

Ferrari, Ignacio

La preeminencia del Derecho Internacional a la luz de la jurisprudencia argentina

Documento inédito

Facultad de Derecho. Universidad Católica Argentina

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central "San Benito Abad". Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la Institución.

La Biblioteca posee la autorización del autor para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

Ferrari, I. (2018). *La preeminencia del Derecho Internacional a la luz de la jurisprudencia argentina* [en línea] Documento inédito. Universidad Católica Argentina. Facultad de Derecho. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/preeminencia-derecho-internacional-ferrari.pdf> [Fecha de consulta: ..]

LA PREEMINENCIA DEL DERECHO INTERNACIONAL
A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA ARGENTINA.
SUPREMACY OF THE INTERNATIONAL LAW OVER THE ARGENTINE CASE LAW

*Ignacio Ferrari **

Resumen: La cuestión acerca de la naturaleza del ordenamiento jurídico universal y la postulación de diversas teorías sobre la prelación del derecho internacional por sobre el interno, o viceversa, ha desembocado en un prolongado y persistente debate, tanto en el ámbito doctrinario –propio de los juristas– como así también en la jurisprudencia emitida por numerosos tribunales. Sin embargo, luego de la Conferencia de San Francisco y la redacción de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas, la codificación del derecho internacional público a adquirir una tendencia indudable que empleó a las tesis monistas para explicar la relación que esta especialidad jurídica tenía con el derecho interno de los Estados y que, en el caso de la República Argentina, adoptó un criterio internacionalista con prevalencia de este ordenamiento por sobre el local, tal como lo manifestara la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante CSJN) a partir del caso *Ekmekdjian c/ Sofovich* (1992) y que se consolidara posteriormente en la decisión “*Cafés La Virginia S.A.*” (1994). No obstante lo anterior, la CSJN se expidió este año –más precisamente el 14 de febrero– en relación al cumplimiento del asunto “*Fontevicchia y D'Amico vs. Argentina*” y cuestiona el valor de los pronunciamientos dictados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CoIDH) como revisor de actos jurisdiccionales locales y su posibilidad de modificar sentencias con valor de “cosa juzgada” en la justicia local. En razón de lo expuesto, el presente trabajo analizará la decisión de la CSJN a la luz de las disposiciones constitucionales y las obligaciones contraídas por el Estado Argentino en virtud del sistema interamericano de protección de los derechos humanos y las funciones de la CoIDH para, finalmente, reflexionar sobre la reciente sentencia resulta ajustada al derecho internacional

* Alumno de la Carrera Abogacía, Pontificia Universidad Católica Argentina (UCA). El presente trabajo fue realizado en el marco de la convocatoria titulada “Mi primera publicación”, realizada por la Dirección de Investigación de la Facultad de Derecho de la UCA.

Claves: Derecho Internacional Público. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Preeminencia del derecho internacional. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Tratados Internacionales. Constitución Nacional.

Abstract: The issue as regards the nature of the universal legal system and the presentation of different theories about the supremacy of the international law over the Argentine law, or vice versa, has resulted in a long lasting and persistent debate, in the doctrinal area – inherent to lawyers-, as well as in the case law issued by several courts. However, after the San Francisco Conference and the writing of the UN Charter, the codification of the public international law to acquire a definitive trend that used the monistic thesis to explain the relation between this legal specialty and the national law of the States and that, in the case of Argentina, adopted an international standard with the supremacy of that legal system over the local one, as stated by the Supreme Court of Justice of Argentina (hereinafter referred to as CSJN) based on the case *Ekmekdjian w/ Sofovich* (1992) and consolidated in the decision “*Cafes La Virginia S.A*” (1994) Notwithstanding, on February 14th the CSJN made a decision in relation to “*Fontevicchia and D’Amico vs. Argentina*” and questions the validity of the statements issued by the Human Resources Court (hereinafter referred to as CoIDH) acting as an auditor of local jurisdictional acts and its possibility to modify final judgments in the local justice. According to what has been mentioned above, this document will analyze the CSJN decision taking into account the constitutional provisions and the obligations undertaken by Argentina by virtue of the Inter-American Protection System of HRRR and the functions of CoIDH to finally think about the recent judgment in accordance with the international law.

Keywords: International Public Law. Inter-American Court of Human Rights. Supremacy of the International Law. Supreme Court of Justice of Argentina. International Deals. National Constitution.

I. Introducción.

La cuestión acerca de la naturaleza del ordenamiento jurídico universal y la postulación de diversas teorías sobre la prelación del derecho internacional por sobre el interno, o viceversa, ha desembocado en un prolongado y persistente debate, tanto en el ámbito doctrinario –propio de los juristas– como así también en la jurisprudencia emitida por numerosos tribunales.

Sin embargo, luego de la Conferencia de San Francisco y la redacción de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas, la codificación del derecho internacional público ha adquirido una tendencia indudable que empleó a las tesis monistas para explicar la relación que esta especialidad jurídica tenía con el derecho interno de los Estados y que, en el caso de la República Argentina, adoptó un criterio internacionalista con prevalencia de este ordenamiento por sobre el local, tal como lo manifestara la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante CSJN) a partir del caso *Ekmekdjian c/ Sofovich* (1992) y que se consolidara posteriormente en la decisión “*Cafés La Virginia S.A.*” (1994).

No obstante lo anterior, la CSJN se expidió hace un año (14 de febrero de 2017) en relación al cumplimiento del asunto “*Fontevicchia y D'Amico vs. Argentina*” y cuestiona el valor de los pronunciamientos dictados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) como revisor de actos jurisdiccionales locales y su posibilidad de modificar sentencias con valor de “cosa juzgada” en la justicia local.

En razón de lo expuesto, el presente trabajo analizará la decisión de la CSJN a la luz de las disposiciones constitucionales y las obligaciones contraídas por el Estado Argentino en virtud del sistema interamericano de protección de los derechos humanos y las funciones de la Corte IDH para, finalmente, reflexionar si la sentencia del 14 de febrero resulta ajustada al derecho internacional.

II. La relación entre el derecho internacional y el derecho interno.

Si bien el debate sobre la relación entre el ordenamiento jurídico internacional y el local es algo que parece haber quedado en el pasado, no está de más recordar las diversas posturas que existieron -y existen- frente a éste tema.

El análisis de las distintas posturas -especialmente las dos corrientes del monismo- nos permitirán comprender mejor el desarrollo del presente trabajo, en particular a la hora de analizar el criterio adoptado por la CSJN en sus tres decisorios que examinaremos.

Se podría pensar que la discusión sobre las distintas posturas es algo reservado al ámbito doctrinario, pero si tomamos en consideración el pronunciamiento de la CSJN en el caso de 2017, notaremos que no es del todo certero dicho pensamiento. Como vemos la divergencia de posturas excede al ámbito doctrinario y se extiende la discusión al ámbito jurisdiccional,

Por lo expuesto considero que no está de más analizar las dos posturas que hay sobre el tema en consideración. Ellas son: **dualismo y monismo**. Ésta última se puede dividir en **monismo nacionalista y monismo internacionalista**.

II.a. Dualismo

Esta posición encuentra su génesis en el profesor Hans Triepel al desarrollarla -en 1899- en su libro *Volkerrechts und Landesrecht*, para luego ser reafirmada por el italiano Anzilotti en 1905¹.

Lo primero que diremos es que, para quienes sostienen esta teoría, el derecho internacional y el derecho interno de cada Estado son dos ordenamientos jurídicos distintos e independientes. En palabras de la Dra. Sánchez Echavarría diremos que el derecho internacional proviene de la voluntad creadora del Estado y así se pueden distinguir dos órdenes jurídicos: uno internacional y otro interno.

