

**EL PAPEL DEL SISTEMA JURÍDICO
INTERAMERICANO EN EL ORDENAMIENTO
CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA
ARGENTINA**

**Reflexiones a partir del caso de la Corte Suprema
“Fontevecchia” de 2017**

*Comunicación del académico correspondiente
Renato Rabbi-Baldi Cabanillas,
en la sesión privada de la Academia Nacional de Ciencias
Morales y Políticas, el 26 de julio de 2017*

EL PAPEL DEL SISTEMA JURÍDICO INTERAMERICANO EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA

Reflexiones a partir del caso de la Corte Suprema “Fontevecchia” de 2017

Por el académico correspondiente

DR. RENATO RABBI-BALDI CABANILLAS

I. Introducción

La decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, CSJN) “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/informe sentencia dictada en el caso ‘Fontevecchia y D’ Amico vs. Argentina” (popularmente conocida como “Caso Fontevecchia”) del 14 de febrero del presente año (2017) constituye un hito en el complejo debate en torno de la función y la jerarquía del sistema interamericano de protección de derechos humanos (y de su tribunal interpretativo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos –en lo sucesivo, CIDH-) en el contexto de los

ordenamientos jurídicos de los países miembros de dicho sistema (y de sus respectivos máximos tribunales). Como es obvio, la gravitación de esta sentencia concierne exclusivamente a la República Argentina, por lo que el propósito de estas líneas reside en explorar si aquella es conforme tanto con el sistema interamericano, como con el constitucional de ese país.

El estudio se organiza como sigue: un análisis de la estructura y lógica interna de la resolución que, a mi juicio, responde favorablemente a dichos interrogantes (II); sobre tales bases, de seguido efectuó un examen de la compatibilidad de la respuesta de la CSJN, de un lado, con sus propios antecedentes y con los fundamentos tenidos en cuenta por el constituyente histórico respecto del status y la función de los tratados internacionales en el ámbito de la Constitución Nacional y, de otro, con los principios básicos del derecho internacional público; con los criterios liminares que emanan de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, CADH) y con el grueso de la interpretación de la CIDH en relación con este aspecto (bien que se dejan a salvo algunos votos particulares), todo lo cual aspira a sentar las bases de una relación virtuosa entre ambos sistemas con provecho del único destinatario de sus afanes: la persona humana (III). Por último, unas conclusiones, cierran el trabajo (IV).

Este caso tiene su origen mediato en el pronunciamiento de la CSJN por el que, en 2001, confirmó la resolución de la anterior instancia que había hecho lugar a la demanda por daños y perjuicios promovida por un ex presidente de la Nación contra un medio de prensa con sustento en que la difusión de ciertas notas vinculadas con la presunta existencia de un hijo no reconocido lesionaron su derecho constitucional a la intimidad. Sometido el asunto por aquel medio al sistema interamericano, en 2011 la CIDH declaró que el Estado argentino había violado el derecho a la libertad de expresión por lo que -en cuanto interesa al pronunciamiento de la CSJN que aquí se examinará-, ordenó “dejar sin efecto la condena civil impuesta” a los actores¹. Frente a ello, la

¹ La CIDH, además de lo dicho, ordenó publicar, por una sola vez, un resumen oficial de su sentencia en el Diario Oficial y en uno de amplia circulación nacional y el fallo completo en la página de la CSJN, y reintegrar las sumas reconocidas en la sentencia del Alto Tribunal y las correspondientes a

CSJN recibe un oficio de la Cancillería argentina mediante el que requiere que “cumpla en lo que corresponda y de conformidad con su competencia” (consid. 4º del voto de mayoría) dicha sentencia.

II. Análisis de la lógica argumentativa del fallo

Pues bien; en la resolución bajo examen, la CSJN indaga si la orden dada por la CIDH respecto de “dejar sin efecto la condena” oportunamente impuesta a los entonces demandados, primero, “ha sido dictada dentro del marco de atribuciones previsto por la Convención Americana de Derechos Humanos” (en adelante, CADH) y, segundo, si “puede ser cumplida por esta Corte a la luz del ordenamiento constitucional nacional” (consid. 7 del voto de mayoría [en lo sucesivo este voto se identifica por la mera referencia al considerando que se cita]. Cfr también consid. 4º, *in fine* del voto concurrente). Se trata de preguntas de la mayor relevancia, en tanto aluden a planteamientos que superan, con largueza, lo meramente procedimental para internarse en el ámbito del diseño convencional y constitucional de ambos ordenamientos. Las respuestas que brinda la CSJN son negativas. Detallaré, esquemáticamente, bien que con imprescindibles consideraciones a otros fallos e ideas que fui desplegando en algunos trabajos previos², los argumentos que las avalan y en el orden en que fueron formulados.

las reparaciones admitidas en su decisión. Cfr CIDH, “Caso Fontevecchia y D’ Amico vs. Argentina”, sent. del 29/11/11 (Fondo, reparaciones y costas), Serie C, n° 238, VIII, “Puntos resolutivos”. Con posterioridad, el 1/9/15 y el 22/11/16 la CIDH dictó dos resoluciones concernientes a “Supervisión de cumplimiento de sentencia” por las que da cuenta que, en cuanto al objeto de este papel interesa, la Argentina no había cumplimentado la encomienda de “dejar sin efecto la condena impuesta” a Fontevecchia y D’ Amico.

²Cfr mis estudios “Eficacia de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, frente a las decisiones internacionales”, *XXVII Congreso Nacional de Derecho Procesal. Una sentencia cumplida es un derecho escuchado*, RubinzalCulzoni Editores, 2013, Santa Fe, pp. 245-257 y, en coautoría con Eugenia Fléming Cánepa, “La El caso “Artavia Murillo vs. Costa Rica” de la CIDH: las técnicas de fertilización asistida; el estatuto del embrión y sus efectos en el derecho interno”, en Palacio de Caeiro, Silvia, “Tratado de Derechos Humanos y su influencia en el derecho argentino”, La Ley, Buenos Aires, 2015, t. I, cap. XI, pp. 551-595, y, más ampliamente, “La sentencia de la CADH en el caso Artavia Murillo: su influencia en el derecho argentino”, en “Revista de Derecho Privado y Comunitario. Nueva Serie”, 2015-3, RubinzalCulzoni Editores, Santa Fe, pp. 87-146.

A. Sobre las facultades de la CIDH en el ámbito de la CADH

1. *Argumento gramatical*. En primer lugar, la CSJN se plantea el significado de “dejar sin efecto”. Acude (argumento “gramatical”) a la “primera acepción (...) en el Diccionario de la Real Academia Española” y responde que es “sinónimo de revocar”. Sobre tales bases, formula su tesis: la CIDH no puede obrar de ese modo pues ello “implicaría transformar a dicho tribunal (...) en una ‘cuarta instancia’ revisora de las sentencias dictadas por esta Corte en clara violación de los principios estructurales del sistema interamericano y en exceso de las obligaciones convencionalmente asumidas por el Estado argentino al ingresar a dicho sistema” (consid. 11).

2. *Argumento conceptual*³. De acuerdo con dichos principios estructurales, y con cita de la propia CIDH y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, dicha Corte no “...revisa o anula decisiones jurisdiccionales estatales sino que (...) es subsidiaria, coadyuvante y complementaria” (consid. 8°. Cfr también consid. 9° y 7° del concurrente). La CIDH no puede, entonces, “recurr[ir] a un mecanismo restitutivo” (consid. 12) y si bien, en ocasiones, así lo ha dispuesto, “ha reconocido explícitamente que en muchos casos tal remedio es improcedente”, señalando “que ‘puede haber casos en que la *in integrum restitutio* no sea posible, suficiente o adecuada”, por lo que “‘de esta manera (...) debe ser interpretado el art. 63.1 de la Convención Americana’” (consid. 15, con cita de precedentes de la CIDH);

3. *Argumento de la letra de la ley*. Se trata, dice la CSJN, de un “análisis de fundamental importancia” puesto que “la letra de los tratados”, tal y como surge del art. 31 de la Convención de Viena sobre esa materia, “determina los límites de la competencia remedial de los tribunales internacionales” (consid. 12). Así, tras

³Sigo en la calificación y clasificación de los argumentos, un tanto libremente, las enseñanzas de Giovanni Tarello y de Robert Alexy en sus célebres obras, respectivamente, *Interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano, 1980 y *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989; segunda edición corregida y ampliada por Carlos Bernal Pulido, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.

transcribir el art. 63.1 del Pacto, concluye categóricamente que “el tenor literal de la norma no contempla la posibilidad de que la Corte Interamericana disponga que se deje sin efecto una sentencia dictada en sede nacional” (consid. 13);

4. *Argumento de la voluntad del convencional americano.* También con referencia al art. 32 de la citada Convención de Viena, la CSJN señala, de manera igualmente enfática, que el “mecanismo restitutivo no fue siquiera considerado en los trabajos preparatorios de la Convención Americana” (consid. 14);

5. *Argumento de la manifestación de voluntad del Estado argentino al sistema interamericano.* Lógica consecuencia del señalado sentido del sistema interamericano –y de la correlativa función de su CIDH- es la manera cómo ingresó la República Argentina a dicho sistema. La CSJN, al respecto, expresa sin subterfugios que la obligatoriedad de las sentencias de la CIDH “alcanza únicamente a las sentencias dictadas por el tribunal internacional dentro del marco de sus potestades remediales”, por lo que “es con ese alcance que el Estado argentino se ha obligado internacionalmente a acatar las decisiones de la Corte interamericana” (consid. 6°; arg. consid. 4° *in fine* y 7, *in fine* del voto concurrente).

