

Bandieri, Luis María

La Corte Interamericana o de la tentación de la exorbitancia. El caso “Fontevecchia, Jorge; D'Amico, Héctor vs. Argentina”

Forum : Anuario del Centro de Derecho Constitucional N° 5, 2017

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:

Bandieri, L. M. (2017). La Corte Interamericana o de la tentación de la exorbitancia : el caso “Fontevecchia, Jorge; D'Amico, Héctor vs. Argentina” [en línea]. *Forum : Anuario del Centro de Derecho Constitucional*, 5. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/corte-tentacion-exorbitancia-bandieri.pdf> [Fecha de consulta:.....]

LA CORTE INTERAMERICANA O DE LA TENTACIÓN DE LA EXORBITANCIA EL CASO “FONTEVECCHIA, JORGE; D’AMICO, HÉCTOR VS. ARGENTINA”

LUIS MARÍA BANDIERI¹

RESUMEN

La tendencia asumida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a expandir su competencia de control de convencionalidad encuentra un límite en la reserva de soberanía de los Estados.

PALABRAS CLAVE

Corte Interamericana de Derechos Humanos - Control de convencionalidad - Zona de reserva de los Estados - Caso “Fontevicchia” Argentina.

ABSTRACT

The Interamerican Human Rights Court tendency to expand its powers of conventionality compliance review may find its limit in the States sovereignty reservation zone.

1. Abogado(UBA), Doctor en Ciencias Jurídicas(UCA), Profesor Titular Ordinario de Derecho Constitucional y de Derecho Político.(UCA)

KEYWORDS

Interamerican Human Rights Court - Powers of conventionality compliance review - States sovereignty reservation zone - In re "Fontev ecchia" Argentina.

Exorbitarse es salirse de la órbita propia, invadir la de los demás y erigirse por encima de toda relación con aquéllos. Una desmedida –humana, demasiado humana– en que suelen caer individuos e instituciones hasta que, como señalaban los antiguos, el largo brazo de una Némesis vindicativa restaure a contrapelo el equilibrio. La CIDH, de unos años a esta parte, ha incurrido en desmesura, excedido sus límites y promulgado con sus fallos un nuevo pacto que se solapa con la Convención Americana de 1969 ("el Pacto"). El fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en "Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso 'Fontev ecchia y D'Amico vs. Argentina' por la Corte Interamericana de Derechos Humanos - CIDH", del 14 de febrero último, expresa un giro en la tendencia jurisprudencial hasta entonces dominante y planta un freno a la exorbitancia de la CIDH.

El control de convencionalidad por parte de la CIDH, tanto horizontal como vertical², es una creación pretoriana de dicho tribunal en ejercicio de un activismo que la doctrina suele catalogar de "interpretación mutativa por adición"³. El intérprete judicial extiende en esos casos el sentido y alcance de una norma más allá de sus límites textuales e incluso asume competencias propias de los órganos legisferantes.

2. Llamo "horizontal" al que ejerce de modo concentrado la CorteIDH en los casos que arriban a su conocimiento y "vertical", el que exige difusamente de los magistrados y funcionarios locales en sus diversas jerarquías. También suele denominárselos control supranacional o "desde arriba" y control nacional, o "desde abajo", respectivamente.

3. La expresión "interpretación mutativa por adición" pertenece a SAGÜÉS, Néstor Pedro, "El control de convencionalidad en el sistema interamericano y sus anticipos en el ámbito de los derechos económicos-sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo", p. 382, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, www.juridicas.unam.mx.

En nuestro caso, la norma es la Convención Americana de Derechos Humanos (“la Convención”, “el Pacto”) y la CIDH está actuando, respecto de ella, para echar mano de la famosa frase de Woodrow Wilson, como una convención de Estados partes en sesión permanente.