¿Por qué se consideran dos ordenamientos independientes? A éste interrogante responderían con total claridad los Dres. Ribera Neumann y Gornig. Ellos -como así también la gran mayoría de los defensores de ésta tesis- señalan que la diferencia entre los ordenamientos jurídicos -internacional e interno- está dada principalmente por el campo de aplicación de cada uno; la estructura, entendiendo que en uno (derecho internacional) la relación entre los sujetos es de **coordinación** mientras que en el otro (ordenamiento jurídico interno) existe una relación de **subordinación** entre los individuos y el Estado. Asimismo, y en línea con lo anterior, destaca como diferencia los sujetos destinatarios de cada derecho, afirmando que en el plano internacional son los Estados y las Organizaciones Internacionales los sujetos de derecho, mientras que en el ámbito doméstico los sujetos de derecho son las personas naturales y jurídicas. Por último, los autores destacan como diferencia la materia que regula cada ordenamiento jurídico, entendiendo que el derecho internacional se ocupa de las cuestiones interestatales mientras que al derecho interno le ocupan los asuntos intra-estatales.

Como se puede ver, quienes sostienen esta tesis no consideran que haya ninguna relación entre ambos ordenamientos jurídicos que entre sí son autónomos e independientes. En este orden de ideas sería difícil pensar que una norma de derecho internacional sea obligatoria para los individuos de un Estado. Y efectivamente -para esta tesis- es así. Una norma internacional nunca puede ser obligatoria dentro del Estado, excepto que la misma se haya **transformado en derecho interno**.

¹ Conf. BARBOSA, Julio (2008), *Derecho Internacional Público*. p. 55

La solución para la aplicación de normas de derecho internacional en el ámbito doméstico está dada por la mencionada *transformación* del derecho internacional en interno. Dicha transformación se materializa mediante la incorporación del tratado como ley del Estado, es decir, se transcribe el Tratado al que el Estado se obliga en una ley sancionada por el Congreso. De ese modo coexiste el Tratado en el plano internacional y una ley con idéntico contenido que permite su aplicación a las personas naturales y jurídicas dentro del Estado.

II.b. Monismo

En sentido opuesto a la postura expuesta precedentemente, los defensores de esta tesis entienden que existe un único ordenamiento jurídico en donde coexiste el derecho internacional y el derecho interno de cada Estado en particular. Entienden que si fueran ordenamientos jurídicos independientes debería existir un tercer ordenamiento que sea superior y abarque a ambos.

Quienes sostienen esta postura coinciden en que -como se dijo- existe una sola unidad propia² en donde coexiste el derecho internacional y el derecho interno. También coinciden en que al existir tal unidad es necesaria la primacía de uno de éstos. Aquí es donde los autores ya coinciden al cien por ciento en sus postulados, dado que hay quienes sostienen que el derecho internacional es supremo con respecto a los ordenamientos jurídicos locales y -por el contrario- existen aquellos que se inclinan por la primacía del derecho interno.

De este modo se puede distinguir con claridad dos sub posturas dentro del monismo. Por un lado el **monismo nacionalista** en donde se afirma la primacía del derecho interno por sobre el internacional. Los doctrinarios de este postulado sostienen que la validez del derecho internacional deriva del derecho estatal. El fundamento lo podemos encontrar en la soberanía absoluta del Estado. Hegel y Wenzel son algunos de los principales expositores de esta tesis que, en principio parecería haber quedado en desuso, pero hoy en día no lo podría afirmar con total certeza.

Del otro lado de la vereda encontramos al **monismo internacionalista** que, como se puede advertir sencillamente, se inclina por la supremacía del derecho internacional con respecto a los ordenamientos jurídicos internos de cada Estado.

Uno de los principales expositores es Hans Kelsen, quien manifiesta que el derecho estatal encuentra el fundamento de su validez en el derecho internacional. Dicho postulado, según Kelsen,

² Ribera Neumann, T. (2016) Relaciones entre el derecho internacional público y el derecho interno en Europa y Sudamérica, pág. 18.

deriva del principio de efectividad. A entender del austríaco, la norma fundamental de derecho internacional regula su propia validez así como también la validez del derecho interno.

Otro gran expositor de esta teoría es un compatriota de Kelsen: Alfred Von Verdross, quien establece como punto de partida la soberanía. Entiende que la importancia central se encuentra en la *Constitución Internacional* dado que aún en caso de un cambio revolucionario de la estructura estatal, el derecho internacional posee vigor para el Estado.

Así como al monismo se lo puede subdividir en nacionalista e internacionalista, dentro de esta última tesis podemos encontrar, a su vez, dos corrientes. Por un lado un **monismo radical**, el cual entiende que cualquier acto del Estado que sea contrario al derecho internacional es nulo. Por otro lado, el **monismo moderado** sostiene que un acto de derecho interno (una ley, un acto administrativo, una sentencia) es contrario al derecho internacional, mantiene su vigencia bajo ciertas circunstancias. En este orden de ideas, un Estado jamás podría justificar la vulneración de normas de derecho internacional invocando normas de derecho interno. Como se puede apreciar el fundamento de lo antes expuesto lo encontramos en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados³. Empero, no podemos pasar por alto que en estos casos los actos de derecho interno no son nulos -como sostiene el monismo radical- sino que son anulables.

III. El criterio adoptado por la CSJN en los asuntos *Emekdjian c/ Sofovich y Cafés la Virginia S.A.*

III.a) *Emekdjian c/ Sofovich*

El caso que nos ocupa es un precedente histórico de la CSJN, dictado por éste tribunal en el año 1992. El hecho que motiva dicho pronunciamiento es el amparo promovido por Miguel A. Ekmekdjian contra Gerardo Sofovich, en ejercicio de su derecho a réplica.

El fundamento del actor para interponer el amparo es, como se dijo, su derecho a réplica consagrado por el artículo 14 del Pacto de San José de Costa Rica (en adelante PSJCR) e incorporado al ordenamiento local mediante la aprobación del Congreso por ley 23.054 y la consecuente ratificación del Poder Ejecutivo en septiembre de 1984.

³ Art. 27 CVDI. EL DERECHO INTERNO Y LA OBSERVANCIA DE LOS TRATADOS Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.

Como se ha dicho, el foco central, el fondo del asunto gira en torno al derecho a réplica: la legitimación para su ejercicio, las modalidades, el alcance, los límites y principalmente si es un derecho operativo o programático.

Esto último es, sin lugar a dudas, el epicentro del decisorio del Máximo Tribunal Nacional, sin embargo lo que a nosotros nos ocupa es el análisis que la CSJN realiza sobre la preeminencia del ordenamiento jurídico internacional por sobre el local.

La gran pregunta que la Corte implícitamente se hace -y se responde- es si, tomando en consideración la distribución de competencias, el Poder Legislativo puede limitar de alguna manera el accionar del Poder Ejecutivo. Esta pregunta está orientada a la reflexión sobre la división de poderes consagrada en la Constitución Nacional. Es la propia Corte la que se encarga de aclarar el tema en cuestión, nada más y nada menos que remitiéndose a la Carta Magna. Declaran que “*el Poder Ejecutivo concluye y firma tratados (art. 86, inc. 14, Constitución Nacional), el Congreso Nacional los desecha o aprueba mediante leyes federales (art. 67, inc. 19, Constitución Nacional) y el Poder Ejecutivo nacional ratifica los tratados aprobados por ley, emitiendo un acto federal de autoridad nacional*”⁴.