6. *Argumento procedimental.* Para la CSJN, y retomando el primer argumento, “una instancia judicial superior supone la capacidad de revisar las decisiones del inferior y, en su caso, dejarlas sin efecto”, lo cual no es posible respecto de la CIDH pues el proceso en el que interviene “no reconoce continuidad con el desarrollado por esta Corte, al ser diferentes sus elementos fundamentales, tales como las partes y las pruebas” (consid. 11). Este dato es decisivo y sobre él se había reparado en el consid. 3° (“en sede internacional (...) *solo* intervinieron las presuntas víctimas y los representantes de nuestro país y se ponderaron las pruebas allí ofrecidas”) y en el consid. 5° cuando refiere que se dio *vio vista* al ex presidente Menem de lo requerido por el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, quien respondió “que no ha sido parte en el juicio internacional, cuyo pronunciamiento recayó *condenando al Estado Argentino*, por lo que nada tiene que

expresar al respecto” (el énfasis de las citas se ha añadido)⁴. En efecto; como no hay una continuidad en el proceso; como son distintas sus partes (en sede interamericana está la víctima o el demandante pero no el victimario o el demandado, sino el Estado Nacional); como son diversas las pruebas, no existe, en puridad, una cuarta instancia que eventualmente pueda revocar la decisión de la anterior. El procedimiento interamericano es, desde este punto de vista, diverso del procedimiento europeo que permite –desde la implementación del Protocolo n° 11 de 1998- el *standing* de la víctima o de quien mantiene un agravio contra la decisión de la última instancia de cada uno de los países miembros.

7. *Argumento del derecho comparado.* Para la Corte, “esta comprensión del rol de los tribunales internacionales de derechos humanos como actores subsidiarios ha sido, además, enfáticamente abrazada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos con sus doctrinas del margen de apreciación nacional” (consid. 10, con cita de diversos precedentes de esa Corte. Cfr también, consid. 5°, 2° párr. del voto concurrente). Esta doctrina alude a que en determinadas cuestiones que hacen a aspectos esenciales de la escala de valores de cada nación, éstas conservan un “margen de apreciación” propio y especial sin que resulte alcanzado por el estándar establecido por dicho Tribunal: existe, entonces, una

⁴Este dato ya había sido puesto de relieve por el Tribunal en el precedente “Cantos” (Fallos: 326:2968, sent. del 21/8/93) a través de los votos tanto mayoritarios (jueces Fayt y Moliné O’ Connor, consids. 3° y 4° y Vázquez, consids. 7° y 8°; no así en el voto de los jueces Petracchi y López), como del minoritario del juez Boggiano, consid. 6° (no merece una consideración crítica en el de Maqueda, consids. 8° y 11) y constituyó, en los votos de mayoría recién mencionados, la razón que condujo a rechazar el pedido de cumplimiento de la sentencia de la CIDH que había formulado el Procurador del Tesoro de la Nación por considerar que la reducción de honorarios de los profesionales ordenada en aquella no podía efectivizarse dada la ausencia de representación de éstos en dicho tribunal. Y este factor vuelve al centro de la escena en la causa “Espósito” (Fallos: 327:5668, sent. del 23/12/04), voto de los jueces Petracchi y Zaffaroni, consids. 10, 12, 14 y esp. 15 y 16; Fayt, consids. 9° y 10 y Highton, consids. 6° y 10; y en el caso “Derecho” (Fallos: 334:1504, sent. del 29/11/11), de modo expreso en el voto disidente de los jueces Fayt y Argibay, consid. 8° y de forma implícita en la remisión que la mayoría realiza a los votos de los jueces Petracchi; Zaffaroni y Highton en la causa “Espósito”. En ambos precedentes, en cuanto aquí interesa, se discutió dejar sin efecto la prescripción declarada en sede nacional ante la condena en el ámbito interamericano al Estado argentino, al que se le había ordenado reabrir las respectivas causas. Se consideró, al respecto, que ello cercenaba los derechos constitucionales y convencionales de quienes no pudieron hacer oír sus razones en el ámbito de la CIDH. A mi juicio, estos votos (y otros que fueron emergiendo con posterioridad) preanuncian el sentido de la sentencia bajo comentario. Sobre dicho carácter anticipatorio, cfr el primero de mis estudios citados en la nota 2. En cuanto a la gestación de la doctrina “Fontevecchia” a través del complejo abanico de votos mayoritarios; disidentes y de jueces que hasta ese momento no se habían pronunciado sobre el particular, preparo en la actualidad un estudio que da cuenta de dicho proceso.

esfera de soberanía indelegable por parte de dichos estados⁵. Desde esta perspectiva, pienso que el argumento se emparenta con el alcance del art. 27 de la Constitución y, por tanto, con la línea de razonamiento que se estructura en torno de la segunda cuestión que se examina de seguido.

B. Sobre las facultades de la CIDH en el ámbito de la Constitución Nacional

En efecto; ésta última plantea si la revocación ordenada por la CIDH es compatible con nuestro diseño constitucional. La respuesta es igualmente negativa con sustento, a mi juicio, en seis consideraciones:

1. *Argumento de la primacía constitucional.* Denomino de este modo a un dato de evidencia: “esta Corte no puede desconocer que la CADH fue incorporada con jerarquía constitucional a nuestro orden jurídico” (consid. 5º, voto del juez Rosatti). Es que el Pacto de San José de Costa Rica -como los restantes instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos consagrados por el art. 75, inc. 22 en la reforma de 1994-, fueron incorporados *a la Constitución*, esto es, ni ostentan rango supraconstitucional (como fue postulado por alguna doctrina en el marco de dicho proceso de reforma); es decir, no son *más* que la Constitución ni, tampoco, *menos* que ella. Son parte de la Constitución y, por tanto, sus normas están sujetas a la aplicación e interpretación de los tribunales y, en última instancia, a su “intérprete final” que, conforme constante jurisprudencia del Alto Tribunal, es éste último⁶;

⁵ Sobre esta doctrina, cfr, entre una amplia bibliografía, las sugerentes consideraciones de Colombo Murúa, Ignacio, “Un fallo que invita a reflexionar sobre los alcances de los fallos de la CIDH”, *Suplemento La Ley Constitucional*, Buenos Aires, septiembre 2013, 6, esp. pp. 67/68. Cfr, asimismo, a partir de las consideraciones de la CIDH, Gallo, Orlando Juan, “El margen de apreciación nacional y la realidad iberoamericana”, *El Derecho*, Buenos Aires, diario del 16/6/2016, pp. 4-7.

⁶Cfr, entre muchos otros, el señero precedente “Benjamín Calvete” del 18/10/1864, Fallos: 1:340. Para una glosa de este aspecto, cfr, entre otros, Vigo, Rodolfo Luis, *Interpretación constitucional*, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1993, esp. pp. 115-116.

2. *Argumento de la coherencia.* El constituyente de 1994, como lo ha recordado una también constante jurisprudencia⁷, efectuó un “juicio constituyente” el que consiste en que las disposiciones de dichos instrumentos no “deroga[n] artículo alguno de la primera parte de la Constitución Nacional” (consid. 5° del voto concurrente y 19 del voto de mayoría). La Ley Fundamental se entiende como un todo dotado de un sentido coherente, de modo que ninguna de sus disposiciones se oponen entre sí, en tanto responden a una unidad conceptual constituida, precisamente, por el contenido de los derechos constitucionales históricamente receptados en las convenciones de 1853/1860, los que fueron “actualizados” por la Convención de 1994 a través de la recepción de los citados instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos⁸.

3. *Argumento de los principios de derecho público constitucional.* Dentro de los artículos de la primera parte de la Ley Fundamental destaca el 27 según el cual los tratados que suscriba la Nación deben ser contestes “con los principios de derecho público establecidos en [la] Constitución”. La Corte es enfática: “El constituyente ha consagrado en el art. 27 una esfera de reserva

⁷Cfr en cuanto concierne a los decisivos momentos inmediatamente posteriores a la incorporación con rango constitucional de los tratados de derechos humanos, causa “Monges” (Fallos: Fallos: 319:3148, sent. del 26/12/96. Esta interpretación fue reiterada, prácticamente a la letra, un día después, por los jueces Nazareno y MolinéO’Connor en la causa “Chocobar” (Fallos: 319:3241, sent. del 27/12/96, consids. 12 y 13; por éste último y el juez Boggiano en la causa “Petric” (Fallos: 321:885, sent. del 16/04/98, consids. 9° y 5°, respect.; por el juez Boggiano en su pronunciamiento en “Suárez Mason, Carlos s/homicidio” (Fallos: 321:2031, sent. del 13/8/98, consid. 17 y por los jueces Nazareno, MolinéO’Connor, Boggiano, López y Vázquez en “Cancela, Omar J. c/Artear S.A.I. y otros” (Fallos: 321:2637, sent. del 29/9/98). En contra, los jueces Belluscio y, anteriormente, MolinéO’Connor, pues ambos habían expresado la necesidad, más allá del rango constitucional o no de los tratados, de llevar el referido examen o test de compatibilidad (Cfr “ConesaMones Ruiz, Horacio c/Diario Pregón”, (Fallos: 319:459, sent. del 23/4/96, consid. 5°).

