

INSTITUTO DE POLÍTICA CONSTITUCIONAL

Director: Académica María Angélica Gelli

**LA CORTE INTERAMERICANA NO PUEDE
ORDENAR QUE SE DEJEN SIN EFECTO
SENTENCIAS FIRMES**

*Comunicación del doctor Alberto F. Garay,
en la sesión privada del Instituto de Política Constitucional,
el 19 de abril de 2017*

LA CORTE INTERAMERICANA NO PUEDE ORDENAR QUE SE DEJEN SIN EFECTO SENTENCIAS FIRMES

Por el Dr. Alberto F. GARAY

I. Introducción

En las páginas que siguen analizaré los argumentos en los que se sustenta la sentencia pronunciada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa: “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/Informe sentencia dictada en el caso ‘Fontevecchia y D’Amico v. Argentina’ por la Corte Interamericana de derechos Humanos”, del 14 de febrero de 2017 (En adelante, “*Fontevecchia II*”).

La sentencia se integra con un voto mayoritario de los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco y Rosenkrantz; un voto concurrente, del juez Rosatti y una disidencia, del juez Maqueda.

En los Capítulos I a VI presentaré el caso y la primera sentencia de la Corte Suprema, ocurrida en el año 2001 (“*Fontevecchia I*”). En los Capítulos siguientes me haré cargo de

los argumentos principales de la sentencia y de la opinión de algunos autores que han opinado sobre ella.

Para evitar respuestas apresuradas, de inicio el lector debe tener presente que *en esta sentencia de la Corte Suprema no se cuestiona o resiste una decisión de la Corte IDH sobre un derecho humano violado por la Argentina*. Lo que aquí está en discusión es una de las obligaciones impuestas por la sentencia interamericana: se trata del *remedio*, la *reparación* o la *medida* extra convencional dispuesta por la Corte IDH, que ordena a la Argentina que deje sin efecto la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la de la Cámara Civil que la precedió.

Defenderé que la Corte IDH no posee, convencionalmente, el remedio que aquí empleó y tampoco puede crearlo “*ex nihilo*”. La Corte IDH no puede ordenar a la Argentina que deje sin efecto una sentencia dictada por la Corte Suprema en una causa no penal, que ha pasado en autoridad de cosa juzgada. Mucho menos puede hacerlo cuando la parte afectada con la decisión internacional no formó parte del trámite habido en esa sede. Ni se lo escuchó. Esto ya lo había dicho una mayoría de la Corte Suprema hace más de trece años en “*Cantos*” y ahora lo reiteró con mayor solidez. Esa orden, por último, no puede ser satisfecha: el art. 27 de la Constitución Nacional lo impide.¹

¹ Agradezco a María Angélica Gelli, Pablo Hirschmann, Inés U.B. de Barrancos y Vedia, Jorge Diéguez, Manuel J. García Mansilla, Pablo Gutiérrez, Cecilia Hockl, Ricardo Ramírez Calvo, Cecilia Recalde, Pablo Sanabria, Alfredo Urteaga y Alfredo Vítolo, participantes de la reunión del mes de abril del Instituto de Política Constitucional de la Academia de Ciencias Morales y Políticas, donde discutimos una versión de este trabajo. Gracias a las disidencias y a las coincidencias habidas pude advertir algunos errores, excesos de énfasis o puntos poco claros que contenía el trabajo y que suprimí. Otros déficits, con toda seguridad, no los he sabido ver, a pesar del generoso empeño que algunos de ellos pusieron.

II. El caso

1. Antecedentes

En los años noventa, Carlos S. Menem, por entonces Presidente de la Nación en ejercicio, se sintió herido en su intimidad a raíz de que una publicación periodística –el semanario Noticias– ventilaba un hecho de su vida privada ocurrido en el pasado que, según la publicación, tenía consecuencias políticas en el presente. A raíz de ello, demandó por daños y perjuicios al medio de prensa (Editorial Perfil S.A.), al Director y al periodista Carlos Fontevecchia. En primera instancia la demanda había sido rechazada pero la Cámara de Apelaciones en lo Civil de la Capital hizo lugar al reclamo y condenó a los demandados a pagar una indemnización equivalente a U\$S 150.000 y a publicar sumariamente la sentencia en el mismo medio. Los demandados interpusieron recurso extraordinario federal pues consideraron que el caso remitía a la interpretación de puntos de derecho regidos por la Constitución. Asimismo consideraban que las cuestiones de hecho habían sido juzgadas con arbitrariedad. El Alto Tribunal, por el voto de cinco de sus jueces (Nazareno, Moliné O'Connor, López y Belluscio y Vázquez, quienes lo hicieron según sus respectivos votos), confirmó esa sentencia, si bien redujo la indemnización al equivalente a U\$S 60.000².

2. El Fallo de la Corte Suprema del Año 2001 (Fontevecchia I)

Por esta época, la Corte (y la Justicia Civil, en general) aún no había aceptado que la doctrina de la real malicia –invocada por los demandados– era aplicable para conflictos semejantes y además rehusó hacerlo porque, sostuvo, ella devenía irrelevante para resolver este pleito en tanto “*dicha elaboración jurisprudencial de la Corte Suprema de los Estados Unidos sería, de adoptarse, solamente aplicable para el supuesto de publicaciones difamatorias o erróneas*” (considerando 4). Luego de recorrer el

² Fallos: 324: 2895.

texto constitucional y diversas disposiciones convencionales relacionadas con la libertad de expresión, de prensa y el derecho a la intimidad o a la reputación, la mayoría de la Corte Suprema sostuvo:

«7) Que, sin embargo, el derecho a la libre expresión no es absoluto en cuanto a las responsabilidades que el legislador puede determinar a raíz de los abusos producidos mediante su ejercicio sea por la comisión de delitos penales o actos ilícitos civiles si bien en el régimen republicano la libertad de expresión, en sentido amplio, tiene un lugar eminente, que obliga a una particular cautela cuando se trata de deducir responsabilidades por su desenvolvimiento, puede afirmarse sin vacilación que ello no se traduce en el propósito de asegurar la impunidad de la prensa (Fallos: 119: 231; 155: 57; 167: 121; 269: 189; 310: 508; 315: 632).

En efecto, el ejercicio del derecho de expresión de ideas u opiniones no puede extenderse en detrimento de la necesaria armonía con los restantes derechos constitucionales, entre los que se encuentra el de la integridad moral, el honor y la intimidad de las personas (arts. 14, 19 y 33 de la constitución Nacional). De allí pues, que la exigencia de una práctica periodística veraz, prudente y compatible con el resguardo de dignidad individual de los ciudadanos no puede calificarse como una obstrucción o entorpecimiento de la prensa libre; lo contrario sólo traduce un distorsionado enfoque del ejercicio de la importante función que compete a los medios de comunicación social, tal cual deben desarrollarse en la sociedad contemporánea (Fallos: 310: 508, considerando 9). Es por ello que el especial reconocimiento constitucional de que goza el derecho de buscar, dar recibir, y difundir información e ideas de toda índole, no elimina la responsabilidad ante la justicia por los delitos y daños cometidos en su ejercicio (Fallos: 308: 789; 310: 508).

[. . .]

10) Que en este punto conviene recordar que el citado art. 75, inc. 22, mediante el que se otorgó jerarquía constitucional a los

tratados cuyas disposiciones se han transcritas, establece en su última parte que aquellos “no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos.”

Ello indica que los constituyentes han efectuado un juicio de comprobación en virtud del cual han cotejado los tratados y los artículos constitucionales y han verificado que no produce derogación alguna, juicio que no pueden los poderes constituidos desconocer o contradecir. De ello se desprende que la armonía o concordancia entre los tratados y la Constitución es un juicio del constituyente; no pueden ni han podido derogar la Constitución pues esto sería un contrasentido insusceptible de ser atribuido al constituyente, cuya imprevisión no cabe presumir (Fallos: 319: 3148, 3241 y causa S. 622. XXXIII. “S., V. c/ M., D. A. s/medidas precautorias”, voto de los jueces Moliné O’Connor y López, del 3 de abril de 2001).

11) En particular referencia a los daños a la intimidad, las convenciones citadas en el considerando 8 exigen la arbitrariedad o el abuso para calificar la ilicitud del ataque o injerencia a la vida privada. Este principio también ha sido consagrado en el art. 1071 bis del Código Civil, que convierte en norma legislativa la tutela de este derecho fundamental del hombre y, en lo que interesa, define la conducta ilícita en estos términos: “El que arbitrariamente se entrometiere en la vida ajena, publicando retratos, difundiendo correspondencia mortificando a otros en sus costumbres o sentimientos o perturbando de cualquier modo su intimidad...”»

Más adelante concluyó –de manera sumaria³– que la publicación consistía en una injerencia prohibida en la intimidad del actor.

³ En el considerando 16 de la sentencia, la Corte Suprema no analizó pormenorizadamente el agravio del actor. Lo afirmó, como también habló de la injerencia en la intimidad de dos ausentes en el juicio, como eran el hijo extramatrimonial que se le atribuía en la nota y su madre (hechos, entre otros, atribuidos en la nota y cuya verdad no se controvertía).

III. Los periodistas van a costa rica

1. El primer paso: acudir ante la Comisión Interamericana

Casi dos meses después de dictada la sentencia recién mencionada, los periodistas, una asociación que los nuclea y el medio de prensa acudieron al sistema interamericano. Entendían que la sentencia de la Corte Suprema argentina vulneraba su derecho a la libertad de prensa y de expresión, mencionados en el art. 13 del Pacto de San José de Costa Rica, por lo que solicitaban que se declarara la responsabilidad internacional del Estado argentino. Conforme marca el procedimiento acudieron primero a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Ésta, luego de un extenso procedimiento que se prolongó a lo largo de nueve años, sometió el caso a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH).

2. Al momento del fallo de la Corte IDH el caso había perdido actualidad

La Corte IDH y su comisión no fueron creadas para resolver asuntos contenciosos ordinarios entre particulares ni corregir sentencias que se reputen equivocadas. Parece una verdad de Perogrullo afirmar que si la Corte IDH fuera a admitir los casos de todos los agraviados en todos y cada uno de los derechos consagrados por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH) de todos los países de América signatarios de la Convención, aquélla se vería desbordada en poco tiempo. De hecho, su demora sistemática en resolver revela que admite más peticiones de las que pueden administrar. Los casos deben ser seleccionados y deben versar sobre graves violaciones a los derechos humanos consagrados en la CADH. Así, su respuesta puede llegar en tiempo oportuno respecto de cuestiones serias que no admitan dilación.

En el presente, la respuesta de la Corte IDH se produjo luego de diez años de dictada la sentencia de la Corte Suprema de Argentina, cuando la actualidad del caso había sido superada por el paso del tiempo. Es decir, llegó muy tarde⁴. En efecto, para ese año, la publicación y el tema central al que se refería el asunto, ya eran hechos de un pasado muy lejano: Menem no era Presidente desde hacía doce años y la devaluación ocurrida en enero de 2002 había trastornado, una vez más, la vida de los argentinos. En el año 2004, varios integrantes de la Corte Suprema que firmaban la sentencia objetada habían sido destituidos por juicio político o habían renunciado y en el año 2008, a partir del caso “*Patitó*”, el Alto Tribunal había incorporado a su jurisprudencia la doctrina de la “real malicia”⁵. Es decir que, más allá del legítimo reclamo económico de los periodistas, el caso carecía de trascendencia institucional presente.

IV. EL FALLO DE LA CORTE IDH

1. *Qué hizo y qué dijo la Corte IDH*

En su decisión, el tribunal interamericano escrutó pormenorizadamente la sentencia de la Corte Suprema. Destacó su falta de análisis fáctico (párrafo 57 y ss) y la irrelevancia que tuvo el hecho que, en el caso, se tratara del funcionario público electivo de rango más alto. También reprochó que la sentencia de la Corte Suprema no hubiera tratado, en concreto, si la información tenía interés público o no (párrafo 66). Se sumergió en los hechos, indagando el tenor de los artículos publicados en la revista Noticias (párrafos 32, 35, 36 y 65) y las fotografías que acompañaban la publicación, a todos los cuales valoró y juzgó independientemente (párr. 68 a 71). Luego, concluyó:

⁴ En el caso “Mohamed c. Argentina”, el pronunciamiento de Costa Rica llegó tan tarde que el expediente había pasado a destrucción y hubo que ordenar que se lo reconstruyera. (Ver punto I de la parte resolutive de la Resolución CSJN N° 477/15, en expediente 4499/13).

⁵ Fallos: 331: 1530 (2008).

«72. En consecuencia, la Corte Interamericana considera que el procedimiento civil en la justicia argentina, la atribución de responsabilidad civil, la imposición de la indemnización más los intereses, las costas y gastos, así como la orden de publicar un extracto de la sentencia y el embargo dictado contra uno de los periodistas afectaron el derecho a la libertad de expresión de los señores Jorge Fontevicchia y Héctor D'Amico.»

En el Cap. VII dedicado a lo que llama las “reparaciones”, expresó:

«105. Esta Corte ha determinado que la sentencia emitida el 25 de septiembre de 2001 por la Corte Suprema de Justicia de la Nación que confirmó la condena impuesta..., violó el derecho a la libertad de expresión de ... Fontevicchia y ... D'Amico...»