Inmediatamente después, manifiesta que derogar la aplicación de un Tratado por ley del Congreso sería un avance inconstitucional. Toda esta cuestión gira en torno a la discusión que se plantea en el caso sobre la operatividad del derecho a réplica, es decir, si es admisible considerar que el ejercicio de un derecho consagrado por un tratado internacional constitucionalmente celebrado quede sujeto a la posterior regulación por parte del Congreso de la Nación.

En busca de fortalecer su argumento la CSJN deja en evidencia la responsabilidad del Estado Argentino refiriéndose para ello al artículo 27 de la Convención de Viena ratificado por el Estado Argentina en diciembre de 1972 y en vigor desde enero de 1980.

La mencionada norma reza: *una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.*⁵ Ésta norma altera la situación del ordenamiento jurídico ya que, hasta entonces, la Corte consideraba *que no existe fundamento normativo para acordar prioridad al tratado frente a la ley.*⁶

⁴ CSJN, “Ekmekdjian, Miguel Ángel v. Sofovich, Gerardo y otros.”, sentencia del 07/07/1992, Considerando 17.

⁵ Artículo 27 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

⁶ Fallos: 257:99 y 271:7 (La Ley, 43-458; 131-773)

Como se ve, es el propio Estado quien reconoce la primacía del derecho internacional por sobre el ordenamiento jurídico local ya que la Convención de Viena de 1969 antes de ser ratificada internacionalmente por el Poder ejecutivo, fue aprobada por el Congreso de la Nación mediante la ley 19.865.

Otro gran fundamento de la preeminencia del derecho internacional por sobre el derecho interno, encuentra su justificación en el artículo 31⁷ de la Constitución Nacional. Es esta norma la que le da rango constitucional a los *tratados con potencias extranjeras*. Mucho se ha debatido sobre la interpretación de éste artículo, pero no creo necesario profundizar en el tema ya que considero que es mayoritariamente aceptado que los tratados internacionales se encuentran un rango jerárquicamente superior a las leyes del Congreso.

En este orden de ideas y al reconocer primacía al derecho internacional, no debemos pasar por alto lo dicho por los Magistrados en el considerando 20 de su decisorio. En dicho párrafo los jueces entienden que *cuando la Nación ratifica un tratado que firmó con otro Estado, se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen a los supuestos que ese tratado contemple*⁸.

Uno de los porqué la Corte sentenció de este modo lo podemos encontrar en el voto en disidencia de los doctores Petracchi y Moliné O'Connor al decir que *la solución de este caso repercutirá, por un lado, en la comunidad nacional y por el otro, en la comunidad internacional puesto que se encuentra en juego el cumplimiento de buena fe de obligaciones internacionales asumidas por la Argentina*⁹.

Una vez más, una nueva demostración de que la Argentina se encuentra “atada” por su sola voluntad a las normas del derecho internacional, y por ende –como se hubiera dicho- sus organismos administrativos y jurisdiccionales están de igual modo comprometidos.

En resumidas cuentas, el fallo del Máximo Tribunal en estudio, es la bisagra entre dos posturas donde, a partir de entonces, prevalecerá el derecho internacional por sobre el derecho interno a la hora de interpretar dos normas contradictorias o no armónicas.

⁷ Art. 31 CN. Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto de 11 de noviembre de 1859.

⁸ CSJN, “Ekmekdjian, Miguel Ángel v. Sofovich, Gerardo y otros.”, sentencia del 07/07/1992, Considerando 20.

⁹ CSJN, “Cafés La Virginia S.A.”, sentencia del 13/10/1994, disidencia del Dr. Moliné O'Connor, Considerando

Este precedente quedará plasmado en la reforma constitucional del año 1994, donde expresamente la Carta Magna dotará de rango constitucional –superior a las leyes- a determinados Tratados Internacionales, ya sea porque han sido enumerados por el constituyente o porque posteriormente hayan sido celebrados de determinada forma y el Congreso de la Nación les confiera tal jerarquía.

III.b) Cafés la Virginia S.A.

En el caso que examinaremos a continuación, la Corte de alguna manera ratifica en criterio adoptado en el precedente de 1992: *Emekdjian c/ Sofovich*, ésta vez con algunas circunstancias diferentes. En el caso de análisis ya se encontraba en vigor la Constitución de la Nación reformada en Santa Fe en 1994, mismo año en la CSJN dicta éste decisorio.

No es un dato menor la entrada en vigencia de la Constitución reformada, ya que en ella se plasma el criterio adoptado por el Máximo Tribunal en el año 1992. Esta reforma, en lo que nos concierne, parece ponerle fin a la discusión acerca de la jerarquía de normas y principalmente al debate sobre la preeminencia de un ordenamiento jurídico -internacional o interno-.

Veamos las cuestiones fácticas que motivan el decisorio. Se trata de una resolución del Ministerio de Economía¹⁰, la cual crea un gravamen adicional a la importación de café crudo proveniente de Brasil. Dicha resolución ministerial es dictada por delegación legislativa del Poder Ejecutivo¹¹, competencia que a su vez, con carácter previo, el Poder Legislativo había delegado en el Poder Ejecutivo¹².

La cuestión es que más allá de la delegación legislativa -que de por sí no parece traer inconvenientes- entra en juego el "Acuerdo N° 1" celebrado entre la Argentina y Brasil en el año 1983, donde las partes contratantes acordaron un gravamen residual equivalente al 0% a determinados productos dentro de los cuales se encuentra el café crudo. Esto significa que la Argentina no podía establecer ningún gravamen a dichos productos, más allá de cual fuera la denominación.

Como dice el propio Tribunal *la primera cuestión consiste en dilucidar si se ha producido una auténtica colisión entre las disposiciones de un Tratado internacional y la norma que emana de una*

¹⁰ Res. 174/86 del Ministerio de Economía. Crea un gravamen adicional a la importación de café crudo.

¹¹ Delegación de competencias del Poder Ejecutivo en los Ministerios competentes, autorizada por ley 22.792

¹² Delegación de competencias del Poder Legislativo al Poder Ejecutivo mediante ley 22. 415 (Código Aduanero), artículo 664.

*resolución ministerial*¹³. Es decir, que la CSJN pondrá el foco de atención en la jerarquía de las normas y en el cumplimiento de los Tratados Internacionales.

Veamos entonces cuál es el criterio adoptado por la CSJN al respecto. Lo que se debate en el "sub lite" es si la resolución ministerial es ajustada a derecho, tanto desde el punto de vista de la delegación legislativa, como así también del orden jerárquico de normas que rige nuestro ordenamiento jurídico.

Como primera aproximación al tema no debemos olvidar la vigencia de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (CVDT) de 1969, aprobada por ley del Congreso de la Nación 19.865 y ratificada por el Poder Ejecutivo en diciembre de 1972; en vigencia a partir del año 1980. Destaco la vigencia de dicha Convención ya que -como es sabido- es la piedra angular sobre la que se construyó y siguen construyéndose las relaciones inter-estatales.

Es el Máximo Tribunal quien desde antaño destaca el cumplimiento de buena fe de los Tratados celebrados entre Estados¹⁴. Inmediatamente después, los magistrados se cuestionan si el tratado es un simple compromiso ético, a lo que enseguida y sin dejar lugar a dudas dejan sentado que todo compromiso internacional es de por sí un conjunto de derechos y obligaciones.