⁸ Esa es, a mi ver, la conclusión que emerge de una lectura armónica de los arts. 7 y 3, inc. “e” de la ley de reforma de la Constitución n° 27.798 que preveían, respectivamente, la prohibición de modificar la parte dogmática de la Ley Fundamental y la necesidad de “actualizar” las facultades del Congreso Nacional. Sobre dicha interpretación, así como acerca de la continuidad de sentido de los derechos fundamentales que asumen los instrumentos constitucionalizados en el art. 75, inc. 22 respecto de los cristalizados en la primera parte de nuestra Constitución federal, cfr mi reseña a la obra de Rodolfo C. Barra, “La protección constitucional del derecho a la vida”, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1995, en *Anuario de Derecho, Universidad Austral*, Buenos Aires, 4, 1998, esp. p. 299, y más ampliamente, mi estudio “La Corte Suprema en el origen y el desarrollo de la constitucionalización de los tratados sobre derechos humanos”, *El Derecho*, Buenos Aires, 10/12/98, esp. p. 20. Cfr, en igual sentido, la intervención de la convencional Carrió al tratarse el tema en la Asamblea Constituyente de 1994 (*Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, Ministerio de Justicia de la Nación/La Ley, Buenos Aires, 1995, t. IV, p. 4130).

soberana, delimitada” por dichos principios, “a los cuales los tratados internacionales deben ajustarse y con los cuales deben guardar conformidad” (consid. 16). Para el juez Rosatti, dicha “reserva soberana”⁹ se extiende “con mayor razón aun” a “la interpretación que de tales tratados se realice” (consid. 5º, 2º párr.)¹⁰. En definitiva, si un instrumento internacional no supera el test que surge de dichos principios no podrá ingresar al ordenamiento jurídico a título de norma supra legal y, mucho menos, a título de Constitución, como lo ha reconocido una constante jurisprudencia de la CSJN, con anterioridad y con posterioridad a que, desde el precedente “Ekmekdjian” estableciera la supralegalidad de los tratados¹¹. Lo expuesto es una derivación del “argumento de la primacía constitucional” y, en el caso de la CADH, como se dijo en la letra precedente, su compatibilidad con la Constitución (*no a la inversa*) es consecuencia del juicio constituyente que estableció que sus normas no derogan artículo

⁹ El mencionado magistrado asocia la idea de “reserva soberana” al “margen de apreciación nacional” originado, como se anticipó, en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. A mi juicio, ésta última noción, de genuina impronta interregional, actúa como una cláusula de auto limitación (de “selfrestraint” si se piensa en la tradición de la Corte norteamericana) de las normas internacionales respecto de las nacionales. Por el contrario, la idea de una “reserva soberana” mienta lo opuesto: se trata, si cabe la expresión, de ese “mínimo indisponible” de contenidos fundamentales que se explicitan en sede nacional y de conformidad con los cuales se debe interpretar los documentos internacionales. Considero que semejante a mi perspectiva es la de Andrés Gil Domínguez en su estudio “Estado constitucional y convencional de derecho y derecho de convencionalidad”, *La Ley*, Buenos Aires, diario del 3/4/17, p. 2 bien que, desde la lógica crítica al fallo “Fontevicchia” de este autor, las consecuencias que extraemos de dicha proposición resultan contradictorias.

¹⁰ Aquí se está haciendo referencia a la denominada “res interpretata” (la “cosa interpretada”) a la que aluden ciertos votos de algunas sentencias de la CIDH para indicar que no solo resultan obligatorias las decisiones de ese tribunal cuando un estado es parte en un asunto, sino, también, las interpretaciones que aquel realiza en toda decisión, de donde aquellas vienen a gravitar sobre todos los estados, hayan o no sido parte en una contienda (validez “erga omnes” de tales interpretaciones). Cfr al respecto, *infra* nota 37. Se trata de una de las afirmaciones más controversiales de la CIDH por su dudosa compatibilidad con las normas de la CADH en las que ese tribunal basa su competencia y, en cuanto concierne al sistema argentino, por su clara confrontación (salvo supuestos puntuales en algunas provincias y en la CABA) con su doctrina constitucional de que las decisiones judiciales se refieren exclusivamente a casos concretos. Acaso en esa auto comprensión de la CIDH está la base de la reacción de cierto sector de la doctrina y de la jurisprudencia sobre el alcance del sistema interamericano y, a mi juicio, es en esa lógica en la que cabría ubicar la referida proposición del juez Rosatti: no solo las normas de los tratados se someten al test de constitucionalidad del art. 27, sino, *a fortiori*, la interpretación que de aquellas hagan sus órganos natos. Me he ocupado más ampliamente de esta cuestión en el tercer estudio mencionado en la nota 2. Cfr, asimismo, *infra* III, C, 2.

¹¹ La causa “Ekmekdjian, Miguel A. c/Sofovich, Gerardo”, Fallos: 315:1492 es del 7 de julio de 1992. La doctrina referida en el cuerpo es palpable, entre otros casos previos a este precedente, en “Washington Julio Efrain Cabrera v. Comisión Técnica Mixta de Salto Grande”, Fallos: 305:2150, sent. del 5/12/83 e, inmediatamente después de dictado aquél, en los precedentes que se mencionarán *infra* III, B, 2.

alguno de la parte “dogmática”, es decir, que es conforme con los principios públicos constitucionales a que refiere el art. 27.

4. *Argumento de autoridad.* La doctrina de los autores confirma la semántica y el sentido de dicha norma. La CSJN menciona a R. Sáenz Peña; Luis M. Drago y C. Rodríguez Larreta quienes en 1907 plantearon en la Conferencia de Paz de La Haya que los tratados de arbitraje obligatorios no incluyan “las cuestiones que afectaban a la Constitución de cada país”. Todavía más contundente es Joaquín V. González para quien, dos años después, “un tratado no puede alterar la supremacía de la Constitución Nacional; cambiar la forma de gobierno (...); restringir los derechos civiles, políticos y sociales reconocidos por la Constitución (...) En cuanto la Constitución Nacional sea lo que es, el art. 27 tiene para la Nación significado singular en el derecho internacional. La regla invariable de conducta, el respeto a la integridad moral y política de las Naciones contratantes” (consid. 18, voto de mayoría. Cfr también consid. 5º, 3º párr., voto del juez Rosatti).

5. *Argumento de la supremacía de la CSJN.* Pues bien, uno de esos principios de derecho público constitucional es “sin duda alguna”, el “carácter de esta Corte como órgano supremo y cabeza del Poder Judicial, conforme surge del art. 108 de la Constitución Nacional” (consid. 17, voto de mayoría). Se trata de un principio “inconmovible” (consid. cit.) o, como escribe el juez Rosatti, de un “elemento constitutivo” de tales principios (consid. 6º). Sobre tales bases, “revocar la sentencia firme dictada por este Tribunal implica privarlo de su carácter de órgano supremo del Poder Judicial argentino y sustituirlo por un tribunal internacional, en clara transgresión a los arts. 27 y 108 de la Constitución Nacional” (consid. 17)¹². Tal vez literariamente menos confrontativo –pero de

¹² Esta tesis fue defendida enfáticamente por el juez Fayt en el citado precedente “Espósito”, consid. 10 y, más tarde, retomada con mayor desarrollo en el erudito dictamen del Procurador General de la Nación en la causa “Acosta, Jorge Eduardo”, Fallos: 335:533, sent. del 8/5/12 (ap. V), constituyendo, asimismo, uno de los diez argumentos de la Cámara Federal de Apelaciones de Salta en la conocida causa “LOA c/Swiss Medical s/amparo, sent. del 8/7/13” (consid. 2. A), en la que, entre otras cuestiones, se rechazó la alegada obligatoriedad de lo resuelto por la CIDH en el caso “Artavia Murillo c/ Costa Rica”, pretensión mediante la cual se buscaba implementar la vinculación *erga omnes* de esa decisión relativa a la materia de fertilización asistida. En contra de la tesis asumida en el cuerpo y en esta nota, cfr Gullco, Hernán, “Corte Suprema vs. Corte Interamericana: quien tiene la

similares efectos- el juez Rosatti llama a interpretar la revocación ordenada por la CIDH “de manera armónica con el ejercicio de la máxima potestad jurisdiccional estatuida en el sistema republicano sostenido por el ordenamiento constitucional argentino”, imponiéndose la respuesta negativa pues, de otro modo, la CIDH emergería, como se anticipó, como “una instancia ‘revisora’ o ‘casatoria’ de decisiones jurisdiccionales estatales” (consid. 7º)¹³.

6. *Argumento del “diálogo jurisprudencial”*. Bajo esta noción el juez Rosatti aboga en favor de una “convergencia decisional” que reconozca “a la CIDH como último intérprete de la CADH (art. 62.1 y 3 CADH) y a la Corte Suprema de Justicia de la Nación como último intérprete de la Constitución Nacional Argentina (arts. 116 y 117 de la CN)”, de donde sí es posible concretar las medidas reparatorias ordenadas por la CIDH más no la revocación formal del decisorio nacional aquí discutido.

Si bien se ha enaltecido esta idea de “diálogo jurisprudencial”¹⁴, la cual es ciertamente estimulante si bajo ésta noción se asume una genuina apertura a los planteamientos y puntos de vista de ambos tribunales en pos de la cabal defensa de los derechos fundamentales –que, como se anticipó, es su meta común-, empero, la “convergencia decisional” que aquí se plantea no tiene otro alcance que enfatizar la jurisdicción específica de cada tribunal, de resultas de lo cual, y en tanto que intérprete último de la Constitución, *la Corte argentina es, en los hechos, el intérprete final de la CADH en tanto ésta es una norma más (en*

última palabra”, *La Ley*, Buenos Aires, diario del 27/4/17, p. 6 y nota 8. En sintonía con ella, cfr, entre otros, Gelli, María Angélica, “Los alcances de la obligatoriedad de los fallos de la Corte Interamericana y la reivindicación simbólica de la Corte argentina”, *La Ley*, Buenos Aires, diario del 23/2/17, esp. ap. VI, y Catalano, Mariana/Carnota, Walter F., “La Corte Suprema reafirma su rol de tribunal final de las causas”, *La Ley*, Buenos Aires, diario del 28/3/17, esp. ap. VI.

