

Universidad Abierta Interamericana

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Carrera de Abogacía

Sede Regional de Rosario

"EL IMPACTO DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS A PARTIR DEL CASO FONTEVECCHIA"

Tutor: Dra. Gabriela Abud.

Alumna: Natalí Nowodworski.

Título al que aspira: Abogada.

Fecha de presentación: 27 de Marzo de 2020.

Dedicatorias y Agradecimientos:

A mis padres, quienes me apoyaron siempre en mi formación académica y en todas las decisiones de mi vida.

A mi hermana, que es mi gran compañera incondicional.

A mi ahijado, que es mi felicidad.

A mi compañero de vida, que en estuvo conmigo en el último y el más esperado tramo de la carrera, ayudándome siempre.

A mis compañeros de estudio, por todos los momentos vividos.

A todos los docentes que me enseñaron tanto y que valoraron todo mi esfuerzo, dedicación y amor por la carrera. Especialmente gracias a los docentes que conforman la cátedra de Derecho Internacional Público que me han dado lugar en ella como un par.

A la Dra. Gabriela Abud, a la que admiro profundamente, quien me ayudó desde mis primeros pasos en la carrera, me permitió aprender de ella y aceptó ser mi tutora, con toda dedicación y cariño.

A todos aquellos que no dudaron que llegaría “Este Día”.

"Los Derechos Humanos son sus derechos. Tómenlos. Defiéndanlos. Promuévanlos. Nútranlos y enriquézcanlos. Son lo mejor de nosotros. Denles vida", KOFI ANNAN (ex Secretario de Naciones Unidas).

1- Resúmen:

El presente trabajo, propone el análisis de diversas problemáticas a partir del fallo "Fontevecchia y D'amico vs. Argentina", donde en principio estudiaremos la responsabilidad internacional del Estado argentino por la sanción impuesta Jorge Fontevecchia y Héctor D'amico debido a una publicación que supuestamente habría afectado la vida privada del entonces presidente de Argentina, Carlos Menem.

El interés por abordar la siguiente temática, surge debido a que se vuelven a cuestionar temas que ya se creían superados mediante el desarrollo jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (C.I.D.H.) a lo largo de los años y el aporte de reconocidos doctrinarios.

Es mi intención, más allá del análisis de los hechos que sucedieron en el presente fallo, hacer un análisis integral de nuestro ordenamiento jurídico, donde se conectan temáticas jurídicas fundamentales como ser: el control de convencionalidad y constitucionalidad, derechos consagrados en nuestra Constitución Nacional y tratados internacionales, en especial los receptados en la Convención Americana de Derechos Humanos, la cual nuestro Estado ha ratificado. Entre esos derechos, hacemos especial mención al derecho a la honra, a la intimidad, libertad de pensamiento y expresión.

Se abordarán cuestiones relativas al orden interno argentino, a partir de la reforma constitucional de 1994, cuál es el rol de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como intérprete del Pacto de San José de Costa Rica y el carácter vinculante de sus fallos, la recepción de los tratados internacionales en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y las problemáticas que trataré a lo largo del trabajo, respecto a la primacía del derecho internacional o del derecho interno, siendo necesario delimitar las competencias de cada una de las cortes en cuestión para arribar a sentencias justas.

2- Estado de cuestión:

El fenómeno de la globalización se proyecta en distintos ámbitos. En esta creciente interdependencia mundial, lo jurídico no queda al margen. Así, cada día es mayor el impacto del derecho y la jurisprudencia internacional sobre las soberanías estatales.

Esta evolución, adquiere un significado mayor en el específico ámbito de la protección de los derechos humanos, debido a que, a lo largo de las últimas décadas, el desarrollo progresivo de las garantías más elementales de la dignidad del ser humano, junto a nuevos principios e interpretaciones nacidas de los organismos regionales de supervisión y control del Sistema Interamericano, implican reforzar la tendencia experimentada en los últimos años en orden a imponer la primacía del Derecho Internacional sobre los ordenamientos internos. (Trucco, 2012).

En el ámbito nacional, desde la ratificación de la Convención Americana de Derechos Humanos operada en 1984, nuestro país ha receptado la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para intervenir en los asuntos en que Argentina sea demandada, como así también, hemos asumido la obligación de cumplir las resoluciones dictadas por el Tribunal Interamericano, tanto las que dicte en asuntos contenciosos, como en las opiniones consultivas por los distintos actores del sistema. De esta manera, hemos consentido que sea la C.I.D.H. la intérprete final de los instrumentos de protección vigentes en nuestra región.

La protección de los derechos fundamentales de acuerdo a la Constitución Nacional y el derecho internacional de los derechos humanos, plantea importantes e interesantes puntos de conexión entre ambos órdenes jurídicos.

Es necesario advertir que actualmente la mayor parte de los derechos fundamentales de una Constitución contemporánea, están también tratados por el derecho internacional de los derechos humanos. Ello implica a menudo similitud de contenidos y de respuestas jurídicas, pero pueden darse situaciones de confrontación.

Existen dos viejas tesis que se contraponen una con la otra: una que habla sobre la supremacía constitucional, que tendía a priorizar a rajatabla la constitución sobre los tratados internacionales de derechos humanos y la otra vieja tesis que postulaba la solución

absolutamente adversa que es la de priorizar los tratados internacionales sobre el derecho local a cualquier costo.

Un derecho internacional de los derechos humanos mucho más actualizado, y aceptado hoy en día, propone la primacía del "mejor derecho", en el sentido de hacer prevalecer la regla más favorable al individuo, sea esa norma doméstica o internacional. Es una solución razonable y equitativa, aunque las posturas nacionalistas extremas no la aceptan. (Sagüés, 2006).

La polémica se incrementa cuando la primacía del derecho internacional no solamente es una cuestión de tensión entre las reglas de un tratado y la Constitución, sino entre la interpretación dada a aquellas reglas convencionales por los órganos jurisdiccionales gestados por un tratado y la Constitución. Este es el caso del "control de convencionalidad" reclamado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que postula la superioridad del Pacto de San José de Costa Rica y de la doctrina sentada por ella, por sobre las normas locales. Tal supremacía no emerge clara y directamente del Pacto de San José, sino más bien de una jurisprudencia mutativa de la Corte para afirmarse como un tribunal supranacional.

En el transcurso del presente trabajo, es mi intención desarrollar el cuestionado principio del "control de convencionalidad" , profundizando en la recepción de los tribunales nacionales, el rol que tienen los jueces nacionales en el cumplimiento de las resoluciones emanadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el famoso temor del avance internacional sobre las soberanías nacionales.

3- Marco teórico:

Este trabajo pone de relieve la situación en que se encuentran los derechos humanos tanto en el plano internacional, como la recepción que éstos tienen a partir de las decisiones emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en nuestro derecho argentino. Tanto la Corte Suprema de Justicia de la Nación como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, entienden a los derechos humanos en un mismo sentido, ya que al momento de ratificar la Convención Americana de Derechos Humanos y aceptar la competencia de la Corte Interamericana, nuestro Estado muestra su conformidad con la Convención y asume la obligación de actuar de una manera determinada, emprender acciones para promoverlos y protegerlos.

La existencia de un orden jurídico internacional, provoca una imposición de ciertos deberes y que el incumplimiento de los mismos, lleva al Estado a incurrir en responsabilidad internacional. La responsabilidad internacional del Estado, es una institución fundamental para el Derecho Internacional Público, porque en caso de no admitir responsabilidad, se suprimiría el deber de los Estados de comportarse conforme a derecho. Un Estado es internacionalmente responsable cuando viola una obligación jurídica impuesta por una norma de derecho internacional general o particular.

Si bien es de común conocimiento que, las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no son ejecutables, por supuesto que tienen un innegable valor jurídico y moral, pero quienes los niegan es por esa razón. Al no ser ejecutables, hay quienes entienden que dichas recomendaciones son obligatorias y quienes piensan que no lo son. De todas formas, hay que recordar que en muchas ocasiones la C.I.D.H. ha establecido indemnizaciones para las víctimas por violaciones a los derechos humanos, que en cierto modo podría decirse que ejerce funciones jurisdiccionales.

No hay dudas que nuestro país desde el año 1984 con el proceso de recuperación de la democracia, ratifica la Convención Americana y posteriormente con la reforma constitucional de 1994 ha generado en nuestro derecho un enorme avance en materia de derechos humanos, al haberle otorgado jerarquía constitucional a los tratados internacionales referentes a los derechos humanos y ha colocado a nivel normativo a nuestro país en un estado de absoluto respeto hacia los seres humanos.

Ahora bien, la Corte Suprema, como máximo intérprete de la Constitución Nacional, es quien se encarga de aplicar las normas contenidas en ella para que la Constitución sea una "constitución viviente" y no algo estático, sin valor ni progreso. Es por eso que preocupa la postura actual de la Corte Suprema, porque nuestro Máximo Tribunal se caracterizaba por ser un fuerte receptor de los pronunciamientos de los tribunales internacionales en materia de derechos humanos.

Es por ello que esperamos que la Corte Suprema recuerde que: *"la Constitución, con la magnitud normativa que le es inherente, y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos conforman un cuerpo jurídico que orienta su vigencia hacia un idéntico sustrato axiológico: la protección y realización de los derechos fundamentales."* (Bazán, 2010). Porque después de todo, recordemos que los instrumentos internacionales mencionados tienen por único fin, la protección de los derechos fundamentales de las personas humanas.

4- Introducción:

El tema a desarrollar pertenece a la rama de Derecho Público, y dentro de la misma área al Derecho Internacional Público y Derecho Constitucional.

Desde un primer momento supe que quería abordar este tema, porque es la rama del derecho donde me siento más cómoda, ya que hace más de tres años que me desempeño como auxiliar en esta cátedra y tengo particular interés en todos los temas que tienen relación con la protección de los derechos humanos y más específicamente aquellas problemáticas que surgen al momento de aceptar resoluciones emanadas de tribunales supranacionales y el modo en que receptan esas resoluciones el Máximo Tribunal de la Nación, como se ve en este caso en particular.

Además de mi interés personal por temas relacionados a estas ramas del derecho, quise proponer el análisis de este fallo en particular, debido a que en él se reflejan todas aquellas teorías que estudiamos en la carrera y nos encontramos ante un verdadero conflicto entre ellas.

Me adelanto a decir que la Corte Suprema de Justicia de la Nación siempre fue una fiel seguidora y respetuosa a las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, hasta este caso en particular, el cuál posteriormente analizaremos en profundidad.

Hace algunos años atrás, hubiera sido impensable imaginar que las directivas emitidas por entes “cuasi” judiciales y judiciales, como es el caso de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, podrían entrometerse dentro de los Estados para modificar sensiblemente las normas locales.

Según Hitters (2006), podemos señalar que desde ese punto de vista, se ha producido un doble efecto: por un lado la aparición de estos organismos transnacionales "controladores" de la actividad de los Estados y por el otro la incorporación de una serie de tratados y convenciones que se han filtrado al ámbito nacional y aparecen como directamente operativos. Este fenómeno ha adquirido tanta importancia que ningún abogado que inicia un proceso de cualquier tipo ni el juez que debe resolverlo le pasa de inadvertido la posibilidad que la cuestión pueda trascender las fronteras hacia un tribunal supranacional.

¿A quién se le hubiera ocurrido en otra época no muy lejana, por ejemplo que la Corte Suprema de Justicia de la Nación hubiera dicho en el caso "Simón" (Badeni, 2005) que el derecho local queda supeditado al derecho internacional de derechos humanos en los delitos de lesa humanidad y que este último ejerce una especie de tutela sobre aquel; o en el caso Bulacio (CSJN, 2004) donde decisiones firmes del más alto cuerpo de justicia del país (como ser la prescripción de la acción penal) pudieran desvanecerse al acatar pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos?

Quiero enfatizar en el valor que ha adquirido ese "derecho sin fronteras" y mostrar la doble influencia que tiene la "Convención Americana de Derechos Humanos" y lo que quizás es más importante, haber instalado un plexo normativo como el artículo 75 inc. 22 en la Constitución Nacional.