A sabiendas entonces de que el tratado es un conjunto de derechos y obligaciones, es momento de analizar cuáles son las consecuencias que acarrea su incumplimiento. En este sentido la CSJN destaca que *la aplicación por los órganos del Estado argentino de una norma interna que transgrede un tratado –además de constituir el incumplimiento de una obligación internacional– vulnera el principio de la supremacía de los tratados internacionales sobre las leyes internas*¹⁵ reconocida ya en precedentes de éste Tribunal¹⁶.

De esta manera queda más que claro el criterio seguido por la CSJN al realizar la interpretación del artículo 31 armónicamente con la CVDT de 1969. Criterio que desde entonces se ha mantenido por más de 20 años.

IV. La sentencia del 14 de febrero de 2017: ¿reviste un cambio de criterio?

IV.a) Cuestiones fácticas.

La génesis de la disputa -judicial y doctrinaria- que a continuación plantearé la podemos encontrar en el año 2001 cuando la CSJN confirmó la condena en un juicio civil que el ex-

¹³ CSJN, “Cafés La Virginia S.A.”, sentencia del 13/10/1994, Considerando 5.

¹⁴ CSJN, “Cafés La Virginia S.A.”, sentencia del 13/10/1994, Considerando 6.

¹⁵ Causa F.433.XXIII “Fibraca Constructora S. C. A. c. Comisión Técnica Mixta de Salto Grande”

¹⁶ Fallos 257:99 “Martín & Cia. Ltda., S.A. c/ Nación.” y Fallos 271:7 “Esso, S.A. Petrolera Argentina c/ Nación. Flandria Algodonera S.A.”

Presidente Carlos Saúl Menem había promovido en contra de Editorial Perfil, Jorge Fontevecchia y Héctor D'Amico¹⁷.

Como resultado del pronunciamiento del Máximo Tribunal, el ex mandatario fue indemnizado por los demandados dado que los órganos jurisdiccionales locales entendieron que se había violado el derecho a la intimidad alegado por el demandante. El hecho concreto objeto de la litis del año 2001 es la divulgación de una noticia sobre la presunta existencia de un hijo no reconocido por el ex Presidente de la Nación.

Ya firme la sentencia de la CSJN y en disconformidad con ella, los vencidos (Fontevecchia y D'Amico) junto a Horacio Verbitsky (como representante de una entidad que reúne a periodistas) promovieron denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). De éste modo toma cartas en el asunto la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que entiende -y así lo plasma es su decisorio- que el Estado Argentino ha violado el derecho de libertad de expresión consagrado por el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

No es solo una advertencia lo que realiza la Corte IDH, sino que va más allá y además de ordenar la publicación de la sentencia, manda *dejar sin efecto dichas sentencias en todos sus extremos, incluyendo, en su caso, los alcances que estas tengan respecto de terceros; a saber: a) la atribución de responsabilidad civil de los señores Fontevecchia y D'Amico; b) la condena al pago de una indemnización, de intereses y costas y de la tasa de justicia (...), y c) así como cualquier otro efecto que tengan o hayan tenido aquellas decisiones*. Es aquí donde radica el núcleo del debate que pronto presentaré.

Una vez dictada la sentencia por parte de la Corte IDH, la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación le solicitó a la CSJN que cumpla con el decisorio del Tribunal Regional. Como apreciaremos, el Tribunal hizo caso omiso al requerimiento efectuado por la Secretaría.

IV.b) La controversia.

Intentaré aquí realizar un resumen de los argumentos esgrimidos por la CSJN para -de alguna manera- "ignorar" el pedido de la Secretaría de Derechos Humanos, previamente ordenado por la Corte Interamericana. Una vez presentados los principales argumentos del Máximo Tribunal

¹⁷ CSJN, "Menem, Carlos Saúl c/ Editorial Perfil S.A. y otros s/ daños y perjuicios - sumario", 25/09/2001, Fallos 324:2895.

veremos algunas de las posiciones que tomaron los juristas argentinos frente a tan sorprendente fallo.

En primer lugar cabe destacar precisamente cual fue la manda judicial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al Estado Argentino. La parte resolutive reza¹⁸:

a. dejar sin efecto la condena civil impuesta a Jorge Fontevecchia y Héctor D'Amico, así como todas sus consecuencias;

b. publicar un resumen oficial de su sentencia elaborado por la Corte Suprema, por una sola vez, en el Diario Oficial y en un diario de amplia circulación nacional, así como publicar la sentencia completa de la Corte Interamericana en la página del Centro de Información Judicial de la Corte Suprema; y

c. entregar las sumas reconocidas en dicho fallo, comprensivas del reintegro de los montos de condena oportunamente fijados en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, como de los correspondientes a las reparaciones admitidas en su decisión internacional (daño material, gastos derivados del trámite del proceso interno como del procedimiento internacional).

Con respecto al punto b, el Tribunal sostiene que en lo que a él le compete la manda a sido cumplida toda vez que la sentencia ha sido publicada en dos portales: en el Centro de Información Judicial y en la página de Jurisprudencia del Tribunal¹⁹.

En cuanto al punto c, con buen criterio, afirma que *las obligaciones allí impuestas se encuentran fuera del alcance de las presentes actuaciones*²⁰. El órgano jurisdiccional entiende que, de acuerdo a la distribución de competencias entre los poderes del Estado, es tarea del Poder Ejecutivo la del cumplimiento voluntario.

¹⁸ CSJN, “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/informe sentencia dictada en el caso "Fontevecchia y D'Amico c. Argentina" por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, de fecha 14/02/2017, Considerando 3.

¹⁹ CSJN, “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/informe sentencia dictada en el caso "Fontevecchia y D'Amico c. Argentina" por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, de fecha 14/02/2017, Considerando 4, 1° párrafo.

²⁰ CSJN, “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/informe sentencia dictada en el caso "Fontevecchia y D'Amico c. Argentina" por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, de fecha 14/02/2017, Considerando 4, 2° párrafo.

Por último pero no menos importante, en cuanto a la directiva de dejar sin efecto la condena civil impuesta a Fontevecchia y D'Amico (punto a), la CSJN a priori reconoce que *las sentencias de la Corte Interamericana, dictadas en procesos contenciosos contra el Estado argentino son, en principio, de cumplimiento obligatorio para este*²¹, pero inmediatamente se cuestiona si la sentencia dictada por el órgano jurisdiccional regional se encuentra *dentro del marco de sus potestades remediales*²².

Lo expuesto en el párrafo precedente es uno de los temas centrales del decisorio del tribunal doméstico, como así también lo es la cuestión de los *principios estructurales del sistema interamericano de protección de los derechos humanos*. Como primera apreciación, la CSJN manifiesta que es el propio Tribunal Interamericano quien se autodefine como *subsidiario*²³. De éste modo la Corte argentina busca dejar en claro que la Corte IDH no puede actuar como "*cuarta instancia*" de los procesos resueltos en el ámbito local.

En este orden de ideas, la CSJN afirma que -siguiendo los principios estructurales- la actuación del Máximo Tribunal Internacional a nivel continental es *subsidiaria, coadyuvante y complementaria* tal como lo reconoce el propio tribunal²⁴.

Entienden la mayoría de los Magistrados que *dejar sin efecto* es lo mismo -según la RAE-que revocar la sentencia dictada en la causa "Menem". Aquello, a criterio de la Corte, transforma a la Corte IDH en una cuarta instancia, es decir, en un tribunal de apelaciones, revisora de las sentencias dictadas por nuestra Corte.

Tomando las palabras de Michael Riesman, la CSJN afirma que -por definición- los tribunales internacionales son órganos con competencia limitada de la manera prescripta en los instrumentos que los han constituido. En este sentido, entiende el tribunal que *dejar sin efecto* una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada no es una competencia atribuida expresamente al órgano jurisdiccional regional.