¹³ En contra de esta proposición, Palacio de Caeiro, Silvia B., “El cumplimiento de las sentencias de la Corte Ineramericana de Derechos Humanos”, *La Ley*, Buenos Aires, diario del 8/3/17, pp. 6-11. Si bien concuerda con la afirmación de la CSJN, Pablo Manili, en un sugerente planteamiento, parece concluir en sentido coincidente con Palacio de Caeiro, si se tiene en cuenta que, a su juicio, “las decisiones de la CSJN no pueden ser ‘revisadas’ por los órganos internacionales de derechos humanos pero sí pueden ser ‘juzgadas’ por ellos” por lo que “si el tribunal internacional decide que esa sentencia violó el derecho internacional, debe así declararlo y el Estado argentino (sus tres poderes) debe ‘hacer cesar sus efectos’ sin que ello implique la ‘revocación’ formal del fallo” (“Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. A propósito del caso ‘Fontevicchia’”, *La Ley*, Buenos Aires, diario del 20/3/17, pp. 7 y 8).

¹⁴ Así, Gargarella, Roberto, en su trabajo “La autoridad democrática frente a las decisiones de la Corte Interamericana”, *La Ley*, Buenos Aires, diario del 23/2/17, p. 3.

rigor, un conjunto de normas) de esa Constitución. Lo contrario, conduciría a una suerte de competencia bifronte y distante: la CIDH sería la última palabra de un segmento de la Constitución Nacional (la CADH), respecto de la cual a la Corte Suprema no le cabe ningún pronunciamiento, ciñendo su tarea al “resto” de la Constitución¹⁵.

Dicho razonamiento, además, contradice el papel de intérprete final de las normas constitucionales (de todas, no de algunas) por parte de la CSJN, como cabeza y órgano de “cierre” de la administración de justicia del país, sino que confronta con la estructura de nuestra Constitución (al plantear la quiebra de la Ley Fundamental en tantas competencias como tribunales u órganos internacionales intérpretes de convenios que integran nuestra Constitución existan, respecto de los cuales aquellos –de manera estanca sin tampoco reconocer un superior común- emiten su veredicto final). Y, en fin, también contradice la referida semántica del art. 75, inc. 22, y la voluntad con la que ésta norma fue inserta por parte de los constituyentes en 1994, pues en ningún lugar del debate ocurrido entonces siquiera fue insinuada la referida tesis de una competencia bifronte respecto de la interpretación última de nuestra Ley Suprema¹⁶ (ni podía serlo, pues como afirma el citado Dictamen del Procurador en la causa “Acosta”, ello hubiera implicado modificar los arts. 108 y 116 cuando la ley 24.309 que declaró la necesidad de la reforma constitucional, no atribuyó a la Convención (...) competencia para modificar las normas de la Constitución relativas al régimen de organización y atribuciones del Poder Judicial de la Nación” (cfr el citado Apartado V, (b), séptimo párrafo).

¹⁵ Y, como dice Gullco en el artículo citado en la nota 12, lo mismo cabe decir respecto de los instrumentos internacionales que poseen no ya tribunales jurisdiccionales, sino órganos de interpretación y de seguimiento, tal el caso, v. gr., del Comité de Derechos Humanos de la ONU, en los términos del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

¹⁶Cfr al respecto el debate habido sobre el tema en la Convención Nacional Constituyente, nota 8, a partir de las intervenciones de los convencionales Barra; Quiroga Lavié; Carrió, Maqueda y Hernández, respectivamente, pp. 4132; 4134; 4135; 4136; 4139 y 4145.

III.

A. La obligatoriedad “en principio” de las decisiones de la CIDH

Como se anticipó, tengo para mí que la decisión de la CSJN aquí glosada es consistente tanto con el cabal sentido del sistema interamericano, cuanto con el ordenamiento jurídico constitucional de la República Argentina. Los argumentos que estructuran la sentencia, si bien son de dos órdenes (convencionales y constitucionales) están íntimamente ligados entre sí, aun cuando, en última instancia, dependen de los últimos por cuanto la Argentina solo pudo obligarse en el sistema interamericano en los términos de su Constitución y el límite a ello viene dado por el art. 27 de ésta¹⁷.

Pues bien, acaso en ese conocimiento (y en las parejas relevantes consecuencias que, de suyo, aquel entraña) estribe la *prima facie* desconcertante expresión que se lee en “Fontevicchia” de que, con sustento en lo dispuesto por el art. 68.1 de la CADH, “se encuentra fuera de discusión que las sentencias de la Corte Interamericana, dictadas en procesos contenciosos contra el Estado argentino son, *en principio*, de cumplimiento obligatorio para éste” (consid. 6º, voto de la mayoría) y que ya había sido anticipado en la causa “Espósito” por los votos de los jueces Petracchi y Zaffaroni (consid. 6º), de un lado, y Highton (consid. 6º), de otro, a cuyo considerando “Fontevicchia” expresamente remite.

Varias –y relevantes- son las consecuencias que cabe extraer de este párrafo.

La primera es que la sujeción del Estado Nacional a las sentencias de la CIDH lo es respecto de los casos en que aquél es parte (“procesos contenciosos contra el Estado argentino”), es decir

¹⁷ Gil Dominguez en su trabajo mencionado en la nota 9, p. 1, señala, en relación con el alcance de esta norma que “se refería a los tratados de paz y de comercio propios de la época: paz en cuanto antítesis de guerra y comercio en la más pura acepción de compraventa de mercaderías”. Se trata de una exégesis restrictiva que no consulta la noción de “tratados” explicitada por los convencionales de 1853 y 1860, conforme se verá *infra* III, B, 3y que claramente da cuenta –como se observa al tratar aquellos el tema de la esclavitud- que incluye, además de los acuerdos de “paz” y “comercio” (por lo demás ciertamente vinculados a la garantía de derechos fundamentales), los concernientes a instrumentos protectorios de los derechos humanos de las personas, al punto de que, si ello no ocurriera, no merecían la calificación de tales.

(argumento *a contrario*), las decisiones de la CIDH carecen de efecto “erga omnes”. La expresa referencia al art. 68.1, cuya semántica es categórica (“Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte *en todo caso en que sean partes*”) (el énfasis se ha añadido), fortalece lo expuesto.

La segunda es que dicha obligatoriedad lo es “en principio”¹⁸. ¿Qué quiere decirse bajo este matiz? Si las decisiones de la CIDH en que un Estado es parte resultan de “cumplimiento obligatorio para el Estado argentino”, entonces también deberían serlo para la CSJN que integra aquél. De lo contrario, se caería en la paradoja de que el Estado Nacional es bi o trifronte, es decir, tiene dos o más cabezas (una versión modernamente ampliada de Jano), de donde la Cancillería, esto es, el Poder Ejecutivo Nacional, es responsable en la esfera internacional pero la administración de justicia no. Indudablemente ese razonamiento –que la CSJN sostuvo expresamente en numerosos precedentes¹⁹–, desde el citado precedente “Ekmekdjian v. Sofovich” no es ya de recibo²⁰. Si el Estado es uno, una es la responsabilidad internacional y todos sus órganos están compelidos a cumplir las mandas que se le impongan. No cabe, pues, desde esa lógica, una obligatoriedad “en principio” o “prima facie”.

Y, sin embargo, la semántica de ese consid. 6 –de apenas tres renglones– parece contradecir dicha lógica en las dos frases aquí examinadas, al obligar –coherentemente– al Estado argentino a cumplir lo decidido por la CIDH y al sujetar a un condicional (“en principio”) dicho cumplimiento a la cabeza de uno de sus poderes (la CSJN). Pues bien, considero que la contradicción queda salvada si se pondera que la CSJN sabía que, con sustento en el cabal sentido de los sistemas interamericano y constitucional argentino,

¹⁸ Como señalé en el primer trabajo mencionado en la nota 2, todavía cabría considerar que ni siquiera con sustento en las razones semánticas que emergen de la primera parte de dicho art. 68.1 (“...se comprometen a cumplir con...”) las decisiones de la CIDH resultan obligatorias. El empleo del potencial es adrede por cuanto no creo que dicho análisis conduzca al cabal sentido de la norma. Por el contrario, tengo para mí que el “compromiso” a cumplir la resolución en que el país es parte le permite a éste evaluar si aquella es conteste con los “principios de derecho público constitucional” del ordenamiento jurídico nacional, en línea, como se verá más abajo, con el contenido del art. 29 de la CADH y, en parte, con la propia jurisprudencia de la CIDH. Cfr sobre ambos tópicos *infra* III, C, 1 y 2.

¹⁹Cfr, entre otros, Fallos: 208:84; 271:7 o 257:99.

²⁰ Sobre la evolución de este proceso, cfr mi estudio citado en la nota 8, p. 17.

otra podía ser la respuesta, lo que recién obtiene una *explicitación* neta –consecuencia de un suficiente *consenso*- en el caso bajo examen.