Como señala Sagüés, la doctrina resultante del control vertical de constitucionalidad es “decidida e *impuesta* por la Corte Interamericana, y de *modo directo*, a los jueces nacionales, vale decir, sin intermediarios [...] hecho que perfila a la Corte Interamericana como órgano supranacional”⁴. Añádase a esto que la doctrina sentada en los fallos referidos a un Estado involucrado se considera extensiva *erga omnes* a los demás Estados signatarios de la Convención Americana, ajenos al contencioso donde aquélla fue establecida⁵. Agréguese que la CIDH pretende que los efectos directos de sus pronunciamientos se apliquen sin necesidad de una regulación interna al efecto por parte del país condenado y por sobre sus norma y procedimientos locales. También la CIDH exige que la cosa juzgada pronunciada en los máximos tribunales de los Estados afectados, que contradiga sus decisiones, sea dejada sin efecto. Por fin, el control de convencionalidad vertical obligatorio desde abajo hacia arriba, efectuado teniendo en cuenta el Pacto y su interpretación por la CIDH, constituye a los magistrados y funcionarios locales en agentes de aquel tribunal que, de no ejecutar aun de oficio⁶ el escrutinio de convencionalidad de conformidad con los criterios de su “intérprete último”⁷, incurren en responsabilidades propias y harían incurrir en responsabilidad al Estado que sirven. Nogueira Alcalá señala que este deber de los magistrados locales los convierte en “jueces naturales” de la Convención⁸.

4. Ibídem, p. 384. Las cursivas son del autor.

5. Voto razonado de Eduardo Ferrer Mac-Gregor, en “Cabrera García y Montiel Flores *vs.* México”, noviembre de 2010.

6. Caso “Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) *vs.* Perú”, 24 de noviembre de 2006.

7. Ídem.

8. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “Diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad entre los tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Chile”, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, año XIX, Bogotá, 2013, p. 521.

Más aún, la carga se extiende a los funcionarios de todos los órganos públicos estatales⁹. Todo ello dictado por una CIDH que “no responde ante nadie ni existe ningún organismo que la fiscalice”¹⁰.

Hasta aquí, la enumeración de los elementos configurativos de la desmesura de la CorteIDH.

“CONVENCIONAL COADYUVANTE COMPLEMENTARIA”

Debe recordarse que la protección de los Derechos Humanos por la CorteIDH es de “naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el Derecho Interno de los Estados americanos”, como señala el Preámbulo del Pacto. “Coadyuvar”, según el Diccionario de la Lengua, es “contribuir, asistir o ayudar a la consecución de alguna cosa”. Interrogando más la palabra, resulta de la preposición latina, *cum*, “con” y el verbo *adiuvare*, “ayudar”: el coadyuvante o, mejor, el coadjutor, es el que ayuda a quien tiene por tarea el logro de algo; en el lenguaje eclesiástico, es el que ayuda a un párroco. “Complementar”, por su lado, es añadir algo a una cosa, cualidad o circunstancia para completarla: el que complementa rellena –se origina en el verbo latino, *complere*, “llenar” – algo que ya está. Por eso, la CIDH ha establecido en diversos pronunciamientos que “no tiene el carácter de tribunal de apelación o de casación de los organismos jurisdiccionales de carácter nacional; sólo puede señalar las violaciones de los derechos consagrados en la Convención, pero carece de competencia para subsanar las violaciones en el ámbito interno, lo que corresponde hacer a la Corte Suprema de Justicia”¹¹. Sin embargo, en la “verdad efectiva” de las cosas funciona como una cuarta instancia y corte casatoria, que puede emitir órdenes de invalidar la cosa juzgada establecida por la suprema instancia local. Todo caso en que se haya

9. Caso “Gelman vs. Uruguay”, febrero de 2011.

10. SILVA ABBOTT, Max y CASTALDI, Ligia De Jesús, “¿Se comporta la Corte Interamericana como tribunal internacional? Algunas reflexiones a propósito de la supervisión de cumplimiento del caso ‘Artavia Murillo vs. Costa Rica’”, en *Prudentia Iuris*, n° 82, Buenos Aires, Educa, diciembre de 2016, p. 57.

11. Caso “Genie Lacayo vs. Nicaragua”, 29 de enero de 1997.

planteado una violación de Derechos Humanos y sus garantías –esto es, buena parte de la litigiosidad corriente en los tribunales– puede ser teóricamente objeto de declaración de admisibilidad por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y entrar en área de competencia de la CorteIDH.