Más adelante, en la parte resolutive (Cap. VIII), párrafo 137, la Corte IDH declaró:

1. El Estado violó el derecho a la libertad de expresión reconocido en el art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en relación con el art. 1.1. de la misma, en perjuicio de los Sres. Jorge Fontevicchia y Héctor D'Amico, en los términos de los párrafos 42 a 75 de la presente Sentencia.
2. El Estado no incumplió la obligación general de adoptar disposiciones de derecho interno, reconocida en el artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en perjuicio de los Sres. Jorge Fontevicchia y Héctor S'Amico, en los términos de los párrafos 84 a 96 de la presente Sentencia. **Y DISPONE:**

Por unanimidad, que:

- A. Esta sentencia constituye *per se* una forma de reparación.
- B. *El Estado debe dejar sin efecto la condena civil impuesta a los Sres. Jorge Fontevicchia y Héctor D'Amico, así como todas sus consecuencias, en el plazo de un año contado a partir de la notificación de la presente Sentencia en los términos del párrafo 105 de la misma.» (La cursiva me pertenece.)*⁶

Además, juzgó que un resumen de la decisión, que debía preparar la Corte Suprema, tenía que publicarse en el Diario Oficial (sic), en un Diario de amplia circulación nacional y en el C.I.J. (considerando 3.b).

V. El ministerio de relaciones exteriores acude a la corte suprema

Años después y habiéndose satisfecho lo ordenado por el tribunal interamericano casi en su totalidad por parte del Poder Ejecutivo Nacional, la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación le requirió a la Dirección General de DD HH del Ministerio aludido que solicitara a la Corte Suprema de Justicia que *“cumpla, en lo que corresponda y de conformidad con su competencia, la sentencia dictada por la Corte Interamericana...”* (consid. 4, tercer párrafo).

Sin duda que el pedido de la Secretaría no estaba exento de ambigüedad y suscitaba nuevos interrogantes. En definitiva, ese reclamo dejaba en manos del Alto Tribunal precisar qué era lo que “correspondía” y cuál era su “competencia”, sin anticipar qué

⁶ En el Párrafo 105 aludido, la CiDH, alegando conformidad con su jurisprudencia, a la que cita en nota al pie (Herrera Ulloa, v. Costa Rica, pfo. 195; Tristán Donoso v. Panamá, pfo. 195 y Kimel, pfo 123) expresó:

“105. A efectos de cumplir la presente reparación, el Estado debe adoptar todas las medidas judiciales, administrativas y de cualquier otra índole que sean necesarias, y cuenta para ello con el plazo de un año...”

entendía esa dependencia del Poder Ejecutivo por tales nociones con relación al presente caso.

Es importante destacar también que el inusual y sinuoso camino recorrido por esta solicitud, expedida desde un área del Poder Ejecutivo a la Corte Suprema, no está reglado por norma alguna.

La Constitución Nacional establece, en general, la competencia de la Corte Suprema y entre sus preceptos ninguno ha previsto una situación asimilable a la presente. La reforma constitucional del '94 no modificó las vías de acceso al Tribunal. La Corte tiene competencia por apelación en diversas cuestiones federales (arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional; 14 y conc. de la ley 48 y jurisprudencia de la Corte Suprema en materia de arbitrariedad), pero esta situación no es asimilable a ninguna de ellas. Y no lo es porque en ninguno de esos casos se prevé la intervención del Alto Tribunal, por pedido de la Cancillería, como consecuencia de un fallo de la Corte IDH. Mucho menos podría ser encasillado este supuesto dentro de su competencia originaria.

El sistema político ruso, está consustanciado con la figura autocrática y personalista de Putin, que no se basa en una ideología -como en su momento representó el estalinismo-, sino que se caracteriza por un anti occidentalismo marcado. Debido a la debilidad de las instituciones rusas, un eventual cambio en favor de la democratización y una reforma política, están condicionados por las características de la oposición ya que su base de poder, el partido "Rusia Unida", controla la Duma aliado con otros partidos, como el comunista y el Democrático Liberal. El propósito de Putin, que seguramente va a concretar, es ser reelegido en las elecciones de 2018, por un nuevo término de seis años.

Los objetivos que Putin ha consolidado en un proceso gradual y constante, que consistió en: reforzar su autoridad y popularidad (acorde a un precepto rector de la tradición rusa de la preeminencia del Estado y la irrelevancia de la separación de poderes), controlar la economía y la política interna, llevar adelante un cambio profundo de las fuerzas armadas e incrementar el gasto

militar (5.5% del PNB), desarrollando su industria de armamentos, aumentar el gasto público del Estado en general y de las empresas estatales, modernizar sus armas nucleares estratégicas y no estratégicas, dotar de mayores poderes de control a los órganos de inteligencia encabezados por el FBS, afianzar a la Iglesia ortodoxa, y contener a toda fuente autónoma de poder y a los medios de prensa.

Algunos analistas consideran que la Rusia de Putin es un "one-man show", pues, aunque mantiene en el Kremlin a antiguos colaboradores de su confianza, es quien toma las decisiones, con la característica de ser el líder ruso con menos limitaciones desde Stalin, pues no existe un Politburó que pueda prescindir de él, como fue el caso de Khrushchev en 1964. Una interpretación posible al caso es que, por su experiencia en los órganos de inteligencia, desarrolló instintos tácticos para aprovechar las oportunidades y habilidad para enfrentar lo inesperado pero, sin embargo, esas cualidades no siempre le aseguran resultados estratégicos positivos.

Los altos precios del petróleo (Rusia es el segundo productor mundial, 10.3 mbd, que junto con el gas constituyen las dos terceras partes de las exportaciones rusas, dieron lugar a una gran expansión económica: 8% anual hasta 2008, que luego se debilitó. Este proceso mejoró la calidad de vida de la población, pero el Gobierno no impulsó reformas estructurales, ni diversificó sus exportaciones, ni promocionó acciones conectadas con la democracia y la libertad, mientras la corrupción se acentuó. En 2014, la declinación de los precios de la energía -que Moscú no controla dada las características de la oferta internacional- y las sanciones aplicadas a la Federación Rusa arrojaron como resultado: la contracción de la economía, una alta inflación y una persistente debilidad del rublo. La economía recién se estabilizó en 2016, y de acuerdo a un informe del FMI y el PNB se contrajo sólo el 0,2%. Las previsiones para 2017 y 2018 auguran un crecimiento del 1.4%.

VI. La opinión de la procuradora general

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

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

VII. La sentencia de la corte suprema de justicia de la nación

1. Introducción

La sentencia de la Corte Suprema, por mayoría, resolvió desestimar la presentación del Ministerio de Relaciones Exteriores⁷. Por su parte, el juez Maqueda hizo una interpretación diferente de las normas en juego. No revisó la atribución del tribunal interamericano para disponer dejar sin efecto la sentencia argentina, como hicieron los restantes cuatro jueces. Tampoco criticó la posición de la mayoría mostrando en dónde residiría su error (si es que existe tal cosa) ni consideró los justificativos

⁷ Sentencia dictada el 14 de febrero de 2017, autos: “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/Informe sentencia dictada en el caso ‘Fontevicchia y D’Amico v. Argentina’ por la Corte Interamericana de derechos Humanos”.

expresados por ésta con apoyo en los arts. 27, 75 inc. 22, 108 y 75.22 de la Constitución Nacional. Con cita de disidencias o votos propios, manda cumplir la sentencia sin condicionamiento alguno. En apoyo de esa visión acude al art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, afirmando que razones de orden interno no pueden erigirse en obstáculo del cumplimiento de obligaciones ya asumidas (entre éstas, el cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana).

Los votos mayoritarios dedican sus primeras reflexiones a desechar la posibilidad de que la Corte IDH pueda ordenar dejar sin efecto una sentencia argentina anterior. La Corte IDH, concluyen, no tiene jurisdicción para semejante revocación. A estas dos cuestiones dedicaré los párrafos que siguen. En lo que sigue aludiré a esta sentencia como “*Fontevicchia II*”

2. Primer incógnita: ¿Qué resolvió la Corte IDH?

Como quedó expuesto, la Corte IDH expresó “*el Estado debe dejar sin efecto la condena civil impuesta*” a los periodistas.

Claramente, la Corte IDH no se está dirigiendo a la Corte Suprema, de manera directa, a pesar de que ella, naturalmente, lo sienta así. Se dirige al “Estado”, representado en el juicio por el Poder ejecutivo federal. Es él, además, quien maneja las relaciones exteriores de la Nación, no la Corte.

Cuando se leen detenidamente los párrafos recién transcritos lo primero que uno se pregunta es cuál es el significado y la fuerza de esa expresión. Existen discrepancias acerca de la frase transcripta. Para la mayoría de la Corte Suprema, el tribunal interamericano resolvió “*ordenar dejar sin efecto la sentencia de esta Corte...*” Rosatti, por su lado, habla de que se “*impone al Tribunal Supremo de la Nación dejar sin efecto una sentencia...*”

Gelli pareciera enrolarse en esta visión al expresar que “*de las declaraciones y de las disposiciones de la sentencia emitida por la Corte interamericana, surgen las obligaciones del Estado*

*argentino, único condenado en el caso... debe cumplir con lo dispuesto, a través de las instituciones estatales pertinentes, es decir, de las que tengan competencia para ello.”*⁸

Sola, González Tocci y Caminos, coincidiendo con el voto de Rosatti, expresan que la decisión interamericana pretende «*la imposición de “dejar sin efecto” una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada...»*⁹

Santiago no se involucra en cuestiones terminológicas pero comparte el criterio de la mayoría y del voto de Rosatti en el sentido que la Corte Suprema y la Constitución, son supremas¹⁰.

Gargarella, refiriéndose a la auto-percibida superioridad (“máxima, indiscutida suprema, e indiscutible”) de la Corte IDH, “*alimentada por numerosos académicos locales y extranjeros*” dice que “*en lo personal, puedo coincidir con el tribunal argentino en poner un freno a dicha auto-percepción*”,¹¹ pero tampoco se detiene en el lenguaje sino que ofrece una visión alternativa para solucionar esa disputa.

En opinión de Zuppi y Dellutri, se «*interpreta erróneamente la decisión de la Corte interamericana en cuanto sostienen que la misma “ordena” o “impone” a la Corte Suprema dejar sin efecto las sentencias que la Corte IDH encontró violatorias de derechos protegidos por el Pacto de San José de Costa Rica... La ejecución de esa decisión de la Corte IDH requiere que la Corte Suprema disponga –no lo dispone la Corte*

⁸ GELLI, M.A., “Los alcances de la obligatoriedad de los fallos de la Corte Interamericana y la reivindicación simbólica de la Corte argentina”, Suplemento L.L. del 23.02.17, p. 5, col. 2.

⁹ SOLA, J.V., GONZÁLEZ TOCCI, L. y CAMINOS, P.A., “La Corte Suprema y la Corte Interamericana”, Suplemento L.L. cit., p. 21, col. 1.

¹⁰ SANTIAGO, Alfonso, “desobediencia debida? ¿Quién tiene la última palabra?, Suplemento L.L. cit., p. 13, 15-16, y 20.

¹¹ GARGARELLA, Roberto, “La autoridad democrática frente a las decisiones de la Corte Interamericana”, Suplemento L.L. cit., p. 3, 4, o11/2

IDH- que se revoquen las sentencias que han sido declaradas como violatorias de los derechos.»¹²

2.1. Una forma de determinar el significado de la expresión en disputa

En atención a la importancia que la Corte Suprema y algunos autores le confirieron, me detendré en la disputa acerca de si la Corte IDH “ordenó” o “impuso” ciertas medidas a las autoridades argentinas.

A fin de evitar caer en trampas verbales, uno debe ser cuidadoso de las palabras y del contexto en el que ellas se insertan. En muchos casos, cuando la ideología apremia, los abogados y los jueces relegamos las cuestiones de lenguaje. El problema de fondo y su vinculación con nuestras preferencias nos ocupa todo el campo de visión. No obstante, las leyes y las sentencias se construyen con palabras y ellas son portadoras de significado y de fuerza. Además, ellas se expresan en cierto contexto, como decía, que no se debe descuidar.

Genaro R. Carrió estudió el lenguaje en su conexión con el Derecho y la Filosofía. Él recomendaba que al enfrentar un texto que no nos satisface, «antes de salir a buscar argumentos para refutarlo debemos hacernos una serie de preguntas. ¿Qué es esto? Es una aserción, es decir, un enunciado que se propone describir un cierto estado de cosas? ¿O es una recomendación, disfrazada de aserción, esto es, un enunciado que disimuladamente trata de ensalzar cierto estado de cosas, “describiéndolo” con lenguaje aprobatorio? ¿O es un anuncio o una advertencia que tal palabra será utilizada exclusivamente con determinado sentido? ¿O es una definición que simplemente recoge el uso central o típico del vocablo...?»¹³

¹² ZUPPI, Alberto y DELLUTRI, Rodrigo, “Comentario a un diálogo entre quienes no se escuchan. La decisión de la Corte Suprema en el caso ‘Fontevecchia y D’Amico c. República Argentina”, Suplemento L.L. cit., p. 22, columnas 1 y 3.

¹³ CARRIO, Genaro R., NOTAS SOBRE DERECHO Y LENGUAJE, 1985, Ed. Abeledo Perrot, p. 25.

Es evidente que en el caso bajo examen nos enfrentamos a un texto, el fallo, que en su parte resolutive dispone ciertas reparaciones, entendiéndose por tales, las conductas que debe observar el Estado. Allí los jueces interamericanos no se proponen describir ni sugerir algo. Tampoco hacen un anuncio, ni formulan una definición ni un vaticinio. Es cierto que el tenor literal de la parte resolutive del fallo no expresa que se trata de una “orden” ni una “imposición”. Pero como decía G.R. Carrió, la forma gramatical no siempre es la guía más segura para comprender una expresión. Para demostrar la verdad de su afirmación, propone el siguiente ejemplo:

«No siempre las órdenes se dan siguiendo el modo imperativo. Si le digo a mi empleado “*mañana llevará esta carta al correo*”, el contexto y la situación indican con claridad que se trata de una orden y no de una profecía a pesar de que la frase está en futuro del indicativo y no en imperativo. Y hasta sería una insolencia o un signo de alarmante estupidez que al día siguiente el empleado me dijera: “*Señor, se equivocó, no llevé su carta al correo*”¹⁴.