Como dice el magistrado Cançado Trindade: *"No hay que presuponer un progreso linear, constante e inevitable en la jurisprudencia internacional, pues las instituciones son las personas que están por detrás de ellas y oscilan, pues, como las nubes o las olas, como es propio de la condición humana.*

Hoy constato con nitidez, que laborar en la protección internacional de los derechos humanos, es una tarea que no tiene fin. Es como estar constantemente empujando una roca hacia lo alto de la montaña, la cual vuelve a caer y vuelve a ser empujada hacia arriba. Entre avances y retrocesos, se desarrolla la labor de protección. Pero hay que seguir luchando, no hay otra alternativa… A mis ojos, frenar los avances logrados por la hermenéutica integradora de la Corte Interamericana, sería como dejar caer la roca montaña abajo. En cuanto a la materia en examen, hay que partir del todo para llegar a los detalles y no viceversa, pues, de lo contrario, se incurre en el grave riesgo de divisar tan solo unos pocos árboles más cercanos y perder de vista la floresta como un todo".

Objetivos:

Los objetivos generales del presente trabajo pueden sintetizarse en:

- Identificar el modo en que los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos deben ser interpretados.
- Analizar el impacto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico argentino.
- Establecer la competencia de la CIDH en nuestro ordenamiento jurídico interno.

CAPÍTULO I:

"LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994"

Sumario: 1- Consideraciones generales. 2- El nuevo orden interno argentino a partir de la reforma constitucional de 1994. 3- Jerarquía normativa de Argentina. 4- El bloque de constitucionalidad. 5- Conclusión.

1- Consideraciones generales.

La reforma constitucional de 1994, introdujo un cambio sustancial al sistema jerárquico normativo en la Argentina. Algunos autores lo describen como un "achatamiento" del triángulo superior de la pirámide kelseniana, de modo que la figura actual resultante pareciera ser más un trapecio. El reinado de la Constitución dejó de ser absoluto y exclusivo, para convertirse en un gobierno mancomunado junto a tratados internacionales de derechos humanos, que pasaban a tener su misma jerarquía. (Góngora Mera, 2007).

Esta reforma, supone por consiguiente una importante ampliación al sistema de protección y garantías de los derechos humanos en Argentina. En efecto, la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos y la recepción de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Argentina han configurado un mecanismo de garantías constitucionales mucho más amplio y eficaz que el que existía previamente.

2- El nuevo orden interno argentino a partir de la reforma constitucional de 1994.

La reforma constitucional operada en 1994, sirvió sin dudas para definir nuevos paradigmas sobre la base de fuentes que debían ser renovadas, adaptando nuestra Carta Magna, y por lo tanto, al derecho argentino, a horizontes fortalecidos desde el respeto universal y regional por los derechos humanos fundamentales orientados a resguardar la dignidad humana.

El fenómeno de la internacionalización de los derechos humanos, edificado a partir de mediados de siglo XX como respuesta a las masivas violaciones experimentadas en la Segunda Guerra Mundial, implicó un consenso general sobre reglas, principios y valores que,

desde allí en adelante, todos los Estados debían tener en cuenta a los efectos de garantizar derechos a todas las personas sujetas a su jurisdicción. Es así entonces que este nuevo escenario proyectado por el derecho internacional de los derechos humanos se fue irradiando hacia el interior de los países a medida que los Estados fueron ratificando los compromisos internacionales, potenciando y enriqueciendo la protección ya prevista por las normas domésticas. (Trucco, 2017).

Desde la reforma de 1994, la recepción de instrumentos internacionales de derechos humanos universales y regionales, el Estado argentino ha aceptado, libre y soberanamente, un orden interno que ya no puede concebirse desligado o separado de las obligaciones convencionales asumidas. Todo forma parte de un nuevo escenario que debe apreciarse de manera armónica por el intérprete al momento de definir soluciones justas. Estamos frente a un Estado constitucional y convencional de derecho que obliga a una lectura "aggiornada", actualizada, de los principios que deben inspirar nuestras normas y políticas, reafirmando el protagonismo y centralidad de la persona humana en las decisiones que deben tomar los poderes del Estado.

Las decisiones de vincular al país con este orden internacional, implicó aceptar las reglas de juego coherentes con este nuevo escenario, en el que los tratados internacionales de derechos humanos cuentan con órganos propios para interpretar la correcta aplicación a nivel interno de los derechos garantizados.

3- Jerarquía normativa de Argentina.

Cada Estado define el orden de prelación de las normas, esto es, qué norma prevalece en caso de conflicto. En relación con el derecho internacional, el debate mundial acerca de qué

posición debe reconocérsele a los tratados internacionales en el derecho interno se vio reflejado en la constitución y en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

Antes de la última reforma constitucional, la Constitución sólo contenía una referencia a la supremacía constitucional ubicada en el artículo 31: *"Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ellas, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales".* Esa norma era citada como prueba de la primacía del derecho interno sobre el internacional. Según esta interpretación, la Constitución se encontraba en la cúspide del ordenamiento jurídico, luego las leyes nacionales y por debajo los tratados.

Sin embargo, mediante la jurisprudencia de la Corte Suprema, antes de 1992, se había preferido igualar las leyes a los tratados y los conflictos que pudieran surgir entre ambos, se resolvían aplicando el principio "ley posterior deroga ley anterior". De modo que, Argentina podía contraer compromisos internacionales, de los cuales podía sustraerse por acto de su exclusiva voluntad, lo que atentaba con el principio "pacta sunt servanda".

Por otra parte, la resolución de conflictos entre la Constitución Nacional y los tratados internacionales tampoco estaba exenta de dificultades. Por ejemplo, la Corte Suprema en un fallo de 1948, legitimó la incautación de la empresa alemana Merck (aunque estaba expresamente prohibida por la Constitución) debido a una exigencia internacional al respecto. (CSJN, 1948).

El dualismo defendido por la Corte se basaba además en la distinción de las normas internacionales como convenio entre naciones y como normas del ordenamiento jurídico interno. Esto suponía que los tratados debían convertirse en ley interna para que éste tuviera eficacia jurídica. Dos consecuencias jurídicas podrían extraerse de esta postura:

En caso de conflicto entre la Constitución y los tratados internacionales es posible declarar la inconstitucionalidad de la ley aprobatoria del tratado, sin que el mismo sea tachado de inconstitucional.

Las normas consagradas en los tratados no son de aplicación inmediata, sino programática.

Los problemas jurídicos que generaba la tesis dualista de la Corte Suprema, en particular el conflicto entre las leyes y tratados al considerarse de igual jerarquía, obligó a la Corte a cambiar radicalmente su postura. El reconocimiento de la supremacía de los tratados internacionales sobre las leyes de la Nación, se efectuó por primera vez en el fallo Ekmedjian Miguel Ángel c/ Sofovich Gerardo.

Una vez que el caso pasó a la Corte Suprema, el análisis giró en torno a si el derecho de réplica reconocido en el Pacto de San José de Costa Rica integraba el ordenamiento jurídico interno a pesar de la carencia de una ley reglamentaria. La Corte encontró fundamentos normativos que permitían reconocer una jerarquía superior a los tratados internacionales por sobre las leyes de la Nación y de este modo tiene una operabilidad directa.

4- <u>El bloque de constitucionalidad.</u>

La denominación “bloque de constitucionalidad” tuvo su origen en la jurisprudencia del Consejo Constitucional Francés, posteriormente fue adoptado por diversos tribunales latinoamericanos durante la década de los noventa. Cada tribunal ha entendido por “bloque”

al conjunto de normas que tienen jerarquía constitucional en el ordenamiento jurídico; la diferencia entre ellas radica en el tipo de normas que incorporan dentro del bloque.

En Argentina, hacen parte del bloque, una lista definida de Declaraciones y Tratados de derechos humanos que cumplan con estas condiciones:

- *Que estén vigentes:* se otorga rango constitucional a los tratados que la Constitución establece o los que el Congreso adicione, siempre y cuando hayan entrado en vigor conforme a las normas del derecho internacional (reuniendo el número de ratificaciones necesarias), se apliquen en las condiciones de su vigencia a nivel interno y a nivel internacional que se respeten las interpretaciones que efectúen los tribunales y organismos internacionales competentes para verificar el cumplimiento de un tratado.

- *Que no deroguen artículo alguno de la primera parte de la Constitución:* lo que significa que no pueden invocarse las Declaraciones o Tratados que hacen parte del Bloque para eliminar o reducir el alcance y protección de un derecho que reconoce la Constitución.

- *Que se interpreten como complementarios a los derechos y garantías reconocidos en la Constitución:* las Declaraciones y tratados que forman parte del "bloque" deben interpretarse de manera extensiva frente a los derechos reconocidos en el texto constitucional, de forma que amplíen el marco de protección. Esto permite que los derechos que no se encuentran explícitamente reconocidos en el texto constitucional, se puedan tutelar de manera directa en Argentina. (Góngora Mera, 2007).

La existencia de este "bloque" también acarrea una serie de efectos jurídicos, como ser:

- *La aplicabilidad directa de los instrumentos internacionales que hacen parte del bloque:* los instrumentos que forman parte del bloque son directamente aplicables por los órganos del poder estatal en Argentina.

- *La inconstitucionalidad de las actuaciones estatales contrarias a los derechos reconocidos en el bloque:* todo acto del poder público que desconozca, viole o amenace gravemente los derechos garantizados en los instrumentos que hacen parte del bloque es inconstitucional. En caso de incompatibilidad entre un tratado de derechos humanos y una ley o decreto, el operador jurídico debe aplicar el tratado. La Constitución además asigna a la Corte Suprema el deber de salvaguardar la vigencia de la Constitución y de los instrumentos sobre derechos humanos que hacen parte del "bloque", así como el de velar por la buena fe para que se cumplan con los compromisos asumidos en materia de derechos humanos.

- *La expansión de la labor interpretativa de los jueces:* a la hora de aplicar la Constitución y garantizar su supremacía, los jueces no solo deben tener en cuenta el texto constitucional, sino además los instrumentos que hacen parte del "bloque".

- *La irradiación del poder normativo del "bloque" a ordenamientos internos:* las normas que integran al "bloque" son fuente de derecho no solo para las autoridades públicas sino para todos los sujetos de derecho. Corresponde al Estado velar porque las normas internas sean acorde con el "bloque".

- *La incorporación de los principios de interpretación del derecho internacional:* la Corte Suprema en reiterada jurisprudencia, ha reconocido principios del derecho

internacional de enorme importancia, como el principio “pro homine”, que trata la interpretación de buena fe y el “pacta sunt servanda”, entre otros.

- *El poder vinculante de las declaraciones de derechos humanos incorporadas al “bloque”:* el artículo 75 inc. 22 de la Constitución reconoce jerarquía constitucional a dos Declaraciones: la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. A pesar de haber tenido un procedimiento de elaboración diferente al de los tratados, son tan vinculantes como ellos y de cumplimiento obligatorio.

- *La protección ampliada al derecho de igualdad:* se incluye al bloque de constitucionalidad la Convención de Naciones Unidas sobre la Discriminación Racial.

- *La constitucionalización de los Derechos Humanos de sujetos específicos:* al incorporar al “bloque” las Convenciones sobre Discriminación de la Mujer y sobre los derechos de los Niños, se estableció una protección más amplia e integral sobre estos sujetos, cubriendo el vacío que al respecto existía en el anterior texto constitucional.

- *La inclusión de nuevos tipos penales y reforzamiento de los ya existentes:* la jerarquía constitucional otorgada a la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y a la Convención contra el Genocidio tiene una relevancia jurídica fundamental, debido a la experiencia histórica de Argentina durante el período de la última dictadura. Con la inclusión de estos instrumentos en el Bloque de Constitucionalidad Argentina no sólo fortalece la lucha contra la tortura, sino que incorpora la figura de los crímenes de lesa humanidad (no contemplada en la ley penal).

5- Conclusión.

A partir del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con relación a dar cumplimiento a lo decidido por el tribunal regional en el caso “Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina”, recrudecen nuevos debates que parecían haberse superado.

La relación entre el derecho interno y el derecho internacional, dualismo vs. monismo, la supremacía constitucional, el orden de prelación de fuentes, el valor vinculante de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuestiones que parecen retrotraer polémicas vigentes antes de la reforma constitucional.

Será entonces, el objetivo de el presente trabajo, reforzar algunos fundamentos de defensa y vigencia de este orden constitucional y convencional de derecho, reafirmando el valor de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y desvirtuando algunos fundamentos dados por la Corte Suprema que intentan restar eficacia y valor de dichos pronunciamientos.

CAPÍTULO II:

"CONTROL DE CONVENCIONALIDAD"

Sumario: 1- Introducción. 2- Manifestaciones del control de convencionalidad nacional y la "cosa juzgada internacional". 3- Situación de "cosa interpretada". Variantes. Rol represivo. 4- Fundamentos del control de convencionalidad. 5- ¿Cómo y cuándo se realiza el control de convencionalidad en el ámbito nacional? 6- Los efectos del control.