Antes de ocuparme de lo que considero la “explicitación” de las razones que explicarían el matiz “en principio”, diré dos palabras respecto del “consenso”. Parece claro que éste se obtiene a raíz del reciente ingreso al Tribunal de dos jueces (Rosatti y Rosenkrantz, quienes tienen en esta causa su primera participación sobre la materia bajo examen), a lo que se suma el voto de los ministros Highton y Lorenzetti.

En relación con estos últimos, podría decirse –desde la perspectiva de una teoría de la argumentación robusta, tal y como se reclama por parte de la doctrina contemporánea más reconocida (pienso especialmente en trabajos como el ya citado de Alexy)- que su posición adolecería de una suficiente justificación respecto de anteriores intervenciones (la primera en los precedentes “Espósito”; “Derecho” y “Mohamed” y el segundo en éste último). Pero también cabe argumentar lo contrario si se concluye, respecto de Highton, que en “Fontevecchia” *desplegaría* las razones que estaban, *in nuce*, en su expresión “en principio” en el precedente “Espósito” (en el que los jueces Zaffaroni y Petracchi, de un lado, y Fayt, de otro habían clara y extensamente señalado las objeciones convencionales y constitucionales que acarrearía el cumplimiento de la sentencia de la CIDH) y, en relación con Lorenzetti, quien, si bien integraba el Alto Tribunal, no intervino en dichos precedentes (en los que la CSJN arribó a soluciones opuestas a “Fontevecchia”) y que, si bien suscribió, con Highton, la resolución “Mohamed”, puede considerarse que no se trataba de una sentencia en sentido estricto, sino de la mera orden al tribunal a quo de que reconstruya el expediente judicial en el que la CIDH ordenó que debía garantizarse la doble instancia y fecho, que se designe una nueva sala para que se proceda a la revisión de la sentencia dictada por aquella²¹.

²¹Cfr CSJN, “Expediente Administrativo n° 4499/2013”, Resolución 477/15 del 25/3/15, dictada a raíz de la sentencia CIDH “Caso Mohamed vs. Argentina”, sent. del 23/11/12. Como anticipé en la nota 4, he desarrollado más extensamente esta tesis en el primer estudio citado en la nota 2. En lo esencial, sugiero que al cabo de los mentados precedentes, las mayorías y minorías en la Corte no

Frente a dichos cuatro votos, “Fontev ecchia” se completa con el *dictum* del juez Maqueda, cuya postura –la obligación de cumplimiento de las sentencias de la CIDH de conformidad con el art. 68.1 sin ningún condicionamiento- permaneció inalterada desde su intervención en la causa “Cantos”, con la única (y relevante) salvedad que lo que a partir de “Espósito” pareció emerger como criterio mayoritario, ahora devino en lo contrario.

Vuelvo ahora sobre lo primero. Si, como anticipé, las cosas pueden ser de otro modo, ello es debido a que (a) si las normas y decisiones jurisprudenciales del derecho internacional contradicen o cercenan las normas de derecho público constitucional, entonces, las primeras carecen de validez en nuestro sistema y, por cierto, (b) si las normas y decisiones jurisprudenciales del derecho internacional fueran insuficientes comparadas con las nacionales, entonces pueden reemplazarse por las más generosas –desde el punto de vista de los derechos fundamentales- del ámbito interno.

A mi juicio, esta afirmación no supone ninguna contradicción con, de un lado, los principios del derecho internacional público; y, de otro, con las normas convencionales americanas y -bien que con las precisiones que se señalarán-, con la interpretación de ellas por parte de la CIDH. Veamos ambos puntos.

B. La primacía del art. 27 de la Constitución Nacional y su compatibilidad con las normas de derecho internacional público

1. El tema a partir del examen de las normas constitucionales e internacionales aplicables

eran claras en rededor de este tema en razón (a) de que no todos los ministros habían emitido opinión (v. gr. no se conocía el punto de vista de Lorenzetti); (b) de la expresa incomodidad evidenciada por dos de ellos (Zaffaroni y Petracchi) y la implícita que podría derivarse de la expresión “en principio” de la jueza Highton; (c) de la salida de dos jueces (Belluscio y Boggiano) y (d) de la incorporación de la jueza Argibay luego de resuelta la causa “Espósito” y de adherirse a la postura del juez Fayt. De ahí que la posición *prima facie* mayoritaria, en rigor, solo estaba nítidamente representada por el ministro Maqueda que es lo que, en definitiva, vino a explicitarse sin subterfugio en la causa “Fontev ecchia”.

En cuanto a lo primero –el derecho internacional público- si bien el art. 27 del Convención de Viena sobre el derecho de los tratados expresa que ningún Estado parte podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado, es claro que dicha disposición no es la única del sistema, sino que actúa coordinadamente con las demás, resultando al respecto aplicables los conocidos principios interpretativos de que deben considerarse el contexto y los fines del documento, así como una exégesis de buena fe de sus disposiciones (cfr. art. 31 de dicha Convención).

En esa línea, no cabe ignorar el art. 53, el que dispone que “Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”. Para el derecho internacional público, pues, ninguna disposición de un tratado puede violentar una norma de *iuscogens* las que, de tal modo, siempre “derrotan” a cualquiera que se le oponga. De ahí que el art. 46 de dicho documento prescribe la nulidad de un tratado celebrado por un país que “afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno”²².

Ahora bien: conviene reparar que semejante es la respuesta que sobre tan sensible tema brinda el ordenamiento jurídico nacional, con la obvia anterioridad temporal de esta última: en efecto, considero que el art. 53 es, para la Convención de Viena, lo que nuestro art. 27 y, más concretamente, el *iuscogens* que aquél prevé se emparenta con nuestro 118 (ex art. 102), en tanto reconoce la existencia del *iusgentium*, esto es, del derecho natural (o, si se prefiere y como decía Francisco de Vitoria, “derivación del derecho

²²Cfr en este sentido la opinión de Barberis y de Verdross-Simma, mencionadas por el voto del juez Boggiano en el precedente “Cafés La Virginia”, Fallos: 317:1282, consid. 25.

natural”²³) con sustento en el cual reivindica, también anticipatoriamente, lo que hoy se conoce como jurisdicción universal: “...pero cuando se cometa [el delito] fuera de los límites de la Nación, contra el Derecho de Gentes, el Congreso determinará por una ley especial el lugar en que se haya de seguirse el juicio”. Y, del mismo modo, el art. 46 de la citada Convención se correspondería también con nuestro 27 de forma que ningún texto convencional contrario a los principios de derecho público establecidos en esta Constitución (o, si se prefiere, a “una norma de importancia fundamental de su derecho interno”) derrota a aquellos, sino exactamente a la inversa: el art. 27 los sujeta a su contenido “inconmovible”, como se lee en el consid. 17 del voto de mayoría; en definitiva, dicha norma constriñe al test de constitucionalidad a todas las convenciones²⁴.

2. La cuestión a la luz de los precedentes de la CSJN

Ahora bien: conviene reparar que esta elemental hermenéutica constitucional que el caso bajo examen presenta con particular esmero es una constante de la jurisprudencia de la CSJN y ha estado presente especialmente en los decisivos momentos en que, a partir del citado precedente “Ekmekdjian”, se consideró que los tratados ostentan jerarquía suprallegal.

²³Francisco de Vitoria, *Relectio de Indis*, «Corpus Hispanorum de Pace», CSIC, Madrid, 1989, p. 99. Como es sabido, el *ius gentium* fue definido por Gayo como “aquello que la razón natural estableció entre todos los hombres (*inter omnes homines*)” (cfr *Instituciones*, I, 2, 1). A su turno, Vitoria “internacionaliza” la noción al modificarla sutilmente: “se llama derecho de gentes lo que la razón natural estableció entre todas las gentes (*inter omnes gentes*), con lo que se extiende a todas las naciones. Me he ocupado sobre este aspecto en mi estudio “Francisco de Vitoria en el origen de la modernidad”, *Publicaciones del Instituto de Estudios Iberoamericanos*, Buenos Aires, vol. XI, año 17, pp. 87-114. En cualquier caso, la base del derecho de gentes lo constituye la “razón natural”. Se está, pues, ante una idea de carácter universal, anterior y, ciertamente, superior a cualquier ordenamiento positivo. Es anterior porque acompaña al hombre desde que éste se configura tal y como hoy lo conocemos y es superior porque si dichos ordenamientos desconocieran o cercenaran tales principios básicos que hacen al reconocimiento de los derechos fundamentales de las personas, resultarían inválidos, más allá de su vigencia histórica, en tanto entrañarían una “injusticia extrema”. Me he ocupado de esta cuestión en varios lugares. Remito, entre otros, a *Teoría del Derecho*, Ábaco, Buenos Aires, 2016, *passim*.

²⁴Cfr en este mismo sentido el claro y categórico análisis que ya había puesto de relieve el Alto Tribunal (y el dictamen precedente del Procurador General de la Nación) en el precedente “Washington Cabrera”, Fallos: 305:2150, tal y como se anticipó en la nota 11.

En relación con dicho espacio temporal, me permito aquí mencionar, tal y como lo anticipé más arriba y lo puse de relieve en otro lugar²⁵, que la CSJN a los pocos meses de emitir el citado caso precisó que la “prioridad de rango” del derecho internacional sobre el interno que “integra el ordenamiento jurídico interno” con sustento en lo dispuesto en el art. 27 de la Convención de Viena no podía interpretarse de modo lato, por lo que dicha prioridad no alcanzaba a la Constitución. Así, en su voto en la causa “Servini de Cubría” el juez Boggiano expresó (consid. 12) que de conformidad con lo establecido por el art. 27 de la Carta Magna, los tratados internacionales deben estar conformes a los principios de derecho público establecidos en la Constitución Nacional, añadiendo que la norma “se refiere a los principios, no a las normas o disposiciones constitucionales específicas, de modo que los tratados han de guardar armonía con aquellos principios constitucionales básicos, sin los cuales la propia constitución se desvirtuaría”²⁶.