Del mismo modo, volviendo al caso que nos ocupa, la Corte IDH no está describiendo ni anunciando o vaticinando algo que el Estado argentino va a hacer dentro de los noventa días de notificado el fallo. Parafraseando a Carrió, sería un signo de alarmante estupidez si el Estado argentino mañana le dijera a la Corte IDH: “¿Vieron? Se equivocaron. No hemos dejado sin efecto la condena civil.”

Zuppi y Dellutri explican que, a su juicio, la Corte IDH “*se limitó a enseñar a la Argentina lo que debe hacer*”¹⁵. En esta explicación no se aclara al lector en qué sentido se están empleando dos verbos clave, como son: enseñar y deber. No obstante, acto

¹⁴ZUPPI y DELLUTRI, op. cit., p. 21.

¹⁵ *Idem*, p. 23, col. 2.

seguido se afirma, que como consecuencia del no cumplimiento de esta enseñanza, “*la Argentina continúa violando la Convención Americana, continúa incumpliendo la sentencia de la Corte IDH y continúa ignorando el derecho internacional...*”. Al ligar la acción de “enseñar” con la noción de “deber”, no están describiendo cierto estado de cosas; en realidad, le atribuyen a la expresión “enseñar” una fuerza normativa que excede el uso docente que en general se da a verbos como “enseñar” o “indicar” algo. Es más. Como el incumplimiento de esa “enseñanza” puede tener por consecuencia que el Estado sea sancionado, como también vaticinan¹⁶, parece obvio que los verbos preferidos para designar la actividad jurisdiccional de la Corte IDH no la describen con precisión, son engañosos: esos verbos no sugieren la fuerza normativa de un fallo ni las consecuencias de su incumplimiento. Si se coincide con lo anterior, entonces es preferible abandonar el uso de esos verbos porque no describen adecuadamente la fuerza lingüística y normativa de lo que la Corte IDH hace cuando dicta un fallo.

A mi modo de ver, por las razones que llevo expuestas, el fallo de la Corte IDH, en su parte restitutiva, ha *impuesto* al Estado argentino, verbo que con justeza emplea Rosatti, la satisfacción de sendas obligaciones que *deben ser* cumplidas dentro de cierto plazo. Es cierto también que el incumplimiento de esos deberes podría, eventualmente, arrastrar la *sanción* que siempre se recita: la tan temida responsabilidad internacional¹⁷. En un contexto tal, bien puede hablarse entonces, como ha hecho la mayoría, de que la Corte IDH *ordenó* o *impuso* dejar sin efecto la sentencia de la Corte

¹⁶ *Idem*, p. 23, col. 1 (“... el Estado, si no cumple está en violación de lo acordado y como todo incumplidor de una obligación exigible, genera responsabilidad que, a la larga o a la corta, terminará pagando.”)

¹⁷ PIZZOLO, Calogero, “Ser ‘intérprete supremo’ en una comunidad de intérpretes finales? De vuelta sobre una interpretación ‘creacionista’ de los Derechos humanos”, Suplemento L.L. cit., p. 7, 10 (“[L]os jueces supremos... se auto-conceden la prerrogativa de decidir qué sentencias de la Corte IDH... incumplir, haciendo caso omiso a la responsabilidad internacional... La nueva jurisprudencia nos enfrenta ahora a un posible aislamiento internacional, como en el caso de Venezuela... abre las puertas a un contencioso de consecuencias impredecibles en la relación de la Corte Suprema con la Corte IDH”). ZUPPI y DELLUTRI, cit., p. 23, col. 2 (“...la mayoría de la Corte Suprema ha elegido creer que eran ordenados a hacer algo para, apoyándose en su error, incumplir su obligación internacional, generando de tal manera responsabilidad por su incumplimiento...”). Por las razones expuestas en el texto este razonamiento es tan auto-contradictorio como afirmar “Prometo pero no debo”; pues si no se les ha ordenado algo, ¿por qué estarían incumpliendo algo?

Suprema, porque en el mundo del derecho judicial suele emplearse el lenguaje de ese modo. Muchas veces se dice que una sentencia ordenó tal o cual cosa a determinado sujeto o entidad a pesar de que la sentencia no emplea explícitamente ese verbo. Es otra forma de decir –más enfáticamente, quizá- que un tribunal condenó a una de las partes a hacer, no hacer o dar algo y que esa parte *debe* satisfacer la condena en determinado tiempo.

Si esta argumentación resultara insuficiente, si para convencerse de que estamos ante una orden el lector precisara de una porción del fallo donde expresamente se empleara alguna de esas palabras, entonces acúdase al párrafo 117, donde la Corte IDH –respondiendo al primer pedido de la Comisión de que “*ordene al Estado dejar sin efecto la condena*”¹⁸- dijo lo siguiente:

“117. Tal como se ha expresado en esta Sentencia, *la Corte ha ordenado dejar sin efecto las decisiones* que violaron el derecho a la libertad de expresión de los Señores Fontevicchia y D’Amico...” (La cursiva me pertenece).

Es decir que, indiscutidamente, la Corte IDH tuvo por propósito ordenar que se dejen sin efecto esas sentencias. Esa orden, expresada en la sentencia de manera expresa, también puede ser reveladora de la auto-percibida “máxima, suprema e indiscutible instancia del derecho interamericano” que la Corte IDH parece tener de sí misma, como afirma Garagarella.

¹⁸ El texto entrecorillado, referido al pedido de la Comisión, es una transcripción del párrafo 103 del fallo interamericano. A continuación, la Corte IDH manifestó:

“104. Inicialmente los representantes solicitaron al Tribunal que se ordene al Estado adoptar las medidas necesarias para que el juez de ejecución adjunte al expediente judicial la presente Sentencia y establezca que la condena dictada fue declarada incompatible con los tratados internacionales de derechos humanos. En sus alegatos finales, los representantes reformularon ese pedido, solicitando al Tribunal que condene al Estado a adoptar las medidas necesarias para que la sentencia dictada por el poder judicial argentino en el presente caso pierda fuerza vinculante interna y toda aptitud para ser fuente de consecuencias legales de cualquier tipo. Finalmente, los representantes informaron que, si bien podían intentar un planteo judicial para el cumplimiento de esta medida, no existe una ley que establezca los procedimientos que deben llevarse a cabo para cumplir con las decisiones de organismos internacionales de derechos humanos, ni se ha generado aun jurisprudencia clara al respecto”.

En el texto del fallo no se aclara si esa reformulación del petitorio inicial fue conocida y rebatida por el Estado argentino.

2.2. La Corte IDH no puede disponer que se revoque una sentencia argentina

La imposibilidad de *revocación* del fallo de la Corte Suprema por parte de la Corte IDH, que la mayoría y el voto concurrente de Rosatti tratan especialmente, corre una suerte semejante a la imposibilidad de ordenar que se deje sin efecto una sentencia de aquélla. Es cierto que la Corte interamericana no habló de que estaba “revocando” la sentencia argentina y hay fallos suyos donde niega esa posibilidad. Los autores también están generalmente de acuerdo en que el procedimiento ante la Corte IDH *no configura una instancia revisora* de la sentencia de la Corte Suprema. Entonces, si no es un tribunal de apelación no debe actuar como de ordinario lo hace un tribunal de apelación. Pues si escruta minuciosamente la sentencia (como hizo) y consecuentemente *ordena dejarla sin efecto*, está ordenando su revocación. Ella no lo hace, ella no emplea en modo imperativo el verbo realizativo “revocar”, pero le está exigiendo al Estado que lo haga. Quizá el defecto de estilo y de método que se aprecia en esta sentencia sea facilitador de la idea de que se está pretendiendo revocar una sentencia anterior, como interpretó la Corte Suprema¹⁹,

¹⁹ En este sentido, si el lector se toma la molestia de leer el fallo interamericano advertirá que el análisis que allí se realiza es análogo al que efectúa cualquier tribunal de apelación cuando revisa una sentencia *de novo*, es decir, cuando la examina tanto en los aspectos de hecho cuanto en los de derecho. Efectuado ese examen por la Corte IDH –más amplio, en el caso, que el de un tribunal de casación tradicional- viene la crítica del encuadre normativo de la sentencia y los argumentos justificatorios del fallo, para concluir que la sentencia “emitida el 25 de septiembre de 2001 por la Corte Suprema de Justicia de la Nación que confirmó la condena impuesta..., violó el derecho a la libertad de expresión...”

Es decir, las semejanzas del fallo interamericano con lo que podría haber realizado cualquier tribunal de apelación argentino en oportunidad de revisar una sentencia de un tribunal inferior, son enormes. En realidad, de él no surge ningún respeto a la soberanía del Estado (mucho menos una intención de “diálogo”). Tanto es ello así, que la Corte IDH no aceptó el sentido que le adjudicó el Alto Tribunal al artículo 1071 bis, como, por ejemplo, ha solido hacer históricamente la Corte Suprema –respetando las autonomías provinciales- cuando a través de su competencia extraordinaria le toca juzgar la reputada inconstitucionalidad de una norma provincial. En Costa Rica, se analizó independiente e innecesariamente el artículo 1071 bis del Código Civil (Ver párrafo 89 y ss del fallo de la Corte IDH) se consideró la ambigüedad de su texto y la Corte IDH concluyó que la violación no surgía de la norma sino que fue perpetrada por el sentido adjudicado a ese texto en la sentencia de la Corte y en la anterior. Es decir, brevemente, se juzga a la sentencia y no a la norma. Si a ello se añade que resuelve que el “Estado debe dejar sin efecto la condena”, no advierto divergencia alguna de peso con lo que podría haber realizado un tribunal superior a la Corte Suprema o con lo que ésta hace, cuando considera que una sentencia es arbitraria. Honestamente, da la sensación que la Corte IDH creyera que puede hacer tal cosa.

En definitiva, las constataciones precedentes y las mencionadas *supra* Capítulo IV permiten afirmar que la Corte IDH está “haciendo” algo diferente de los que “dice” que hace. En el presente caso, ella ha actuado, de hecho, como si fuera una instancia revisora de la sentencia de la Corte Suprema, lo que la aleja de la naturaleza *subsidiaria* de su misión.

En consecuencia, no es exagerado que la Corte Suprema recuerde (consid. 7 a 11, de la mayoría y 6 a 7 del voto concurrente de Rosatti) que la Corte IDH no es una cuarta instancia. No lo es y tampoco debe parecerlo.

3. Segunda Incógnita: ¿Es la Corte Suprema, suprema?

En nuestro ordenamiento jurídico, la Corte Suprema de Justicia de la Nación es el tribunal más alto que existe en el orden federal (art. 108 de la Constitución Nacional) y sus decisiones no son revisables por ningún otro tribunal. Escasa y excepcionalmente las revisa ella misma. Es la cabeza del Poder Judicial Federal. En este sentido, es suprema. Así lo ha refirmado el Alto Tribunal en este caso (considerandos 11, del voto mayoritario y 6, del voto de Rosatti).

La respuesta parece obvia, pero, como decía Oliver W. Homes (Jr) nosotros también debemos educarnos en lo obvio, debemos aprender a trascender nuestras propias convicciones, y tolerar los cambios profundos, en tanto ellos provengan de la mano ordenada de la ley²⁰ (incluyo en la expresión “ley”, a la Constitución).

Esta idea de Holmes viene a cuento de que hay autores y decisiones judiciales que propician lo que es para la mayoría de la Corte Suprema y para otros profesionales, una ampliación de las atribuciones de la Corte IDH que va más allá del texto

²⁰ HOLMES (Jr), Oliver Wendell, “Law and the Court”, discurso pronunciado el 15 de febrero de 1913, en la Harvard Law School Association of New York, Harvard Law School Library / Howe, Mark DeWolfe. Research materials relating to life of Oliver Wendell Holmes, Jr., 1858-1968. MDH research materials, Holmes - uncollected Essays, Vol. V, May 1884-1923: Box 32, Folder 55, p. 102.

convencional. Es decir, esta pretensión no viene “*de la mano ordenada de una reforma legislativa*” y/o convencional, analizada amplia y minuciosamente por todos los países interesados y por todos los especialistas en la materia. Ni siquiera, como dice la mayoría de los jueces de la Corte Suprema, existen constancias de que este tema haya estado presente en los trabajos preparatorios del Pacto. Se pretende imponerlos forzosamente.

En supuestos tales, el intérprete debe serenar su espíritu, agudizar el ingenio y analizar los presupuestos sobre los que se estructura esa aspiración ampliatoria y la propia.

Con esta advertencia en mente, volvamos al caso que nos inquieta. El gobierno federal está en la obligación constitucional de celebrar tratados de paz y comercio con las demás naciones. Así lo dispone el art. 27 de la Constitución expresamente y así lo recordó la mayoría de los jueces de la Corte Suprema. No obstante, se ha puesto un límite a esa carga. Ese límite consiste en que lo acordado en esos instrumentos debe estar “*en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución*” (art. 27). La Ley Fundamental no explicita cuáles serían esos principios, pero no parece muy discutible que, como se sostiene en el fallo, entre ellos está el carácter supremo de la Corte, la división de poderes, las atribuciones de cada rama de gobierno y la supremacía de la Constitución. Esto, para mí, es algo obvio. Sin embargo algunas visiones internacionalistas no lo tratan, actúan como si esa cláusula no estuviera escrita o como si hubiera sido “superada” por el paso del tiempo (una suerte de desuetudo, nacional e internacional) o juzgan, más radicalmente, que el derecho internacional está por encima de ella (y de la Constitución).