1- Introducción.

Trucco (2012) sostiene al respecto que uno de los principios que con más fuerza se viene imponiendo en la jurisprudencia interamericana es el llamado "control de convencionalidad" que, reafirma la primacía que ostenta el derecho internacional de los derechos humanos, reclamando en los jueces nacionales, ya no solo ponderar la legalidad de una norma en cuanto su adecuación con la Constitución Nacional (control de constitucionalidad), sino ahora, analizar su conformidad con aquellos parámetros convencionales y jurisprudenciales derivados del sistema internacional.

El control de convencionalidad tiene por meta asegurar la eficacia funcional del sistema internacional de derechos humanos, superando los obstáculos que pudieran presentarse en el orden interno de los Estados.

Anticipamos que, el control de convencionalidad puede ser protagonizado tanto por: *organismos jurisdiccionales internacionales*, como por *entes nacionales* (jueces, legisladores, miembros del Poder Ejecutivo, Ministerio Público, Defensorías del Pueblo e incluso los abogados). El primer supuesto, llamado control de convencionalidad internacional o externo, está a cargo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuando, por ejemplo, invalida por "inconvencionales" (contrarias al derecho internacional de los derechos humanos) las reglas de derecho interno, constitucionales o subconstitucionales. El segundo supuesto, está desempeñado por sujetos nacionales (control de convencionalidad nacional o interno).

En el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos *"Gelman vs. Uruguay"* (2012), la misma sostuvo que, el control de constitucionalidad que practiquen los jueces nacionales, debe ejercitarse simultáneamente con el control de convencionalidad.

2- Manifestaciones del control de convencionalidad nacional y la cosa juzgada internacional.

Esta primera manifestación del control de convencionalidad, el operador se encuentra frente a una sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra un Estado nacional, donde lo condena a practicar determinados actos reparativos ante la lesión que se le imputa a dicho Estado. El mismo, naturalmente, ha sido parte de un proceso donde ha podido ofrecer, producir y controlar pruebas y formular sus alegaciones.

Media contra él, cosa juzgada internacional. El tema está reglado por el artículo 68 de la Convención Americana de Derechos humanos, el que determina que *los Estados partes de la Convención se comprometen a cumplir con la decisión de la Corte en todo caso en que sean parte.*

En los párrafos 69 y 73 del fallo Gelman vs. Uruguay s/supervisión de cumplimiento del primer caso de 2011, la Corte Interamericana indica que el control de convencionalidad exige por parte de los operadores nacionales, el cumplimiento íntegro y de buena fe del fallo y que las decisiones de la Corte no se vean mermadas por la aplicación de normas nacionales contrarias a su objeto y fin, o por decisiones judiciales o administrativas que hagan ilusorio su cumplimiento.

3- Situación de la “cosa interpretada”. Variantes. Rol represivo.

En este caso, encontramos criterios sentados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya en sentencias y resoluciones, ya en opiniones consultivas, en las que un Estado no ha intervenido como parte. Para dicho Estado, por ende, no hay al respecto “cosa juzgada”,

aunque sí "cosa interpretada", tales directrices le resultan, pese a todo lo indicado, obligatorias según la jurisprudencia sentada por aquel tribunal a partir de "Almonacid Arellano vs. Chile". Este fallo ha sido complementado por una serie de pronunciamientos que han auspiciado un control de convencionalidad cada vez más exigente y nutrido, en cuanto a quiénes deben verificarlo, cómo practicarlo y con qué resultados.

El fundamento jurídico de esta doctrina de la Corte Interamericana se encuentra, a su decir, en los principios internacionalistas del "pacta sunt servada", de la "bona fide" y del "effetutile" (efecto útil) de los tratados internacionales.

Sin embargo, de la lectura de este último instrumento no surge que los Estados deban proyectar en la emisión y aplicación de su derecho interno, los criterios elaborados por la Corte Interamericana cuando dicta sus fallos contra un Estado diferente al propio, o expide opiniones consultivas. El artículo 68 de la Convención alude al deber de un Estado a cumplir un fallo en un caso en el que fue parte y resultó condenado, no a cumplir sentencias pronunciadas en causas en las que no ha intervenido, o a adoptar y aplicar las interpretaciones en que estos últimos veredictos hubiese hecho la Corte Interamericana.

El control de convencionalidad en los supuestos de "cosa interpretada" deriva de una interpretación mutativa por adición, realizada por la Corte Interamericana. Esas mutaciones se fundan en un argumento de autoridad: la condición de la Corte Interamericana de intérprete final de la Convención Americana y no son tan infrecuentes en el derecho comparado. Por ejemplo, la Corte Suprema de Estados Unidos estableció en 1803, en *"Marbury vs. Madison,* el control judicial de constitucionalidad, no previsto en la Constitución estadounidense; y un siglo más tarde lo amplió, también por su voluntad, al requerir en *"Cooper vs. Aaron",* que los tribunales y demás agencias gubernativas, siguieran los lineamientos sentados en sus

fallos, dándole a estos, por ende, fuerza expansiva, más allá del mero efecto inter partes. (Sagüés, 2018).

Es interesante destacar, que para la Corte Interamericana, este control efectiviza también en lo que hace a la emisión y aplicación de normas, motivo por el cual involucra a todos los órganos legisferantes y administrativos del Estado.

En *"Almonacid Arellano vs. Chile",* la Corte Interamericana sentó los lineamientos iniciales del control de convencionalidad, de tipo "represivo", puntualizando que los jueces nacionales debían inaplicar las leyes de su Estado contrarias a los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que hubiere ratificado, en particular la Convención Americana de Derechos Humanos, tanto como las opuestas a la interpretación que ésta última hubiese hecho la propia Corte Interamericana. Tres meses después (en el caso *"Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú")* extendió tal trabajo respecto de todas las normas internas (motivos por el cual, las cláusulas constitucionales también eran captadas por el control de convencionalidad) y extendió que esa función debía ejercerse ex officio, sin necesidad de petición de partes. Posteriormente en *"Gelman vs. Uruguay",* proclamó que tal función correspondía a todos los órganos del Estado, incluyendo a los más vinculados con la administración de justicia, dentro del marco de sus competencias y que ello se refería tanto a la aplicación como emisión de normas.

Este rol "represivo" del control de convencionalidad es, desde luego, el más traumático, opina Sagüés (2018), ya que supone la inutilización (por desaparición o en su caso, derogación, según el orden jurídico de cada Estado) de normas domésticas por los propios operadores nacionales. Actualmente es el último remedio al que deben recurrir, ya que antes debe ensayarse el control constructivo o positivo de convencionalidad.

4- Fundamentos del control de convencionalidad.

Las razones dadas por la Corte Interamericana para sentar el control de convencionalidad son tres: 1- debido a que las obligaciones internacionales deben ser cumplidas de buena fe, 2- no es posible alegar el derecho interno para incumplirlas, conforme al artículo 27 de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados, 3- se considera el "efecto útil" de los tratados, que obliga a los Estados a instrumentar el derecho interno para cumplir con lo pactado.

Para muchos juristas, estas reglas implican una grave restricción de soberanía de cada Estado. Sobre esto, cabe también tener en cuenta, que en la cuna misma de la doctrina de la soberanía (en el S. XVI), Jean Bodin, la describe y la enuncia como "el poder absoluto y perpetuo del Estado", de todos modos admitía como topes que el príncipe soberano estaba obligado (como también Dios) a cumplir sus promesas, aclarando que no había mayor delito para un rey que ser perjuro. (Bodin, 1576).

Por otro lado, la Convención de Viena sobre derecho de los tratados permite en su artículo 47 al Estado, como excepción alegar su derecho interno para eximirse del cumplimiento de un tratado, si su consentimiento al elaborarlo hubiera sido viciado de una violación manifiesta y afectara a una norma fundamental de derecho interno.

5- ¿Cómo y cuándo se realiza el control de convencionalidad en el ámbito nacional?.

Como se ha mencionado anteriormente, en la sentencia dictada en el fallo "Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú", aclaró el fallo "Almonacid Arellano" en el sentido que el

control de convencionalidad puede practicarse a pedido de parte, pero también de oficio, esto es por la propia iniciativa del Juez. Se habla de un "deber" de practicar tal revisión.

Una consecuencia de ello sería que el control podría practicarse hasta el momento mismo en el que el Juez debe resolver la litis donde debiera aplicarse la norma opuesta al Pacto, con fin de inaplicarla.

La Corte Interamericana obliga al Juez local a practicar directamente el control de convencionalidad, en el sentido que ese oficio no necesita estar autorizado por la Constitución o por las autoridades domésticas. Más aún si una norma local, constitucional o subconstitucional, intentara impedir el control de convencionalidad al Juez apto para realizar el control de constitucionalidad, esa regla concluiría necesariamente inconvencional. (Sagüés, 2010).

6- Los efectos del control.

El objetivo del "control de convencionalidad" es determinar si la norma nacional enjuiciada a través de la Convención Americana, es o no "convencional". Si lo es, el Juez la aplica, en caso contrario, se trata de un caso de confrontación normativa.

Dicha inconvencionalidad, importaría una causal de invalidez de la norma, descalificada por carecer desde un inicio de efectos jurídicos (doctrina de Almonacid Arellano). La inconvencionalidad produce un deber judicial concreto de inaplicación del precepto objetado.

Si ésta no tienen desde inicio valor jurídico, equivaldría a reputarlo inexistente. Aparentemente el control de convencionalidad, es asimilable en sus efectos al control de

constitucionalidad, ceñido al caso concreto y con efectos “inter partes”. La norma repudiada es inaplicada, pero no derogada. Por resultar incompatible con el derecho superior (la Convención Americana) no se la efectiviza.

CAPÍTULO III:

"EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD"

Sumario: 1- Control de constitucionalidad y de convencionalidad. 2- La interpretación de la Constitución y de todo el derecho nacional conforme a la Convención Americana de Derechos Humanos. 3- Límites al control de convencionalidad. Margen de apreciación nacional. 4- El futuro del control de convencionalidad. 5- Recapitulaciones sobre el control de convencionalidad.

1- El control de constitucionalidad y convencionalidad.

En una primera aproximación, se puede decir que se trata de dos dispositivos distintos, con objetivos diferentes: uno intenta afirmar la primacía de la Constitución Nacional y el otro, la del Pacto de San José de Costa Rica.

Tienen en común un mismo argumento: la invalidez de la norma inferior que sea opuesta a la superior. En caso de confrontación entre una ley y la Constitución Nacional, la solución es evidente. Pero en el supuesto de una oposición entre una cláusula de la Constitución y la Convención Americana, es más discutido, pero de todos modos, el Estado debe cumplir con la Convención y no puede alegar a su Constitución para incumplir con el Pacto, esto provoca, que el Pacto está jurídicamente por encima de la Constitución. En efecto, la consecuencia del control de convencionalidad, es que la regla constitucional que lesiona el Pacto, debe quedar inaplicada o "paralizada".

Puede constatarse que, el Pacto puede lesionar jurídicamente a la Constitución, en tanto que su derecho puede acarrear la inaplicación de la regla constitucional que se le oponga o exigir la modificación de ella, como ocurrió en el fallo *"La última tentación de Cristo"*. (CIDH, 2003).

Por todo ello, también en principio, la norma subconstitucional, debe superar dos vallas: la del control de constitucionalidad y la del control de convencionalidad. Sin embargo, pueden darse situaciones especiales, supongamos que una ley viole la Constitución, pero coincida con el Pacto, por ejemplo el caso del derecho de réplica, expresamente reconocido en el Pacto en el artículo 14, pero ausente en la Constitución. Si se dictara allí una ley reglamentaria del mismo, ella resultaría inconstitucional, pero a su vez sería convencional. Como aquella cláusula negatoria de un derecho de fuente convencional, padecería de "inconvencionalidad",

la ley reglamentaria del derecho, concluiría válida por la superioridad del Pacto sobre la Constitución.

2- La interpretación de la Constitución y de todo el derecho nacional, conforme con la Convención Americana de Derechos Humanos.

Hasta ahora, el control de convencionalidad, parece operar como una suerte de rayo exterminador de las normas locales, opina Sagüés 2010, su faceta más destructiva. Pero vamos a introducirnos en otra, más constructiva o positiva.

No solamente hay que reputar como "inválidas" o "inconvencionales" las normas constitucionales y subconstitucionales opuestas al Pacto, sino que hay que esforzarse por lograr interpretarlas "de acuerdo" o "de conformidad" al mismo.