LA SUBSIDIARIEDAD Y EL “MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL”

Lo anterior, también, significa desconocer la subsidiariedad que opera como principio estructural implícito pero indispensable en todo sistema de integración escalonado. La Unión Europea la reconoce explícitamente (art. B y art. 3b)¹². El nivel superior sólo intervendrá cuando los objetivos a lograr no puedan ser alcanzados suficientemente en el ámbito local. Allí será, para la CorteIDH, cuestión de “ayuda” y “complemento”, esto es, de *subsidium*, y no de puro y simple *imperium*. La subsidiariedad está unida a la noción de *frónesis*, de prudencia jurídico-política¹³ que, en el ámbito europeo, ha sido volcada en el “margen de apreciación nacional” como criterio hermenéutico, aplicado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)¹⁴. El Tribunal interpreta las disposiciones de la Convención Europea teniendo en cuenta las peculiaridades, condiciones y problemas locales. Como señala María Angélica Benavides Casals¹⁵, “la teoría del margen de apreciación nos indica en definitiva que allí donde no existe un mínimo común europeo para entender de una de-

12. Tratado de la Unión Europea, texto aprobado en Maastricht, 7 de febrero de 1992.

13. Ver MAINO, Carlos Alberto Gabriel, “El control de convencionalidad y las dificultades que ofrecen las interpretaciones de la CIDH”, en *Prudentia Iuris*, n° 81, Buenos Aires, Educa, 2016, p. 44.

14. Si bien la Comisión Europea de Derechos Humanos había puesto en circulación el concepto ya en 1958 (caso “Grecia vs. Reino Unido”), el TEDH inicia la aplicación de la doctrina en “Handyside vs. Reino Unido”, de 1976.

15. BENAVIDES CASALS, María Angélica, “El consenso y el margen de apreciación en la protección de los Derechos Humanos”, *Revista Ius et Praxis*, 15 (1): 295-310, 2009, <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122009000100009> (fecha de consulta: 24-2-2017).

terminada manera el contenido de un derecho, se abre para el Estado un margen de acción que le permite fijar de acuerdo a circunstancias jurídicas, sociales y culturales el contenido y alcance de ciertos derechos". El TEDH reconoce casos en que "estando en contacto directo y permanente con las fuerzas vitales del país, las autoridades nacionales están en principio mejor situadas que la jurisdicción internacional para evaluar las necesidades y el contexto local"¹⁶. A partir de este criterio de apreciación nacional, se estableció que el TEDH no podía pronunciarse sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo, o sobre la determinación científica y jurídica del comienzo de la vida, quedando a cada Estado establecerlo en uno y otro caso¹⁷. El caso más sonado fue "Lautsi", llamado también "Causa de los crucifijos", acerca de si resultaba contraria a la Convención Europea la presencia de crucifijos en las escuelas públicas italianas. En el año 2009, la 2ª sección del Tribunal se había pronunciado por la afirmativa. Reunida la Gran Sala, el 18 de marzo de 2011 reafirmó que dado el carácter subsidiario de sus funciones, no era tribunal constitucional o de cuarta instancia, reduciéndose su papel a juzgar cada caso litigioso en particular, sin pronunciarse en abstracto sobre disposiciones de derecho, en virtud de lo que, teniendo en cuenta el margen de apreciación nacional, declaraba que en la cuestión sometida no se violaba la libertad de conciencia y culto con la presencia del crucifijo en las aulas italianas¹⁸.

Resulta de interés la observación de Benavides Casals sobre la diferencia entre este enfoque europeo y el de la CIDH: "[...] a diferencia del TEDH que ha elaborado la teoría del orden público europeo y de acuerdo con él, entre otros, aplica o no el consenso y el margen de apreciación de los Estados, la Corte (Interamericana), por su parte, **no** ha elaborado una teoría de un orden público propiamente interamericano, tendiendo más bien a la universalidad y a ver un consenso universal apli-

16. Caso "Bucley vs. Reino Unido", 25 de septiembre de 1996.

17. Casos "Cossey vs. Reino Unido", del 27 de septiembre de 1990 y "Vo vs. Francia", del 4 de julio de 2004, respectivamente.

18. Entre la numerosa bibliografía crítica, véase PUPPINCK, Grégor (que intervino ante la Gran Sala), "El caso Lautsi vs. Italia", en *Ius Canonicum*, vol. 52, 2012, pp. 685-734.

cado a su jurisprudencia, al utilizar expresiones tales como el corpus iuris internacional"¹⁹. La CIDH se percibe a sí misma no como un órgano continental sino como un tribunal global. Define, tomando principios del *ius cosmopoliticum*, con el lenguaje de lo jurídico-político correcto del tiempo, doctrinas judiciales dirigidas a aquella *civitas máxima* que recogió Kelsen en su prédica y olvida el más modesto pero imprescindible quehacer de ir concretando un zócalo de orden público para nuestra ecúmene.

