado de una decisión adoptada en un proceso en el que no tuvo ninguna participación. Por lo tanto, la Corte Suprema no podía, sencillamente, revocar la sentencia dictada en la causa, sin que se planteara esta cuestión, que involucra la aplicación de derechos que, como los de propiedad y debido proceso, no sólo están reconocidos por la Constitución Nacional, sino también por la propia Convención Americana.

Como vemos, el proceso que precede a las decisiones de la Corte IDH está concebido para determinar la *responsabilidad internacional de los Estados parte en la Convención*. En casos en los que esa responsabilidad es generada por la deficiente actuación de los órganos estatales en el marco de un conflicto entre particulares, la Corte IDH, de acuerdo con las normas que regulan su procedimiento, no presta suficiente atención a los intereses de todos esos particulares, pues la finalidad del proceso es otra. Por supuesto, una decisión judicial puede generar responsabilidad internacional y, en tal supuesto, el objeto de la sentencia condenatoria de la Corte IDH buscará, naturalmente, que los efectos de la sentencia sean mitigados en la práctica. Pero de ahí no se sigue que la Corte IDH tenga competencia para revocar, en sentido formal, la decisión judicial. En este punto, es interesante recordar que la doctrina del caso “Barrios Altos”, que fue aplicada por la Corte argentina en precedentes anteriores, recuerda la obligación de los Estados de investigar la comisión de graves violaciones contra los derechos humanos, y considera que resul-

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) CS, “Menem, Carlos Saúl c. Editorial Perfil S.A. y otros s/daños y perjuicios - sumario”, del 25/09/01, Fallos: 324:2895.

(2) Corte IDH, “Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina”, *Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia del 29 de noviembre de 2011. Serie C, N°238.

(3) NINO, Carlos S., “The Constitution of Delibera-

tive Democracy”, *Yale University Press*, New Haven, 1996, ps. 25-28.

(4) Para esta metodología, véase VERMEULE, Adrian, “Judging under Uncertainty. An Institutional

Theory of Legal Interpretation”, *Harvard University Press*, Cambridge, Massachusetts, 2006, ps. 68-69.

tan nulas *ab initio* las normas, disposiciones o decisiones que impidan u obstaculicen el cumplimiento efectivo de esa obligación. (5) De ese modo, si en un proceso judicial se decidiera, por ejemplo, que la acción penal para la investigación de un delito que puede ser considerado como de lesa humanidad está prescripta, y esa decisión fuera confirmada por la Corte Suprema, la Corte Interamericana, por aplicación de “Barrios Altos”, considerará, correctamente, que se produjo una violación a los deberes que impone la Convención Americana. Para privar de efectos a esa decisión lo único que se necesita es que los órganos competentes del Estado avancen con la investigación. Si ello ocurre o no en el mismo proceso formal, o si para ello es necesario o no revocar la decisión judicial anterior, son cuestiones que, según parece, deberían quedar en manos de los órganos estatales y, en particular, de los tribunales nacionales, que están en mejores condiciones institucionales para analizar cada caso concreto.

El voto del Ministro Rosatti y la brújula del art. 75, inc. 22 de la CN

La clave de la argumentación desarrollada por el Ministro Dr. Horacio Rosatti radica en la exhaustiva consideración de las cuatro coordenadas interpretativas contenidas en el art. 75, inc. 22 de la CN.

Ese artículo fija cuatro condiciones en la interpretación de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos enumerados (art. 75, inc. 22) y las declaraciones de derecho y garantías de la Constitución Nacional: i) en las condiciones de su vigencia; ii) tienen jerarquía constitucional; iii) no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución Nacional; y iv) deben considerarse complementarios de los derechos y garantías reconocidos en la misma.

Sobre estas bases, sostiene el ministro, debe analizarse la viabilidad de cumplimiento de la sentencia dictada por la Corte IDH, teniendo en cuenta la imposibilidad de hacer prevalecer automáticamente, *sin escrutinio alguno*, el derecho internacional —sea de fuente normativa o por precedentes— sobre el ordenamiento constitucional.

La cita de Joaquín V. González resulta por demás ilustrativa de los alcances del límite que impone el art. 27 de la CN frente a la incorporación del derecho internacional, en especial cuando refiere a la imposibilidad de considerar que un tratado puede alterar la supremacía constitucional (desde 1994, descripta y definida por el art. 31 de la CN y el art. 75, inc. 22 de la CN, en forma complementaria); ni limitar las atribuciones conferidas a los Poderes de gobierno, la Corte Suprema no puede ver limitada su competencia y jurisdicción por conducto de una sentencia de la Corte IDH que le impone la revocación de una decisión pasada en autoridad de cosa juzgada.

La imposición de “dejar sin efecto” que implica como señala con justeza Rosatti, “revocar” una decisión pasada en autoridad de cosa juzgada por la Corte Suprema dictada dentro del ámbito de su competencia no sólo parece ir más allá de las atribuciones —propias y específicas— de la Corte IDH (en especial respecto de lo

dispuesto por el art. 63.1 de la CADH), sino que encuentra un obstáculo insalvable en disposiciones constitucionales; siendo el límite más preciso el fijado en el art. 27 de la CN.

Además, ello implicaría atribuir a la Corte IDH una competencia revisora o casatoria de decisiones jurisdiccionales estatales, categoría que excede el carácter coadyuvante y complementario de la jurisdicción internacional, tal como lo ha señalado la propia Corte IDH (casos “Perozo y otros v. Venezuela”, sentencia del 28/05/2009, y caso “Genie Lacayo”, sentencia del 29/01/1997, citados por el ministro Rosatti en el considerando 7).