Y, menos de un año después, una consolidada mayoría de seis jueces (Barra, Belluscio, Cavagna Martínez, Nazareno, Levene y Moliné O’ Connor) en la causa “Fibracá Constructora S.C.A.” señaló que la “necesaria aplicación del art. 27 de la Convención de Viena impone a los órganos del Estado argentino –una vez asegurados los principios de derecho público constitucional– asignar primacía a los tratados ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria” (consid. 3º; énfasis añadido)²⁷.

De igual modo, al poco tiempo, en el importante precedente “Cafés la Virginia”, el ya mencionado voto concurrente del juez Boggiano (consid. 25) consideró que la primacía que establece el art. 27 de la Convención de Viena lo es “sin perjuicio, claro está, de la supremacía constitucional, asegurada, en general, por su tipología rígida (art. 30 Constitución Nacional) y respecto de los tratados por el art. 27 de la Constitución Nacional”, que manda resguardar los principios de derecho público constitucional que “también se hallarían asegurados por la propia Convención de Viena, en cuanto establece en su art. 46 la nulidad de un tratado

²⁵Cfr mi trabajo citado en la nota 8, pp. 17-18.

²⁶Fallos: 315:1943, sent. del 8/9/92.

²⁷Fallos: 316:1669, sent. del 7/7/93.

celebrado por un país en violación manifiesta de una norma de importancia fundamental de su derecho interno” y por “el art. 53 de la Convención” que “tutela de un modo mediato dichos principios al establecer la nulidad de todo tratado que se oponga a una norma imperativa de derecho internacional general (“iuscogens”), aclarando que se entiende por tal aquella que es aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario”²⁸.

3. *El asunto en las convenciones constituyentes de 1853 y 1860*

Por cierto, esta doctrina no es sino la cabal aplicación de la genuina voluntad del constituyente de 1853 y de 1860. En efecto, al tratarse el art. 31 en la primera de las convenciones citadas, el diputado Ferré expresó que “estaría conforme con su redacción si a la palabra *tratados* se acompañaba la de *legales*, es decir, conforme a las leyes, porque podía citar un tratado que no lo había sido” (énfasis en el original). Ante ello, el Diputado Zavalía contestó que “los tratados que no eran legales no eran tratados, no merecían este nombre”, luego de lo cual el artículo fue sometido a votación y aprobado por mayoría²⁹.

Dicho de otro modo, en la inteligencia de los padres fundadores resultó determinante que los tratados no fueran “ilegales”, esto es, y para seguir la semántica de la norma bajo estudio, que no fueran contrarios a los principios constitucionales, en cuyo caso, sencillamente, no eran tenidos por tales.

Y esta idea se reiteró en 1860 al tratarse la célebre adición al art. 15 según la cual los esclavos que “de cualquier modo se introduzcan, quedan libres por el solo hecho de pisar el territorio de la República”³⁰, ante la eventualidad de un tratado que podría haberse firmado en sentido contrario por el gobierno de Paraná. Al

²⁸ Fallos: 317:1282, sent. del 13/10/94.

²⁹ Ravignani, Emilio, *Asambleas Constituyentes Argentinas*, Instituto de Investigaciones Históricas, Buenos Aires, 1937, t. IV, p. 516.

³⁰ Sobre el origen; sentido y peripecia de esta norma, cfr mi estudio “La Asamblea del Año XIII y el camino del fin de la esclavitud”, *La Ley*, 2014-A, página 698, sección doctrina.

respecto, el diputado Esteves Saguí hizo mérito del art. 27, remarcando que “quiere decir que un tratado de esos no puede menos de respetar el artículo constitucional”³¹, con lo que vino a concordar con las intervenciones previas de los diputados Elizalde, Mármol y Vélez Sársfield quienes consideraron que “un tratado es ley suprema en cuanto no se oponga a la constitución”³². Para concluir que “cuando la constitución sostiene un principio tan absoluto [como el que no hay esclavos en la nación argentina] impide que puedan hacerse tratados (...) que sean no solo contrarios a ese principio absoluto sino contrarios al art. 27 de la Constitución. Cuando se quiere pasar por sobre todos los principios, son inútiles todas las leyes. Por consecuencia, en el art. 27 están salvos completamente todos los principios que se han indicado”³³.

C. Primacía de los principios de derecho público constitucional y su compatibilidad con la CADH y(en general) con las interpretaciones de la CIDH

1. En relación con la CADH

La señalada primacía constitucional tampoco contradice las disposiciones de la CADH porque el art. 29 es categórico cuando dispone que “Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de (...) “b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno”.

Dicho en otros términos: si otra convención o una norma de derecho interno (constitucional o infra constitucional) resguarda de

³¹Ravignani, nota 28, p. 832.

³²Ibid., p. 830. La cita se corresponde a la opinión formulada por el Diputado Elizalde.

³³Ibid., p. 834.

modo todavía más pleno los derechos de las personas a como lo hace la CADH, corresponderá –por imperio de la propia CADH– aplicar aquellas disposiciones y no éstas.

Lo expuesto ha sido realizado por la CSJN –dando expresa cuenta de esta norma-, v. gr., en el precedente “Gottschau”, en el que se discutió si una persona nacida en la República Federal de Alemania podía acceder a un concurso de Secretaria de Juzgado en los tribunales de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, advirtiendo el Alto Tribunal –en contra de la argumentación del a quo- que no eran de aplicación al caso disposiciones convencionales que establecían distingos entre nacionales y extranjeros cuando la Constitución Argentina no los reconocía.

Sobre el particular, la argumentación de la CSJN es contundente: “Debe señalarse, sin embargo, que esas normas [las convencionales citadas que autorizan tales distingos] deben interpretarse en consonancia con otros preceptos fundamentales. Así, por ejemplo, el art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional, que dispone que los tratados de rango constitucional “...no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”. Y el art. 29, inc. b de la ya citada Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), que establece que ninguna disposición de esa Convención puede ser interpretada en el sentido de “limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes” (en sentido análogo el art. 5.2 del precitado Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos)”. De ahí que, se concluye, “resulta de las normas citadas en el párrafo que antecede, que *los tratados internacionales pueden sólo mejorar la tutela de los derechos, no empeorarla. Es decir, aquéllos no pueden entenderse como restrictivos de los derechos constitucionales existentes, en el ordenamiento interno, al momento de su sanción*. Por tanto, si los extranjeros, en su carácter de habitantes de la Nación, están, en principio, habilitados para el empleo público (...) no puede acudirse a los tratados para limitar ese derecho. Para usar los términos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,

no puede pretextarse que el tratado no reconoce al derecho o lo hace ‘en menor medida’” (consid. 10)³⁴.

2. En relación con las interpretaciones CIDH

De igual modo, la señalada primacía constitucional tampoco ha sido confrontada por la interpretación jurisprudencial de la CIDH bien que aquí corresponde efectuar algunas salvedades, cuanto menos de lo que surge de algunos votos individuales de jueces de ese Tribunal. Me detendré en lo que sigue en el examen de la debatida obligatoriedad de la interpretación realizada por la CIDH a las normas de la CADH aun en supuestos en que los estados no intervinieron en un caso contencioso ante aquel órgano.

Ejemplifico mi proposición a partir de la famosa resolución “Gelman v. Uruguay” de 2013, resolución dictada a raíz de lo que la CIDH entiende como incumplimiento parcial de su sentencia, en la misma causa, del 24/2/11³⁵. El voto de mayoría distingue al respecto según que “la Sentencia ha sido dictada en un caso en el cual el Estado *ha sido parte o no*. Lo anterior debido a que a que la *norma convencional interpretada y aplicada adquiere distinta vinculación dependiendo si el Estado fue parte material o no en el proceso internacional*” (párag. 67, énfasis añadido). Así, “en relación con la primera manifestación cuando existe una sentencia internacional dictada con carácter de cosa juzgada respecto de un Estado que ha sido parte en el caso sometido a la jurisdicción de la Corte Interamericana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, también *están sometidos al tratado y a la sentencia de este Tribunal...*” (párag. 68, énfasis añadido)³⁶. Por el contrario, “en situaciones y casos en que el Estado concernido no ha sido parte en el proceso internacional en que fue establecida determinada jurisprudencia,

³⁴ CSJN, causa Gottschau, Evelyn Patrizia c/Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo”, Fallos: 329:2986, sent. del 8/8/06 (el énfasis no corresponde al original).

³⁵ CIDH, caso “Gelman vs. Uruguay”, Supervisión de cumplimiento de sentencia del 20/3/13.

³⁶ Acaso todavía más claro es el voto concurrente del juez Ferrer Mac Gregor: “Cuando existe una sentencia interamericana que involucra la responsabilidad internacional de un Estado en concreto, se produce una eficacia vinculante directa, completa y absoluta por parte de las autoridades nacionales de cumplir en sus términos con el fallo, incluyendo las *rationes decidendi*” (parág. 69).

por el solo hecho de ser Parte en la Convención Americana, todas sus autoridades públicas (...) deben ejercer, *en el marco de sus respectivas competencias* (...) un control de convencionalidad tanto en la emisión y aplicación de normas (...) *teniendo en cuenta* el propio tratado y, *según corresponda*, los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana” (parág. 69).