MÁS ALLÁ DEL PACTO, MÁS ALLÁ DE LAS CONSTITUCIONES

La extensión a otros Estados no involucrados de los pronunciamientos que sólo pueden alcanzar a uno de los pactantes tiene un valladar infranqueable en el texto convencional. El Pacto dice, en su artículo 68.1, que los Estado partes "se comprometen a cumplir la decisión de la Corte *en todo caso en que sean partes*". A la letra *in claris* la acompaña también la finalidad de la restricción en el alcance de los fallos para llegar a una misma conclusión. Los Estados pactantes no acuden, individualmente convocados, ante un tribunal constitucional de ejercicio concentrado, que extiende *erga omnes* el alcance de sus sentencias, sino ante estrados cuya competencia ellos han fijado estrictamente, para que se decida un caso iniciado sólo contra uno de ellos. La CorteIDH, como vimos, es un órgano "convencional coadyuvante complementario", no destinado a emitir doctrinas generales de Derecho, sino a prestar un *subsidium* a las instancias locales, órganos judiciales primarios y principales, salvo que no les fuera posible a estos últimos pronunciarse o que su pronunciamiento resultase claramente viciado. Entonces, definir *urbi et orbi* que el "momento de la concepción" (Pacto, 4.1) es el de la implantación en el útero materno y no el de la fusión de los gametos masculino y femenino, abriendo así una ventana temporal durante la cual el em-

19. Ídem n. 15. Los destacados son del autor del presente. El fallo donde la CIDH utilizó la expresión citada es "Yaky Axa vs. Paraguay", del 17 de junio de 2005.

brión producto de la fertilización asistida no es sujeto de derecho²⁰, o que los crímenes de lesa humanidad son delitos que en ningún caso pueden ser amnistiados²¹, resultan pronunciamientos dogmáticos, más allá de la continencia de las causas y de la competencia de la CIDH, que manifiestan un cierto apego a la “ayatolización” de muchos de sus integrantes. Esta tendencia ha llevado a la CIDH a *ir diseñando un nuevo pacto sobre el original*, producto de la voluntad de los Estados partes. Este nuevo pacto superpuesto, que tiene por fuente la voluntad de los jueces interamericanos, impone a los antiguos pactantes una limitación de su soberanía mayor que la que originalmente pactaron. Es obvio que un tratado sólo “puede ser enmendado por acuerdo entre las partes” (art. 39, Convención de Viena sobre los Tratados) y que debe ser “interpretado de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin” (ibídem, art. 31), resultando de la misma Convención de Viena citada que todo agregado ulterior debe provenir de acuerdos entre las mismas partes, y sólo de ellos. Por otra parte, el Pacto integra un listado de declaraciones y convenciones del Derecho Posmoderno de los Derechos Humanos que la Constitución argentina enumera en el inciso 22 de su artículo 75, a los que otorga “jerarquía constitucional”, “en las condiciones de su vigencia”. Esta última expresión, de acuerdo con la doctrina, se refiere a cómo ha sido ratificado por el país, con las eventuales reservas que hubieran podido ser formuladas. Pero con la mutación aditiva de la CIDH se han modificado unilateral e ilegítimamente, por voluntad de las mayorías del tribunal y sin intervención de los pactantes, aquellas condiciones originales de su

20. Caso “Artavia Murillo *vs.* Costa Rica”, 28 de noviembre de 2012. Un buen análisis del fallo en MAINO, Carlos Alberto Gabriel, “La eficacia de las sentencias de la CIDH y el caso Artavia Murillo”, en AA. VV., *Eficacia de los Derechos Humanos en el siglo XXI. Un reto por resolver*, coordinadoras: Milagros Otero y María Leoba Castañeda, México, Ed. Porrúa, 2014, pp. 75 y sigs.