Sumado a ello, cabe tener en cuenta que el propio texto de la Corte Americana de Derechos Humanos (CADH) define a la competencia de la Corte IDH, estableciendo como requisito ineludible para la admisibilidad de dicha intervención jurisdiccional internacional el agotamiento previo de todas las instancias procesales locales (art. 61, CADH).

El juicio iniciado en jurisdicción internacional no puede ser identificado como una cuarta instancia de apelación frente a una decisión adoptada en jurisdicción local, ya que tal como la propia Corte IDH lo ha señalado, la regla del previo agotamiento de los recursos internos permite al Estado resolver el problema según su derecho interno antes de verse enfrentado a un proceso internacional, lo cual es especialmente válido en la jurisdicción internacional de los derechos humanos, por ser complementaria de la interna.

A su turno, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión IDH) sostuvo que “no es atribución de la Comisión IDH actuar como órgano cuasi judicial de cuarta instancia, y revisar las decisiones de los tribunales nacionales de los Estados miembros de la OEA”, siendo que su función es “actuar con base en los artículos 44 a 51 de la Convención Americana, de los actos de los Estados que han decidido ser partes en la Convención”.

De esta manera, antes y después de la reforma constitucional de 1994, los conflictos que se presentan frente a la existencia de la jurisdicción internacional consagrada en la Convención Interamericana frente a las decisiones adoptadas en el ámbito doméstico siguen siendo los mismos: compatibilizar a coexistencia de la mentada jurisdicción supranacional con los principios rectores del Estado de Derecho, que identifican al Estado como soberano autónoma y libre de toda injerencia internacional o foránea en el ámbito de su jurisdicción y competencia, así como el debido resguardo de principios y garantías constitucionales.

IV. La Constitución y la Convención Interamericana

Estamos frente a un fallo muy cuidadoso. Las posiciones expresadas de la mayoría de la Corte Suprema y la disidencia el ministro Maqueda, indican precisamente los caminos posibles a seguir y el precedente final señalan la norma para el futuro. Éste no afecta la plena vigencia de la Convención Americana de Derechos Humanos ni tampoco perturba

la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con asiento en Costa Rica. En este caso se ha resuelto dentro de las dos visiones posibles sobre cuál es la vigencia de las decisiones y los precedentes de la Corte interamericana. Una posición sostenida en la disidencia del ministro Maqueda, y acompañada por una parte de la doctrina tradicional, señala a la Corte Americana como una alzada de la Corte Suprema. El fallo señala sus problemas. Uno de ellos es la multiplicidad de fuentes del derecho y de tribunales interpretativos. La Corte Suprema interpreta no sólo el texto de la Convención Americana y los precedentes de la Corte Interamericana sino también, interpreta todo el derecho internacional, con inclusión de los Tratados de Derechos Humanos y además las decisiones de otros tribunales internacionales también vinculantes. Algunos son muy conocidos: la Corte Internacional de Justicia; la del Tribunal Internacional de Derecho del Mar, entre muchos otros. En cuanto a las fuentes además de interpretar la Convención Americana, la Corte Suprema interpreta otros tratados internacionales y la costumbre internacional dentro de la vigencia de la Constitución Nacional.

Sobre el derecho internacional la Constitución tiene normas de procedimiento y normas de contenido. Menciona en la cláusula de supremacía a los Tratados Internacionales, ello incluye a las tres fuentes tradicionales del derecho internacional. La primera generalmente mencionada son los Tratados, y la Constitución Nacional establece un procedimiento para su aprobación e incorporación. Señala a los tratados —independientemente de su contenido— como una norma superior a las leyes nacionales. En el caso de la costumbre internacional se incorpora sin ningún acto formal, pero debe ser probada en los casos judiciales en los que se alega su vigencia. Existen además los principios generales de derecho, determinados como una fuente en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y son aquellas normas, procedimientos, prácticas o principios que se reiteran todos los sistemas jurídicos. Al mismo tiempo la costumbre internacional en gran medida codificada en tratados que además hacen lo propio con normas de internacional general sino también otras específicas como las referidas a derechos humanos.

Además de las normas de procedimiento del derecho internacional la Constitución Nacional incluye en el art. 27 una norma de contenido. Establece que los tratados de los cuales la Nación es parte deben cumplir con los “principios de derecho público”, establecidos en la Constitución. Éste es el único límite y es mencionado estrictamente en el fallo de la Corte Suprema. Es decir los Tratados pueden estar por encima de la Constitución Nacional en términos generales y pueden inclusive variarla o variar su interpretación, pero no pueden estar por encima de los “principios de derecho público” de la Constitución. Establece un control menos estricto para el derecho internacional que el que se exige para los o las normas de derecho interno. De hecho, existen dos ejemplos de normas internacionales que han variado la Constitución. La primera en la antigua Convención de París de 1857 que prohibió las patentes de corso que estaban mencionadas en la Constitución Nacional. Desde ese momento la Argentina no concedió más patentes de corso ni cartas de represalias a pesar de estar autorizado expresamente por la Constitución. El segundo gran ejemplo es el concordato con la Santa Sede, negociado durante la presidencia del doctor Arturo Illia y firmado más tarde, por el cual se derogaba nada menos que el patronato nacional previsto