Avanzando en el análisis del decisorio de nuestra Corte, podemos notar como el voto mayoritario (Lorenzetti, Highton de Nolasco y Rosenkrantz), como así también -y con especial énfasis- en el voto del Dr. Rosatti hacen hincapié en lo que llaman *esfera de reserva soberana*.

²¹ Artículo 68.1 CADH.

²² CSJN, "Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/informe sentencia dictada en el caso "Fontevecchia y D'Amico c. Argentina" por la Corte Interamericana de Derechos Humanos", de fecha 14/02/2017, Considerando 6.

²³ CSJN, "Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/informe sentencia dictada en el caso "Fontevecchia y D'Amico c. Argentina" por la Corte Interamericana de Derechos Humanos", de fecha 14/02/2017, Considerando 8.

²⁴ Corte IDH, caso "Perez y otros v. Venezuela", sentencia del 28 de enero de 2009, Serie C, núm. 195, párr. 64.

Entienden que dicha esfera está consagrada en el artículo 27 de la Constitución Nacional, asegurando que los tratados internacionales deben ajustarse y guardar conformidad con los *principios de derecho público* establecidos en la Constitución²⁵. De éste modo, el Máximo Tribunal argentino busca mantener a la Carta Magna en la cúspide del sistema normativo local y por consiguiente atenuar el artículo 31 del mismo texto.

Yendo más a fondo al tema en cuestión, los magistrados afirman que el carácter *supremo* de la Corte y el hecho de *ser cabeza del Poder Judicial* -conf. artículo 108 CN- forman parte de aquellos principios señalados, consagrados por el constituyente en el artículo 27 de la Constitución Nacional. Como se hubiere dicho, no me ocupare en esta sección de analizar el acierto o desacierto de la CSJN al fundamentar su decisión. Hasta el momento me limité a exponer con la mayor objetividad posible sus argumentos.

IV.c) *Las distintas posturas.*

Como se dijo anteriormente, el fallo de la CSJN ha sido dividido: la mayoría estuvo conformada por Lorenzetti, Highton de Nolasco y Rosenkrantz, mientras que Rosatti apoyo la decisión de la mayoría pero optó por hacerlo en su propio voto. Finalmente, el Dr. Carlos Maqueda votó en disidencia.

Del mismo modo, la doctrina nacional se encuentra dividida entre los que apoyan el decisorio de la CSJN y quienes son críticos del mismo. A continuación plantearé los temas más controvertidos del fallo expresando las posturas de algunos juristas.

El decisorio en análisis –a mi criterio- no es uno más de los tantos que pasan por la pluma de los jueces del Máximo Tribunal. Es un fallo que deja traslucir las “nuevas voces” integrantes de la Corte²⁶. Los magistrados han querido inscribir la decisión dentro de una “tradición” jurídica nacional²⁷.

IV.c.1) *¿Quién es el intérprete final de la CADH?*

Como primer tópico, veremos la “disputa de autoridad” entre la CSJN y la Corte IDH. De este modo podríamos preguntarnos ¿quién es el intérprete final de la Convención? ¿Es la CSJN o, por el contrario, es la Corte IDH?

²⁵ CSJN, Fallos 316:1669, “Fibrica Constructora S.C.A. c. Comisión Técnica Mixta Salto Grande”, sentencia del 7 de julio de 2013.

²⁶ Gargarella, Roberto. “LA AUTORIDAD DEMOCRÁTICA FRENTE A LAS DECISIONES DE LA CORTE INTERAMERICANA”, Cita online: AR/DOC/497/2017, Publicado en La Ley 23/02/2017 , 3.

²⁷ Gargarella, Roberto. “LA AUTORIDAD DEMOCRÁTICA FRENTE A LAS DECISIONES DE LA CORTE INTERAMERICANA”, Cita online: AR/DOC/497/2017, Publicado en La Ley 23/02/2017 , 3.

A ésta pregunta, parte de la doctrina respondería que son a los jueces locales a quienes les compete interpretar la Convención. En este sentido Catalano y Carnota afirman que *son los Estados miembros del sistema regional, en su carácter de soberanos y dotados de constituciones fundacionales (muy anteriores a la CADH), los encargados de defender sus propias instituciones y principios frente a mandas exorbitantes. Lo inverso, conferir absoluta discreción a la Corte Interamericana para definir los límites de sus competencias, implicaría conferirle un cheque en blanco, dotarla de infalibilidad y privar a los Estados signatarios (a través de sus máximas autoridades judiciales) de toda herramienta de control legítimo sobre resoluciones que impacten inapropiadamente en su actividad jurisdiccional*²⁸.

Santiago, por su parte, reafirma esta postura al señalar que *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*²⁹.

Del otro lado de la vereda, Sebastián Rey sostiene que *no existe tribunal internacional que acepte que cada Estado disponga cuál considera que es el límite de su competencia en cada caso. La premisa de que los jueces nacionales son los intérpretes finales del contenido de la CADH y no el órgano de aplicación que el Estado soberanamente creó para hacerlo -la Corte IDH-, choca con principios básicos del derecho internacional que los constitucionalistas pretender desoír.*

Personalmente, respecto de este interrogante planteado, considero que es preciso reconocer la soberanía del Estado, toda vez que gracias a éste *tiene vida* el sistema regional de protección de derechos humanos. No obstante, en el presente no se trata únicamente de un reconocimiento de soberanía. Si bien es cierto –y nadie niega que el Estado sea soberano–, debemos tener en cuenta que fue el propio Estado quien voluntariamente decidió incorporarse al sistema interamericano de protección de los derechos humanos.

En este orden de ideas, es el mismo Estado quien –al ratificar internacionalmente la CADH- se obligó a cumplirla y por consiguiente a someterse a la jurisdicción de la Corte IDH. En este sentido, considero que así como la CSJN es el intérprete final de la Constitución Nacional, es menester que la Corte IDH sea quien interprete la Convención en última instancia.

²⁸ Conf. CATALANO, Mariana y CARNOTA, Walter F., "La Corte Suprema reafirma su rol de tribunal final de las causas", LA LEY, 28/03/2017, punto V.a.

²⁹ Conf. SANTIAGO, Alfonso, "¿Desobediencia debida? ¿Quién tiene la última palabra?", LA LEY, 23/02/2017, punto II.6.

Es preciso dejar en claro que –como dije- la interpretación de la Corte IDH será en última instancia ya que el Estado está facultado a interpretar y aplicar la CADH, y de ese modo impedir cualquier violación de derechos por ella reconocidos. Lo que digo no es ninguna novedad toda vez que en numerosos precedentes se le ha reconocido el carácter de difuso al control de convencionalidad.

A modo de conclusión y en miras a responder el interrogante planteado –parafraseando al ministro Rosatti- diré que la Corte argentina y la Corte Interamericana son, cada una, autoridad suprema dentro de su esfera de jurisdicción: la Constitución Nacional para la primera, la CADH para la segunda.

IV.c.2) *El alcance y límite de la competencia de la Corte IDH.*

Otra cuestión de trascendencia es la cuestión acerca de si –según el artículo 63 de la CADH- la Corte IDH está facultada para dejar sin efecto una sentencia de la CSJN. Antes de comenzar con el análisis veamos en que consiste dicha norma:

(...) Cuando (la Corte IDH) 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.