21. Caso “Almonacid Arellano y otros *vs.* Chile”, 26 de septiembre de 2006, considerando 114. Ver sobre el tema VÍTOLO, Alfredo M., *La posibilidad de perdonar a los responsables de cometer delitos de lesa humanidad*, Buenos Aires, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Instituto de Política Constitucional, 2009.

vigencia por las cuales el Pacto fue ratificado (Ley N° 23.054 y reservas y declaraciones interpretativas entonces formuladas). Tampoco la obligación de control de convencionalidad por parte de jueces y funcionarios locales, con el deber de inaplicar el Derecho Doméstico en caso de ser contrario al Pacto, o a la interpretación que de *él se haya hecho por la CIDH*, surge de los términos establecidos por los Estados pactantes, por lo que también a este respecto caben las observaciones realizadas más arriba, en otro ejemplo del proceso de recreación pretoriana del acuerdo original.

Como es bien sabido, el control de convencionalidad interamericano fue planteado por vez primera en un voto razonado (fundado) del jurista mexicano, Sergio García Ramírez, de la Corte Interamericana, en el caso “Myrna Mack Chang *vs.* Guatemala”, de noviembre de 2003, propiciando, al modo del control de constitucionalidad, un examen judicial de la compatibilidad entre las normas jurídicas internas y la Convención Americana de Derechos Humanos. El control de convencionalidad obligatorio y aún de oficio se plasma en el fallo de la causa “Almonacid Arellano *vs.* Chile”, sentencia del 26 de septiembre de 2008. En esa tarea, dijo el tribunal, el poder judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que de él ha hecho la Corte, su intérprete última. Ella, pues, tiene –como vimos– una última interpretación directa u horizontal, en ejercicio de un control concentrado, cuando el caso llega a ella; e indirecta o vertical, ejercida difusamente en todos los niveles judiciales anteriores, por un control obligatorio y aún de oficio. Por cierto, la Corte puede encontrar más tarde que esa interpretación ha sido deficiente en alguno de aquellos niveles anteriores. La jurisprudencia resultante, establecida por la Corte como intérprete supremo, rige con eficacia directa en el ámbito de todos los Estados miembros, “con independencia de que derive de un asunto donde no han participado formalmente como parte material”, de acuerdo con el voto razonado de Eduardo Ferrer Mac-Gregor, en “Cabrera García y Montiel Flores *vs.* México”, de noviembre de 2010, a que más arriba nos referimos.

No anduvo errado el juez ad hoc, Figueireda Caldas, en “Gomes Lund *vs.* Brasil” (sentencia del 24 de noviembre de 2010), cuando señaló que “para todos los Estados que libremente adoptaron la Con-

vención, *equivale a una Constitución supranacional atinente a los Derechos Humanos*"²².

De tal modo, se va desplegando la red de un *ius cogens*²³ con pretensión planetaria, concretado a partir de una constelación de principios, valores y reglas universales que se van plasmando a través de declaraciones, tratados, convenios y jurisprudencia internacionales. En esa trama reticular se inscribe la creación pretoriana del control de convencionalidad en nuestro continente y el neotratado que a través de una vigencia aditiva se solapa sobre el Pacto original.

¿Un reflujo de la marea?

El proceso descrito de marcha hacia un orden jurídico supranacional y supraconstitucional, directa e inmediatamente aplicable, obligatorio para todos los órganos y niveles de un Estado, se ha metaforizado como una marea creciente que no puede ser detenida. Sin embargo, hay actualmente un reflujo de esa marea considerada imparable, en el orden de la jurisdicción constitucional, con indudable impacto en la jurisdicción convencional. En síntesis, lo que ocurre es el tránsito de un control "fuerte" de constitucionalidad, a un control "débil". El control "fuerte" asocia la declaración de inconstitucionalidad a la consecuencia de nulidad/apartamiento del orden jurídico de la norma u acto fulminado. En el control "débil", la declaración de inconstitucionalidad está asociada a la de "inaplicación al caso", sin que la invalidación trascienda del caso juzgado, ni enjuicie la ley

22. "Para todos os Estados do continente americano que livremente a adotaram, a Convenção equivale a uma Constituição supranacional atinente a Direitos Humanos. Todos os poderes públicos e esferas nacionais, bem como as respectivas legislações federais, estaduais e municipais de todos os Estados aderentes estão obrigados a respeitá-la e a ela se adequar".