expresamente dentro de la Constitución y dentro de la competencia de varias ramas del Gobierno federal. Estas normas finalmente fueron retiradas de la Constitución de 1994. Pero habían perdido total vigencia mucho tiempo antes debido a que estaban en colisión con una norma de derecho internacional. En estos dos casos había un conflicto entre la norma constitucional y la norma internacional pero ese conflicto no se refería a un principio de derecho público tal como es mencionado en el art. 27. En este caso se trataba de una comunicación del Ministerio Relaciones Exteriores por el cual se indicaba el cumplimiento estricto de tres puntos de una sentencia de la Corte Interamericana. Y la Corte los menciona expresamente. Dos de ellos se habían cumplido: la publicación del resumen de la sentencia y la devolución por el Estado, no por el demandado original, de los montos indemnizatorios planteados originalmente. Hasta ahí no había mayor problema. Por el contrario se cumplía con el fallo vinculante de la Corte Interamericana. El demandado (el Estado nacional) cumplía con la sentencia e indemnizaba y publicaba. Sobre ello no existía conflicto. Los fallos de la Corte Interamericana son vinculantes para el Gobierno argentino y este último cumplía. Pero además en la comunicación del Ministerio de Relaciones Exteriores se sostenía que debía dejar sin efecto la condena, se daban instrucciones a la Corte Suprema para que cambiara una de sus decisiones. Si esto se hubiera cumplido, se entendía que la Corte Interamericana era la alzada de la Corte Suprema. Además de romper la jerarquía constitucional en un principio tan importante como la división de poderes, tema central en nuestro sistema, nos agregaba un problema de fuentes. Porque indicaba que la Convención Americana era una fuente superior a la Constitución Nacional y a las demás fuentes de derecho internacional, en contra de la cláusula de supremacía y los demás tratados de derechos nominados en la Constitución y otros igualmente importantes. Un conflicto en las fuentes de derecho en la Constitución hubiera tenido consecuencias muy complejas en futuros conflictos de normas. Impregnaría de confusión a cuestiones prácticas en el futuro. Una separación entre los precedentes de la Corte Suprema y los precedentes de la Corte Interamericana en temas fundamentalmente de derecho público en general. Cuestiones que podían afectar la forma de gobierno, del sistema de sanción de las leyes o la organización del Poder Judicial. Ello sería no sólo violar el orden constitucional sino un intento de establecer alguna forma de derecho interamericano homogénea y diferente del derecho constitucional que forma el contrato social entre todos los argentinos.

En este caso la Corte Suprema ha preservado mantener una visión final en la vigencia de la Constitución Nacional.

¿Cómo se asocia este precedente con los otros precedentes anteriores? Éste es un caso que hace una distinción sobre precedentes anteriores de la Corte Suprema referidos a normas de la Convención Interamericana de Derechos Humanos. Sin duda, la Convención mantiene su plena vigencia, los fallos de la Corte Interamericana contra nuestro país continúan siendo vinculantes, la única diferencia es que se establece que ese tribunal internacional no es una alzada de la Corte Suprema argentina. Es un punto estricto determinar si la Corte Interamericana es una cuarta instancia superior a la Corte Suprema. La Corte Interamericana es un tribunal internacional y sus sentencias son vinculantes para el

{ NOTAS }

(5) La nulidad *ab initio* de las normas o decisiones internas incompatibles con la Convención marca una seria contradicción en la posición que defienden quienes dicen que la Corte Interamericana puede ordenarle a la Corte Suprema que revoque su sentencia. Si la condena decidida en la causa “Menem” es nula

ab initio, entonces ella es jurídicamente inexistente y, por lo tanto, no hay nada para revocar. Entonces, o bien no hay nulidad *ab initio*, o bien la hay, pero ello vuelve superflua la orden de revocar la sentencia del tribunal local.

● VIENE DE PÁGINA 21

Estado argentino como lo son las sentencias de otros tribunales internacionales dentro de su jurisdicción y en ese sentido deben ser cumplidas, pero no se pueden imponer sus decisiones en situaciones en las que podría imaginarse que se crea una

instancia superior a las instancias que crea la Constitución Nacional. Si en otros casos la Corte Suprema ha aplicado precedentes compatibles con la Constitución Nacional y con otros tratados, sus decisiones son perfectamente correctas. Pero en este caso se pedía que se derogara una sentencia de la Corte Suprema por decisión de un tribunal Internacional; si eso se hiciera se transformaría a la Corte Interamericana en el tri-

bunal superior de la causa y ello no puede hacerse dentro del régimen de la Constitución Nacional.

El Ministerio de Relaciones Exteriores se dirigió a la Corte Suprema y consideró que dentro sus competencias como órgano que maneja las relaciones exteriores de la República, le podía imponer una decisión a la Corte. Esto plantearía una situación de

conflicto de Poderes que la Corte Suprema quiso evitar. El Gobierno argentino cumple sus obligaciones internacionales y este caso y el fallo de la Corte Suprema no han ido en desmedro del cumplimiento de sus obligaciones internacionales. ●

Cita on line: AR/DOC/504/2017

Comentario a un diálogo entre quienes no se escuchan

LA DECISIÓN DE LA CORTE SUPREMA EN EL CASO “FONTEVECCHIA Y D’AMICO C. REPÚBLICA ARGENTINA”

SUMARIO: I. Introducción.- II. Prevalencia del derecho internacional sobre el derecho interno.- III. El inciso 22 del artículo 75 de la Constitución Nacional.