Contrariamente, como expresó en su voto Rosatti:

«El constituyente ha consagrado en el citado art. 27 una esfera de reserva soberana (margen de apreciación nacional) delimitada por "los principios de derecho público establecidos en la Constitución Nacional", a los cuales los tratados internacionales -y con mayor razón aun la interpretación que de tales tratados se

realice- deben ajustarse y con los cuales deben guardar conformidad.

A partir de esta cláusula no es posible hacer prevalecer automáticamente, sin escrutinio alguno, el derecho internacional - sea de fuente normativa o jurisprudencial- sobre el ordenamiento constitucional. »

El artículo 27 de la Constitución podría ser reformado, limitado o extendido. En principio, no veo inconveniente formal para ello. Pero en tanto eso no ocurra, en tanto el artículo 27 siga vigente, ante un caso concreto como el presente, la Corte Suprema está en la obligación de verificar si en el instrumento internacional se ha respetado el límite que la Constitución impone al gobierno federal. Es decir, si el instrumento internacional está “en conformidad” con los principios de derecho público. Si la Convención los respeta, pero su transgresión proviene de la Corte IDH so pretexto de interpretarla, entonces ese escrutinio debe extremarse con más razón.

Estas ideas, conjugadas con la reforma constitucional ocurrida en el año 1994 adquieren mayor fuerza. Porque, como se recordará a la CADH se le confirió jerarquía constitucional, “*en las condiciones de su vigencia*” y en la inteligencia que ella “*no deroga artículo alguno de la Primera Parte de la Constitución*” (art. 75, inc. 22 de la C.N.)²¹

De aquí que el Poder Judicial del país está habilitado constitucionalmente para verificar el contenido de las disposiciones de la CADH y de sus derivados (arts. 31 y 116 de la C.N.)

Por último, la “*reserva de apreciación nacional*” en casos donde se advierte un conflicto entre la decisión internacional y el Derecho local, no es una novedad en el mundo, como lo recuerda la Corte en el considerando 10 del voto de la mayoría y es aceptada

²¹ Ver ROSATTI, Horacio D., “El Llamado ‘Control de Convencionalidad’ y el ‘Control de Constitucionalidad’ en la Argentina”, L.L., 2012 – A- 910, p. 913-914 y nota de pie de página n° 6.

desde hace años por la Corte Europea de Derechos Humanos²². Muchos países americanos, europeos y asiáticos, pusieron un límite a diversos tribunales internacionales, haciendo prevalecer sus propias constituciones. Alfonso Santiago, en un rápido repaso de los casos más conocidos, recopila antecedentes de Reino Unido, España, Alemania, Italia, Rusia, Estados Unidos, Brasil, México, Uruguay, Chile, República Dominicana y Costa Rica.²³

En conclusión, la Corte Suprema es suprema y dar curso al remedio dispuesto por la Corte IDH importaría ejercer violencia directa e inmediata sobre los arts. 27, 31 y 108 e indirecta, sobre los arts. 18 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional.

4. Tercera incógnita: las atribuciones convencionales de la Corte IDH

4.1. Los Textos y la Corte

La Corte Suprema analizó el instrumento y observó dos cosas importantes.

Por una parte, advirtió que el Art. 63.1 de la CADH no confería a la Corte IDH la atribución relacionada con “*dejar sin efecto*” una sentencia de un Estado signatario de esa Convención. Por lo tanto, la CADH no transgredía el art. 27 de la Constitución Nacional. Lo hacía la Corte IDH.

Dijo la mayoría del Tribunal:

«13) En este sentido, la CADH establece que “[c]uando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en

²² Generalmente se suele señalar el caso “Lawless v. Ireland” (No. 3), 1 EHRR 1961, p. 15, como el primero donde se aceptó esta doctrina. Ver, FITZMAURICE, Malgosia, “Dynamic (Evolutive) Interpretation of Treaties”, Hague Journal of International Law, vol. 21, p. 101, 127 (“Esta doctrina es derivada íntegramente de la práctica de la Corte y no está suministrada en la Convención. Fue introducida inicialmente por la Corte en el caso de 1961 “Lawless v. Ireland”...”).

²³ SANTIAGO, Alfonso, op. cit., Suplemento L.L., ps. 17 a 19. Ver también, BERNHARD, R., “Thoughts on the interpretation of human rights treaties”, en F. Matscher & H. Petzold (eds), Protecting human rights: the European dimension, Carl Heymanns Verlag 1988, pp. 65-70.

esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada." (art. 63.1, CADH). En consecuencia, el tenor literal de la norma no contempla la posibilidad de que la Corte Interamericana disponga que se deje sin efecto una sentencia dictada en sede nacional.»

Está claro, pues, que la CADH no confiere atribución a la Corte IDH para ordenar que se deje sin efecto una sentencia de un Estado signatario de la Convención. La habilita para que, "*si fuere procedente, se reparen las consecuencias de la medida*". Pero obsérvese que el texto del art. 63.1 habla de las consecuencias de la medida, no de la medida y sus consecuencias. Ergo, si la "medida" que vulneró el derecho humano de los periodistas fue "*la sentencia de la Corte... que confirmó la condena impuesta...*" (sic) deben repararse sus consecuencias; en el caso, la restitución del dinero de la indemnización y los otros daños reconocidos por el fallo internacional. Más aún cuando la sentencia ha pasado en autoridad de cosa juzgada hace más de once años.

Por último, obsérvese que la Corte IDH tampoco funda el remedio impuesto en el art. 63.1 de la CADH. Dice que "*el Tribunal dispone, de conformidad con su jurisprudencia, que el Estado debe dejar sin efecto...*" (párr.. 105) y la jurisprudencia a la que remite, tampoco menciona cuál es el soporte normativo de ese remedio²⁴. No es un punto menor destacar que esos casos versaron sobre periodistas condenados criminalmente. No eran pleitos entre particulares, donde se perseguía una indemnización económica, como el presente caso.

²⁴ Herrera Ulloa v. Costa Rica, 2.7.2004, Serie C n° 107, párr. 195; Tristán Donoso v. Panamá, 27.1.2009, Serie C. N° 193, párr. 195 y Kimel v. Argentina, 2.5.2008, Serie C N° 177, párr. 123.

4.2. La Corte IDH no fue diseñada como alzada de los poderes judiciales americanos

La Corte IDH no puede actuar sobre la sentencia. Esta inhibición se siente con mayor intensidad en casos como el presente, donde la sentencia señalada no es consecuencia de la persecución penal de un individuo, sino que se trata de un conflicto entre particulares. Ello es así, como indica el art. 63.1, por una razón muy simple que surge de una comprobación empírica: la Convención Americana no fue pensada ni diseñada como un escalón o instancia más dentro de las instancias procesales de una causa judicial entre particulares.

En efecto, véase cómo fueron las cosas. Luego de la sentencia de la Corte Suprema del año 2001, conforme marca el Reglamento, los periodistas afectados acudieron primero a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Allí presentaron lo que se denomina “*petición*”²⁵, en la que desarrollaron la presunta violación de su derecho a la libertad de expresión. Esa petición dispara la apertura de un procedimiento encaminado a determinar su admisibilidad. Conforme el art. 27.6 del Reglamento, en el pedido debe indicarse quién es el “Estado que el peticionario considera responsable, por acción o por omisión, de la violación de alguno de los derechos humanos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y otros instrumentos aplicables, aunque no se haga una referencia específica al/los artículo(s) presuntamente violado(s)”. Antes de decidir la admisibilidad de la petición, la Comisión transmite “las partes pertinentes de la petición al Estado en cuestión” (art. 30.2 *idem*). Admitida la petición por la Comisión, es registrada como “*caso*” (art. 36.2 *idem*). El expediente es identificado como “*Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina*” y no como se lo designó en el procedimiento en la Argentina, a saber: “*Menem, Carlos S. c/ Editorial Perfil S.A. y otros s/daños y perjuicios – sumario*”.

Seguidamente, se desarrolla un procedimiento que culmina en un informe donde se concluye que no se produjo la violación

²⁵ Art. 23 del Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

denunciada o que ello sí ocurrió. En este último supuesto, como ocurrió aquí, se emite un “*Informe Preliminar*” con las *proposiciones y recomendaciones* (art. 40, *idem*) a observar. Más tarde, si el Estado no da satisfacción a las proposiciones y recomendaciones, el caso es llevado por la Comisión a la Corte (art. 45, *idem*).

Como se puede observar de esta rápida descripción, la normativa revisada en ningún momento vincula la instancia interamericana con la local. Hasta caratula la causa de modo diferente, coherentemente, porque las partes también lo son. De hecho, la contraparte del juicio habido en el país cuestionado no puede participar. Como es natural, nunca se habla de revocar ni de dejar sin efecto la sentencia local. Es decir, estamos en presencia de un nuevo proceso, independiente del anterior, trabado entre las víctimas y el Estado victimario.

Es obvio que si la CADH hubiera sido pensada y diseñada como última instancia procesal de una causa judicial iniciada en uno de los países signatarios, ella habría investido de jurisdicción a la Corte IDH para revocar o confirmar la sentencia que se señala como el medio a través del cual el Estado ha violado un derecho humano asegurado en la CADH. Alternativamente, la hubiera facultado para que ordene al Estado que se deje sin efecto una sentencia considerada violatoria de un derecho humano.

Parece obvio también que si así hubiera sido, la estructura de la CADH debería haber asegurado, como mínimo, la participación de la contraparte del juicio nacional en la instancia interamericana. Algo tan básico como el derecho de defensa – asegurado en la Constitución Nacional (art. 18) y en la CADH (art. 8)- manda tal cosa²⁶.

²⁶ ¿Podría variar mi opinión si en los Reglamentos de Costa Rica se incluyera la citación de aquella persona que podría ser perjudicada en sus derechos por una sentencia de la Corte IDH o Informe Preliminar de la Comisión IDH? En principio, pareciera que esto haría desaparecer la violación al derecho de defensa que he referido. No obstante, esto sólo sería aparente. Esta persona no tiene por qué consentir que el caso sea “relitigado” ante el organismo internacional y ella no está en la obligación convencional ni constitucional de asistir. La CADH no le impone esa carga. No obstante, más allá de este punto, aún subsistirían las demás objeciones vinculadas con que el remedio aquí objetado no figura en la CADH y con la violación de los arts. 27 y 108 de la Constitución Nacional.

También habría establecido alguna forma para evitar que una sentencia tal no pasara en autoridad de cosa juzgada. Pues se trata de un instituto que existe en todas las legislaciones procesales y que cubre todas las materias.

Si se pensaba que la Corte IDH podía disponer medidas como la aquí cuestionada ¿cómo puede ser que no se haya establecido en la Convención Americana la inestabilidad de la sentencia local hasta el pronunciamiento de la Comisión o de la Corte? Si la Argentina consideró a ese remedio como uno de los posibles, ¿cómo puede ser que en el país no se haya modificado el plazo de firmeza de las sentencias definitivas, para adecuarlo con el que corresponde para presentar la “*petición*” a la Comisión IDH?

Sin embargo, no existe disposición alguna que evite que la sentencia local adquiera firmeza y que opere la cosa juzgada consecuente.

En conclusión, un repaso del Reglamento y de la Convención confirman que el procedimiento ante el foro interamericano habido en el caso caratulado “Fontevéccchia y D’Amico vs. Argentina” es diferente e independiente del juicio seguido en Argentina entre Carlos S. Menem, la editorial y los periodistas mencionados, que culminó con la sentencia de la Corte Suprema. También confirma que ni el Reglamento ni la CADH habilitan a la Corte IDH a la expedición del remedio que aquí se rechazó.

Esta conclusión, si es generalizada imprudentemente a otros supuestos, puede provocar inquietud con respecto a situaciones más graves que atenten contra la libertad o la integridad física de la persona.

En principio diré que este análisis se ha concentrado en un caso no penal, que tiene como antecedente un conflicto entre particulares. No obstante, creo que, como principio general, cuando se trata de casos que –como el presente- han sido precedidos por una sentencia en el ámbito local, el análisis debe partir del hecho que la Corte IDH siempre puede responsabilizar al Estado requiriéndole la adopción de la “medida” que sea (en tanto la

CADH la autorice) y siempre puede exigir de la Nación reparación efectiva (en tanto se establezca algún método serio para determinar cómo se dilucida la “efectividad” de la reparación), sin entrometerse con sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada o que afecten el derecho de defensa de un individuo que no fue parte en el trámite interamericano.

Son muchos los medios con que cuenta el Poder Ejecutivo para satisfacer diferentes tipos de reparación de la que tenga que responder. Posee el mando de las fuerzas armadas y de seguridad, es el Jefe de la Administración Nacional, tiene poder de indulto y conmutación de penas, posee iniciativa legislativa, y hasta sin ella, el Congreso Nacional puede ejercer sus atribuciones propias y legislar en todo aquello que afecte los derechos humanos mencionados, incluyendo su poder de amnistiar. También poseen los medios para actuar sobre los gobiernos provinciales, en caso de que fuera necesario.

Es decir, sin necesidad de actuar o mandar actuar sobre el Poder Judicial, por virtud de la Constitución Nacional, el Poder Ejecutivo y el Legislativo concentran todas las herramientas (excepto juzgar), y éstas son aptas, para custodiar los derechos humanos de los habitantes.