La mayoría de los magistrados de la CSJN entienden que *el tenor literal de la norma (el artículo 63 de la CADH) no contempla la posibilidad de que la Corte Interamericana disponga que se deje sin efecto una sentencia dictada en sede nacional*³⁰. Ésta interpretación es apoyada por numerosos juristas nacionales³¹. Como vemos, el razonamiento es que al no surgir expresamente del texto normativo -CADH- la Corte IDH no estaría facultada a dejar sin efecto una sentencia dictada en sede local.

En un sentido opuesto -y con algo más de criterio- Rey sostiene que *pretender que en un tratado aparezcan especificadas todas las formas de reparación que el Tribunal podría aplicar*

³⁰ CSJN, “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/informe sentencia dictada en el caso "Fontevecchia y D'Amico c. Argentina" por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, de fecha 14/02/2017, Considerando 13.

³¹ MANILI, Pablo L., "Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. A propósito del fallo "Fontevecchia"", LA LEY, 20/03/2017, punto IV.5

*sueno desmedido y de pésima técnica legislativa*³². Afirma que la palabra *restitución* es empleada en un sentido genérico que comprende las diferentes formas en las que un Estado puede hacer frente a la responsabilidad internacional. En busca de solidez para su argumento, el citado autor se refiere directamente a los precedentes de la Corte IDH³³. Más allá de los fundamentos vertidos, Rey afirma que *la Corte IDH no revocó ni anuló una sentencia doméstica. Solamente dijo que violaba el tratado por lo que el Estado debía de acuerdo a su ordenamiento interno dejarla sin efectos, del modo que lo estime pertinente*³⁴.

En complicidad con la Corte IDH, Rey expresa que el Máximo Tribunal argentino ha ignorado de modo manifiesto la jurisprudencia de los últimos 20 años del tribunal regional que sostiene que *cuando esta reparación fue solicitada y los hechos del caso lo ameritaban en virtud de la violación de derecho encontrada, se dispuso que el Estado adopte determinadas medidas de carácter jurisdiccional, que abarcan desde la ejecución de una sentencia hasta que se deje sin efecto una sentencia o un proceso*³⁵.

En lo personal, y en cuanto a lo que al punto respecta, considero que el argumento sostenido por nuestro tribunal es "vago" e insuficiente. Coincido con Rey en el sentido que no basta con decir que no surge de la letra de la norma la posibilidad de dejar sin efecto una sentencia. Empero, no concuerdo con dicho autor al sostener que *la Corte IDH no revocó ni anuló una sentencia doméstica*, toda vez que la manda judicial es sumamente clara al utilizar la fórmula *dejar sin efecto*, lo que equivale a revocar. Es el mismo autor quien en su fundamento se contradice al expresar que *el Estado debía de acuerdo a su ordenamiento interno dejarla sin efectos, del modo que lo estime pertinente*.

³² Rey, Sebastián A., "En defensa de la Convención. Una respuesta del Derecho Internacional a los "elogios" recibidos por la sentencia de la Corte Suprema en el caso "Fontevicchia y D'Amico".", LA LEY, 10/07/2017, Cita Online: AR/DOC/1538/2017.

³³ Corte IDH, caso "Loayza Tamayo vs. Perú". Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 1998. Serie C No. 42, párr. 85.

³⁴ Conf. Rey, Sebastián A., "En defensa de la Convención. Una respuesta del Derecho Internacional a los "elogios" recibidos por la sentencia de la Corte Suprema en el caso "Fontevicchia y D'Amico".", LA LEY, 10/07/2017, Cita Online: AR/DOC/1538/2017.

³⁵ CoIDH caso "Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile". Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279, párr. 422; Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282, párr. 457; caso "Ruano Torres y otros vs. El Salvador". Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 05 de octubre de 2015. Serie C 303, párr. 211 y caso "Herrera Espinoza y otros vs. Ecuador". Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2016. Serie C No. 316, párr. 225.

En este orden de ideas considero que la Corte IDH no está facultada para *dejar sin efecto* una sentencia doméstica pasada en autoridad de cosa juzgada. Pero, así mismo creo que el fundamento no se encuentra en el silencio de la norma -como sostiene la CSJN- sino que lo podemos encontrar en la función (o competencia) de la Corte IDH.

Respondiendo al cuestionamiento planteado considero que la Corte IDH no está facultada a dejar sin efecto una sentencia local, menos aún si la misma ha pasado en autoridad de cosa juzgada. Realizando un análisis global de la situación, creo que el tribunal regional debió señalar la violación de derechos humanos consagrados por CADH, es decir, debió señalar el incumplimiento por parte del Estado argentino y ordenarle que cese con dicha violación bajo apercibimiento –tácito- de incurrir en responsabilidad internacional. Es el propio Estado quien, a posteriori, debe decidir que herramientas emplear a modo de dar cumplimiento a la sentencia regional y así no incurrir en responsabilidad internacional.

Esta postura se encuentra íntimamente relacionada con lo que la Dra. Palacio de Caeiro denomina **principio de unidad del Estado**. Podemos afirmar que la responsabilidad internacional del Estado se establece por *actos u omisiones de cualquier poder u órganos de éste, independientemente de su jerarquía, que violen la Convención Americana*³⁶. Como es sabido, la CSJN al ser la cabeza del poder judicial³⁷ es una de las tres patas del Estado, y por ende sus actos – como cualquier acto del Estado- que violen alguna norma de derecho internacional hacen nacer responsabilidad internacional sobre éste.

IV.c.3) *El mito de la cuarta instancia.*

Uno de los principales “miedos” de la CSJN es que la Corte IDH se atribuya el rol de tribunal de alzada o cuarta instancia, dispuesto a revisar las sentencias dictadas por el Máximo Tribunal Nacional e incluso a revocar las misma.

Como resulta evidente, dicho “miedo” no es algo abstracto, eventual o fortuito, sino que por el contrario es un “miedo concreto”, donde la Corte entiende que peligra su rol como órgano supremo. Es por ello que, a mi entender, como *acto reflejo* la CSJN hace hincapié en el carácter subsidiario del sistema interamericano. En búsqueda de solidificar su argumento la Corte remite a jurisprudencia de la propia Corte IDH y a legislación también regional.

³⁶ Palacio de Caeiro, Silvia B. “EL CUMPLIMIENTO DE LAS SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS”, Cita Online: AR/DOC/498/2017, Publicado en: LA LEY 08/03/2017, 6. y

³⁷ Art. 108 CN.

La cuestión la plantea la CSJN en el considerando 8³⁸ al rezar que *deben tenerse en consideración los **principios estructurales** del sistema interamericano de protección de derechos humanos, el que se autodefine como **subsidiario*** (la negrita me pertenece).

Si bien es la propia Corte IDH la que reconoce su carácter subsidiario, el error –a mi criterio– de ordenar *dejar sin efecto* una sentencia doméstica hace presumir que, de alguna manera, se está abrogando el carácter de tribunal revisor, de alzada o cuarta instancia, como se lo quiera llamar.

Más allá de lo que se pueda suponer, la Corte IDH trató el tema de la *fórmula de la cuarta instancia*³⁹ en dos sentencias recientes. Por un lado en el caso *García Ibarra y otros vs. Ecuador* afirmó que *no desempeña funciones de tribunal de ‘cuarta instancia’, ni 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*⁴⁰.