23. El *ius cogens*, norma de Derecho Supranacional imperativo que no admite acuerdo en contrario, debe resultar aceptado y reconocido, de modo indubitable, por la comunidad internacional de Estados. Se observa una proliferación de "iuricogentes" propicios a otorgarle imperatividad a cualquier norma, interpretación, recomendación u opinión emanada de algún organismo internacional.

misma o se pronuncie contra ella. Fue el criterio que durante muchos años rigió en las decisiones de la Corte Suprema argentina y resulta el ejercicio ordinario de la función judicial, de optar entre normas de diferente jerarquía y decidir, en cada caso, el derecho aplicable, *sine strepitu*. Una “atribución moderadora”, como se expresó en la primera sentencia de la Corte Suprema argentina, en que se inaplicó una ley federal, en el año 1886²⁴.

Esos imperativos del control “fuerte”, tanto por la jurisdicción constitucional como por la convencional, armados de un *ius cogens* de geometría variable, se presentaron como instrumentos más adecuados para expandir un derecho destinado a cumplir integralmente, en la posmodernidad, las promesas perdidas de la modernidad. Una “esfera pública mundial” –en expresión de Ferrajoli– presidida por ese derecho e instauradora del vislumbre kantiano de la paz perpetua. La paz a través del derecho global, que prometía Kelsen sobre las ruinas de la posguerra. La realidad es un estado de excepción permanente y una guerra civil asimétrica y difusamente extendida por casi todo el planeta. También, que las nulificaciones de normas y actos fulminadas por las jurisdicciones constitucionales y la convencional de la CIDH han producido, a veces, mayores conflictos que los que querían remediar y más profundas incertidumbres que las previas al decisorio. Para volver, en el caso de la CIDH, a dos fallos referidos más arriba: la reformulación de la noción de “concepción” establecida en el Pacto y la tajante afirmación de que no puede haber amnistías respecto de los delitos de lesa humanidad; resultan afirmaciones absolutas que, en un caso, deniegan la calidad de sujeto de derecho al embrión humano y, en el otro, se coloca como obstáculo insalvable para los acuerdos de paz que pretenden cerrar procesos de enfrentamiento intestino en la ecúmene.

24. “Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires c/ Elortondo”, Fallos: 33:163.

LA “REPARACIÓN BILATERAL DE INCONSTITUCIONALIDAD” Y LA CIDH

Cabe reseñar, en este punto, algunas manifestaciones del reflujo apuntado contra el control “fuerte”. Este tipo de control ha sido llamado “reparación unilateral de inconstitucionalidad” –en lo que sigue, entenderemos incluida en la expresión “inconstitucionalidad” también la “inconveniencia”. Se tiende ahora a una “reparación bilateral”, donde se ejerce un control “débil” o, en algunos casos, el efecto de la sentencia declarativa de la inconstitucionalidad se retrasa varios años, dándole tiempo al legislador para reformar la norma.

El proceso se inicia en la Corte Constitucional italiana²⁵. La libertad hermenéutica que le procuró la doctrina de las sentencias manipulativas provocaba problemas a aquel tribunal en la relación con la magistratura ordinaria y con el Legislativo. A fin de procurar un nuevo equilibrio, surgió la doctrina del *Diritto vivente* y el principio de la interpretación conforme. La Corte, antes que elaborar e imponer su interpretación, debía considerar la interpretación jurisprudencial de la norma adoptada por la magistratura y en especial por el Tribunal de Casación. De tal modo, la libertad hermenéutica de la Corte devenía subsidiaria y cedía su prelación respecto a la interpretación asumida corrientemente por la instancia ordinaria. Más allá fue el Tribunal Constitucional austríaco, que se limitó a detectar el vicio de inconstitucionalidad, mas sin declarar su nulidad, ni la reparación manipulativamente de modo unilateral, fundándose en la