4.3. La reforma constitucional de 1994

Ahora analicemos qué ocurre con la tantas veces recordada “jerarquía constitucional” de la CADH. Mucho se ha escrito al respecto. Desafortunadamente, el texto constitucional es oscuro²⁷ y gran parte de los comentarios a él –de pronunciado contenido retórico y voluntarista-, no proporcionan claridad suficiente ni suministran pautas útiles para resolver problemas concretos²⁸.

²⁷ *Idem*, Ramírez Calvo, Ricardo, “La Constitución reformada y los tratados internacionales”, en *L.*, 1995-B, p. 773, 774 2da. Col.

²⁸ Ver Capítulo III, de la exposición de Manuel GARCÍA MANSILLA titulada, “Las Arbitrariedades del caso ‘F.A.L.’ Omisiones, Debilidades y (Ho) (E) rrores del ‘Roe vs. Wade’ Argentino”, Anales

Ese estatus fue concebido en la reforma constitucional de 1994, hace apenas 23 años. Es decir que, en lo que nos interesa ahora, no estamos enfrentando un texto concebido en el siglo XIX que necesita ser re-significado, actualizado a la sociedad moderna. Es un texto reciente, moderno y muy original y de fuerte contenido simbólico, pues reconoce como antecedente las graves violaciones a los derechos humanos cometidas desde el Estado, a partir del año 1975, agravadas exponencialmente durante la dictadura militar subsiguiente.

Algunos defienden que la CADH inviste de jurisdicción a la Corte IDH para revocar u ordenar que se dejen sin efecto sentencias de la Corte Suprema. Pero, como constató el Alto Tribunal, el texto de la CADH nada dice al respecto. Además, si los Constituyentes del '94 hubieran pensado, imaginado o supuesto que ese remedio podía ser extraído de algún modo válido de la Convención, su mención o discusión habría ocupado, las exposiciones que trataron la incorporación de la CADH al nuevo inciso 22 del art. 75. Esa mención o discusión hubiera sido ineludible, no sólo por las implicancias teóricas y prácticas que ello tendría sobre los artículos 18, 27, 31 y 108 de la Ley Fundamental sino también porque, como recuerda Alfonso Santiago, en la ley 23.409, que declaró la necesidad de la reforma constitucional, se vedaba modificar las tres primeras cláusulas (prohibición que finalmente integró el texto del inciso 22) y no se disponía reformar la cuarta.²⁹

Sin embargo, en la Convención no sólo no se dijo una palabra del tema –léase la extensa 3^a. sesión ordinaria del 2 y 3 de agosto de 1994, Convención Nacional Constituyente- sino que al redactarse el texto del inciso 22, luego de expresar que la CADH, entre otras Convenciones y Declaraciones, tiene “jerarquía constitucional”, se agregó la frase que dice que esas Convenciones

de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Tomo XXXIX – 2012, Parte II, p. 347 (2013). (“En definitiva, desde la perspectiva constitucional, no existe argumento válido alguno que permita sostener la supremacía del derecho internacional sobre nuestra Constitución. No se trata aquí de “una especie de temor hacia el derecho internacional”, sino de interpretar correctamente las disposiciones constitucionales.” (Cap. III, penúltimo párrafo).

²⁹ SANTIAGO, Alfonso, Suplemento L.L. cit., p. 16, col. 1.

“no derogan artículo alguno de la primera parte”. Si se tiene presente este texto, creo que no es opinable que la función que esa cláusula posee en él es la de asegurar y limitar al legislador y al intérprete.

Ergo, postular el cumplimiento incondicionado de la manda interamericana, exige una “obediencia debida” que arrastra y desnaturaliza las garantías constitucionales a las que he hecho mención anteriormente (arts. 18, 27 y 31), carece de soporte en el art. 75.22 de la Constitución Nacional y lo desnaturaliza, al prescindir, de hecho, de la limitación que él impone.

Ese remedio, además, tampoco halla sustento en el Pacto de San José de Costa Rica, donde no figura entre los remedios del art. 63.1 y tiene por consecuencia, bien que indirecta, la violación del debido proceso de la parte no victimizada por la sentencia argentina, derecho que asegura el art. 8 de la CADH.

En este contexto, no deja de ser curioso el pedido de la Procuración General. En el Cap. IV de su dictamen expuso que como la sentencia de la Corte Suprema favorable Menem “*debe ser dejada ahora sin efecto por la Corte Suprema*”, corresponde, *en resguardo a su derecho a ser oído correrle traslado de la presentación del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto*”. Pareciera que para la Procuradora el derecho a ser oído es un mero trámite que se puede cumplir al comienzo del proceso interamericano o cuando ya se pronunció el fallo. En realidad, lo que se vaya a decir en ejercicio de ese derecho no le importa mucho porque, según ella dice, la sentencia argentina debía ser dejada sin efecto. Pareciera también que no ha sospechado que el cumplimiento incondicionado de esa manda puede afectar la cosa juzgada.

5. La pérdida del equilibrio conceptual

Tanto la Procuración General como algunos autores parecen estar obsesionados con cumplir la manda remedial de la Corte interamericana, al alto precio –en mi opinión– de violar la

Constitución Nacional y la Convención Americana. Manejan un pequeño grupo de ideas preconcebidas para circunstancias diversas y toda la realidad debe encajar dentro de ellas a como dé lugar, aun cuando esa realidad difiera del contexto que se tuvo en mira al momento de diseñar la institución y sus atribuciones. No existe esfuerzo en adaptar y/o flexibilizar los textos o sus interpretaciones. No se diferencian supuestos ni contextos. Entre esas ideas se eleva a dogma la supremacía total del orden internacional por sobre el nacional, aunque esa concepción conduzca a ejercer violencia sobre normas constitucionales claras. Como consecuencia de esa forma de pensar, todo lo que dispongan, impongan, ordenen, enseñen o indiquen los jueces de la Corte IDH *debe ser* cumplido bajo amenaza de responsabilidad internacional.

Claro, esta posición da lugar a ciertas perplejidades, pues ¿cómo puede ser que se ordene mandar dejar sin efecto una sentencia, cuando en el proceso interamericano no participó el litigante que venció en la sentencia descalificada? Por afirmar un derecho reconocido en la CADH (art. 13) ¿puede la Corte IDH dejar de lado otro derecho garantizado en la CADH (art. 8)? ¿Puede la Corte IDH, en ejercicio de su jurisdicción, disponer en su fallo un remedio o una reparación para la cual no ha sido facultada por la Convención? Si la CADH autoriza la orden de dejar sin efecto una sentencia, con base en el art. 63.1, ¿no violaría ese precepto los arts. 18, 27 y 31 de la Constitución Nacional?

Como decía Genaro R. Carrió las perplejidades son índice seguro de la *pérdida del equilibrio conceptual*. La expresión la toma de P.F. Strawson, quien con gran claridad decía:

“La pérdida del equilibrio conceptual es el resultado de una especie de ceguera selectiva que suprime grandes extensiones del campo de visión intelectual, pero que permite que se destaque una parte del mismo con una claridad muy particular... Puede ocurrir que momentáneamente nos domine un solo modo del funcionamiento lógico de las expresiones lingüísticas, o una sola manera de emplear el lenguaje... o una sola especie de explicación, o un solo grupo de ejemplos de la aplicación de un concepto cualquiera. Las deformaciones conceptuales que derivan de una

obsesión tal son, igualmente, de diversas especies. Puede ocurrir que quien esté bajo esa dominación intente presentar o explicar una cosa distinta en términos de su modelo preferido o recurriendo a analogías con él... Para rectificar esas deformaciones es necesario comprender los verdaderos modos de operación de los conceptos, o de las categorías del discurso, que han sido deformados; es menester, al mismo tiempo, hacer ver las diferencias y las relaciones que existen entre aquellos modos de operación y los de los conceptos o categorías modelos. Al proceder así se hará ver también, en la medida en que ello es posible, cuáles son las fuentes del poder de obsesión y de enceguecimiento que ejercen los casos modelos...”³⁰.

Me parece que la consecuencia de la pérdida del equilibrio de los conceptos básicos que he repasado más arriba es el motor de las situaciones paradójales a que me referí allí.

Una lectura desapasionada del Pacto de San José deja ver con claridad que ese documento no atribuye a la Corte interamericana la potestad de ordenar que se revoquen sentencias de los tribunales americanos. Tampoco sugiere efectos equivalentes que repercutan sobre la sentencia misma. Los procesos ante, y las sentencias de, la Corte IDH, según la CADH, no están pensadas para una situación como esa. Pretender forzar los textos como si se estuvieran refiriendo a esta hipótesis lleva a estas situaciones paradójales.

6. Las fuentes interpretativas: ¿Es ilimitado el poder remedial de la Corte IDH?

En tren de determinar cuál fue la idea tenida en mira por los redactores de la CADH el voto mayoritario de la Corte Suprema hizo algo elemental, como es consultar los antecedentes del artículo

³⁰ Párrafo extraído del libro de CARRIÓ, Genaro R. NOTAS SOBRE DERECHO Y LENGUAJE, citado, quien lo tomó de “Analyse, Science et Metaphysique”, editado en “LA PHILOSOPHIE ANALYTIQUE, Paris, 1962, p. 105, cita de pág. 113.

en cuestión. Éstos no siempre son útiles, pero en ocasiones pueden arrojar luz sobre alguna cuestión controversial. Entonces expresó:

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

Pizzolo discrepa con este modo de comprender ese artículo. Este autor, defensor de la posición de la Corte IDH que “ve en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos *instrumentos vivos*”³¹ expresa: “El ‘creacionismo’ que promueve la nueva Corte Suprema –que lleva a aferrarse de los trabajos preparatorios de la CADH como dogma de fe-, deja al intérprete encerrado –o perdido- en la literalidad de los instrumentos y la formalidad de los debates. Todo lo cual conlleva sacralizar el momento de la creación, a pretender detener en ese preciso instante el tiempo...”³²

El texto recién transcrito, preñado de carga emotiva, revela el desacuerdo, aparentemente metodológico, de Pizzolo. La nota posee indicaciones aun más fuertes de su descontento que discurren también sobre cuestiones de fondo. Carga las tintas encendidamente sobre el carácter fundamental de los derechos humanos y acude a fallos de la Corte IDH donde ésta se presenta

³¹ PIZZOLO, Calogero, ¿“Ser ‘intérprete supremo’ en una comunidad de intérpretes finales? De vuelta sobre una interpretación ‘creacionista’ de los derechos humanos”, Suplemento L.L., 23.02.17, p. 7, 12, col. 4. La expresión “instrumentos vivos”, “árbol viviente”, y otros sucedáneos, tan conocida en el derecho constitucional nortamericano y en el local, cobró vuelo hace unas décadas en decisiones de la Corte Europea de Derechos Humanos. Ello generó fuertes disidencias de afamados internacionalistas como Verdross y Fitzmaurice, por ejemplo (ver “Golder V. United Kingdom”, 1 EHRR 1975, p. 524, opinión de Fitzmaurice, para. 23 y de Verdross, p. 542), y es tema de discusión actual en esta área del Derecho.

³² *Idem ante*, p. 12, col. 2 *in fine*/3.

como la motorizadora de su “*evolución dinámica*” o de su “*interpretación evolutiva*”³³.

Sin duda que los derechos humanos son atributos fundamentales de todos los seres humanos, por cuya realización debemos bregar, inteligentemente. Entre nosotros, en los albores de la organización nacional ya los defendía J.B. Alberdi, en las Bases, con esa misma denominación y tantísimos otros próceres de nuestra historia (no puedo no mencionar a su contemporáneo, D. F. Sarmiento). Nuestra Constitución se abrazó a ellos en el siglo XIX y desde entonces la Corte Suprema ha venido lidiando con su aplicación. Tampoco es discutible que muchos derechos humanos, sea en la Constitucional Nacional sea en la CADH están expresados en términos ambiguos y/o vagos y ello exige del intérprete un esfuerzo intelectual para adjudicarles significado, tarea muchas veces compleja, si se la va a encarar seriamente, que no es favorecida por afirmaciones retóricas, vacías de contenido concreto, pero políticamente correctas (o incorrectas)³⁴.

Muchos nos consideramos defensores de los derechos humanos y sin embargo discreparemos, con seguridad, con relación al significado concreto de esa expresión y a su operatividad.

Pero ocurre que en el párrafo transcrito del voto mayoritario, que es el que el autor mencionado critica en los términos recordados recién, *la Corte Suprema no se está refiriendo*

³³ Las expresiones entrecomilladas han sido extraídas de una Opinión Consultiva de la Corte IDH, que cita Pizzolo, en la col. 4 de p. 12 del trabajo mencionado *supra*. A la interpretación evolutiva de los derechos humanos, algo que se ha atribuido desde tiempo antes la Corte Europea de Derechos Humanos, como mencioné en nota anterior, alude encomiásticamente PALACIO de CAEIRO, Silvia B., “Interpretación de los Tratados de Derechos Humanos”, en *Tratados de Derechos Humanos y su Influencia en el Derecho Argentino*, ed. La Ley 2015, T° I, p. 119, 162, quien la considera análoga, automáticamente, con la interpretación dinámica a la que alude la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en muchas sentencias de su colección.

³⁴ En esta área, existen decisiones de la Corte de Justicia de la Unión Europea que hablan de la interpretación evolutiva de términos genéricos. Como es inevitable en esta técnica, se han detectado inconsistencias en su empleo HELMERSEN, Sondre Torp, *Evolutionary Treaty Interpretation: Legality, Semantics and Distinctions*, *European Journal of Legal Studies*, Vol. 6, p. 161 (2013). La misma crítica se hace a las decisiones de la Corte Europea sobre Derechos Humanos, a partir de casos donde empuña la interpretación llamada “evolutiva”, ver FITZMAURICE, Malgosia, “Dynamic (Evolutionary) Interpretation of Treaties” *Hague Journal of International Law*, vol. 21, p. 101, 117 y ss.

a la libertad de expresión ni a algún otro derecho o libertad humana. Está hablando de otra cosa. Allí, el Alto Tribunal analiza el art. 63.1 que alude a la jurisdicción reparatoria de la Corte IDH.