Consecuentemente, si una cláusula de la Constitución Nacional permite, por ejemplo dos o tres interpretaciones distintas, el operador deberá preferir la que coincida con la Convención Americana. A contrario sensu, significa que deberá desechar las interpretaciones de la norma constitucional o subconstitucional, que resulten incompatibles con la Convención o con la interpretación dada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Se trata de un dispositivo práctico de rescate de esas normas, que podrán permanecer como válidas, en tanto se seleccione interpretarlas conforme a la Convención Americana.

El control de convencionalidad "positivo" radica en que todo juez nacional tendrá que iluminar la interpretación y el funcionamiento del derecho local conforme al Pacto y la jurisprudencia de la Corte Interamericana. El objetivo no es excluir normas domésticas,

negándole la soberanía que tiene cada Estado parte, sino reciclarlas, adaptarlas o aggiornarlas conforme al Pacto.

3- Límites al control de convencionalidad. Margen de apreciación nacional.

La doctrina del "margen de apreciación nacional" fue pronunciada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos durante una opinión consultiva solicitada por el gobierno de Costa Rica. En esa oportunidad, la Corte tuvo que referirse a si ciertos proyectos de la reforma de la Constitución Política de Costa Rica violentaba las garantías de igualdad y no discriminación contempladas en la Convención Americana al estipular condiciones preferentes para obtener la nacionalidad costarricense por naturalización en favor de los centroamericanos, iberoamericanos y españoles, frente a los demás extranjeros.

Indicó el Tribunal que: *"la Corte tiene especialmente en cuenta el margen de apreciación nacional reservado al Estado que otorga la nacionalización sobre los requisitos y conclusiones que deben llenarse para obtenerla. Pero de ningún modo podría verse en ella una aprobación a la tendencia existente en algunas partes a restringir exagerada e injustificadamente el ámbito del ejercicio de los derechos políticos de los naturalizados".*

De lo expuesto surge que este "margen de apreciación nacional" consiste en la posibilidad de interpretar o valorar un derecho o garantía contemplado en un tratado de derechos humanos de acuerdo a las particularidades propias del país donde dicho derecho sea invocado, otorgando en definitiva, una especie de privilegio a los tribunales nacionales en la apreciación de derechos conforme las realidades que se presenten en ese país, conservando así la última

palabra para “moldear” o “adaptar” al contexto social, económico o jurídico nacional, el derecho emanado de un tratado o convenio internacional.

Sagüés (1998) sostiene que si bien es importante reconocer que ciertos derechos encuentran condicionamientos materiales y sociales derivados del ambiente donde se aplican, hay un margen nacional “aceptable” (flexible), que admitiría ciertas modalidades secundarias de aplicación y extensión, atendiendo a las idiosincrasias y experiencias de cada país, y hay otro margen “inadmisible”, integrado por un núcleo duro de derechos de fuente internacional, esenciales, básicos y por lo tanto inalterables e innegociables. Sobre estos últimos no cabrían restricciones de interpretación a cargo de las soberanías estatales.

En la opinión del profesor Trucco, no adhiere a la doctrina del margen de apreciación nacional. Cree que su recepción pondría en serio peligro la primacía que debe tener el derecho internacional de los derechos humanos por sobre todas las disposiciones o proyecciones según sea el país donde se aplique o según sean las pautas tenidas en cuenta para apreciar el contenido del derecho que se trate. (Trucco, 2012).

Sagüés sostiene que la actuación de la Corte Interamericana para corregir la amplitud del margen de apreciación nacional responde a una necesidad jurídica, ya que de no haberla, un país podría eximirse del respeto u observancia del derecho, alegando impunemente su “margen de apreciación nacional”.

Cuando un país ratificó la Convención Americana y consistió expresamente respetar a la Corte Interamericana como intérprete de sus disposiciones, no puede luego exigir cierta “flexibilidad” en atención a las particularidades propias, afectando el sentido de universalidad e integridad con que deben ser entendidos y aplicados los derechos fundamentales.

4- El futuro del control de convencionalidad.

No será de fácil aceptación incondicional de la tesis sobre el control de constitucionalidad por parte de las cortes supremas y tribunales constitucionales nacionales.

Se podría sostener que el éxito de la doctrina del control de convencionalidad dependerá de dos factores:

Por un lado, de la efectivización sensata, prudente y legítima que haga la Corte Interamericana de Derechos Humanos de tal doctrina. Antes de pronunciar la "inconvencionalidad" de, por ejemplo, una regla constitucional, la Corte deberá también agotar todos los recursos útiles para interpretarla conforme a la Convención Americana, partiendo de una presunción de convencionalidad (presunción iuris tantum) del derecho doméstico.

Otro indicador de subsistencia es el contenido intrínseco de las sentencias de la Corte Interamericana.

El buen suceso de la doctrina del control de convencionalidad está condicionado por la voluntad del seguimiento que tenga por parte de los tribunales nacionales, en particular de sus órganos supremos.

5- Recapitulaciones sobre el control de convencionalidad.

La doctrina sobre el control de convencionalidad, bien instrumentada, puede ser una herramienta provechosa para asegurar la primacía del orden jurídico internacional de los derechos humanos.

Se trata de una innovación significativa que:

- Provoca una interpretación mutativa por adición al Pacto de San José de Costa Rica.
- Recorta el margen de acción de los jueces nacionales en materia de control de constitucionalidad, de interpretación del Pacto y de las constituciones locales. La Corte Interamericana realiza una especie de "casación convencional" en materia de derechos humanos.
- Parte del supuesto de la primacía del Pacto sobre las constituciones.
- Posee una vertiente "destructiva" (no aplicar reglas locales opuestas al Pacto y a la interpretación de la Corte Interamericana) y otra "constructiva" (interpretar y hacer funcionar normas domésticas en consonancia con el Pacto y con la Corte).

CAPÍTULO IV:

"LA CONSTITUCIÓN CONVENCIONALIZADA"

Sumario: 1- Introducción. 2- Estructura de la Constitución Convencionalizada. 3- La interpretación de la Constitución Convencionalizada. Disputa sobre el intérprete máximo. 4- Voces de renuencia. 5- Conclusión.

1- Introducción.

El pase de la Constitución Nacional a una Constitución "convencionalizada", implica que algunos de sus tramos, absolutamente incompatibles con el derecho internacional de los derechos humanos, no se aplican y quedan jurídicamente bloqueados, que los demás segmentos de la Constitución Nacional conservan operatividad, pero deben conformarse y hacerse funcionar, mediante procesos de selección de interpretaciones o de reinterpretaciones mutativas por adición, sustracción o incluso mixtas de acuerdo al referido derecho internacional de los derechos humanos.

La constitución convencionalizada puede resultar ampliada o restringida y también variada en el contenido material de sus preceptos.

Cabe advertir que nos hallamos ante un Estado constitucional y convencional de derecho, donde se admite la existencia de un bloque de convencionalidad, integrado al bloque de constitucionalidad, conformado por instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos que tiene un vigor muy especial y que es exigente, impetuoso y dinámico.

Ese bloque de convencionalidad, obliga al Estado porque el propio Estado lo ha aceptado y lo hace incrementándose todos los días. Tal Estado no será de derecho si no cumple, conforme a los principios del "pacta sunt servanda" y de la "bona fide", adecuadamente con todo ese complejo normativo que voluntariamente ha ratificado.

2- Estructura de la Constitución Convencionalizada.

Existen distintas manifestaciones de la convencionalización de una Constitución Nacional, entre ellas encontramos: *cláusulas bloqueadas, con interpretación seleccionada, ampliadas, recortadas o mixtas (recortadas y ampliadas).* (Sagüés, 2017).

- *Cláusulas bloqueadas:* son reglas constitucionales, absolutamente incompatibles con el derecho internacional de los derechos humanos, incluyendo en el caso interamericano, a las irremediablemente opuestas a la interpretación dada a la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Sobre ellas corresponde practicar el "control destructivo" de convencionalidad. Esto es, reputándolas "inconvencionales", carentes de "eficacia jurídica", como sucedió en "Almonacid Arellano", 2006.

- *Cláusulas con interpretación seleccionada:* el control de convencionalidad interamericano consiste no solamente en no aplicar las reglas de derecho interno opuestas a las convenciones sobre derechos humanos ratificadas por un país, o a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, sino también, en interpretar y hacer funcionar dicho derecho doméstico en consonancia.

La primera vía para consumar tal control positivo de convencionalidad, o de "interpretación conforme", es seleccionar, entre las diferentes interpretaciones que pueda tener una regla jurídica local (constitucional o subconstitucional), aquellas que sean compatibles con los instrumentos del derecho internacional y con la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Puede hallarse respecto del art. 14 de la Constitución Nacional, que entre otros derechos enuncia el de "publicar las ideas por medio de prensa, sin censura previa". Es una regla que

admite al menos dos interpretaciones: 1- una restrictiva, de tipo arcaico, "originalista" (ceñida al momento en que se sancionó la Constitución, en 1853), podría entender que la tutela constitucional ampara solamente a las "ideas" o sea, a las opiniones y criterios, pero no necesariamente a las informaciones ni a las imágenes y, además, que la "prensa" constitucionalmente protegida, sería así la existente en aquel momento histórico, o sea la escrita y no la oral o audiovisual. 2- en cambio, una dinámico-evolutiva, puede entender que el concepto de "ideas" se extiende por analogía a las informaciones y a las imágenes de cualquier tipo, pero también a los nuevos medios de difusión.

La Corte Suprema de Justicia Argentina, por mayoría de votos, realizó en "Servini de Cubría", una interpretación del art. 14 de la Constitución, bastante compatible con el art. 13 del referido Pacto en materia de libertad de expresión.

- *Cláusulas ampliadas:* en un paso más adelante, la doctrina de la "interpretación conforme", base del control positivo o constructivo de convencionalidad, puede demandar al operador un esfuerzo más, tendiente a adaptar, adecuar o reciclar a la norma de derecho interno, con el derecho internacional de los derechos humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Se trata aquí, por ende, de una etapa de "construcción de interpretaciones", donde el operador deberá descubrir y aportar activamente nuevas posibilidades de entendimiento para el texto constitucional, la mayor parte de ellas no imaginadas por el constituyente histórico.

La Constitución convencionalizada se nutre, por ende, con cláusulas constitucionales nacionales, ampliadas o expandidas en su contenido normativo.

- *Cláusulas recortadas:* en este supuesto, el operador va a extraer del contenido normativo de un precepto constitucional un trozo incompatible con la preceptiva controlante.

Un supuesto muy frecuente ha sido el de las reglas constitucionales nacionales que posibilitan el dictado, en términos muy amplios, de amnistías o indultos. Por ejemplo, el art. 63 inc. 16 de la Constitución de Chile, que determina que es materia de ley las normas que concedan indultos generales o amnistías.

- *Cláusulas mixtas (recortadas y ampliadas):* aquí el operador toma el precepto normativo constitucional y le va a quitar un segmento de su contenido material, a la par que le agrega otro. Desde luego, es el operativo más complejo, completo y controvertido, admisible solamente en posiciones muy activistas. Su mérito estriba en lograr una adecuación de la norma inferior con la superior, justificado por las referidas razones de economía constitucional y convencional.

3- La interpretación de la Constitución Convencionalizada. Disputa sobre el intérprete máximo.

En febrero de 2017, uno de los jueces de la Corte Suprema argentina reivindicó para ese Tribunal, la condición de intérprete supremo de su Constitución. Afirmó que si bien la Corte Interamericana de Derechos Humanos era la intérprete final de la Convención Americana, la Corte Suprema argentina lo era de la Constitución Nacional.

A partir de la erección de un tribunal internacional en materia de derechos humanos, como lo es la Corte Interamericana, es obligado que en ciertos casos, para resolver si hubo o no

violación a la Convención Americana sobre tales derechos, la Corte regional también deba interpretar las normas nacionales y, entre ellas, a la Constitución Nacional. Es por eso, que puede haber una interpretación internacional de la Constitución Nacional.

La Constitución convencionalizada, va a ser interpretada tanto por los operadores nacionales, como por los órganos de la jurisdicción internacional. La cuestión es, determinar cuál órgano interpretativo (la Corte Suprema Nacional o la Corte Interamericana) debe prevalecer si ambas difieren acerca de la interpretación de una cláusula de la Constitución. Pero es necesario recordar que, siempre con referencia al tema de los derechos humanos, quien tiene la última palabra respecto a derechos reconocidos en la Convención Americana, es la Corte Interamericana.