Alberto L. Zuppi y Rodrigo Dellutri

I. Introducción

Titulamos este comentario como un diálogo entre quienes no se escuchan, porque de la lectura de la decisión que criticamos se advierte que la mayoría de la Corte Suprema cree leer algo que no está escrito, y supone la existencia de obstáculos constitucionales que no existen. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en un fallo cuestionable, acaba de dar un par de pasos hacia atrás de la posición preponderante que ocupaba nuestro país con relación al cumplimiento de las disposiciones relativas a los derechos humanos en América Latina. El fallo resulta aún más incomprensible cuando se tiene presente que recientemente la misma Corte Suprema resolvió sobre la obligatoriedad de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (1).

El fallo que criticamos desvirtúa las afirmaciones de una decisión internacional para acomodarlas a la interpretación decidida por la mayoría. La Corte, tanto en el voto de la mayoría como en el del ministro Rosatti, interpreta erróneamente la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto sostienen que la misma “ordena” (2) o “impone” (3) a la Corte Suprema dejar sin efecto las sentencias que la Corte IDH encontró violatorias de derechos protegidos por el Pacto de San José de

Costa Rica. Además, se pueden leer dentro de las opiniones volcadas por el ministro Rosatti algunas afirmaciones que debemos calificar como discutibles, sino ya como erróneas.

La Corte Suprema analiza la forma por la que debía ser implementada en nuestro país la parte dispositiva de la sentencia de la Corte IDH en el caso “Fontevecchia y D’Amico c. República Argentina” (4) originadas en la condena injusta y violatoria de sus derechos humanos de los periodistas Fontevecchia y D’Amico, protegidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que había dictado la propia Corte Suprema ratificando lo decidido por la sala H de Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, las que a la fecha de la decisión de la Corte IDH se hallaban firmes.

La decisión de la Corte IDH en su punto esencial dice: “Esta Corte ha determinado que la sentencia emitida el 25 de septiembre de 2001 por la Corte Suprema de Justicia de la Nación que confirmó la condena impuesta por un tribunal de alzada, violó el derecho a la libertad de expresión de los señores Jorge Fontevecchia y Héctor D’Amico (*supra* párrs. 54 a 75). Por lo tanto, el Tribunal dispone, de conformidad con su jurisprudencia, que *el Estado debe dejar sin efecto dichas sentencias* en todos sus extremos, incluyendo, en su caso, los alcances que éstas tengan respecto de

terceros” (5) (la bastardilla nos pertenece).

Como cualquier lector podrá apreciar, la Corte IDH no *ordena, ni impone, ni declara sin efecto a la sentencia*, sino que, como corresponde al tratar con un Estado soberano, *dice lo que Argentina debe hacer* por los medios que la legislación argentina disponga. La ejecución de esa decisión de la Corte IDH requiere que la Corte Suprema disponga —no lo dispone la Corte IDH— que se revoquen las sentencias que han sido declaradas como violatorias de los derechos.

Se halla fuera de toda discusión a esta altura que las decisiones de la CIDH y la Corte IDH no constituyen una instancia más de revisión de una sentencia. La propia CIDH ha sostenido que su actuación no puede ser equiparada a una cuarta instancia (6).

La Corte IDH, por su parte, “ha establecido que la jurisdicción internacional tiene carácter subsidiario (7), coadyuvante y complementario (8), razón por la cual no desempeña funciones de tribunal de ‘cuarta instancia’. Ello implica que la Corte no es un tribunal de alzada o de apelación para dirimir los desacuerdos que tengan las partes sobre algunos alcances de la valoración de prueba o de la aplicación del derecho interno en aspectos que no estén directamente relacionados con el cumplimiento de obligaciones internacionales en derechos humanos” (Corte IDH, caso “Cabrera García y Montiel Flores c. México”, 26/11/2010

[excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas]) (9).

Así, resulta claro que la Corte IDH ejerce, como intérprete última de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, un rol como órgano verificador del acatamiento de los derechos contenidos en dicho instrumento internacional. Dicho de otro modo, ejerce un control de convencionalidad (10), el cual posee carácter difuso, pero que como ya se dijo, es ejercido en último término por este tribunal de Derechos Humanos.

Existen sobrados ejemplos de casos en los cuales la Argentina fue parte y, ante la verificación de una violación a la CADH, la Corte IDH dispuso en la parte dispositiva de la sentencia: “162. Por tanto, la Corte, decide: por unanimidad, (...) 4. el Estado debe proseguir y concluir la investigación del conjunto de los hechos de este caso y sancionar a los responsables de los mismos; que los familiares de la víctima deberán tener pleno acceso y capacidad de actuar, en todas las etapas e instancias de dichas investigaciones, de conformidad con la ley interna y las normas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y que los resultados de las investigaciones deberán ser públicamente divulgados, en los términos de los párrafos 110 a 121 de la presente Sentencia” (Corte IDH, caso “Bulacio c. Argentina”, 18/9/2003 [fondo, reparaciones y costas]) (11).

Asimismo, en otro caso este Tribunal estableció: “140. Por tanto, la Corte declara, (...) Por unanimidad, que: (...) y decide: Por unanimidad que: (...) 7. El Estado debe dejar sin efecto la condena penal impuesta al señor Kimel y todas las consecuencias que de

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) Sobre ese tema véase DELLUTRI, Rodrigo - GARRO, Alejandro - ZUPPI, Alberto, “La obligatoriedad de las recomendaciones de la CIDH - Fallo ‘Carranza Latrubesse’ de la CSJN”, Ed. La Rocca, Buenos Aires, 2016.