En casos como éste y en otros semejantes, se debe ser cuidadoso y no confundir conceptualmente (i) en qué consiste un derecho (por ejemplo, el contenido de la libertad de expresión) que se reconoce a un ser humano por el hecho de serlo; y (ii) en qué consiste la acción que corresponde adoptar cuando ese derecho ha sido incumplido o violado (el remedio o la reparación)³⁵.

En el caso bajo estudio, como surge con claridad de su ubicación y de su letra, a través del art. 63.1, la Convención Americana no está reconociendo, definiendo ni garantizando un derecho humano o una libertad sino que está regulando los alcances del *poder remedial de los jueces de la Corte*.

En vista de ello, convendrá el lector que una cosa es hablar de la sacralidad de los derechos humanos y de su interpretación “evolutiva” hacia una mayor cobertura –dogmática y metodología que, más allá de sus características y de su pertinencia o impertinencia, no está en discusión en la sentencia de la Corte Suprema.

Otra cuestión bien distinta es referirse a la extensión “dinámica” o “evolutiva” de los *poderes remediales* del tribunal.

Cuando nos expresamos de ese modo, por un lado estamos incurriendo en la pérdida del equilibrio conceptual de que hablaba

³⁵ En una nota reciente, titulada “En ocasiones necesitamos educarnos en lo obvio”, Suplemento La Ley del 23 de febrero de 2017, p.2, dije que creía que el primer autor que en nuestro medio había empleado la expresión “remedios” para aludir a los efectos que se siguen o que pueden seguirse de una declaración de inconstitucionalidad, fue Genaro R. CARRIÓ, en la 2da. Edición de RECURSO DE AMPARO Y TÉCNICA JUDICIAL, 1987. Estaba en un error. Había otro autor que con mucha anterioridad había identificado ese vocablo, también con referencia al amparo. Ver, GOTHEIL, Julio, “Un vacío en nuestros remedios procesales, Revista del Colegio de Abogados de La Plata, 1959, año 1, n° 2; También puede consultarse con provecho, URTEAGA, Alfredo A., “Remedios Constitucionales y Control de Constitucionalidad”, JA 2012-III-1224. En el *Common law* esta expresión es muy frecuente porque en los países de esa tradición usualmente se suele distinguir el entre derecho y el remedio, acción esta última que puede tener un contenido sustantivo o procesal, y abarca tanto el derecho público como el privado. Ver, SCHOENBROD, David, MACBETH, Angus, LEVINE, David L. y JUNG, David, J., “Remedies: Public and Private”, West Publishing Co 1990.

Strawson. Tratamos del mismo modo los derechos humanos, los remedios arbitrados en la Convención y el alcance de los poderes del tribunal interamericano. Sin duda se trata de cuestiones relacionadas pero claramente diferentes.

Por el otro lado, al proceder así no estamos viendo o estamos disimulando algo muy importante. Me refiero a que así afirmado, lo que ahora está en juego es el pretendido carácter “*discrecional*”, “*ilimitado*” de los poderes que algunos autores atribuyen a los jueces interamericanos para diseñar el remedio que prefieran. Discrecional, porque la Corte IDH tendría poder para “crear” el remedio que a su juicio sea adecuado; ilimitado, porque, como ocurre en el caso bajo comentario, se puede afectar algún derecho humano de quienes no formaron parte en el procedimiento internacional.

Por lo tanto, al postular esa metodología “evolutiva” con referencia a la jurisdicción remedial que poseerían los jueces de la Corte IDH, se está dando por sentado algo cuyo fundamento no se expresó, a saber: que esos magistrados tendrían poder discrecional, ilimitado, para diseñar en cada caso individual el remedio que prefieran, sin importar si se lesiona el derecho de defensa de quien no participó en el procedimiento internacional o la cosa juzgada (de aquí su carácter ilimitado).

A mi modo de ver, esta sorpresiva comprensión de la CADH pone en crisis no sólo la *buena fe* en la interpretación del instrumento sino también el principio *pacta sunt servanda* (arts. 26 y 31 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados) y el consentimiento prestado por los Estados signatarios de la Convención.

Esta decisión política concerniente a la extensión de los poderes de un tribunal, que normalmente, en el derecho interno, reviste gran trascendencia, tiene una estatura mucho mayor cuando nos estamos refiriendo a países soberanos, porque son éstos quienes deciden pactar o convenir a qué restricciones a su soberanía se comprometerán. Refuerza esta idea el hecho que esa “medida” (fruto de un poder discrecional e ilimitado) no surge del texto del

art. 63.1 de la CADH, tampoco de otra norma ni de los trabajos preparatorios de la Convención³⁶. Si trasladamos estos argumentos al presente caso vemos que, so color de defender una interpretación “evolutiva” de los derechos humanos, se termina bregando por más y nuevos poderes para los jueces de la Corte IDH quienes, por propia decisión y sin base normativa convencional y aun contra ella, vendrían a ejercer, inadmisiblemente, una suerte de patronato tutelar ilimitado de las sentencias de la Corte Suprema respecto de los derechos humanos.

En buena fe pienso que si se desea ampliar la jurisdicción de los jueces de la Corte IDH, reconociéndoles el remedio aquí objetado, es necesaria una reforma constitucional y un nuevo instrumento internacional o uno adicional. En las circunstancias actuales, tal aspiración sólo refleja las predilecciones y los deseos de quienes la postulan.

Resta por considerar otro aspecto de la interpretación llamada “evolutiva”, que la Corte IDH ha mencionado en otros contextos. Volvamos a las fuentes sobre las que se nutrió la Corte Suprema.

El Alto Tribunal acudió al texto de la CADH y a los trabajos preparatorios. Pizzolo critica esa metodología. Sin embargo, la Corte Suprema no hizo más que seguir el camino que le trazan los arts. 31 y 32 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, donde expresamente se refieren esas fuentes (texto y trabajos preparatorios)³⁷.

³⁶ En esta misma confusión suelen caer quienes, localmente, defienden el control de constitucionalidad de oficio: muchas veces, bajo el ropaje y la retórica de la legítima defensa de los derechos y de la Constitución, se termina propiciando y encareciendo, a veces inconscientemente, mayor poder para los jueces, sin hacerse cargo de la caracterización y de los límites de esta ampliación.

³⁷ **31. Regla general de interpretación.** I. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

2. Para los efectos de la interpretación de un tratado. el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:

a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado:

Los arts. 31 y 32 de ese Tratado, contienen una enumeración de diversas técnicas que “deben” emplearse al momento de interpretar un tratado. La obligatoriedad proviene del texto convencional. La enumeración no está exenta de problemas, porque esas técnicas pueden ser utilizadas para afirmar dos posiciones contradictorias (entre otras críticas que suelen hacerse a esas normas), no obstante, allí no se menciona la llamada interpretación “evolutiva” de la Corte IDH. Para insertarla, deberíamos hacer el esfuerzo de tomar algún término genérico y en su generalidad ver si no se puede incluir esta técnica.

Seré un poco más específico. Esto me precaverá de no incurrir en generalizaciones excesivas respecto de asuntos que pueden caer en áreas no cubiertas por la presente discusión.³⁸ De vuelta a la Convención Americana de Derechos Humanos, vemos que su texto tampoco consagra esta variante “evolutiva”. No lo hace cuando se refiere a los remedios que puede disponer ese tribunal.

Tampoco alude a ella entre los posibles métodos, técnicas o principios rectores en materia de interpretación de sus previsiones, a pesar de que –como el Tratado anterior- posee un artículo específico –el art. 29, titulado ambiciosamente “Normas de interpretación”- donde establece cuatro reglas destinadas a la interpretación de la Convención. Además, allí se hace hincapié en los derechos humanos y no en los poderes remediales de la Corte IDH.

32. Medios de interpretación complementarios. Se podrán acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31:

- a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o
- b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.

³⁸ En un trabajo muy poco consultado, Genaro R. Carrió censuraba la aspiración de la Teoría General del Derecho, en particular, de la escuela dogmática, cuando pretendía hablar del tópico “*la interpretación de la ley*”, como si esa actividad fuera algo así como pegar una etiqueta. Como si hablar de la interpretación de la ley proporcionara una unidad artificial (la interpretación) a un conjunto heterogéneo de problemas; como si fuera lo mismo interpretar la Constitución, que una ley, que una ley de impuestos o una laboral, que un código o un tratado internacional CARRIO, Genaro R., “La ‘interpretación de la ley’ como tópico de la teoría general del derecho”, Revista Jurídica JUS, La Plata 1970, n° 15, p. 35.

Es decir que la interpretación evolutiva, a los efectos de ampliar los poderes de la Corte IDH, carece de todo soporte normativo en los tratados que regulan el derecho de los tratados, en general (arts. 30 y 31 del instrumento de Viena de 1969) y en particular (art. 29 de la CADH).

En conclusión, el Pacto de San José de Costa Rica no fue diseñado para que la Corte IDH ordene dejar sin efecto sentencias judiciales. Por lo tanto, los jueces de ese tribunal no poseen tal atribución.

7. ¿Tiene fundamento convencional el sometimiento incondicionado? Una argumentación hipotética.

Analicemos el siguiente supuesto. En el presente caso, cuatro jueces de la Corte Suprema han defendido que el remedio propuesto por la Corte IDH no figura entre las mandas que la Convención Americana autoriza al tribunal de ese origen. He argumentado las razones por las cuales, en mi opinión, dicha posición es constitucional y convencionalmente correcta.

Supongamos ahora, por hipótesis, que la justificación de la mayoría de la Corte es equivocada. Asumamos que, en verdad, una interpretación “evolutiva” de los poderes que la CADH reconocería a la Corte IDH, de algún modo, valida la jurisdicción de ésta para ordenar dejar sin efecto la decisión aquí cuestionada y todas las sentencias de la Corte Suprema que, a su entender, violen el Pacto de San José.

La defensa de la Argentina expresaría –como sostuve anteriormente– que esa disposición de la CADH estaría violando los arts. 18, 31, 75, inc. 22 y 108 de la Constitución y, por virtud del art. 27, no puede convalidar ese remedio.

Pero le replican que debe dejar sin efecto las decisiones de su Corte Suprema porque así lo exigen, por un lado, la buena fe y el *pacta sunt servanda* (arts. 26 y 31 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados). El orden internacional es

superior al nacional. Por el otro, argumentarían que así lo dispone el art. 27 de esa Convención cuando expresa: *“Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”*.

Ante una situación semejante ¿Estaría la Argentina atrapada y sin salida, sometida a la discrecionalidad ilimitada de los poderes remediales de la CADH y de la Corte IDH? Mi respuesta es que no, no lo estaría. Bastaría con recordarle a nuestro interlocutor que a su ejemplar de la Convención parece faltarle la última parte del artículo 27 que cita, donde se manifiesta: *“Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.”* Y en ese artículo 46, que tanto trabajo llevó acordar³⁹, se establece lo siguiente:

“Disposiciones de derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados. 1. El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifestado en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno. 2. Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe.”

Permítanme desarrollar brevemente mi posición a la luz de estas normas.

Está fuera de discusión lo que establece el art. 27 de la Constitución. Su texto es claro y referido específicamente, como

³⁹ Para una revisión de las diferentes posiciones discutidas sobre el texto borrador originario, redactado por la Comisión de Derecho Internacional, ver KEARNEY, “Internal Limitations on External Commitments- Article 46 of the Treaties Convention”, *International Lawyer*, Vol. 4, N° 1 (1969-1970), p. 1. Según el autor, el texto finalmente elegido fue la culminación de un extenso repaso de todos los cursos de acción posibles... Ciertamente no es la regla que tendría el mayor atractivo para el ferviente nacionalista o el pérfido internacionalista... Cuando el fin más deseable es sostener la estabilidad de la estructura del tratado internacional choca con el propósito laudable de colocar algún control (*checks and balances*) sobre la conclusión de tratados, la solución razonable debió ser un compromiso que proteja a ambos grupos de interés, en su máxima extensión...” (p. 21).

pocas veces ocurre con los textos constitucionales, a una situación semejante.

Creo que tampoco es opinable que a la luz de este artículo, el remedio aquí bajo examen afecta el carácter supremo de la Corte Suprema, como ella, por mayoría, lo ha reconocido. Soy de la opinión también que ese remedio afectaría el derecho de defensa de la parte que no participó del procedimiento interamericano y que vería afectado el derecho o la libertad que la sentencia dejada sin efecto le reconoció. También lesionaría la cosa juzgada (asegurada por el art. 17 de la C.N.), manifiestamente.

Estas dos garantías no pueden ser afectadas porque así lo dispone expresamente el inciso 22 del art. 75 de la Constitución.

Por su parte, el artículo 8 de la CADH asegura el derecho de defensa en juicio. Dejar sin efecto una sentencia del tipo de la cuestionada aquí, afecta el derecho de defensa en juicio de la parte a quien no se dio participación en el proceso internacional. Defender ese tipo de remedios cuando tienen por consecuencia la afectación de uno o de “los” derechos humanos (como se suele pluralizar, para dar más fuerza la expresión) es una aberración insostenible de “los” derechos humanos que no se sostiene en la aspiración universal de su realización, ni en la razón. Se sostiene exclusivamente en la fuerza.