En otras palabras, la Corte Interamericana puede concluir que una Corte nacional, en una sentencia que la misma emitió, ha violado a la Convención Americana y disponer la corrección de lo decidido en el fallo infractor, como bien sostiene Sagüés (2017), incluyendo un régimen de reparaciones. Pero la Corte Suprema de la Nación no está jurídicamente habilitada para fiscalizar o enmendar un veredicto de la Corte Interamericana, aunque hubo veces que se intentó lo contrario, lo cual vamos a ver que sucedió en el caso concreto en que se desarrolla el presente trabajo final. A lo más, esta última podría manifestar su disenso, y hasta requerir al Estado local que abandone el sistema interamericano de derechos humanos, pero respetando los plazos y términos previstos para denunciar la Convención Americana.

4- Voces de renuencia.

Como sostiene Sagüés, el ajuste de la Constitución al derecho internacional convencional de los derechos humanos, puede presentar dificultades en dos niveles: 1- de sometimiento a

normas de tal derecho internacional; 2- de sometimiento a la jurisprudencia de órganos jurisdiccionales creados por esas convenciones.

Con relación al primer supuesto, no es frecuente encontrar rechazos nacionales al derecho internacional de los derechos humanos que ese mismo país ha ratificado. Sí existen "reservas" de los Estados, al suscribir las convenciones, que como técnica aceptada por el derecho internacional permiten, dentro de ciertos límites, que el Estado salvaguarde ciertos intereses suyos que podrían verse afectados por un tratado.

En cambio, ocasionalmente, algunos Estados se han negado a ejecutar sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sea total o parcialmente. Al hacerlo, han entendido que su Constitución Nacional era suprema y que no podía ser válidamente afectada por instrumentos internacionales, ni por fallos emanados de aquel tribunal internacional, que debían ubicarse en un escalón inferior a la Constitución.

Para demostrar estas problemáticas, se destacan una serie de casos ocurridos en distintos Estados signatarios:

- *Perú:* durante el año 1999, en el caso *"Castillo Petruzzi y ots.",* se argumentó que la Corte Interamericana tipificó en una sentencia suya, en forma indebida a determinados delitos, incurrió en exceso de sus competencias y se extralimitó en sus atribuciones por indicarle a los legisladores locales cómo debían votar las leyes, a más de invocar falsamente preceptos del Pacto de San José de Costa Rica que el mismo no contiene e incurrir en "clamoroso desconocimiento" de legislación penal y militar peruana.

Pocos días después, la Corte Suprema de Justicia peruana, en el caso *"Loayza Tamayo"* proclamó inejecutable otra sentencia de la Corte Regional, atento no haberse agotado las

instancias internas previas al conocimiento del caso en el sistema interamericano y subrayó que: "el sistema interamericano de protección de los derechos humanos debe sujetarse al ordenamiento constitucional de los Estados signatarios".

Los dos pronunciamientos de rechazo fueron vertidos durante la presidencia de Alberto Fujimori, pero quedaron finalmente sin efecto por el siguiente presidente de Perú.

- *Venezuela:* este país ha tenido cierta afición en materia de declaraciones de inejecutabilidad de fallos de la Corte Interamericana, uno de los más célebres fue el pronunciamiento en la causa *"Apitz Barbera y ots."* donde la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de la República Bolivariana declaró inejecutable la sentencia del tribunal regional. La referida Sala ha instrumentado una acción popular de inconstitucionalidad contra veredictos de la Corte Interamericana, a fines de declararlos inejecutables por no someterse a la Constitución Nacional, como sucedió en otros casos.

- *Argentina:* inicialmente, cabe recordar en el caso *"Cantos",* donde la Corte Suprema se mostró reticente a ejecutar un fallo de aquel tribunal, argumentando que el mismo no respetaba adecuadamente reglas concernientes al debido proceso. Poco después en el caso *"Espósito",* practicó una suerte de "obediencia debida" a la Corte Interamericana, advirtiendo que aun cuando el veredicto de ésta resultara objetable, como intérprete final de la Convención Americana, debía ejecutarse.

Con posterioridad, la Corte argentina se mostró fiel seguidora de la doctrina del control de convencionalidad implantado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Sin embargo, el 14 de febrero de 2017, el tribunal cimero argentino decidió, pese a todos esos "positivos antecedentes", no cumplir con un sector de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos pronunciada en *"Fontevecchia y D'Amico c/ Argentina",* que le ordenaba dejar sin efecto una sentencia suya, pronunciada en 2001, en el caso relativo al ex presidente Carlos Saúl Menem, fallo que es mi centro de estudio en la presente investigación.

5- Conclusión.

En el orden normativo, la Constitución Convencionalizada se maneja con las reglas que instrumentan las ideas de "pacta sunt servanda", "bona fide" y el efecto útil de los tratados, a la par con la doctrina del control de convencionalidad, que hoy es derecho positivo vigente en el ámbito interamericano.

La Constitución Convencionalizada es la apropiada para el contemporáneo estado constitucional y convencional de derecho. Adapta y complementa a la Constitución Nacional.

CAPÍTULO V:

"EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA RECEPCIÓN DE LAS SENTENCIAS DICTADAS POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN NUESTRO DERECHO INTERNO"

Sumario: 1- La Corte Interamericana de Derechos Humanos como intérprete del Pacto de San José de Costa Rica y el carácter vinculante de sus fallos. 2- Breve evolución de la interpretación del Derecho Internacional por la Corte Suprema.

1- La Corte Interamericana de Derechos Humanos como intérprete del Pacto de San José de Costa Rica y el carácter vinculante de sus fallos.

Al momento de ratificar la Convención Americana de Derechos Humanos en 1984, el Estado argentino no solo se obligó a respetar y garantizar los derechos contenidos en el pacto y demás obligaciones convencionales, sino que además aceptó la competencia de la Corte Interamericana, tribunal regional creado por la Convención. Desde aquella ratificación, nuestro país aceptó que sea la Corte Interamericana la intérprete auténtica y legítima del Pacto. Conforme a la doctrina del control de convencionalidad, nacida y construida por la propia jurisprudencia del tribunal interamericano, los tres poderes del Estado deberán ajustar cualquier regla doméstica, decisiones judiciales y demás prácticas estatales, no sólo a las normas establecidas en la Convención, sino también a los estándares de interpretación señalados por la Corte Interamericana.

Resulta que la Corte Suprema será el máximo tribunal a nivel nacional, mientras que la Corte Interamericana lo será a nivel del sistema de protección interamericano. Esta interpretación hace que los fallos dictados por la Corte Suprema hagan cosa juzgada en sede local, en un sentido formal, mas no material, porque en caso de que esa decisión judicial, aun dictada por la máxima instancia nacional, viole derechos reconocidos en la Convención, la Corte Interamericana podrá obligarla a dejar esa sentencia sin efecto. De ser así, el fallo de la Corte Interamericana, hará cosa juzgada internacional.

En relación con el carácter vinculante de los fallos de la Corte Interamericana, la Convención es clara cuando dispone en el art. 68.1 que *"los Estados parte en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes".* Es decir que la obligación de cumplir con los fallos del tribunal regional es una obligación

convencional que ha asumido el Estado argentino. Asimismo, no debe olvidarse que, conforme el artículo 26 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe, regla internacional conocida como *"pacta sunt servanda".*

El cumplimiento de los fallos de la Corte Interamericana, debe ser íntegro, total, es decir, el Estado debe cumplir con todas las medidas de reparación ordenadas por la Corte Interamericana, sin poder alegar como excusa atribuirlos a cuestiones internas del país que le impiden dar cumplimiento a dichas decisiones.

A su vez, debe recordarse que las sentencias de la Corte Interamericana, también tienen un efecto "erga omnes", es decir que la interpretación que el tribunal regional hace de un determinado derecho, resulta luego obligatoria como "norma interpretada" para todos los demás Estados parte de la Convención, de allí la lógica del art. 69 del Pacto, que obliga a notificar el fallo no solo a las partes en el caso, sino también al resto de los Estados parte en la Convención a fin de que estos también tomen conocimiento del caso tratado y en adelante ajusten sus interpretaciones domésticas conforme la orientación señalada por la Corte. En este sentido opina Ayala Corao que "además de los primeros efectos directos e inmediatos, las sentencias de la Corte Interamericana también surten efectos indirectos para todos los Estados parte en la Convención Americana y evidentemente para las otras víctimas que no hayan sido parte del proceso. En efecto, las sentencias de la Corte Interamericana establecen interpretaciones auténticas de la Convención Americana, las cuales pasan a formar parte integrante de la Convención misma, ya que en lo sucesivo esta debe ser leída conforme a la interpretación establecida en dichas decisiones.

La ventaja del sistema interamericano de derechos humanos, a diferencia de otros sistemas regionales y universales, es que, una vez dictada la sentencia, la propia Corte Interamericana tiene competencia para supervisar el cumplimiento íntegro de ella por parte de los Estados.

De nada serviría obtener sentencias reparadoras, si no se estableciera conjuntamente un procedimiento para velar por su cumplimiento efectivo. Dijo la Corte Interamericana: "sostener lo contrario significaría afirmar que las sentencias emitidas por la Corte son meramente declarativas y no efectivas. El cumplimiento de las reparaciones ordenadas por el Tribunal en sus decisiones es la materialización de la justicia para el caso en concreto y, por ende, de la jurisdicción; en caso contrario se estaría atentando contra la razón de ser del Tribunal".

Se advierte que a lo largo de la existencia de la Corte Interamericana, los Estados han aceptado de buen grado esta función de supervisión, lo cual se ha visto clara y ampliadamente demostrado con la presentación por parte de estos de los informes que la Corte les ha solicitado, así como con la observancia de lo resuelto por el Tribunal al impartirles instrucciones o dilucidar aspectos sobre los cuales existía controversia entre las partes, relativo al cumplimiento de las reparaciones. (Trucco, 2017).

2- **Breve evolución de la interpretación del Derecho Internacional por la Corte Suprema.**

La recepción y el efecto vinculante de las sentencias de la Corte Interamericana fueron bastante dispares en la jurisprudencia nacional. Poco antes de la reforma constitucional de 1994, en el célebre caso "Ekmedjian c/ Sofovich", la Corte Suprema pareció orientar su

doctrina a la recepción amplia de la jurisprudencia internacional, dejando bien a salvo la primacía con que deberían interpretarse los tratados de derechos humanos cuando entraran en colisión con las normas locales. Así, en aquella oportunidad estableció que "la interpretación del Pacto debe además guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana, uno de cuyos objetivos en la interpretación del Pacto de San José".

Bazán (2010) opina al respecto que: "la Corte proporcionó una solución de avanzada y sentó una laudable doctrina jurídica y axiológica en la materia, que situó a nuestro país en la vanguardia latinoamericana en lo relativo al nivel de avance jurisprudencial en torno al derecho internacional de los derechos humanos, su aplicación en el derecho internacional de los derechos humanos, su aplicación en el derecho interno y el seguimiento de los pronunciamientos de la Corte Interamericana".

A los dos años de la sentencia de "Ekmedjian", la Corte Suprema parece haber querido dejar a salvo la primacía del orden constitucional sobre los tratados internacionales ratificados por la Argentina, al indicar en los casos "Café La Virginia" y "Fibracca" que los tratados gozaban de jerarquía superior a las leyes una vez resguardados los principios de derecho público establecidos en la Constitución Nacional.

Al año siguiente de aprobarse la reforma constitucional, la Corte Suprema interpretó en "Giroldi" y "Bramajo" que las condiciones de vigencia con que los tratados de derechos humanos gozan de jerarquía constitucional significan el modo como ellos efectivamente rigen en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial en los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación. (Trucco, 2017).

Si bien la Corte Suprema reconoce el carácter obligatorio de las sentencias de la Corte Interamericana, las expresiones utilizadas de guía para la interpretación fueron valoradas por la doctrina como una mención no muy contundente y un tanto débil del nivel de acatamiento interno del que debían gozar los pronunciamientos emanados por el tribunal regional.

Sin embargo, a partir de 2003, con una renovación importante de los magistrados de la Corte Suprema, el máximo tribunal parece, en reiterados casos, reforzar en forma contundente el carácter vinculante de los fallos de la Corte Interamericana. Así, en "Simón" (2005) y más tarde en "Mazzeo" (2007), la Corte Suprema no dudó en sostener que la jurisprudencia de la Corte Interamericana constituye una imprescindible pauta de interpretación de los deberes y obligaciones derivados de la Convención Americana.