La mayoría, pues, distingue con precisión según que un Estado haya o no sido parte de una contienda. En el primer supuesto, resulta vinculado a la resolución en los términos del art. 68.1 y ello se extiende a la “cosa interpretada”. Dejando a salvo el condicional “en principio” que incorpora la jurisprudencia de la CSJN en los términos del art. 27 de nuestra Constitución (y que, obviamente, la CIDH no admitirá), con la cita transcripta estimo que no se está en un campo de tensión entre ambos sistemas, ya que una decisión de la CIDH dictada en una causa en la que un país es parte, como regla, vincula a ese país tanto en su parte resolutive, cuanto en sus considerandos, pues, como tiene dicho constante jurisprudencia de la CSJN, las sentencias constituyen una unidad lógico jurídica de donde no deben existir incompatibilidades entre sus fundamentos y lo que se resuelve³⁷. En este horizonte, y salvados los principios de derecho público constitucional, no existe inconveniente para que la resolución y los fundamentos de la CIDH sean vinculantes para la República Argentina en un caso en el que es parte.

Sin embargo, la cuestión es completamente diversa en los supuestos en que los estados no son parte en los casos contenciosos resueltos por la CIDH, pues, como surge del voto mayoritario, en dichas circunstancias, los estados deben “tener en cuenta” el tratado y “según corresponda”, la jurisprudencia convencional. Nada hay, pues, en este contexto, que indique que la “cosa interpretada” tenga efectos “erga omnes”. Antes bien, de lo transcripto no creo encontrar rastros que permitan arribar a una conclusión diversa que la que dimana de los principios que informan nuestro sistema constitucional, si se pondera que el párrafo es cauteloso en cuanto a que el control de convencionalidad que reclama de las autoridades

³⁷Cfr, entre otras, Fallos: 304:590; 307:143; 313:475, sus citas y muchos otros.

públicas no puede verificarse de cualquier manera, sino, como se ha enfatizado más arriba, resguardando las competencias propias de cada órgano y sus procedimientos específicos, lo cual, en lo concerniente a la administración de justicia de nuestro sistema, entraña que no ha de efectuarse sino en el marco de los casos contenciosos sometidos a sus estrados. Asimismo, el *dictum* es categórico en cuanto a que la jurisprudencia interamericana no es vinculante fuera de esos casos contenciosos, ya que, como se transcribió, solo debe “tenerse en cuenta” en cada caso y “según corresponda”.

De igual modo, tampoco altera la precedente conclusión que este voto, en la nota 49, perteneciente al citado párag. 69, aluda a la Resolución 1226 del 29/9/2000 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa relativa a la ejecución de sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En ella, la Asamblea hace referencia al “principio de solidaridad” y considera que ello “implica que la jurisprudencia de” esa Corte “forma parte de Convención extendiendo así la la fuerza legalmente vinculante de la Convención *erga omnes (a todas las otras Partes)*” (énfasis añadido). Y añade: “Esto significa que los Estados Parte no sólo deben ejecutar las sentencias de la Corte pronunciadas en casos en que son parte, sino también *deben tomar en consideración* las posibles implicaciones que las sentencias pronunciadas en otros casos puedan tener en sus propios ordenamientos jurídicos y prácticas legales” (énfasis añadido).

En mi opinión, “tomar en consideración” (*take into consideration*, según la versión inglesa también citada por la CIDH) no supone que la jurisprudencia tenga efectos “*erga omnes*”, esto es, que posea una fuerza vinculante “a todas las *otras Partes*” del sistema que no participaron del caso en cuestión, a menos que se esté ante una completa desvirtuación del significado de “*erga omnes*”. “Tomar en consideración”, en efecto, mienta “tener en cuenta”; “traer a examen”; “no omitir” y, desde esa lógica, en cuanto concierne al tema bajo estudio, solo entraña que los órganos estatales deben considerar la jurisprudencia por la CIDH en su actuación ordinaria. De ahí que, si bien se mira, ese “tener en cuenta” nada de novedoso entraña con lo constituye

nuestra más rancia práctica jurídica. Ésta, en efecto, a través la legislación; la doctrina y la jurisprudencia ha acudido con especial esmero al derecho comparado en orden a nutrirse de su “autoritas” para mejor iluminar y resolver las cuestiones bajo examen³⁸. Y, por cierto, dicha práctica nada tiene de contradictorio con los principios liminares de nuestro ordenamiento, sino, en todo caso, su concurso no hace más que coadyuvar a la mejor explicitación y actualización de aquellos y, cuando sucede lo contrario (como en el caso “Gottschau”), su “puesta en consideración” es igualmente valiosa para dejar en claro la razón por la que no se siguen sus criterios.

En suma: si bien no puede soslayarse que en el texto citado el “principio de solidaridad” se asocia al carácter “erga omnes” de las decisiones del Tribunal europeo de derechos humanos, la conceptualización que de inmediato se hace de aquél lo relativiza por completo, en tanto se lo vincula con la necesidad de “tomar en consideración” dicha jurisprudencia, lo que es algo distinto (y distante) que aquel concepto.

Ahora bien; las cosas son diferentes en el voto concurrente del juez Ferrer Mac Gregor, uno de los adalides del aludido giro de la CIDH. Con todo, conviene examinar sus palabras con cautela, pues encierran diversas proposiciones con alcances distintos que no cabe pasar por alto.

Por de pronto, en el párag. 59 se plantea que “un tema sobre el cual seguramente el Tribunal Interamericano *tendrá en el futuro que reflexionar* consiste en determinar si la ‘norma interpretada’ alcanza eficacia erga omnes más allá de los ‘casos contenciosos’ donde se produce la autoridad de la cosa juzgada” (énfasis añadido), con lo que, por ahora, se viene a refrendar la tesis de que no media dicha eficacia fuera de los casos concretos en que la CIDH ha hecho oír su voz. Es, pues, lo que con claridad surge del art. 68.1 de la CADH y que en este papel se defiende con el

³⁸ En el ámbito jurisprudencial, el recurso a los *dicta* de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos ha sido una constante –por lo demás, expresamente reconocida–, cuanto menos desde el famoso precedente “Municipalidad c/Isabel A. de El orondo”, Fallos: 33:162, sent. del 14/4/1888. Y, de igual modo, lo ha sido el concurso de ciertos constitucionalistas nacionales y norteamericanos y, a partir de la década del ochenta de la centuria pasada, de la jurisprudencia de la CIDH, la que ha sido reputada como una “guía” de la hermenéutica del CADH. Sobre esto último, cfr mi estudio citado en la nota 23, pp. 358-360.

añadido de que dicha eficacia cederá si se advierte una violación al art. 27 de la Ley Fundamental, tal y como lo ha venido a cohonestar el precedente “Fontevicchia”.

Pero hay más: de seguido el voto distingue entre la diversa vinculación de las sentencias de la CIDH según que un Estado sea o no parte. Como se anticipó en la nota 35, en el parág. 68 postula la vinculación completa de la parte resolutive y de las *ratio decidendi* de la CIDH para el primer supuesto (con lo que, se insiste, salvados los principios de derecho público constitucional, no se advertiría una tensión entre ambos sistemas), en tanto que la niega en el segundo, respecto del cual la vinculación se ciñe a la “norma convencional interpretada” y no así a la totalidad del fallo”.

Con esta última idea (la que se refuerza con lo que se lee, entre otros lugares, en el parag. 60) –pese a las reservas planteadas en el primer tramo de su argumentación y aun cuando se alude a un “estándar mínimo de interpretación de la norma convencional” (parag. 72)- considero que se ha colapsado, de hecho, en el ámbito de la obligatoriedad “erga omnes” de la *res interpretata*, sean los estados partes o no en una contienda³⁹. Como se anticipó, esta opinión es frontalmente controvertida por el juez Rosatti en el citado consid. 5º, 2º párr. de su voto en la causa bajo examen, y parece hallar sustento en que tal *dicta* no encuentra respaldo, pese a la esforzada argumentación en contrario del juez Ferrer (confr. esp. parags. 60-72) en ninguna disposición de la CADH, fuera de lo que afirma la propia CIDH, lo que mereció, en su oportunidad, el enérgico y contundente rechazo del citado dictamen del Procurador General de la Nación en la causa “Acosta”⁴⁰.

³⁹Cfr. sobre este decisivo punto, la glosa –entiendo que no coincidente con la que aquí se formula- de Palacio de Caeiro, Silvia B., “Responsabilidad internacional del Estado por el cumplimiento de deberes y resoluciones”, en la obra bajo su dirección nota 2, esp. pp. 344-359.

⁴⁰Este, en efecto, (cfr nota 12, Ap. V, (a)) señaló que “parece claro que la eficacia general de la jurisprudencia de la CIDH no puede inferirse lógicamente de la cita de las sentencias de ese tribunal que la afirman, pues tal tipo de argumentación presupone en sus premisas lo que se debe demostrar, a saber, si las sentencias de la CIDH tienen valor general más allá de los términos del art. 68.1 de la Convención. En otras palabras, solo es posible afirmar que existe un deber jurídico de seguir la jurisprudencia de la CIDH (...) si antes se ha concluido que la jurisprudencia de la CIDH en general (...) es obligatoria. Para eludir caer en una petición de principio sería necesario encontrar razones independientes a la misma jurisprudencia de la Corte que permitan concluir el deber de seguir dicha jurisprudencia”.

Considero que se plantea con la proposición del juez Ferrer Mac Gregor una clara tensión entre los sistemas en examen, toda vez que el que dimana de nuestra Constitución no solo no contempla el alcance “erga omnes” de las decisiones judiciales, sino que toda sentencia interamericana requiere el test de conformidad con el art. 27 de la Ley Fundamental.