Poco después ratifico y reafirmo su postura en el caso *Valencia Hinojosa y otra vs. Ecuador* al decir que *su jurisdicción* (en referencia a la Corte IDH) *no puede ser concebida o entendida como parte o instancia integrante del o de los procedimientos llevados a cabo en el ámbito interno o nacional sobre hechos del mismo caso, en razón, en especial, a que las jurisdicciones interna e interamericana **difieren tanto por el derecho aplicable** por cada una de ellas como por los objetivos perseguidos por las mismas. La propia Convención concibe ambas jurisdicciones, a juicio de la Corte, como diferentes al señalar, en su preámbulo, el carácter de **coadyuvante y complementario** de la interamericana respecto de la nacional, por lo que una no puede sustituir a la otra. Por ende, la referencia a la ‘cuarta instancia’ en tanto eventual excepción aplicable a la jurisdicción de la Corte, debe ser entendida, en su criterio, como respuesta a la pretensión de que ella falle revisando, según el derecho nacional o interno del correspondiente Estado, lo resuelto por la jurisdicción nacional de éste, lo que, sin duda, no corresponde*⁴¹ (la negrita me pertenece).

³⁸ CSJN, “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/informe sentencia dictada en el caso "Fontevicchia y D'Amico c. Argentina" por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, de fecha 14/02/2017, Considerando 8.

³⁹ Rey, Sebastián A., "En defensa de la Convención. Una respuesta del Derecho Internacional a los "elogios" recibidos por la sentencia de la Corte Suprema en el caso "Fontevicchia y D'Amico".", LA LEY, 10/07/2017, Cita Online: AR/DOC/1538/2017.

⁴⁰ Corte IDH, caso “García Ibarra y otros vs. Ecuador”. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2015. Serie C, n° 306, párr. 17

⁴¹ Corte IDH, caso “Valencia Hinojosa y otra vs. Ecuador.” Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2016. Serie C, n° 327, párr. 21.

Tal como resulta de la propia Convención y de la jurisprudencia de la Corte IDH, bajo ningún aspecto éste tribunal puede actuar como cuarta instancia. Sin embargo, como se dijo, por la naturaleza de la sentencia en sede regional nos hace pensar que se ha atribuido dicho carácter.

Son varios los puntos para afirmar que la Corte IDH no es un órgano de cuarta instancia, veamos algunos. Como primera medida debemos destacar el carácter supremo de la CSJN consagrado por el artículo 108 de la Constitución Nacional, lo que impide que exista un tribunal superior que pueda revocar sus sentencias. Otro punto es el relativo a los sujetos en el proceso: mientras que el proceso interno hay actor y demandado, en el proceso regional participan la víctima (quien ve afectados sus derechos) y el Estado. Asimismo, el objeto de uno y otro son distintos, como así también el derecho aplicable en cada uno de los casos.

Si bien son varios los argumentos para sostener que la Corte IDH no es una “cuarta instancia” coincido con la intención de la CSJN de querer dejar en claro su carácter supremo y así evitar un menoscabo en su autoridad.

Como se puede apreciar (por lo expuesto en los puntos anteriores) no coincido con el proceder de la Corte nacional pero –como dije- valoro la intención de velar por su institucionalidad y por el respeto que merecen sus decisorios.

Considero que este fallo no debe pasar desapercibido y debe servir de alerta a todos los poderes del Estado para que, desde su lugar, regulen la aplicación de la CADH y en especial la recepción y ejecución de las sentencias de la Corte IDH, ya que temo que el día de mañana sea la intérprete final de nuestro derecho, menoscabando el poder de la CSJN y por consiguiente el de nuestra Constitución Nacional.

IV.c.4) *La esfera de reserva soberana.*

*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* (las negritas me pertenecen). Así reza el artículo 27 de la Constitución Nacional. Ello es lo que los jueces llaman 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 conformidad⁴².

⁴² CSJN, “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/informe sentencia dictada en el caso "Fontevicchia y D'Amico c. Argentina" por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, de fecha 14/02/2017, Considerando 16-18 del voto mayoritario y Considerando 5 del voto del Dr. Rossati.

Cabe preguntarse si dicha norma (el art. 27 CN) le impone un límite a la CSJN a la hora de interpretar los Tratados Internacionales o, como es el caso, las sentencias de los órganos creados por aquellos.

Según mi forma de entender el asunto, dicho artículo no es un límite para nuestro Máximo Tribunal. Si bien entiendo –como ya he dicho- el esfuerzo de la CSJN por “poner un freno” a las atribuciones de la Corte IDH, creo que éste no es el camino.

Por el contrario, y siguiendo el razonamiento de Rey⁴³ y Manili⁴⁴ entiendo que los destinatarios de aquella manda constitucional son justamente los otros dos poderes del Estados: Poder Ejecutivo y Poder Legislativo. Son ellos quienes deben velar por los principios de derecho público al momento de negociar, ratificar y aprobar los Tratados.

Así las cosas, una vez que el Tratado haya pasado por la *doble válvula de seguridad*, la CSJN no tiene más opción de aceptar la competencia de la Corte IDH siempre que ésta actué dentro del marco de sus competencias.

En resumidas cuentas, no considero una *excusa adecuada* la brindada por la CSJN a fin de hacer caso omiso al mandato de la Corte IDH que, como ya he dicho, se encuentra fuera de sus competencias.

V. Reflexiones finales.

Hoy en día, por una cuestión sociológica –entiendo-, los seres humanos tendemos a clasificar las conductas en buenas o malas, a favor o en contra, blanco o negro; en fin, el hombre de hoy continuamente polariza las conductas, los actos, las decisiones de los demás.

Lo que ocurre en el ámbito doctrinario, a propósito del fallo del 14 de febrero de 2017, no es algo que escape al referido patrón de conducta que caracteriza al ciudadano argentino de la segunda década del siglo XXI. Basta observar la bibliografía del presente trabajo para comprender la cantidad de líneas que los autores han dedicado, en apenas un año, a manifestar su postura favorable o su crítica al decisorio de la CSJN.

⁴³ Rey, Sebastián A., "En defensa de la Convención. Una respuesta del Derecho Internacional a los "elogios" recibidos por la sentencia de la Corte Suprema en el caso "Fontevicchia y D'Amico".", LA LEY, 10/07/2017, Cita Online: AR/DOC/1538/2017.

⁴⁴ Manili, Pablo L., "SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS ANTE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. A PROPÓSITO DEL FALLO FONTEVECCHIA", Cita Online: AR/DOC/693/2017, Publicado en: LA LEY 20/03/2017 , 5.

Sería hipócrita negar que, de alguna manera, soy cómplice de lo ante dicho ya que en el presente manifiesto mi posición con relación al ya mencionado fallo de nuestro Máximo Tribunal. Empero, para intentar distinguirme de quienes el día de mañana serán mis colegas y no ser otra víctima del *efecto grieta*, intentaré en las siguientes líneas expresar mi postura rescatando lo positivo y marcando los aspectos que considero desacertados. Todo ello, por supuesto, con el máximo respeto a los Magistrados de la CSJN y a los juristas que he citado a lo largo del presente; y a sabiendas del lector que la opinión nace de un estudiante de Derecho, más no de un jurista experto.

Sin más preámbulo, me enfocaré en la conclusión del trascendente fallo que se analiza en el presente.

Considero pertinente comenzar por responder el gran interrogante que he planteado al analizar las distintas posturas que existen sobre el decisorio de la CSJN. El fallo del 14 de febrero ¿supone un cambio de criterio?

Antes que nada debemos tener en cuenta –y doy por sabido- que hace más de veinte años la CSJN se ha inclinado en sus decisiones por la preeminencia del derecho internacional por sobre el ordenamiento jurídico interno. Dicha postura tiene su génesis –como hemos visto- en el *leading case* Ekmekdjian de 1992 y desde entonces se ha mantenida casi intacta, presentando en ocasiones algunos matices, pero prevaleciendo sobre otros corrientes.