Es decir, desde estos antecedentes hasta el año 2017, parecía que la jurisprudencia de la Corte Suprema había evolucionado en el claro e indubitable sentido de reconocer categóricamente la obligación de aplicar con valor vinculante los estándares fijados por la jurisprudencia de la Corte Interamericana y que de tal obligación deriva claramente del mandato convencional establecido por la propia Convención Americana.

Por otra parte, el camino de insistir en la necesidad de reivindicar y dejar bien sentado la obligación de cumplir con las reparaciones que la Corte Interamericana ordena a nuestro país a través de sus sentencias, se pueden citar decisiones judiciales que la Argentina tuvo que dejar de aplicar en virtud de medidas de reparación ordenadas por la Corte IDH. Así, por ejemplo, debe recordarse el caso "Espósito", derivado de la sentencia de la Corte Interamericana, en el caso "Bulacio", la Corte regional ordenó a nuestro país a dejar sin efecto la decisión pasada en autoridad de cosa juzgada a nivel interno de mantener firme la prescripción de la acción penal, ordenando la reapertura de la investigación por entender que

el Estado argentino había fallado en su obligación de investigar seriamente los hechos. Al volver las actuaciones a la Corte Suprema, esta estableció que las decisiones de la Corte IDH resultaban de cumplimiento obligatorio para el Estado argentino, por lo cual la Corte Suprema debía subordinar el contenido de sus decisiones a las del tribunal internacional.

A su vez, hubo casos contra la Argentina en los que la Corte IDH la obligó a adaptar normas o procedimientos judiciales para ajustarlos al cumplimiento de las garantías del debido proceso, o bien a dejar sin efecto disposiciones del Código Penal local por delitos que implicaban cercenar o violar el derecho a la libertad de expresión, tal lo resuelto en "Kimel" (2008). Asimismo, en "Mendoza", la Corte IDH obligó al Estado nacional a no aplicar en el futuro penas de reclusión perpetua a menores.

Todos estos ejemplos demuestran el impacto y valor que ha tenido para el país el cumplimiento de sentencias de la Corte IDH. Muchas prácticas injustas y arbitrarias, muchas leyes contrarias a derechos garantizados en tratados internacionales, muchas situaciones de abuso institucional hubieran quedado "firmes" en nuestro país si no hubiera sido por la intervención de la Corte Interamericana en su rol de legítima y final intérprete de la Convención Americana.

CAPÍTULO VI:

"FALLO: FONTEVECCHIA Y D'AMICO VS. ARGENTINA"

Sumario: 1- Introducción. 2- Hechos. 3- Temas que están fuera de discusión.

1- Introducción.

La relación entre el derecho interno de un Estado y el derecho internacional ha sufrido tensiones a lo largo de la historia. A los fines de su resolución, se ha recurrido por vía interpretativa, a las teorías monistas y dualistas.

Incluso antes de la reforma constitucional de 1994, esta discusión fue zanjada a favor de una postura "monista" con primacía de la Constitución Nacional por sobre el derecho internacional, pero de este sobre las demás normas de derecho interno[1] , a la que denominamos como "teoría de la primacía limitada".

Ahora bien, luego de la reforma constitucional de 1994, se inicia un proceso tendiente a lograr la plena vigencia del derecho internacional de los derechos humanos. En el marco de dicho proceso, la jurisprudencia de la Corte Suprema dejó la tesis de primacía limitada del derecho internacional para encaminarse a una primacía absoluta del derecho internacional por sobre el derecho interno, incluso por sobre la Constitución Nacional. (Ayuso, 2017).

Sin embargo, luego del cambio de composición de la Corte Suprema, se generó el interrogante de si dicho proceso de primacía del derecho internacional se consolidaría o si sufriría alguna modificación.

Este interrogante toma más fuerza a partir del dictado del fallo en comentario, dado que se desconoce si estamos en presencia de una simple pausa del proceso antes descripto o si comenzamos un nuevo proceso.

[1] Solución consagrada en diferentes fallos como: *"Ekmedjian c/ Sofovich", "Fibracca", "Café La Virginia"*, etc.

Ante esta situación, se deberá seguir atentamente al rumbo que adopte la Corte Suprema de la Nación en sus nuevos fallos.

2- Hechos.

En el año 2001, la Corte Suprema de Justicia de la Nación confirmó la sentencia de la Cámara que condenaba a los periodistas D'Amico y Fontevecchia y a la editorial "Perfil" por los daños y perjuicios causados al expresidente Menem por la difusión de ciertas notas periodísticas vinculadas con la presunta existencia de un hijo no reconocido (posteriormente reconocido legalmente).

Ante ello y al haberse pagado la indemnización fijada, los condenados sometieron el caso al sistema interamericano de protección de derechos humanos en el entendimiento de que la sentencia de la Corte Suprema, había vulnerado el derecho de libertad de pensamiento y de expresión (artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos), lo que generaba la responsabilidad internacional del Estado argentino.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró que el Estado argentino había violado el derecho a la libertad de expresión de los peticionantes (conforme al citado artículo 13), al declarar que su propia sentencia implicaba una forma de reparación del derecho "per se" y dispuso, además que el Estado argentino debía:

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

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

Entregar las sumas reconocidas en dicho fallo, comprensivas del reintegro de los montos de la condena, como las correspondientes a las reparaciones admitidas en su decisión internacional (daño material, gastos derivados de trámite de proceso interno y procedimiento internacional).

Hay que recordar que en el proceso ante la Corte Interamericana, solo intervienen los denunciantes y el Estado argentino, no el beneficiario de la sentencia local (Menem).

En virtud de esa sentencia, el Estado argentino inició internamente el proceso de su cumplimiento al haberse cumplido lo exigido en el segundo punto mencionado ut supra y estar en proceso de cumplimiento el tercer punto.

A su vez, respecto al primer punto sobre dejar sin efecto la decisión judicial anterior, dado que estaba dentro del margen de sus atribuciones, el Ministerio de Relaciones Exteriores realizó la presentación judicial para ello, lo que motivó el dictado de la resolución en comentario.

La resolución fue dictada por mayoría, cuatro (Lorenzetti, Highton, Rosenkrantz en conjunto y Rosatti por su voto) rechazando la posibilidad de revocar la sentencia anterior de la Corte y uno a favor (Maqueda).

Los fundamentos brindados para denegar el pedido de revocación fueron de dos órdenes, uno internacional y otro interno.

El argumento de fuente internacional fue que lo resuelto por la Corte Interamericana excedía su competencia remedial que establece la Convención Americana y se consagró una cuarta instancia revisora no prevista.

Y el argumento de fuente interna fue que la decisión de la Corte Interamericana de ordenar a la Corte Suprema que dejara sin efecto una sentencia contradice con los principios de derecho público argentino, en especial con el art. 108 de la Constitución Nacional en cuanto consagra que la Corte Nacional es suprema.

En definitiva, entendió de imposible cumplimiento la revocación ordenada a la luz del ordenamiento jurídico interno, más precisamente la Constitución Nacional.

En cambio, la minoría entendió que correspondía dejar sin efecto la sentencia anterior de la Corte Suprema porque los fallos de la Corte Interamericana resultaban obligatorios para el Estado argentino. (CIDH, 2017).

Del análisis del voto mayoritario, surge la consagración de una primacía limitada del derecho internacional. Es así porque, si bien se reconoce la obligatoriedad de las decisiones jurisprudenciales de los organismos internacionales como intérpretes de las normas del derecho internacional, se lo hace limitado a que esas decisiones, no vulneren los principios de derecho público argentino.

Para arribar a dicha conclusión, más allá de la fuente internacional, el voto se basó en dos normas del derecho interno, una el artículo 27 de la Constitución Nacional, el cual entiende que, lejos de haber sido alterado por la reforma de 1994 fue reafirmando en cuanto a que los principios de derecho público establecidos en la norma fundamental resultan un valladar infranqueable para los tratados internacionales y otra, el artículo 75 inc. 22, en cuanto a la

jerarquización constitucional de los tratados de derechos humanos, entre ellos la Convención Americana de Derechos Humanos, no implica derogación de artículo alguno de la primera parte de la Constitución y, por ende, primacía automática del derecho internacional por sobre el derecho interno, por el cual el intérprete debe armonizar las normas en juego.

Esta primacía limitada del derecho internacional, es la que mejor se adecua a la norma constitucional, en especial al art. 75 inc. 22 , dado que si el constituyente hubiese querido plasmar la primacía ilimitada del derecho internacional, lo hubiera realizado.

Al dejarse de lado la teoría de la primacía ilimitada del derecho internacional, nos preguntamos si la primacía limitada implica una vuelta a la etapa anterior a la reforma constitucional o si implica una nueva etapa.

Parecería que comenzamos una nueva etapa en la que las normas del derecho internacional ya no tendrían una primacía automática por sobre el derecho interno, sino que sería necesario buscar una solución armoniosa con el texto constitucional en cada caso, siempre debiendo tenerse en la mira la protección efectiva de los derechos humanos.

Será tarea del Poder Judicial, especialmente la Corte Suprema, quienes deberán fijar los justos límites en materia de derechos humanos sin que ello implique un retroceso en las políticas públicas.

3- **Temas que están fuera de discusión.**

El fallo en comentario presenta diversas complejidades jurídicas que hacen imposible su análisis exhaustivo en un trabajo de esta extensión, ya que además de las temáticas que son

enumeradas en los considerandos del fallo (tales como supremacía constitucional, control de constitucionalidad y control de convencionalidad, margen de apreciación nacional, competencia de las cortes y qué órgano tiene la facultad para analizarlas), también se han propuesto como temas del debate el de la legitimidad democrática de ambas cortes, cuestiones procesales tales como la ausencia o no del caso, el procedimiento procesales de quienes no fueron parte del procedimiento internacional ante la Corte Interamericana, la superposición de jurisdicciones de ambas Cortes, entre otros.

Hay ciertas cuestiones que no fueron puestas en discusión por la Corte Suprema en este fallo:

En primer lugar, no se encuentra la cuestión de la *jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos*, enumerados en el art. 75 inc. 22, como los jerarquizados con posterioridad a la reforma de 1994.

No obstante, sí sostiene la Corte Suprema que estos tratados no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución Nacional o que no se los puede hacer prevalecer automáticamente sobre el ordenamiento constitucional, marcando una variación en el criterio de primacía absoluta del derecho internacional, que sostuvo hasta el cambio de composición.

En segundo lugar, tampoco niega el *carácter vinculante de las sentencias de la Corte IDH* en los procesos contenciosos en que el Estado argentino sea parte, pero lógicamente limitado a las competencias materiales propias de la Corte IDH.

Y, en tercer lugar, no se cuestiona en el fallo la *interpretación del derecho de fondo* que realiza la Corte IDH, reconociéndole sin miramientos sus facultades como intérprete final de la Convención Americana.

CAPÍTULO VII:

"CORTE VS. CORTE. ANÁLISIS DEL FALLO"

Sumario: 1- Fundamentos utilizados por la Corte Suprema. 2- Interpretaciones. 3- Reflexiones finales, proyecciones.

1- <u>Fundamentos utilizados por la Corte Suprema.</u>

Uno de los fundamentos utilizados por la Corte Suprema en el presente fallo radicó en que "dejar sin efecto la sentencia de esta Corte pasada en autoridad de cosa juzgada, es uno de los supuestos en los que la restitución resulta jurídicamente imposible a la luz de los principios fundamentales del derecho público argentino".

Desde la perspectiva constitucional, el art. 27 de la Carta Magna prescribe "el gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en la Constitución". Estos principios reseñados se traducen en el modo en que deben ser interpretadas las obligaciones asumidas por el Estado argentino. El constituyente ha consagrado en el art. 27 una esfera de reserva soberana, delimitada por los principios de derecho público establecidos en la Constitución Nacional, a los cuales los tratados internacionales deben ajustarse y con los cuales deben guardar conformidad. Inmediatamente, la Corte argentina agregó que "entre dichos principios inconmovibles se encuentra, sin duda alguna, el carácter de esta Corte como órgano supremo y cabeza del Poder Judicial, conforme surge del art. 108 de la Constitución Nacional".

Revocar la sentencia firme dictada por este tribunal implica privarlo de su carácter de órgano supremo del Poder Judicial argentino y sustituirlo por un tribunal internacional, en clara transgresión a los arts. 27 y 108 de la Constitución Nacional.