25. Los desarrollos posteriores tienen en cuenta la reseña de la exposición del profesor español, Augusto Martín de la Vega, de la Universidad de Salamanca, sobre “La sentencia intermedia y el control de constitucionalidad”, pronunciada el 5 de abril del mismo año en el Coloquio Internacional “Control de constitucionalidad de las normas”, realizado en la Facultad de Derecho de la UBA, publicada el 1º de junio de 2006 en *Derecho al Día*, año V, n° 87. Mayores desarrollos en la obra del citado MARTÍN DE LA VEGA, Augusto, *La sentencia constitucional en Italia. Tipología y efectos de las sentencias en la jurisdicción constitucional italiana*, Madrid, CFPC, 2010. De fructífera consulta al respecto es la tesis de Edwin Santiago Cocarico Lucas, dirigida por el mismo Martín de la Vega, de septiembre de 2013, con el título *Tipología y efectos de la sentencia constitucional en Bolivia. Estudio comparado desde la experiencia de la jurisprudencia constitucional europea*, fecha de consulta: 28-2-2017, en: http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/124102/1/DDPG_CocaricoLucasEdwingSantiago_Tesis.pdf.

seguridad jurídica, sino que procedía a convocar al legislador y, en su caso, a los tribunales ordinarios, para que fueran estos los que participasen en el restablecimiento de la constitucionalidad –de allí la reparación “bilateral”. También estableció que, en determinados casos, resultaba conveniente dar un margen de tiempo al legislador para llenar el vacío jurídico que provocaría la nulificación de la norma constitucional, por lo que se procedía a diferir por un plazo perentorio la entrada en vigor de la sentencia de inconstitucionalidad, abriéndose una *vacatio* durante la cual el legislador debía solucionar el vicio. Augusto Martín de la Vega, en la disertación referida en nota, advertía sobre que la idea de una Constitución como norma portadora de valores a desenvolver por la jurisprudencia constitucional “está hoy en crisis, como lo está el valor de la Constitución misma por el escepticismo de quienes no ven en ella una garantía efectiva”. De allí, los criterios de la “reparación bilateral”, donde se dé traslado al legislador poniendo a su cargo la alternativa de remediar o no la tacha de inconstitucionalidad.

No puede dejarse de lado en esta reseña el parecer del profesor de Harvard, Mark Tushnet, que contrario, en principio, al *judicial review*, propiciaba un control judicial débil en forma “dialógica” entre la Corte Suprema y el Legislativo, tomando el ejemplo de la *Charter of Rights* canadiense de 1982²⁶.

Llevado a los términos de la jurisprudencia convencional de la CIDH, este reflujo resulta en una necesidad de diálogo con las cortes supremas o tribunales constitucionales locales. Veremos a continuación un reciente fallo de la Corte Suprema argentina que retoma una orientación en el sentido indicado.

26. “Weak courts, strong rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law”, Princeton University Press, pp. 18-42. TUSHNET, Mark, “Democracy vs. judicial review, is it time to amend?”, propuso una enmienda a la Constitución norteamericana que estableciese: “[...] salvo autorización del Congreso, ninguna corte federal de los EE. UU. o de cualquiera de los Estados tendrá el poder de revisar la constitucionalidad de las leyes dictadas por el Congreso o por cualquiera de las legislaturas estatales”.

EL CASO “FONTEVECCHIA, JORGE; D’AMICO, HÉCTOR VS. ARGENTINA”

El ex presidente argentino, Carlos Saúl Menem, no había reconocido públicamente a un hijo natural, Carlos Nair, producto de una relación habida durante la detención que sufriera, en tiempos del último gobierno de facto, en una cárcel del interior del país. Ejerciendo la presidencia, una revista investigó el hecho y armó una serie de notas en las que contaba que el entonces gobernante tenía un hijo e incluso consiguió una foto que llevó a tapa. Carlos Menem los demandó planteando que la revista había violado su derecho a la intimidad. En 1997 un juez de primera instancia en lo civil rechazó la demanda interpuesta por Carlos Menem. La sentencia fue apelada y, en 1998, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal revirtió la decisión y condenó a la Editorial Perfil y a Jorge Fontevecchia y Hector D’Amico a pagar la suma de \$150.000, en tiempos de la convertibilidad 1\$ = 1 usd. Los demandados interpusieron un recurso extraordinario federal. En el año 2001, la Corte Suprema confirmó la sentencia recurrida aunque modificó el monto indemnizatorio y lo redujo a la suma de \$60.000. Sobre esta base, el caso, a instancias de los condenados, escaló a la Comisión Interamericana y luego accedió a la CIDH, con la carátula “Fontevecchia y D’Amico”, que eran, respectivamente, propietario y director de la revista del caso. La CIDH concluyó que la revelación de la revista estaba justificada por tratarse Menem de una figura pública política, que la condena civil había sido un cercenamiento a la libertad de expresión, y se condenó al Estado Argentino. Para cumplir esa condena, el Estado debía hacer tres cosas:

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 a los periodistas las sumas reconocidas en dicho fallo (devolverles el dinero que habían pagado por la condena, más los gastos que tuvieron que hacer por el juicio).