Como podemos observar, la CSJN en el caso de análisis parece cambiar de opinión haciendo prevalecer el derecho interno por sobre el derecho internacional. Si bien –como dije- esto parece ser un cambio de criterio, considero que esto no es así toda vez que en todo momento la CSJN reconoce la competencia de la Corte IDH, reconoce su autoridad pero entiende que ésta se ha excedido en sus atribuciones.

Pienso que los jueces que conforman la mayoría y la concurrencia no han negado ni menoscabado la autoridad jurídica de la Corte IDH, sino por el contrario han reconocido dicha autoridad. Sin embargo, a mi criterio, la finalidad de nuestro Máximo Tribunal no ha sido otra que *poner un freno* al avance del tribunal regional. Ello así porque –como ya he dicho- los jueces han percibido que de aplicar la sentencia de la Corte IDH sin más objeciones, significaría –en palabras del Dr. Santiago- firmar un *cheque en blanco al tribunal regional*.

Yendo un poco más al detalle de los cuestionamientos que he realizado en el análisis del punto anterior, haré algunas apreciaciones.

Por intérprete final entiendo que se refiere a aquel organismo que, en última instancia, tiene el poder de dilucidar determinada cuestión, siendo su decisión irrecurrible ante un organismo diferente.

A la hora de hablar de intérprete final de la CADH, no debemos pasar por alto la potestad que tienen los miembros del Poder Judicial de todos los Estados Parte de realizar el llamado control de convencionalidad. De éste modo, todos los jueces intervinientes son, de alguna manera, intérpretes de la Convención. Dentro de un Estado (veamos el argentino), la interpretación final la realizará aquel órgano que la Constitución designe: en nuestro caso la interpretación final –dentro del Estado– corresponde a la CSJN.

Como vemos según nuestra Constitución la CSJN será la encargada de realizar la interpretación final: ya sea de una ley, de un Tratado o de la propia Constitución Nacional. De allí que la misma es revestida con el carácter de supremo. Ahora bien, dicha supremacía le pertenece a la Corte dentro del ámbito intra-estatal; *puertas para afuera*, es decir, fuera del ámbito nacional son los Tribunales Internacionales a quienes les compete interpretar en última instancia un Tratado Internacional, ello así puesto que lo que está en juego es la responsabilidad del Estado.

Conforme surge de los textos convencionales una cuestión llegará a manos del Tribunal Regional una vez que se hayan agotado los recursos en el ámbito intra-estatal y siempre que se haya menoscabado un derecho consagrado o reconocido por la Convención. En otras palabras, lo antedicho implica que el Estado tuvo –a priori– la posibilidad de impedir la intervención de la Corte IDH. Al no hacerlo, incurre en responsabilidad internacional.

Resulta lógico pensar que el Tribunal creado especialmente por una Convención y destinado a velar por la aplicación y respeto de la misma, sea el encargado de interpretar en última instancia de la propia Convención que le ha dado vida.

No obstante lo expuesto, -reitero- veo con buenos ojos la intención de la CSJN al intentar dejar en claro sus atribuciones y tratando de impedir un avance excesivo del Tribunal regional. Considero, como ya he dicho, que no es el camino correcto el elegido por los jueces que conformaron la mayoría.

Con respecto a la interpretación y alcance del artículo 63 de la CADH, entiendo que la Corte IDH se ha excedido en el uso de sus atribuciones. Sin embargo, una vez más, considero que la CSJN no ha dado su mejor fundamento para hacer caso omiso a la manda del tribunal regional, que de por sí es excesiva e improcedente.

En resumidas cuentas considero que el fallo en análisis va a ser recordado por años por la trascendencia del mismo y por lo controvertido. Sin embargo no lo considero un cambio de criterio, sino más bien un intento de dejar en claro algunas cuestiones controvertidas y, por sobre todo, llamarnos a la reflexión de cómo –en adelante- regular la aplicación de la CADH dentro del Estado argentino, y en especial la recepción y ejecución de las sentencias del tribunal por ella creado.

BIBLIOGRAFÍA.

- Barbosa, Julio (2008), Derecho Internacional Público, segunda edición, Ed. Zavalia, Argentina.
- Ribera Neumann (2016), Relaciones entre el derecho internacional público y el derecho interno en Europa y Sudamérica, Ed. Arandazi, España.
- Gargarella, Roberto. “La autoridad democrática frente a las decisiones de la Corte Interamericana”, Cita Online: AR/DOC/497/2017, Publicado en: LA LEY 23/02/2017 , 3.
- Gelli, María Angélica. “Los alcances de la obligatoriedad de los fallos de la Corte Interamericana y la reivindicación simbólica de la Corte argentina”, Cita Online: AR/DOC/500/2017, Publicado en: LA LEY 23/02/2017 , 5.
- Santiago, Alfonso. “¿Desobediencia debida? ¿Quién tiene la última palabra?”, Cita Online: AR/DOC/493/2017, Publicado en: LA LEY 23/02/2017, 13.
- Sola, Juan Vicente; González Tocci, Lorena; Caminos, Pedro A. “La Corte Suprema y la Corte Interamericana”, Cita Online: AR/DOC/504/2017, Publicado en: LA LEY 23/02/2017, 20.
- Zuppi, Alberto L.; Dellutri, Rodrigo. “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", Cita Online: AR/DOC/505/2017, Publicado en: LA LEY 23/02/2017, 22.
- Palacio de Caeiro, Silvia B. “El cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, Cita Online: AR/DOC/498/2017, Publicado en: LA LEY 08/03/2017 , 6.

- Ibarlucía, Emilio A. “Obligatoriedad de los fallos de la Corte Interamericana y derecho de defensa en juicio”, Cita Online: AR/DOC/681/2017, Publicado en: LA LEY 15/03/2017 , 4.
- Manili, Pablo L. “Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. A propósito del fallo Fontevecchia”, Cita Online: AR/DOC/693/2017, Publicado en: LA LEY 20/03/2017 , 5.
- Catalano, Mariana; Carnota, Walter F. “La Corte Suprema reafirma su rol de tribunal final de las causas”, Cita Online: AR/DOC/684/2017, Publicado en: LA LEY 28/03/2017 , 3.
- A. Regueira, Enrique. “Los límites del control de convencionalidad”, Cita Online: AR/DOC/1069/2017, Publicado en: LA LEY 2017-C. Sup. Adm. 2017 (mayo), 8.
- Donzelli, Belén E. “A propósito del caso "Fontevecchia", ¿Un mal día para el sistema interamericano de derechos humanos?”, Cita Online: AR/DOC/1117/2017, Publicado en: LA LEY 2017-C. Sup. Adm. 2017 (mayo), 8.
- Rey, Sebastián. “En defensa de la Convención. Una respuesta del Derecho Internacional a los “elogios” recibidos por la sentencia de la Corte Suprema en el caso Fontevecchia y D’amico”, Cita Online: AR/DOC/1538/2017, Publicado en: DPyC 2017 (julio), 10/07/2017, 199.

JURISPRUDENCIA

- CSJN, Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/informe sentencia dictada en el caso "Fontevecchia y D'Amico c. Argentina" por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia del 14/02/2017.
- CoIDH Fontevecchia y D’Amico c. Argentina. Sentencia del 29/11/2011.
- CSJN, Ekmekdjian, Miguel A. c. Sofovich, Gerardo y otros. Sentencia del 07/07/1992. (Fallos, 315:1492).
- CSJN, Cafés La Virginia S. A. Sentencia del 13/10/1994 (Fallos, 317:1282).