(2) Véase punto 12 de la mayoría en el fallo comentado.

(3) Véase punto 4 *in fine* del voto del ministro Rosatti.

(4) Ese caso puede ser consultado en el sitio de la Corte IDH en http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_238_esp.pdf.

(5) Véase el primer párrafo del punto 105 del fallo de la Corte IDH citado.

(6) Doctrina elaborada por la CIDH en el caso “Clifton Wright c. Jamaica”, del 14/9/1988, disponible en <http://www.cidh.oas.org/annualrep/87.88sp/Jamaica9260.htm>. Se estipula como premisa básica que este órgano no puede revisar las sentencias dictadas

por los tribunales nacionales que actúen en la esfera de su competencia y aplicando las debidas garantías judiciales, a menos que considere la posibilidad de que se haya cometido una violación de la Convención (“Marzoni c. Argentina”, Opinión de la Comisión, del 15/10/1996, disponible en <https://www.cidh.oas.org/annualrep/96span/Argentina11673.htm>). De aquél se desprende que la intervención de los órganos del Sistema Interamericano es excepcional.

(7) Conf. caso “Acevedo Jaramillo y otros c. Perú”. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 24/11/2006, serie C nro. 157, párr. 66, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_157_esp.pdf; Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 166, párr. 47, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_166_esp1.pdf y caso “Perozo y otros c. Venezuela”, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 28/1/2009, se-

rie C nro. 195, párr. 64, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_195_esp.pdf.

(8) En el Preámbulo de la Convención Americana se sostiene que la protección internacional es “de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”. Ver también, “El Efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 74 y 75)”, opinión consultativa OC-2/82 del 24/9/1982, serie A, nro. 2, párr. 31, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_02_esp.pdf; “La expresión ‘Leyes’ en el art. 30 de la CADH”, opinión consultiva OC-6/86 del 9/5/1986, serie A nro. 6, párr. 26, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_06_esp.pdf y caso “Velásquez Rodríguez c. Honduras. Fondo”, 29/7/1988, serie C, nro. 4, párr. 61, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf.

(9) Conf. <http://www.ordenjuridico.gob.mx/JurInt/STCIDHMI.pdf>.

(10) El control de convencionalidad, con dicha denominación, aparece por primera vez en la jurisprudencia contenciosa de la Corte IDH en el caso “Almonacid Arellano c. Chile” (disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf). Con anterioridad, el juez Sergio García Ramírez, en sus votos de los casos “Myrna Mack Chang” (disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_101_esp.pdf) y “Tibi” (disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf), había realizado una aproximación conceptual al control de convencionalidad que se realiza en la sede interamericana y en el ámbito interno de los Estados, pero en “Almonacid Arellano” la Corte precisa sus principales elementos.

(11) Conf. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_100_esp.pdf.

ella se deriven, en el plazo de seis meses a partir de la notificación de la presente Sentencia, en los términos de los párrafos 121 a 123 de la misma. 8. El Estado debe eliminar inmediatamente el nombre del señor Kimel de los registros públicos en los que aparezca con antecedentes penales relacionados con el presente caso, en los términos de los párrafos 121 a 123 de esta Sentencia” (12).

Así entendida, si la sentencia se erige, en parte o en todo, como origen de la violación de derechos humanos protegidos por la CADH, la Corte IDH en el marco del art. 63 (13) de la CADH está facultada a imponer las reparaciones que resulten adecuadas para reparar el derecho vulnerado. Por su parte, el Estado se halla obligado a acatar tal decisión cuando hubiese aceptado someterse a la competencia contenciosa de la Corte IDH (14).

Como señaláramos anteriormente, comentando el caso “Carranza Latrubesse” de la CS: “A lo largo de este trabajo, hemos señalado los diversos malabarismos verbales que ha usado la CSJN para rehuir el cumplimiento de una obligación internacional que sólo puede ser aceptada sin atenuantes ni condiciones. Es parte ello, de la pérdida necesaria de soberanía que ha efectuado el Estado, al someterse a un sistema internacional, sea en la ONU o en los sistemas regionales de protección de los derechos humanos. El Estado, si no cumple, está en violación de lo acordado y como todo incumplidor de una obligación exigible, genera responsabilidad que, a la larga o a la corta, terminará pagando” (15).

El consid. 6 del voto de la mayoría parafrasea el mismo apartado del caso “Espósito” (16). Si bien parecería reconocerse el carácter vinculante de las decisiones de la Corte IDH, al aseverarse que ellas poseen carácter obligatorio, al incluir la expresión “en principio”, se advierte la intención de nuestro Máximo Tribunal de reservarse cierto grado de autonomía, en caso de discrepancia con los fallos de aquel tribunal supranacional. Esto constituye de por sí un retroceso, en la medida en que introduce un límite al acatamiento de las decisiones de la Corte IDH, toda vez que admite su obligatoriedad pero sujeta al tamiz de la Corte Suprema, cuando ciertamente, en la medida que la Corte IDH actúa dentro de su competencia la decisión es obligatoria sin más. Sin embargo, la decisión de la Corte Suprema entiende este párrafo de otra manera ya que sostiene que la Corte IDH “al ordenar dejar sin efecto la sentencia de esta Corte pasada en autoridad de cosa juzgada, ha recurrido a un mecanismo restitutivo que no se encuentra previsto por el texto constitucional” (17) (la bastardilla nos pertenece).