Con todo, dicho campo tiene a diluirse en el voto bajo examen (mido mis palabras) ante algunas circunstancias. Se dice, en efecto, que el alcance dado a la *res interpretataes* “relativo” y ello por dos motivos. El primero expresa que la vinculación se produce “siempre y cuando no exista una interpretación que otorgue mayor efectividad a la norma convencional en el ámbito nacional. Esto es así, ya que las *autoridades nacionales pueden ampliar el estándar interpretativo; incluso, pueden dejar de aplicar la norma convencional cuando exista otra norma nacional o internacional* que amplíe la efectividad del derecho o libertad en juego, en los términos del artículo 29 de la Convención Americana” (énfasis añadido). No hay en esta proposición, discordancia alguna entre el alcance de ambos sistemas. El caso “Gottschau” vuelve a servir como ejemplo de esta apreciación.

El segundo lo constituye la siguiente afirmación: “Además, *deben considerarse las reservas, declaraciones interpretativas y denuncias en cada caso*, si bien en esos supuestos la *Corte IDH puede, eventualmente, pronunciarse sobre su validez y adecuada interpretación*, como lo ha realizado en algunas ocasiones” (énfasis añadido).

Este último *dictum* puede dividirse, a su vez, en dos partes. La primera viene a cohonestar la tesis que subyace a “Fontevicchia” y que defiende este papel: la CIDH en los casos contenciosos que debe resolver no puede ignorar las reservas, declaraciones interpretativas y denuncias formuladas oportunamente por los estados parte. Dicho en otros términos: la CIDH no pueden tener presente los principios de derecho público constitucional de cada uno de aquellos.

La segunda, empero, conduce a la conclusión contradictoria: la CIDH puede pronunciarse sobre la “validez y

adecuada interpretación” de dichos principios superiores. De este modo, la CIDH se reserva la última palabra en el examen de validez de las normas internas de los estados del sistema interamericano, las que, en esa inteligencia, deben ajustarse a lo que surge de la CADH y, en especial, de la interpretación que realice la CIDH. Ésta, pues, emerge como la “última instancia” del sistema interamericano, comprensivo de cada uno de los ordenamientos jurídicos de los estados miembros. En este horizonte de razonamiento, se parte de la base de la primacía de la CADH (una suerte de supraconstitucionalidad respecto, por caso, de nuestro sistema jurídico) y de la consideración de la CIDH como órgano cabalmente supremo del ordenamiento jurídico interamericano (como “cuarta instancia” si se piensa en nuestro sistema). Se está, pues, en la contracara de lo que plantea “Fontevicchia” y de lo que se defiende en estas páginas. De ahí que, de transformarse el criterio del juez Ferrer Mac Gregor en la voz de la CIDH, no solo no habría espacio para un “diálogo jurisprudencial”, sino que la tensión entre ambos sistemas resultaría extrema, sin base normativa que la sustente (pues no surge de la CADH dicha exégesis y mucho menos de la Constitución Nacional, por lo que, como se señala en “Fontevicchia” (cfr. lo expuesto *supra* II, A, 5), no pudo la República Argentina adherir al Pacto con ese alcance).

IV. Conclusiones

La referencia recién realizada a las reservas, declaraciones interpretativas y denuncias se vincula, sin duda, con la cuestión nodal que aquí se debate y que, insinuada en algunos votos y explicitada en otros de los distintos casos de la CSJN que trataron este asunto, alcanza en “Fontevicchia” un consenso decisivo. Es que, de ordinario, dichas reservas aluden, precisamente, a cuestiones de “derecho público constitucional”, de donde (más allá del parecer del juez Ferrer Mac Gregor), corresponde enfatizar, como se ha adelantado ya, que si existen normas y/o interpretaciones convencionales que violentan o desconocen tales reservas, aquellas nunca podrán “derrotar” a éstas. Y si esto es así,

a fortiori lo será si tales normas e interpretaciones convencionales procuran prevalecer sobre los “principios de derechos público constitucional” consagrados por la República Argentina: lo impide, categóricamente, el art. 27 de la Ley Fundamental y demás disposiciones concordantes (tal el citado art. 118 y las normas que resguardan los derechos básicos de la Parte Dogmática), temperamento semejante al que se observa, como se vio, en la propia Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados cuando se analizan, concordantemente, el contenido de los arts. 27; 46 y 53⁴¹.

Ahora bien; más allá de cuanto aquí se ha expuesto, interesa remarcar que detrás de toda esta cuestión no late únicamente el afán por desentrañar el genuino alcance del diseño constitucional de la República Argentina y su relación con el sistema convencional americano, sino, además, el indagar sobre la mejor salvaguarda de los derechos de las personas que es la finalidad que tanto el convencional americano como el constituyente histórico de 1853-1860 y el actual de 1994, según se ha visto, han querido plasmar en sus respectivos documentos.

Desde esa lógica, como es claro, la CIDH no garantiza, de suyo, como lo sugiere alguna doctrina, dicho resguardo⁴². Tampoco lo garantiza, *per se*, la CSJN. Y por ello, si el Alto Tribunal ha sentado desde siempre que sus resoluciones no son vinculantes fuera del caso concreto, sino que exhiben una autoridad moral que los tribunales inferiores deben reconocer en razón de ser la cabeza del Poder Judicial, bien que ello no les impide apartarse de dichas resoluciones siempre que medien razones justificatorias al respecto⁴³, con mayor razón cabe aplicar dicha doctrina a un

⁴¹Este ha sido el razonamiento de la Cámara Federal de Apelaciones de Salta en el citado caso “LOA c/Swiss Medical”, nota 12, respecto de una interpretación de la CIDH que se reputó contradictoria con los principios de derechos público constitucional. En aquel se declaró la inaplicabilidad del caso de la CIDH, “Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro”) vs. Costa Rica” (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sententencia de 28 de noviembre de 2012, por, en lo esencial, (a) no ser dictado en un caso en que la Argentina fuera parte, y (b) atribuir a la voz “concepción” un significado contrario al adoptado por el legislador argentino tanto en sede constitucional –normas y declaraciones interpretativas de dos convenciones- como infra constitucional. Sobre este fallo, cfr, entre otros, el comentario de Colombo Murúa, Ignacio, “Un fallo que invita a reflexionar sobre los alcances de los fallos de la CIDH”, *La Ley*, 2013-E, p. 374.

⁴²Tal es, v. gr., la postura de Gil Domínguez en su artículo citado en la nota 9, p. 3.

⁴³Cfr, entre otros, Fallos: 307:1094 y sus citas; 315:2386 y sus citas, 330:4040; 332:1488.

tribunal que *es el intérprete nato de una parcela de la Constitución que, como tal, tiene en la CSJN a su intérprete último.*

¿Se ha llegado a la última palabra? La Corte, es sabido, a lo largo de su más que sequiscentenaria actuación mutó muchas de veces de parecer en numerosos asuntos, por lo que también podría cambiar en éste en el futuro. Con todo, en la actualidad se observa una mayoría nítida de cuatro votos a uno que hace difícil pensar en una alteración inmediata. Empero, más allá de circunstanciales mayorías y minorías, considero que el sentido último del *holding* del caso “Fontevicchia” reside en rescatar y situar en el centro de su argumentación el alcance del art. 27 de la Ley Fundamental. Éste estuvo y está en la Constitución desde 1853. Y, como se ha señalado, estuvo y está presente en la historia jurisprudencial de nuestro país en casos de especial trascendencia. Pertenece, pues, a nuestra más señera tradición constitucional. Y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, recientemente, ha venido a reconocer la relevancia de esa noción a través de la auto restricción para inmiscuirse en asuntos que pertenecen “margen de apreciación nacional”, todo lo cual, por cierto, está revelando la perenne vitalidad de un documento de 165 años.

Llegados a este punto, cabe brindar ciertas conclusiones, las que se plantean a modo de breves proposiciones: (a) ciertos *dicta* de la CIDH parecen haber exorbitado su competencia en los últimos lustros, lo que lejos parece favorecer un siempre auspicio “diálogo jurisdiccional” entre ese y los tribunales constitucionales y cortes supremas de los estados miembros del sistema interamericano; (b) dicha pretensión es ajena a la letra y al espíritu del convencional americano, además de que tampoco resulta consistente con los principios que surgen de la letra y el espíritu de la Constitución Nacional y de la jurisprudencia más consolidada de la CSJN; (c) ésta última, empero, no configuró una doctrina clara y robusta en torno de esta compleja cuestión. Acaso contribuyó a ello las variadas alteraciones tanto en su composición cuantitativa (pasó de nueve a siete y finalmente a cinco miembros) cuanto en los recambios producidos, al menos desde 1992 cuando se emitió el fallo “Ekmekdjian” que declaró la supremacía legal de los tratados; (d) sin embargo, por conducto de diversos votos de los distintos

pronunciamientos sobre la materia, se fue configurando una doctrina que parece haberse consolidado en el caso aquí examinado y del cual surge con nitidez: (i) que la CIDH tiene una competencia remedial; (ii) que el art. 68.1 solo vincula a las partes en el caso concreto; (iii) siempre que, para la República Argentina, no viole el art. 27 de su Constitución, esto es, los “principios de derecho público constitucional” que, en la clave de la Ley Fundamental es el *iusgentium*, y en la de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, es el *iuscogens*. Se trata, en definitiva, del perenne recurso al derecho natural, como límite y fundamento del Derecho todo y, por ende, de la supremacía constitucional.