2- <u>Interpretaciones.</u>

Puede apreciarse, por un lado, que la Corte Suprema renueva con mayor énfasis el carácter supremo de sus decisiones apoyándose en el citado art. 108. No puede sostenerse que la orden

de dejar sin efecto la sentencia doméstica implique, bajo ningún punto de vista, el reemplazo de la Corte Nacional por un tribunal internacional, tal como se sostiene el en fallo. Hay que insistir en el carácter complementario y coadyuvante del sistema interamericano de derechos humanos, por lo que nunca estuvo en la finalidad de la Corte IDH ejercer ese tipo de "influencia" ante los tribunales nacionales. Respecto al citado art. 108 de la Constitución, la intención de la Corte Suprema es de "protegerse" o "resguardarse" frente a posibles ataques de tratados internacionales, no tendría "el escudo" del art. 75 inc. 22 de la Constitución, porque en este caso, los tratados con jerarquía constitucional podrían derogar o afectar normas contenidas en la segunda parte de la Constitución y el art. 108 se encuentra precisamente en la segunda parte.

Pero, por otro lado, también resulta discutida la invocación que realiza nuestro Máximo Tribunal en relación con que aceptar lo dictado por la Corte IDH implicaría afectar principios de derecho público reconocidos por la propia Constitución. Parece ser entonces que se renuevan o recrean algunos de los debates, ya anticipados, en la jurisprudencia nacional meses después de la reforma de 1994.

La Corte Suprema recurre como respaldo de su fundamento a una interpretación histórica de la Constitución originaria de 1853, apoyándose en doctrinas de vieja data, como la de Luis María Drago o Joaquín González. La referencia a dichos autores intenta rescatar el espíritu originario de la Constitución de resguardar principios infranqueables de derecho público. A mi criterio, la mayoría de la Corte Suprema recepta en su interpretación la idea de una Constitución "estatua" o "testamento", al decir de Néstor Sagüés (2016). Para este autor, "el intérprete pasa a ser una suerte de albacea, en el sentido que únicamente será leal con la

Constitución desde el momento en que cumpla con todas las ideas del autor del documento, o sea, del constituyente histórico".

No pensamos que en 1853 el constituyente originario haya tenido especialmente en cuenta tratados de derechos humanos, ni menos la posible limitación a pronunciamientos que provengan de tribunales o cortes internacionales. No obstante, igualmente desde 1980, se encuentra vigente la Convención de Viena sobre derecho de los tratados adoptada en 1969, la cual sostiene también en su art. 27 la imposibilidad para los Estados parte de un tratado de poder invocar disposiciones de su derecho interno para justificar el incumplimiento de un tratado. Por lo que, si la obligación de cumplimiento íntegro de las sentencias de la Corte IDH está expresamente contemplada en la Convención Americana, decir luego que no se puede cumplir parte de aquel porque en ese caso afectaría una norma prevista en la Constitución argentina, generaría responsabilidad internacional del Estado por incumplimiento de la Convención de Viena.

A mi entender, los principios de derecho público se han ido renovando, enriqueciendo, ensanchando a partir del paso del tiempo, especialmente por el aporte de nuevos valores y principios receptados por el país en los tratados internacionales de derechos humanos y en la jurisprudencia de la Corte IDH. No dudamos de que los principios de derecho público son mucho más que los pensados en 1853 como "inamovibles". Podríamos pensar: el principio pro persona, el del interés superior del niño, entre tantos otros, ¿no integran también los principios de derecho público que resguarda nuestra Carta Magna? Es más, ¿la obligación de cumplir con las sentencias de la Corte IDH no estaría también comprendida dentro de los principios de derecho público?

Me adhiero nuevamente con Sagüés que la idea de interpretar la Constitución como estatua o testamento, debe oponerse claramente a la idea de interpretar o analizar nuestro texto constitucional, a modo de "Constitución viviente", tesis que supone romper definitivamente con el textualismo y el originalismo revisando el concepto mismo de Constitución. En concreto, postula la independencia de la actual comunidad, tanto del texto original como de las valoraciones e intenciones del constituyente histórico.

3- Reflexiones finales, proyecciones.

Es conveniente aportar a modo de conclusión algunas reflexiones finales en relación al presente fallo:

- Debe quedar claro que las sentencias de la Corte IDH son obligatorias y vinculantes para el Estado argentino, tal cual surge expresamente de la Convención Americana de Derechos Humanos y de la aceptación de la competencia del tribunal regional efectuada por el Estado argentino al momento de ratificar el Pacto. La obligación de cumplimiento de dichos fallos es total. No obstante y para descartar su aplicación "autómata", siempre conviene recordar que el principio "pro persona" sigue siendo un remedio muy importante para ponderar la mejor aplicación e interpretación de derechos reconocidos en fuentes locales e internacionales, solución incluso prevista expresamente en el art. 29 de la Convención.

- El actual Estado constitucional y convencional de derecho exige apreciar los principios de derecho público desde el convencimiento de que estamos frente a una Constitución viviente, que va mutando y enriqueciendo sus preceptos a partir de las

transformaciones culturales, sociales, históricas, circunstancias que deben ser especialmente tenidas en cuenta por el intérprete al momento de analizar las dimensiones de su texto literal. Los principios emanados del derecho internacional de los derechos humanos sin dudas, han reconfigurado y adaptado con nuevos matices los principios de derecho público originalmente concebidos por el constituyente originario. La reforma de 1994 implicó, aceptar nuevos paradigmas que deben "vivificarse" y aceptarse no solo en las normas o reglas jurídicas, sino fundamentalmente en las decisiones adoptadas por los tres órganos de poder del Estado, especialmente por el Judicial.

- Deberá pensarse a qué reglas quedó comprometido el Estado argentino al momento de decidir la recepción en la Constitución Nacional de los principales tratados de derechos humanos. Según Midón: *"incorporar a la Constitución un tratado internacional de derechos humanos significa atar a la comunidad política a las definiciones en materia de derechos humanos contenidas en la convención internacional".* Significa que las autoridades locales no pueden decidir discrecionalmente que la Convención internacional sea seguida solo en los casos puntuales los que el sentido de sus normas les resulte adecuado. (Midón, 2016).

- El fallo de la Corte Suprema en "Fontevecchia" resulta un lamentable retroceso en relación con el acatamiento que hasta este momento habían tenido las decisiones de la Corte IDH por la jurisprudencia nacional y un debilitamiento de la doctrina del control de convencionalidad. Nuestro país había logrado consolidarse en el escenario interamericano como un Estado cooperador y receptivo del sistema, incluso las propias decisiones adoptadas por la Corte Suprema al receptar con generosidad la

doctrina del control de convencionalidad merecieron la admiración y elogio de distintos tribunales latinoamericanos.

- Habrá que seguir con atención la actitud de la Corte IDH cuando analice, dentro del marco del mecanismo de supervisión de sentencias, la negativa de la Corte argentina a cumplir con la integridad de su fallo. No hay duda de que, a pesar de esta resistencia, la Argentina sigue incurriendo en responsabilidad internacional por incumplimiento de una sentencia internacional y, por ende, de la Convención Americana. En otras palabras, para que el fallo "Fontevecchia" se cierre en la instancia internacional, deberá dejarse sin efecto la condena civil decidida en el ámbito nacional.

- Habrá que esperar a los próximos pronunciamientos de la Corte Suprema para saber si el precedente sentado en "Fontevecchia" obedece a un claro giro en el modo de interpretar el acatamiento de los fallos de la Corte IDH, si se trató de un "lapsus" en el que se eligieron mal los fundamentos para dejar sentada alguna postura, o bien si esta interpretación se proyecta en el futuro alcanzado ya no solo las sentencias de la Corte IDH, sino replanteando la aplicación a nivel interno de todos los tratados internacionales.

- Un aspecto importante para destacar es que, con su decisión de no querer cumplir con parte de la sentencia, el Estado argentino está comprometido en gran medida por el derecho de acceso a la jurisdicción internacional. Porque el mensaje que se proyecta es que se podrá recurrir a las instancias internacionales peticionando contra probables violaciones a derechos humanos fundamentales, pero quizás, luego, aun cuando se obtengan decisiones favorables en sede internacional, después dependerá de la "buena voluntad" de la justicia argentina para efectivizar las reparaciones que puedan

ordenarse. Al respecto y en relación con la afectación del acceso a la justicia internacional, tiene dicho la propia Corte IDH que “en las sentencias sobre el fondo y las reparaciones y costas, la Corte Interamericana decide si el Estado es responsable internacionalmente y, cuando lo es, dispone la adopción de una serie de medidas de reparación para hacer cesar las consecuencias de la violación, garantizar los derechos conculcados y reparar los daños materiales e inmateriales que las infracciones produjeron. Si el Estado responsable no ejecuta en el ámbito interno las medidas de reparación dispuestas por la Corte, estaría negando el derecho de acceso a la justicia internacional. (CIDH, 2003).

- Finalmente, no puede nunca perderse de vista que estamos analizando derechos humanos fundamentales de las personas y que estos siempre deben constituir la defensa y protección efectiva por parte de los Estados. Es así que debe insistirse en que el principio “pro persona” siga siendo la pauta de ponderación para definir situaciones en las que surja alguna aparente tensión “entre lo nacional o internacional”. El planteo de “Corte vs. Corte” debe ser superado y entendido como “Corte junto a Corte”.

CAPÍTULO VIII:

"LA OBLIGATORIEDAD DE LAS SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS"

Sumario: 1- ¿Son obligatorias las sentencias de la Corte IDH? 2- ¿Puede la Corte Suprema juzgar la competencia de la Corte IDH? 3- ¿Puede la Corte IDH ordenar dejar sin efecto una sentencia de la Corte Suprema? 4- Respuestas a interrogantes.

1- ¿Son obligatorias las sentencias de la Corte IDH?

Ante esta pregunta, la Corte Interamericana responde con un rotundo sí. El art. 68.1 de la Convención Americana establece que: *"los Estados partes de la Convención se comprometen a cumplir con la decisión de la Corte en todos los casos que sean parte",* aunque puedan existir discusiones sobre los efectos generales que puedan tener las sentencias interamericanas, es indudable que es obligatoria al menos para el Estado condenado y en el caso concreto. Esto no es sino una consecuencia del principio ampliamente reconocido en el plano internacional de quien ha aceptado la competencia de un tribunal, está obligado a cumplir con sus sentencias.

Respecto a la misma pregunta, la Corte Suprema de la Nación ha dado dos respuestas. Una ha sido la de afirmar que las sentencias de la Corte IDH son obligatorias y deben cumplirse en lo que a la Corte Suprema le compete. Tal fue el voto mayoritario en el caso "Espósito". (Arlettaz, 2017).

La segunda respuesta fue la que se fundamentó en la solución adoptada en los casos "Cantos" y "Fontevecchia". En ellos, el voto de la mayoría, aceptaron que al menos en algunos casos era posible no obedecer las sentencias de la Corte Interamericana. Todos ellos dijeron que las sentencias de la Corte Interamericana son obligatorias "en principio".

Nos encontramos entonces con dos posturas matizadas, la que dice que las sentencias interamericanas son obligatorias y las vamos a cumplir; y la que dice que las sentencias interamericanas son obligatorias "en principio" y las vamos a cumplir cuando corresponda.

La posición que acepta la obligatoriedad "en principio" de las sentencias interamericanas, utiliza tres argumentos para justificar que en algunos casos el Juez interno puede no dar

cumplimiento a una sentencia interamericana: el argumento de la falta de competencia de la Corte Interamericana, el argumento de la incorrecta aplicación de la Convención Americana y el argumento de la contradicción de la sentencia con la Constitución.

2- ¿Puede la Corte Suprema juzgar la competencia de la Corte IDH?

La idea de incompetencia de la Corte IDH apareció en el voto concurrente del Dr. Fayt en el caso "Espósito". Para éste, las sentencias de la Corte Interamericana, solo son obligatorias en la medida que se mantengan dentro de sus competencias. Esta misma posición fue tomada por la mayoría (Lorenzetti, Highton, Rosenkrantz) en el caso "Fontevecchia".

Desde la perspectiva internacional, cuando un Estado acepta someterse a una jurisdicción internacional, acepta acatar la totalidad de sentencia que se dicte. Esto incluye aceptar la apreciación que el propio tribunal internacional haga sobre la extensión de sus competencias. Los tribunales internacionales gozan de la denominada "competencia para decidir la extensión de sus competencias".

En un caso como "Fontevecchia", el conflicto queda claramente planteado. La Corte Interamericana dice al Estado argentino: "haga esto". El Estado argentino (a través de uno de sus órganos de poder) responde: "usted no tiene competencia para decirme que haga eso". La Corte Interamericana previsiblemente diría: "y usted no tiene competencia para decirme que yo no tengo competencia".