La Corte IDH, dentro de sus competencias y facultades, ha denunciado con claridad meridiana que el Estado Argentino violó los derechos que protege la Convención Americana sobre Derechos Humanos en dos decisiones, una de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y la otra de la propia Corte Suprema al ratificar la decisión anterior. Esto es la constatación de un hecho: esas dos sentencias violan el Pacto de San José de Costa Rica. Cuando el trámite llega a sentencia ante la Corte IDH, ésta se limita a constatar ese hecho y a enseñar a la Argentina que la única forma de subsanar esa violación es dejando sin efecto las sentencias que han violado esos derechos.

Ahora le tocaba al Estado llevar adelante la obligación de haber aceptado la decisión por medio de un tratado internacional (18). Como lo señala la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (19) en su art. 26, todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe; y el art. 27 previene que una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.

Como puede concluirse de esta simple enumeración: a) La Corte IDH no ordenó nada; b) La Corte IDH se limitó a enseñar lo que Argentina debía hacer, y c) incomprendiblemente la mayoría de la Corte Suprema ha elegido creer que eran ordenados a hacer algo para, apoyándose en su error, incumplir su obligación internacional generando de tal manera responsabilidad por su incumplimiento. Como conclusión de esta decisión la Argentina continúa violando la Convención Americana, continúa incumpliendo la sentencia de la Corte IDH y continúa ignorando el derecho internacional que le dice que lo que aceptó como obligatorio debe cumplirlo.

II. Prevalencia del derecho internacional sobre el derecho interno

No es este el lugar para iniciar una polémica sobre el tema (20). Baste con decir que las discusiones sobre monismo y dualismo que enriquecieron la época de Triepel, Anzilotti y Kelsen no tienen lugar en la sociedad internacional del siglo XXI. A lo largo de los últimos 70 años, la monolítica soberanía estatal se ha ido disgregando hasta hacerla, finalmente, un conjunto de disposiciones limitadas. Ya el soberano no tiene el poder absoluto cuando ha restringido su soberanía por medio de un tratado (21) o por un acto unilateral (22). El Estado se ve imposibilitado de invocar su derecho interno para eximirse de un compromiso internacional (23). Hoy no cabe duda alguna de la existencia de

un derecho imperativo para todos los Estados (*ius cogens*) previsto en el art. 53 de la Convención de Viena y reconocido por numerosos fallos y opiniones consultivas internacionales (24). Ello dio lugar a un reconocimiento internacional de la existencia de una jurisdicción penal internacional (25). Hoy, el Estado tiene reconocidas limitaciones para invocar inmunidad (26) así como tiene restricciones para el dictado de sus propias leyes domésticas, como sucede con la prohibición de amnistía que surge de la declaración 47/133 de 1992 de la Asamblea General ONU sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, que fue fortificada por las disposiciones de la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas (27). Incluso se reconoce la pertenencia obligatoria y condicionada a determinadas instituciones internacionales y tratados, existiendo una pérdida de soberanía a favor de la ONU (28).

III. El inciso 22 del artículo 75 de la Constitución Nacional

En su versión anterior a 1994, la lectura conjunta de los arts. 27 y 41 establecía que los tratados debían de conformarse con el orden constitucional y que la Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con la potencias extranjeras —siguiendo el texto de la Constitución de los Estados Unidos (29)— establecían la pirámide jurídica que formalmente nos regulaba: la Constitución primero, y luego las leyes y los tratados en igualdad, resolviéndose por principios de especialidad y temporalidad los conflictos entre los dos últimos.

Todo claro hasta el caso “Priebke” (30), donde la Corte Suprema resolvió el 2/11/1995: “4º) Que la calificación de los delitos contra la humanidad no depende de la voluntad de los Estados requirente o requerido en el proceso de extradición sino de los principios del *ius cogens* del Derecho Internacional.

5º) Que, en tales condiciones, no hay prescripción de los delitos de esa laya y corresponde hacer lugar sin más a la extradición solicitada”.

Concretamente, el fallo reconoció que había un derecho obligatorio del derecho internacional que tipificaba una conducta que como tal no existía en nuestro Código Penal. Primavera del derecho: se reconocía la existencia del derecho imperativo en nuestro país, categoría que al pasar por encima de las leyes nacionales superaba nuestro derecho interno, Cons-

titución incluida. La reforma de la Constitución Nacional de 1994 creó la instancia “constitucional” de algunos instrumentos internacionales de protección de derechos humanos por medio del agregado en el inc. 22 del art. 75.

La redacción de ese inciso francamente fue muy poco feliz ya que se incluyeron entre los instrumentos de rango constitucional a la Declaración Universal de Derechos Humanos que no había sido ni siquiera aprobada por ley alguna a pesar de hacerse referencia a “las condiciones de su vigencia” que sí se aplica todos los otros instrumentos enumerados que fueron ratificados por leyes. También se deja mención de que estos instrumentos “no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución” que a contrario sensu permitiría pensar que podrían derogar otra parte de la Constitución. Sin embargo, más allá de estas desprolijidades, se le dio rango constitucional a la Convención Americana que da origen a la Corte IDH.

El ministro Rosatti, sin embargo, en su voto señala: “En tal sentido, inicialmente, no puede soslayarse en esta instancia que la orden del tribunal internacional en cuanto impone al Tribunal Supremo de la Nación dejar sin efecto una sentencia dictada dentro del ámbito de su competencia no sólo parece ir más allá de las atribuciones —propias y específicas— de la Corte IDH (en especial respecto de lo dispuesto en el art. 63.1 de la CADH), sino que encuentra un obstáculo insalvable en disposiciones constitucionales que esta Corte Suprema no puede desatender y por cuya protección debe velar” (la bastardilla nos pertenece).