Si se coincide con el desarrollo anterior, y si se considera que el remedio imaginado por los jueces de la Corte IDH estaría, de algún modo, en la CADH, entonces el art. 63.1 violaría de manera *manifiesta* las disposiciones constitucionales mencionadas y el art. 8 de la CADH. Ergo, en buena fe, si se considera que el art. 63.1 de la CADH autoriza tal cosa, el consentimiento que el Estado habría prestado a esa cláusula estaría viciado, sería nulo. A la luz del art. 27 de la Constitución Nacional, ningún mandatario argentino podría haber prestado ese consentimiento de modo válido. Jamás pudo tener competencia para ello. Así lo decía el ministro Fayt hace unos años, con referencia al art. 27 de la Constitución Nacional:

“El artículo 27, a la par que prescribe al gobierno federal el deber de afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de los tratados, le impone la condición de que ha de ajustarse a los preceptos de la misma Constitución. Es, pues, nula toda cláusula contenida en un tratado que importe un avance sobre esta prescripción constitucional, porque ni el Congreso ni el Poder Ejecutivo, ni ningún tribunal representativo de los poderes públicos de la Nación, tiene el derecho o la facultad para comprometer los preceptos que afectan a la soberanía.”⁴⁰

8. Los Precedentes de la Corte Suprema

El conocedor de la jurisprudencia de la Corte Suprema sabe que ella ha tenido un recorrido sinuoso a lo largo del tiempo con relación a la obligatoriedad horizontal y vertical de sus precedentes. Sabe también que en Doctrina muchos autores piensan que las sentencias de la Corte Suprema no son vinculantes. Otros adhieren a una vinculatoriedad atenuada y unos pocos reclamamos su obligatoriedad pura y simple, con posibilidad de apartarse, en ciertos supuestos. También están quienes ven en el recambio de personal una oportunidad válida para el cambio de jurisprudencia. Entre todas estas variantes ha navegado nuestro derecho judicial federal.⁴¹ Nunca faltan apreciados colegas que se desgarran las vestiduras cuando la Corte cambia su jurisprudencia. En algunos (en ocasiones, en muchos) de esos casos, su desazón no pasa por objeciones metodológicas o sustantivas sino ideológicas. Simplemente expuesto, no concuerdan con la política de la nueva sentencia y se aferran al precedente de su predilección. Con fuerza de dogma de fe se desentienden de los hechos del caso y argumentan como si los precedentes fueran, en realidad, leyes generales inmodificables. Esta visión, fruto una vez más de un

⁴⁰ Fallos: 327: 3312, 3453 (2004).

⁴¹ Sobre el punto puede consultarse GARAY, Alberto F., “La Doctrina del Precedente en la Corte Suprema”, AbeledoPerrot 2013, Cap. VII y LEGARRE, Santiago, “Obligatoriedad Atenuada de la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, Ed. Ábaco de R. Depalma 2016, Caps. VII y VIII.

fuerte desequilibrio conceptual que asimila acríticamente el efecto de una sentencia con el de una ley, proporciona una visión deformada, porque desnaturaliza la función judicial, cuando ésta ha sido convocada para resolver casos particulares. Lo mismo sucede cuando se escribe encomiásticamente. No se analiza técnica y desapasionadamente la sentencia y los casos reputados análogos, para estudiar su correspondencia (o no) y su evolución (o involución) sino que se la valora ideológicamente con la misma extensión que describí anteriormente.

En lo que sigue trataré de no dejarme vencer por estas tentaciones.

Conforme destaque anteriormente, al momento en que se pronunció la Corte IDH, el presente caso había perdido actualidad y no poseía características que lo pudieran convertir en un precedente paradigmático para casos futuros. Era un buen caso para abstenerse. Sin embargo, como vimos, la Comisión IDH decidió a favor de su admisibilidad y años después la Corte IDH ordenó, entre otras cosas, que se dejara sin efecto la sentencia dictada en el año 2001 por la Corte Suprema en el caso “Menem c. Editorial Perfil”.

Cuando el caso fue llevado a la Corte Suprema por el Ministerio de Relaciones Exteriores, ésta se pronunció mayoritariamente negando el poder de la Corte IDH para ordenar que se dejara sin efecto la sentencia del año 2001, porque hacerlo importaría violar la Constitución Nacional y el Pacto de San José de Costa Rica. El voto mayoritario y el del Juez Rosatti no citaron ningún caso análogo donde la Corte Suprema hubiera resuelto algo semejante. Tampoco lo hizo el voto de Rosatti. El disidente, en cambio, en apoyo al *“deber de cumplir y ejecutar el pronunciamiento del tribunal interamericano”* citó la *“doctrina”* que emerge de su voto en disidencia en el caso “Cantos” (Fallos: 326: 2968). El antecedente, en mi parecer, fue correctamente referido.

En efecto, en *“Cantos v. Argentina”* –caso donde la Corte IDH también debería haberse abstenido de ingresar debido a su

intrascendencia manifiesta- el tribunal interamericano había resuelto que una sentencia de la Corte Suprema, dictada en ejercicio de su competencia originaria, en autos: “Cantos, José María c/ Santiago del Estero, Provincia de y/o Estado Nacional s/ cobro de pesos”, violaba el derecho de acceso a la justicia consagrado en los arts. 8.1. y 25 en relación con el art. 1.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En su fallo y en lo que aquí interesa, el tribunal convencional decidió:

“A1. El estado debe abstenerse de cobrar al señor José María Cantos la tasa de justicia y la multa por falta de pago oportuno de la misma; 2. El Estado debe fijar en un monto razonable los honorarios regulados en el caso C. 1099 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina...; 3. El Estado debe asumir el pago de los honorarios y costas correspondientes a todos los peritos y abogados del Estado y de la Provincia de Santiago del Estero, bajo las condiciones establecidas en el punto anterior; 4. El Estado debe levantar los embargos, la inhibición general y demás medidas que hayan sido decretadas sobre los bienes y las actividades comerciales del señor José María Cantos, para garantizar el pago de la tasa de justicia y de los honorarios regulados”.⁴²

La Corte IDH había considerado que los honorarios profesionales que Cantos debía pagar, emolumentos regulados a los abogados de la parte contraria que juzgaban exorbitantes, debían volver a fijarse en un monto “razonable”. Y además, el obligado al pago no sería Cantos sino el Estado Nacional y la Provincia de Santiago del Estero (demandada por Cantos). La Corte, por mayoría, rechazó la presentación efectuada por la Procuración del Tesoro. En cuanto al remedio propuesto por la Corte IDH, el voto de Fayt y Moliné O’Connor expresó:

“4º) Que ello es así, pues la reducción del monto de los honorarios fijados por este Tribunal a favor de los profesionales intervinientes sin darles siquiera la posibilidad de resistir una eventual petición del interesado en tal sentido -que en su caso debiera formularse, como es obvio, en el marco de la ejecución de

⁴² Considerando 2, sentencia en autos: “Cantos, José María”, Fallos: 326: 2968, 2972.

la decisión de esta Corte- vulneraría elementales garantías constitucionales de los así afectados. Ello, por cuanto los profesionales beneficiarios de esos derechos creditorios no han sido parte en el procedimiento desarrollado ante la instancia internacional. Por lo demás no corresponde sustanciar el pedido en estudio fuera de una causa judicial, confundiendo de este modo la intervención que a la Corte en todo caso podría corresponderle en orden al gobierno del Poder Judicial de la Nación, con la que resulta de su competencia originaria en materia judicial. La primera de las apuntadas circunstancias importaría la violación de garantías judiciales y del derecho de propiedad, expresamente tuteladas por la Constitución Nacional (arts. 17 y 18) como por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 8, 21 y 25; Fallos 325:28). Así bajo el ropaje de dar cumplimiento con una obligación emanada de un tratado con jerarquía constitucional (art. 63.1, de la Convención), llevaría a la inicua -cuanto paradójica- situación, de hacer incurrir al Estado Argentino en responsabilidad internacional por afectar garantías y derechos reconocidos a los profesionales, precisamente, en el instrumento cuyo acatamiento se invoca.”

El voto de Vázquez (ver considerandos 7 y 8) también basó su oposición en el derecho de defensa, de propiedad y en la cosa juzgada de los abogados cuyos honorarios se pretendían reducir en términos semejantes a los del voto anterior.

Petracchi y López, por su parte, muy brevemente juzgaron que la Corte carecía “*de atribuciones para modificar pronunciamientos jurisdiccionales amparados por el atributo de cosa juzgada*”.

Maqueda, expresó su disidencia en base a razones que reiteró ahora, en el caso “*Fontevicchia II*”.

Como se puede apreciar, hay una mayoría de cinco jueces que decidieron desestimar la presentación de la Procuración del Tesoro. Todos juzgaron que el remedio diseñado por la Corte IDH violaba la cosa juzgada (entendiendo que ella está contenida en el artículo 17 de la C.N.), tres de ellos añadieron la transgresión al

derecho de defensa de los abogados que no habían participado del procedimiento internacional y a su derecho de propiedad.

Para establecer la analogía entre un caso y otro, el intérprete siempre se ve forzado a generalizar, pues no existen dos casos iguales. En ese proceso se debe determinar cuáles son los hechos o antecedentes relevantes comunes de ambos casos y cuál sería el principio o regla al que ambos están sometidos.

En mi opinión, el precedente “*Cantos*”, fallado en el año 2003, era análogo al caso “*Fontevicchia II*” por lo que, siguiendo el principio que dice que los casos análogos deben ser tratados de la misma manera, lo resuelto allá debía reiterarse aquí. En efecto, en “*Cantos*” la Corte Suprema ya había resuelto que un remedio (dejar sin efecto una sentencia de contenido patrimonial pasada en autoridad de cosa juzgada) dispuesto por la Corte Interamericana no podía tener aceptación en esta jurisdicción si su implementación tenía por consecuencia la afectación de sendas garantías de la Constitución Nacional de personas que no habían participado en el procedimiento interamericano. En el presente caso, donde el actor había perseguido una reparación económica, ocurría lo mismo que en el anterior, a saber: el remedio impuesto por la Corte IDH era considerado violatorio de sendas garantías constitucionales de un individuo que no había sido parte en Costa Rica. Consecuentemente, la decisión mayoritaria habida en el caso “*Fontevicchia II*” es consistente con lo decidido en el precedente “*Cantos*”.

La sentencia dictada por la Corte Suprema en el caso “*Fontevicchia II*” (año 2017), por último, técnicamente, no constituye un cambio de jurisprudencia sino una reiteración del principio sentado en “*Cantos*” (año 2003).

Es cierto que existen algunos casos posteriores a “*Cantos*” donde la Corte Suprema dejó sin efecto sentencias en las que, con posterioridad a su dictado o antes de ello, la Corte IDH había condenado a la República Argentina. No obstante, los casos que se suelen referir –como, por ejemplo, los que cita el voto en disidencia del juez Maqueda- no son análogos al presente.

En efecto, en primer lugar, “*Espósito*”⁴³, “*Derecho*”⁴⁴ y “*Mohamed*”⁴⁵ eran casos penales. El primero llegó a la Corte Suprema por recurso extraordinario. Trataba sobre la investigación de una detención ilegal seguida de homicidio de un menor de edad por parte de la Policía. Se cuestionaba, puntualmente, la prescripción de la acción que la Cámara había declarado. El fallo de la Corte IDH se había producido antes de agotarse los recursos locales, por lo que no había sentencia previa de la Corte Suprema.

El segundo, era un caso de privación ilegal de la libertad y torturas. La Corte Suprema rechazó el recurso extraordinario de las víctimas (nuevamente estaba en tela de juicio la prescripción de la acción). Pero, paralelamente, uno de ellos se había presentado ante el tribunal interamericano, sin esperar a que se agotaran los recursos locales. Habida esta decisión, uno de los querellantes se presentó ante la Corte Suprema solicitando aclaratoria y revocatoria del fallo. Ésta acogió el pedido por mayoría (Fayt y Argibay votaron en disidencia).

El caso “*Mohamed*” también trataba sobre un tema penal, un homicidio culposo, donde no se había respetado el “doble conforme” (art. 8.2.h CADH)⁴⁶.

⁴³ Fallos: 327: 5668 (2004)

⁴⁴ Fallos: 334: 1504

⁴⁵ Resolución CSJN N° 477 (2015)

⁴⁶ “*Carranza Latrubesse*” Fallos: 336: 1024 (2013) no era un fallo de naturaleza penal de la Corte IDH sino de corte netamente político. Versaba sobre el procedimiento de remoción del peticionante. Además se trata de una sentencia extensísima sobre los alcances de una “recomendación” formulada en un Informe de la Comisión Interamericana. Es cierto, como advierten Zuppi y Dellutri (Suplemento L.L. citado, p. 22 in fine/23) que en “*Kimel vs. Argentina*”, la Corte IDH ordenó dejar sin efecto la sentencia condenatoria de Kimel por el delito de calumnias. Pero, sin perjuicio de que éste es un caso penal, en él, la situación también fue diferente. Por un lado, no existió una sentencia posterior de la Corte Suprema que tratara y resolviera los alcances de esa “orden”, como ocurrió en “*Cantos*” y en “*Fontevecchia II*”. Por el otro, según relata la Corte IDH en su resolución del 5 de febrero de 2013 se llevaron adelante otras actividades procesales, ajustadas a la ley. Dijo ese tribunal:

“5. De acuerdo a lo dispuesto en la Resolución de la Corte de 15 de noviembre de 2010 (*supra* Visto 3), la única medida de reparación pendiente de cumplimiento por el Estado es la referida a dejar sin efecto la condena penal impuesta al señor Kimel y todas las consecuencias que de ella se derivan (punto resolutivo séptimo de la Sentencia). En dicha Resolución quedó constando que el Estado había manifestado su voluntad de cumplir con esta medida de reparación e informó a la Corte que se había consultado a distintas dependencias estatales con el fin de indagar cuál era la manera idónea para lograr dicho cumplimiento. Según el Estado sus órganos internos concluyeron que debía interponerse un recurso de revisión de la sentencia penal condenatoria, pero que el Estado carecía de legitimación procesal para interponerlo y manifestó “su firme voluntad de acompañar [...] un *amicus*

Además, en ninguno de todos esos casos, se había corrido traslado a la parte del juicio local que no había participado en el proceso internacional. Aquí, el actor manifestó ante la Corte Suprema que él no había sido parte en el proceso internacional, en donde se había condenado al Estado, no a él.