Estando cumplido el punto *b* y el punto *c* “en vías de cumplimiento”, el Ministerio de Relaciones Exteriores pide a la Corte Suprema el cumplimiento de *a* –cosa a que la Corte no hace lugar, según fallo del 14 de febrero de 2017.

La mayoría del tribunal (ministros Rosenkrantz, Highton y Lorenzetti) señala que las sentencias de la CIDH dictadas en procesos contenciosos contra el Estado Argentino son, en principio, de cumplimiento obligatorio, siempre que lo decidido por el tribunal continental esté “dentro del marco de sus potestades remediales”. Si la CIDH no es una cuarta instancia ni un tribunal casatorio de revisión, su competencia se centra en señalar las eventuales violaciones a los derechos consagrados en la Convención, que hayan perjudicado al afectado, “pero carece de competencia para subsanar dichas violaciones en el ámbito del Derecho Interno”, atento su carácter subsidiario coadyuvante complementario. La Corte Suprema hace mérito en este punto del “margen de apreciación nacional” desarrollado por el TEDH, doctrina que nunca tuvo el favor jurisprudencial de la CIDH. Señala, en consecuencia, que “dejar sin efecto”, esto es, revocar su propio fallo en la causa de Carlos Menem, iría más allá de las obligaciones asumidas convencionalmente por el Estado Argentino al ingresar al Pacto. La revocación haría de la CIDH una real “cuarta instancia”, que operaría además en dos causas diferentes, ya que fueron distintas las partes y prueba en la demanda civil de Carlos Menem y las que llegan a los estrados interamericanos. El mecanismo restitutivo que pretende la CIDH no se encuentra contemplado en el Pacto. El artículo 63.1 del Pacto no contempla que se deje sin efecto una sentencia dictada en sede nacional. Pero además, de acuerdo con el artículo 27 de la Constitución argentina, los tratados deben estar “en conformidad con los principios del Derecho Público establecidos en esta Constitución”. “El constituyente ha consagrado en el artículo 27 una esfera de reserva soberana”. Entre aquellos principios de Derecho Público está el carácter supremo de la Corte, del que se vería privado de cumplir lo ordenado por la CIDH y “sustituirlo por un tribunal internacional”, en transgresión a la Constitución. El ministro Rosatti votó con la mayoría por sus propios fundamentos, que coinciden con los anteriores, y agrega, en primer lugar, “que no es posible hacer prevalecer automáticamente, sin escrutinio alguno, el Derecho Internacional [...] sobre el Derecho

Nacional” y, en segundo lugar, que debe existir un contexto de “diálogo jurisprudencial que procure mantener la convergencia decisional entre los órganos con competencias para dirimir conflictos”, reconociendo a la CIDH como último intérprete del Pacto y a la Corte Suprema, como último intérprete de la Constitución.

El ministro disidente, Maqueda, votó por dejar sin efecto los fallos en la causa de Carlos Menem e invocó al respecto la jurisprudencia anterior del alto tribunal, donde se hizo prevalecer el Derecho Internacional sobre el Nacional (causas “Espósito”, “Derecho”, “Carranza Latrubesse” y “Mohamed *vs.* Argentina”), siendo que *pacta sunt servanda* y que no hay razones de orden interno que puedan oponerse al cumplimiento de las obligaciones asumidas en los tratados, conforme la Convención de Viena.

El fallo, como se ve, revierte una orientación jurisprudencial anterior, restablece la esfera de reserva de soberanía derivada del artículo 27 de la Constitución, que venía siendo silenciada, salvo alguna disidencia, en la jurisprudencia citada por el ministro Maqueda; adopta la doctrina del margen de apreciación nacional y propicia, en el voto del ministro Rosatti, un diálogo jurídico de pares entre la suprema instancia interamericana y la suprema instancia argentina. Un ejemplo del reflujo que más arriba se señaló, que seguramente habrá de tener en el futuro nuevas manifestaciones.