Esta afirmación es especialmente sorprendente en un ex convencional que participó en la reforma de 1994. En primer lugar, como ya se explicó, la decisión de la Corte IDH ni ordena ni impone. En segundo lugar, la Corte IDH se movió estrictamente dentro de sus competencias y facultades. En tercer lugar, la CADH tiene rango constitucional por lo que es muy difícil de entender lo del “obstáculo insalvable” ya que el Estado Argentino clara y concluyentemente está violando derechos constitucionales en sus sentencias sobre el caso “Menem”, y que el fallo que criticamos ayuda a que se continúen violando.

El ejemplo al que acude el voto al citar la opinión de Joaquín V. González no sirve para dilucidar la cuestión aquí analizada, y sirve incluso para reafirmar lo que decimos. En efecto, de la enumeración del jurista riojano sólo cabe considerar el punto vincula-

CONTINÚA EN PÁGINA 24

{ NOTAS }

(12) Corte IDH, “Kimel c. Argentina”, 2/5/2008 (fondo, reparaciones y costas), disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_177_esp.pdf.

(13) CADH, art. 63: “1. Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá, asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”.

(14) CADH, art. 68: “1. Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”.

(15) Véase obra citada en nota 1, p.190.

(16) CS, E. 224. XXXIX, “Espósito, Miguel Á. s/incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa”, 23/12/2004, disponible en <http://servicios.csjn.gov.ar/confal/ConsultaCompletaFallos.do?met hod=verDocumentos&id=574382>.

(17) Cita fallo CS punto 12.

(18) Véase la CADH art. 68.1 cit.

(19) Véase http://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/convencion_viena.pdf.

(20) Remitimos a ZUPPI, Alberto L., “Incorporación de tratados internacionales a la Constitución Nacional. Sus efectos y consecuencias”, Premio Concurso Colegio Público de Abogados de la Capital Federal - Año 2001, Revista de Doctrina N° 4, Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, Ed. Del Candil, Buenos Aires, 2002.

(21) Remontémonos a 1923 para encontrar este principio en el caso de la Corte Permanente de Justicia Internacional “SS Wimbledon”, PCJ Reports (1923) Series A, nro. 1 (I WCR 163) disponible en http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_01/03_Wimbledon_Arret_08_1923.pdf.

(22) Francia había anunciado que no continuaría con ensayos atómicos y la Corte Internacional de Justicia estimó que era una obligación asumida por una declaración unilateral. Conf. <http://www.icj-cij.org/docket/files/58/6093.pdf>, p. 253.

(23) Ya en 1872 en “Alabama Arbitration” se desechó el argumento de justificar una falta de diligencia en la inexistencia de legislación que prohibiera la

conducta cuestionada. Fue reafirmado en 1929 por la CPJI en el caso de las “Zonas Francas”, disponible en http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_22/68_Zones_franches_Haute_Savoie_et_Pays_de_Gex_Ordonnance_19290819.pdf, en la opinión consultiva sobre el caso de las “Comunidades Greco-Búlgaras”, disponible en http://www.icj-cij.org/pcij/serie_B/B_17/01_Communautes_greco-bulgares_Avis_consultatif.pdf, así como con posterioridad a la existencia de las Naciones Unidas (ONU) en el art. 56 de la Carta ONU donde los Estados se obligan al respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales así como la efectividad de los mismos.

(24) Véase la opinión consultiva de 1951 Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide <http://www.icj-cij.org/docket/files/12/4283.pdf>; el dictum de 1970 del caso “Barcelona Traction, Light & Power” en <http://www.icj-cij.org/docket/files/50/5387.pdf> y la opinión consultiva sobre la presencia de Sudáfrica en Namibia de 1971, <http://www.icj-cij.org/docket/files/53/5595.pdf>.

(25) Véase ZUPPI, Alberto L., “Derecho Penal Internacional”, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2013,

ps. 41 y ss. con referencias.

(26) Véase para nuestro país la ley 24.488, ADLA, LV-D-4339 (1995).

(27) Conf. <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/ConventionCED.aspx>.

(28) Véase la restricción a las reservas a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en la opinión consultiva 2, párr. 33 en http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_02_esp.pdf.

(29) Art. VI, inc. 2: “Esta Constitución, y las leyes de los Estados Unidos que se expidan con arreglo a ella, y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la suprema ley del país y los jueces de cada Estado estarán obligados a observarlos, a pesar de cualquier cosa en contrario que se encuentre en la Constitución o las leyes de cualquier Estado”.

(30) Conf. <http://www.dipublico.org/3846/priebke-erich-s-solicitud-de-extradicion-causa-n%C2%B016-06394/>.

VIENE DE PÁGINA 23

do a la posible alteración de la supremacía de la Constitución Nacional por parte de un tratado internacional. Entendiendo la decisión emitida por la Corte IDH como derivación de un tratado internacional, la CADH, este tribunal sólo se limita a señalar una circunstancia, cual es, la de que dos senten-

{ NOTAS }

[31] Véase nuestro deseo en ese sentido, en la conclusión de nuestro libro citado en nota 1, p.195.

cias emitidas por los tribunales argentinos han violado los derechos humanos de Fontevicchia y D'Amico. Por ende, la sentencia de la Corte IDH no cuestiona el orden constitucional vigente, sino que debe analizarse en el marco de los compromisos asumidos por el Estado argentino.