En segundo lugar, en ninguno de estos casos se puso en cuestión la validez de una orden de la Corte IDH de dejar sin efecto una sentencia anterior de la Corte Suprema. Los razonamientos de los diferentes votos discurren por otros meandros y se encuentran muy dispersos. Por lo tanto, en ellos la Corte Suprema no trató expresa y razonadamente el asunto ni resolvió cuál era el principio aplicable.

En tercer lugar, téngase en cuenta que nunca existió una jurisprudencia monolítica sobre el punto. Precisamente los casos que la disidencia del juez Maqueda menciona no versan sobre pronunciamientos unánimes (excepto “*Mohamed*”, donde la Corte no deja sin efecto una sentencia propia ni ajena). Por el contrario, existen multiplicidad de votos, lo cual siempre complica las cosas cuando se trata de explicitar qué fue lo que resolvió (*ratio decidendi* o *holding*) la Corte Suprema o una mayoría de sus miembros⁴⁷.

curiae ante el tribunal correspondiente”, “en la eventualidad de que los peticionarios decidieran interponer el citado recurso de revisión...”

“6. El Estado aportó copia del *amicus curiae* que presentó la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación ante la Cámara Nacional de Casación Penal, en la cual se tramitó el recurso de revisión que presentaron los representantes de la hija del señor Kimel. Posteriormente, presentó copia de la sentencia que resolvió dicho recurso de revisión, la cual fue emitida el 10 de noviembre de 2011 por la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal, y solicitó a la Corte que “[u]viera] por cumplido el punto resolutivo 7 de la Sentencia [...] y [...] disp[usiera] el archivo del caso en tanto [la misma] se enc[ontraba] cumplida en su totalidad...” (Citas omitidas).

Como se puede apreciar, Kimel y el Estado buscaron la forma legal adecuada para lograr revisar la condena penal dispuesta por la Casación penal y así obtuvieron el remedio deseado. Como corresponde, existió el “diálogo” que debe existir entre la Corte IDH y el departamento de gobierno que maneja las relaciones internacionales y, entre ambos, acordaron una solución dentro de la ley.

⁴⁷ Sobre los inconvenientes que presenta este tipo de decisiones, ver, CARRIÓ, Alejandro, “Pronunciamientos de la Corte con Mayorías Ilusorias y su impacto en los Derechos Constitucionales”, Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, 2011, p. 2; GELLI, María Angélica, El Alcance de la Irretroactividad Penal y las Fuentes del Ordenamiento Jurídico en el Caso ‘Arancibia Clavel’”, L.L. 2004 – F – 906; GARAY, Alberto F., “Breve Nota a la Sentencia dictada en la causa ‘Arriola’”, J.A., AP 0003/014694.

En efecto, en “*Espósito*” la sentencia se integra con un voto plural (de dos jueces) y cinco votos concurrentes (si bien, a mi entender, el voto de Fayt, en una parte, expresa su disidencia de fundamentos) y en “*Derecho*”, existe un voto plural, un voto concurrente con éste y dos disidencias. En “*Mohamed*”, si bien está firmado por tres integrantes del Tribunal –ante el fallecimiento de Petracchi y el retiro de Fayt–, es un caso extraño decidido por vía de Superintendencia en un expediente administrativo n° 4499/13. La resolución no informa cómo o a pedido de quién se formó esa actuación. Allí, la Corte Suprema ordenó que la Cámara Criminal sorteara una nueva Sala para resolver de conformidad como había fallado la Corte IDH.

En vista de lo anterior, pienso que queda claro que la Corte Suprema no ha cambiado su jurisprudencia. El caso presente estaba regido por el principio establecido en “*Cantos*”, jurisprudencia que nunca había sido dejada de lado o abandonada explícitamente.

Ahora bien, más allá de la conclusión anterior, pienso que los autores que han criticado esta sentencia tienen razón en preocuparse. En esta decisión, como en la habida en “*Cantos*”, cuatro jueces de la Corte han cuestionado un fallo de la Corte IDH. Pero a diferencia del precedente recién aludido, es la primera vez que una mayoría del Alto Tribunal (cuatro jueces sobre cinco) expresa con tanta claridad y diversidad de razones los límites que el ordenamiento internacional y el nacional trazan a los poderes remediales de la Corte IDH y a la imposibilidad de “crear” remedios que no surjan textualmente de la CADH⁴⁸. No pueden caber dudas entonces de que la mayoría de los integrantes de la Corte Suprema ha puesto en crisis el sometimiento incondicionado a los fallos de la Corte IDH, que parte de la Doctrina postula y que algunos de los votos habidos en precedentes penales afirmaban genéricamente, sin análisis concreto, con apoyo en el texto del art.

⁴⁸ GELLI, María Angélica, Suplemento L.L. citado, p. 6, col. 3, refiriéndose a “*Cantos*” y “*Fontevicchia II*” sostuvo: “La Corte Suprema, por mayoría y dos votos en concurrencia, desestimó la presentación del Procurador del Tesoro. De todos modos, según lo interpreto y por el modo en que se expidieron los ministros del Tribunal, no emanó de la sentencia una doctrina consolidada, como sí ocurrió más de trece años después, en “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto” (alude al caso que he identificado como “*Fontevicchia II*”).”

68.1 de la CADH. Pero téngase en cuenta que aun en esos antecedentes, al momento de afirmar ese deber genérico de acatamiento, otros integrantes de la Corte Suprema agregaban que lo dicho, era “en principio”⁴⁹.

Conclusión

La sentencia de la Corte Suprema cuyo análisis he concluido, ha resistido fundadamente, una orden de la Corte IDH inapropiada y carente de soporte convencional. A través de ella, los jueces del tribunal interamericano ensanchaban su poder más allá del conferido por el art. 63 de la Convención. Incurrieron en lo que generalmente se identifica como legislación judicial. Obedecer dicha orden, hubiera causado violencia a la propia Convención y a sendas garantías (arts. 17 y 18) y disposiciones (arts. 31, 75.22 y 108) de la Constitución Nacional. En una situación tal, el art. 27 de la Constitución Nacional y la propia Convención se alzan como una barrera infranqueable.

La lectura del fallo de la Corte Interamericana evidencia que, en casos como el presente y más allá de lo que recite en sentido contrario, ella se comporta como si fuera un tribunal de alzada. No obstante, ese cuerpo no ha sido pensado ni diseñado para revisar sentencias judiciales dictadas por tribunales americanos en causas habidas entre particulares y, llegado el caso, ordenar dejarlas sin efecto o confirmarlas. La Convención, el procedimiento ante la comisión y ante la Corte IDH así lo atestiguan. La tramitada en Costa Rica versa sobre de una nueva contienda entre las víctimas (del aparato judicial, en este caso) y la Nación ofensora. Su función es *subsidiaria*; no es revisora de la sentencia anterior.

⁴⁹ Voto de Highton de Nolasco en el caso “*Espósito*”, Fallos: 327: 5668, 5707, considerando 6°; ver también voto de Fayt en p. 5688, a partir del considerando 7.

Por otro lado, como expresé, el fallo de la Corte IDH pone en evidencia que ese tribunal no ha sabido construir (i) un estilo nuevo, menos verborágico y retórico, y (ii) un enfoque metodológico que no repita vicios de la región (aunque no exclusivamente de ella), donde es común encontrar sentencias y autores que buscan soporte en lo dicho en decisiones anteriores, falladas en oportunidad de resolver cuestiones de hecho ocurridas dentro de contextos totalmente diferentes. Este caso, al momento en que lo decidió, no tenía trascendencia o interés institucional. Estas deficiencias, a mi modo de ver, quitan autoridad al pronunciamiento.

No se defienden los derechos humanos violando los derechos humanos y flaco favor se hace a la supremacía de la ley y a la de la Constitución cuando se apoya un fallo contrario a la Convención y a la Constitución, como el del tribunal interamericano.

Es cierto que en la Argentina, luego de tanta inestabilidad política ocurrida durante un período tan extenso, las nociones de ley y Constitución se hicieron añicos y es fácil pasarlas por alto. No de otro modo puede explicarse que haya existido y que se haya pretendido justificar la bochornosa Acordada CSJN de 1930⁵⁰, los golpes de estado, las legislaturas sirvientes de los poderes ejecutivos, la persecución política de quien pensara distinto, las facultades delegadas, los decretos de necesidad y urgencia (antes de la Reforma constitucional del '94), los asesinatos por razones políticas en manos de "tribunales del pueblo", la evitación de los mecanismos constitucionales y el terrorismo de estado.⁵¹ En todas esas oportunidades siempre se invocó el mal funcionamiento de las instituciones; que éstas no daban la respuesta que la sociedad

⁵⁰ CAYUSO, Susana y GELLI, María Angélica, "Ruptura de la Legitimidad Constitucional -La Acordada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de 1930-", Cuadernos de Investigaciones N° 1. Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja. Edición de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. Buenos Aires 1988.

⁵¹ Para un repaso de la herencia colonial y de la convulsionada vida institucional argentina, GARCÍA MANSILLA, Manuel y GASCÓN, Santiago José, "La Constitución Bajo Fuego, La Corte Suprema y el Proceso de Reorganización Nacional", Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires 2012, p. 1, 5 en adelante).

necesitaba o las que daba eran “injustas” o insuficientes para lidiar con los problemas del mundo contemporáneo⁵². Se inventaron doctrinas judiciales y jurídicas (por ejemplo, la doctrina de facto) para avalar esos atropellos, se las enseñó en la facultad y decenas de generaciones se educaron en ellas. Se pensó que existía una salida en nombre de las garantías individuales, de la patria (socialista o no) o de la libertad y los valores occidentales y cristianos.

La Argentina vivió durante decenas de años al margen de la ley y de la Constitución porque esas normas, se creyó, no servían. El comportamiento democrático, tampoco.⁵³

Obviamente, en un contexto así, reconstruir la noción de ley y de Constitución, como instrumentos con autoridad, como actos que representan la voluntad popular y el auto-gobierno, es una tarea muy complicada.

Predicar el análisis cuidadoso de sus palabras, detenerse en el contexto, indagar el fin que persiguen (cuando éste es legítimamente determinable), defender la seguridad jurídica y la estabilidad de las decisiones, es algo demasiado “formalista”, es demorar la realización de la “justicia”. En nuestro país y más allá de doctrinas filosóficas que puedan funcionar servicialmente a esta postura, las mentes, consciente o inconscientemente, están “formateadas” en ese pasado y en las doctrinas gestadas al abrigo de esa noción débil y degradada de la ley y de la Constitución. Así es que a una parte de nuestro foro, de la judicatura y de la academia

⁵² Ver, NINO, Carlos, “Un país al Margen de la Ley”, Emecé 1992, p. 86 (“Estos desbordes normativos en la estructuración institucional de nuestro país, demuestran que siguen persistiendo en sectores importantes de la sociedad, sobre todo en los que tienen acceso al poder público, las actitudes finalistas, que conducen a justificar la violación de las normas sobre la base del carácter imperativo de fines loables, o las actitudes formalistas complementarias de las anteriores que llevan a aplicar e interpretar las normas con absoluta prescindencia de los fines que ellas procuran satisfacer.”)

⁵³ Inestabilidad y debilidad institucional semejantes se verifican también en todos los países latinoamericanos. En ellos, las nociones de ley y de Constitución han sido tanto o más débiles que en nuestro medio. Véase, con relación a Perú, la descripción que hace DE SOTO, Hernando, respecto de la economía paralela, al margen de la ley, en “The Other Path”, Harper and Row Publishers, New York 1989. Sobre la tradición de incumplimiento de la ley forjada en la América española, véase el rápido y conocido recorrido que hace PÁSARA, Luis, “Una Reforma Imposible. La Justicia Latinoamericana en el Banquillo”, UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas, México 2015, p. 56 y ss.

no les produce asombro (o espanto) leer cómo algunos(as) autores y algunos(as) jueces(zas) evitan una ley o una disposición constitucional cuya política les disgusta o magnifican su alcance hacia realizaciones que anhelan, con la simple invocación de ciertas palabras cargadas de poderes mágicos que, empleadas en el discurso como si fueran un talismán, tienen la cualidad de convertir en legal lo que era ilegal, en voluntad del legislador lo que éste jamás soñó.

Está claro, para mí, que por ese camino no vamos a reconstruir una noción respetable de ley y de Constitución.

Por esta razón es que celebro la sentencia que he comentado. Reafirma el Estado de Derecho, la supremacía de la Constitución y la de la ley. No coincido con el razonamiento de la Corte Suprema que falló el caso “*Fontevicchia I*” en el año 2001. Estaba mal fundado. Pero esa sentencia había hecho cosa juzgada. Ergo, ella era inmodificable. Pedir su revocación, diez años después y reclamar un sometimiento incondicionado a un remedio “creado” por la Corte IDH es inadmisibile. Implicaría ir contra la ley, ir contra la Constitución y contra la Convención Americana de Derechos Humanos. Y eso, obviamente, así no se puede hacer.