Destacamos la posición asumida por el ministro Maqueda, que correctamente disintió con la mayoría y opinó resolver esta causa como sólo podía hacerse: declarando sin efecto los fallos cuestionados.

Otra cuestión que subyace al fallo analizado se vincula con la ausencia de una ley

que regule el procedimiento de ejecución de las decisiones de los tribunales internacionales y de los organismos internacionales de control de derechos humanos en nuestro medio local, esto especialmente, teniendo en cuenta que las reparaciones impuestas por la Corte IDH en este y tantos otros casos abarcan variadas medidas, siendo la pecuniaria sólo una más (31).

La responsabilidad internacional puede generarse a partir de la acción u omisión de cualquiera de sus tres ramas de gobierno. Frente a la decisión de la cabeza del Poder Judicial que aquí analizamos, atañe al Poder Ejecutivo y, en especial, al Legislativo

brindar las herramientas a fin de que el Estado, entendido como un único sujeto de derecho frente a la comunidad internacional, evite general tal responsabilidad.

El fallo comentado es un sorprendente retroceso, no sólo porque el máximo Tribunal parece no entender cómo funcionan las obligaciones internacionales asumidas por el Estado Argentino, sino porque permite presumir que perseverará en las antiguas teorías sobre monismo y dualismo. ●

Cita on line: AR/DOC/505/2017

THOMSON REUTERS
LA LEY

Descargue TR La Ley en su celular

Ya está disponible TR La Ley, la App que lo mantendrá actualizado con todas las novedades jurisprudenciales, doctrinarias y legislativas de forma rápida, simple y sin cargo, esté donde esté.

Con la App TR La Ley usted podrá:

- Recibir las novedades jurídicas del día
- Personalizar y configurar "alertas" del contenido que desea recibir
- Consultar normas de uso frecuente
- Acceder a podcasts y videos

Descargue la TR La Ley hoy mismo desde:

[App Store](#) [Google Play](#)

the answer company
THOMSON REUTERS

THOMSON REUTERS PODCASTS

Los siguientes podcasts, entre otros, se pueden escuchar **sin cargo** en la **app TR La Ley**, disponible en *App Store* y *Google Play* para descargar en *smartphones*.

¿Puede la Corte Interamericana revocar sentencias de la CSJN? – **Andrés Gil Domínguez**

Cómo deben ser las sociedades entre profesionales – **Carlos Molina Sandoval**

¿Puede la Corte Interamericana revocar sentencias de la CSJN? – **Juan V. Sola**

La propuesta de nueva Ley de Defensa de la Competencia – **Pablo Trevisán**

Propuesta concursal: el caso "Correo Argentino" – **Carlos Molina Sandoval**

¿Los emoticonos y emojis son válidos como demostración de la voluntad para aceptar un contrato? – **Luis Leiva Fernández**

Cambios en la Ley de Riesgos del Trabajo – **Ricardo Foglia**

Necesidad de un régimen legal sobre drones – **Carlos Vassallo**

Desafíos que la realidad argentina de 2017 le plantea al Derecho Penal – **Eugenio Raúl Zaffaroni**

¿Para qué es útil el nuevo derecho real de superficie? – **Marcelo Pepe**

Modificaciones en ganancias y monotributo – **Humberto Bertazza**

¿Qué requisitos exige el Código Civil y Comercial para la asociaciones y fundaciones? – **Luis Daniel Crovi**

Acuerdo con EE.UU. y su impacto en el blanqueo – **César Litvin**

Restitución internacional de menores – **Luciana Scotti**

Modificaciones a la Ley de Contrato de Trabajo – **Emilio Romualdi**

Responsabilidad del Estado. ¿Qué ha sucedido luego de la sanción de la ley? – **Pablo Perrino**

Voto electrónico. ¿Es seguro el sistema? – **José María Pérez Corti**

Responsabilidad Civil ¿Cuáles son los cambios relevantes? – **Carlos Calvo Costa**

Régimen de participación público-privada – **Ezequiel Cassagne**

La compensación económica familiar ¿Cómo y que reclamar? – **Marisa Herrera**

EDICTOS

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal Nº8, Secretaría Nº15, sito en Libertad 731, 7º piso de Capital Federal, hace saber que a VERÓNICA LOAYZA ESPADA, nacida en Sucre – Chuquisaca – Bolivia, el 11 de mayo de 1983, con D.N.I 94.668.969, ha peticionado la concesión de la ciudadanía argentina, a fin de que los interesados hagan saber a este Juzgado las circunstancias que pudiesen obstar a dicho pedido. El presente deberá ser publicado

por dos veces en un lapso de quince días en LALEY.

Buenos Aires, 13 de febrero de 2017
Miguel Augusto Álvarez, sec. int.
LALEY: I. 23/02/17 V. 23/02/17

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal Nº5, Secretaría Nº9, sito en la calle Libertad 731, piso 10 de la Capital Federal, hace saber que, AEE KYUNG LEE con DNI: 93.932.842, nacio-

nalidad coreana, ocupación comerciante, ha iniciado los trámites tendientes a la obtención de la Ciudadanía Argentina. Cualquier persona que tuviere conocimiento de algún acontecimiento que pudiese obstar a dicha concesión, deberá hacer saber su oposición fundada al Juzgado. Publíquese por dos veces, en el lapso de quince días.

Buenos Aires, 27 de mayo de 2016
Ximena Rocha, sec.
LALEY: I. 23/02/17 V. 23/02/17