3- ¿Puede la Corte IDH ordenar dejar sin efecto una sentencia de la Corte Suprema?

Uno de los principales fundamentos que utiliza la Corte Suprema de la Nación es sostener que la Corte Interamericana se ha excedido en su competencia, pues no estaría dentro de sus facultades el poder ordenar a un tribunal superior de un país dejar sin efecto una sentencia. Se sostuvo en el voto de la mayoría que: *"la Corte Interamericana, al ordenar dejar sin efecto la sentencia de la Corte Suprema pasada en autoridad de cosa juzgada, ha recurrido a un mecanismo restitutivo que no se encuentra previsto por el texto convencional".*

Ante todo, conviene dejar bien el claro que la Corte IDH no es un tribunal de apelación que pueda revisar condenas dictadas por órganos judiciales internos sin que medien violaciones a derechos o garantías establecidos en la Convención Americana. En la misma Convención se establece el carácter subsidiario y complementario del sistema interamericano de derechos humanos.

Desde sus primeras sentencias, la Corte IDH ha aclarado que no es una "cuarta instancia". El fundamento de la protección internacional de los derechos humanos radica en la necesidad de salvaguardar a la víctima del ejercicio arbitrario del poder público. De ninguna manera la Corte IDH se erige como un ámbito de apreciación de responsabilidades individuales por la comisión de delitos, no conoce de la inocencia o culpabilidad del imputado, es un pronunciamiento que le compete al tribunal penal interno. Su función solo se limita a determinar si el Estado violó o no normas de la Convención Americana, pero no se debe confundir con una nueva instancia que pueda revisar la sentencia de la última instancia nacional.

Respecto a la cuestión de competencia, advertimos que, la Corte Suprema incurre en un grave error al querer determinar o discutir en una instancia nacional o doméstica la

competencia de un tribunal internacional. No hay discusión en relación con que son los tribunales internacionales los que fijan su propia competencia y eventualmente juzgan sus límites y alcances, por lo tanto, una Corte local no puede decidir lo que un tribunal internacional puede o no hacer. En numerosos casos, la Corte Interamericana ha reafirmado la posición de que: *"la Corte IDH, como todo órgano con funciones jurisdiccionales, tiene el poder inherente a sus atribuciones de determinar el alcance de su propia competencia…"* no puede abdicar de esta prerrogativa, que además es un deber que impone la Convención Americana para ejercer sus funciones, según el art. 62.3 de la misma.

Coincido con la opinión del Dr. Trucco (2017), sostiene que tal vez, hubiese sido procesalmente correcto que los abogados representantes del Estado argentino hubieran discutido la competencia de la Corte IDH para disponer tales medidas de reparación en el juicio internacional llevado a cabo en Costa Rica, allí era la oportunidad procesal para plantearlo. El Estado argentino no lo discutió en el juicio internacional, por lo tanto, discutirlo ahora en el ámbito interno, resulta totalmente inapropiado.

Una vez aclarado que la Corte Suprema no pudo haber discutido la competencia de la Corte IDH, hay que analizar si en el marco del art. 63 de la Convención Americana, el tribunal regional tiene atribuciones para ordenar a un país, como medida de reparación, dejar sin efecto una sentencia judicial. El art. 63 CADH establece: *"cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada".*

Si la Corte Suprema, busca encontrar “literalmente” la posibilidad de dejar sin efecto sentencias judiciales como una facultad remedial del tribunal, no lo va a encontrar. Sin embargo, dicha posibilidad puede claramente inferirse y considerarse implícita, especialmente si la sentencia o el fallo dictado por el tribunal nacional generó la violación de algún derecho contemplado en el Pacto, como el caso en Fontevecchia. Entonces, no solo la Corte IDH puede ordenar dejar sin efecto una sentencia de la Corte Suprema, sino que ya lo ha hecho en varias oportunidades.

4- Respuestas a interrogantes.

Respecto a la obligatoriedad de las sentencias de la Corte IDH, no deben quedar dudas que son obligatorias tanto en el plano internacional como en el nacional. En el plano internacional por el art. 68 de la Convención Americana y en el plano interno, porque aunque se adoptara una postura radicalmente dualista que prescinde del art. 68, resulta que el artículo tiene jerarquía constitucional por el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional.

En relación a la competencia de la Corte IDH, la obligatoriedad de las sentencias va a depender que hayan sido dictadas dentro del marco de sus competencias. La cuestión es que no hay otro órgano, más allá que la propia Corte Interamericana que tenga competencia para evaluar su propia competencia. Los órganos internos del Estado deben suponer que las sentencias de la Corte Interamericana han sido dictadas dentro del ámbito de su competencia.

Lo relativo a si la Corte Interamericana puede ordenar que se deje sin efecto una sentencia interna, es posible. Lo que no puede la Corte IDH es revocar o anular directamente una sentencia interna, porque como se estableció anteriormente, ésta no opera como una “cuarta

instancia" respecto a los tribunales internos. Lo que sí puede hacer es ordenar al Estado argentino que adopte las medidas necesarias para que una sentencia interna no produzca efectos. En ese caso, la Corte Interamericana no estaría actuando como una cuarta instancia, de la misma manera que no actúa en ejercicio de funciones legislativas cuando ordena a un Estado a modificar su legislación interna en un determinado aspecto.

Así que, cuando en el fallo "Fontevecchia" la Corte Interamericana ordena dejar sin efecto la sentencia interna, no hay que interpretar como: "yo Corte Interamericana le ordeno a usted Corte Suprema argentina que revoque o anule esta sentencia". Hay que interpretarlo como: "yo Corte Interamericana le ordeno a usted Corte Suprema argentina que haga lo que tenga que hacer para que esta sentencia no produzca efectos", como dijo el Juez Interamericano, Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni.

CAPÍTULO IX:

"LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO"

Sumario: 1- Aproximación a la responsabilidad internacional del Estado. 2- Efectos de las reparaciones. 3- Contenido de las reparaciones.

1- Aproximación a la responsabilidad internacional del Estado.

La responsabilidad internacional del Estado se activa a partir de la comisión de un hecho internacionalmente ilícito. Existe hecho internacionalmente ilícito cuando un comportamiento consiste en la acción u omisión que le es atribuible al Estado según el derecho internacional y constituye una violación a una obligación internacional de aquél.

Se advierte que, también los hechos lícitos pueden generar responsabilidad internacional. Se trata de una responsabilidad objetiva que exige la presencia del elemento "daño".

Aunque en lo referido específicamente al derecho internacional de los derechos humanos y particularmente al sistema interamericano, la existencia de daño sí es un componente necesario para la reparación.

Siguiendo con el esquema del sistema interamericano, uno de los objetivos de la intervención de la Corte IDH a través de sus sentencias en los casos contenciosos, consiste en rehabilitar el derecho, la libertad o garantía conculcados, pero si dicho restablecimiento deviene impracticable, el tribunal debe establecer la reparación pertinente.

En tal línea de análisis, el Tribunal Interamericano tiene establecido que las reparaciones consisten en las medidas que tienden a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas, su naturaleza y monto dependen del daño ocasionado en los planos tanto material como inmaterial y que aquellas no pueden implicar ni enriquecimiento ni empobrecimiento para la víctima o sus sucesores, sino que deben guardar relación con las violaciones que se declaren en cada caso que se entienda. (Bazán, 2015).

2- Efectos de las reparaciones.

El esquema interamericano recepta una amplitud considerable respecto a las posibles soluciones en materia de reparaciones. La Convención Americana de Derechos Humanos establece que: *"cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada".*

De la lectura del artículo mencionado, surge de la primera parte (cuando… conculcados) miraría hacia el futuro y garantizaría en ese plano del tiempo, protección de la libertad o el derecho, es decir se trataría de una disposición con objeto y efectos al mismo tiempo "preventivos" y "resarcitorios". La segunda parte (dispondrá…lesionada) miraría hacia el pasado donde se consumó formal y materialmente la violación y se actualizó una obligación reparadora y un derecho correspondiente, en tal caso la disposición tendría efectos "resarcitorios".

Según acertadamente ha mantenido el ex Juez de la Corte IDH Antonio A. Cançado Trindade, debe tenerse en cuenta que la reparación no pone fin a lo ocurrido, pues el mal ya se cometió, pero mediante ella se evita que se agraven sus consecuencias por la indiferencia del medio social, la impunidad, por el olvido. Bajo esta perspectiva, la reparación se reviste un doble significado: provee satisfacción a las víctimas o familiares cuyos derechos han sido violados y restablece el orden jurídico quebrantado por dichas violaciones. El orden jurídico, requiere la garantía de la no repetición de los hechos lesivos.

3- Contenido de las reparaciones.

Siguiendo a Faúnez Ledesma (2004), las reparaciones incluyen los siguientes elementos:

De ser posible, la restitución de la situación jurídica infringida, garantizando a la persona afectada el goce de sus derechos o libertades conculcados.

- La indemnización pecuniaria que sea procedente.
- Las medidas reparadores de carácter no pecuniario.
- La investigación de los hechos y la correspondiente sanción de los responsables.
- Las garantías de no repetición de los hechos que dieron origen a la demanda.
- La adecuación de la normativa interna del Estado a lo dispuesto por la Convención Americana.

Es fundamental el involucramiento cabal de la Corte en la supervisión del cumplimiento de sus sentencias. Y, como se ha resuelto, ello opera aunque el Estado y los representantes de las víctimas y sus familiares presenten un acuerdo relativo a las modalidades y plazos de cumplimiento de las reparaciones, pues corresponde a la Corte evaluar si dicho acuerdo es compatible con las disposiciones pertinentes de la Convención Americana, así como verificar si se garantiza el pago de una justa indemnización a los familiares de la víctima y se reparan las diversas consecuencias de las violaciones de los derechos humanos cometidas.

En el fallo Fontevecchia, las reparaciones ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a favor de los periodistas Jorge Fontevecchia y Héctor D'Amico, el Estado argentino decidió no dar cumplimiento a ninguna de las medidas de reparación. Estas

reparaciones comprendían: dejar sin efecto la condena civil impuesta a ambos periodistas y entregar los montos referidos en la sentencia.

Esta postura adoptada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación fue sorpresiva, ya que nuestro país siempre fue respetuoso e intentó llegar a soluciones armónicas con lo que la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostenía en sus sentencias. Debido a este cambio tan radical por parte de nuestro Máximo Tribunal, podemos advertir una falta de respeto de los compromisos internacionales, negación de principios históricos del derecho internacional como ser el *"pacta sunt servanda"* y lo que es peor aún, la falta de seguridad jurídica.

CAPÍTULO X:

"CONCLUSIONES FINALES"

Conclusiones finales.

Es de público conocimiento que desde la reforma constitucional de 1994, ha generado en nuestro derecho un enorme avance en materia de derechos humanos, colocando a nuestro país en un estado de absoluto respeto hacia los seres humanos, lo cual solo puede hacerse en un Estado de derecho avanzada.

Considerando el desarrollo que expuse desde los primeros capítulos del presente trabajo, no quedan dudas que nuestra Constitución es una "Constitución Convencionalizada". En este caso en particular, más allá de la opinión de la Corte Suprema, a modo de reflexión personal en esta etapa final del trabajo y de la carrera, sostengo el carácter amplio con que deben ser seguidas y recepcionadas las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. No nos olvidemos que ésta es la última oportunidad que tienen las víctimas de encontrar una respuesta ante sus derechos vulnerados y que estos derechos vulnerados no son nada más, ni nada menos que derechos humanos. ¿Cuál sería el valor efectivo de todo procedimiento instado luego de varios años ante la Corte Interamericana si luego queda a merced del Estado cumplir o no con las sentencias?

Es verdad que somos conscientes de las resistencias que puede generar el valor superior del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, resistencias que se pueden evitar al no llevar el conflicto hacia una lucha por defender la soberanía nacional, sino reconociendo el carácter complementario del Derecho Internacional de los Derechos Humanos respecto a los ordenamientos internos.

La confianza y creencia en el Sistema Interamericano debe ser demostrada en acciones concretas, la aceptación por parte de los Estados y concretamente por el nuestro, el efecto

vinculante de las sentencias de la Corte Interamericana es la única forma de reafirmar esa confianza.

No podemos adoptar una mirada retroactiva, como Estado de avanzada que somos, debemos respetar nuestros compromisos y no desobedeciendo principios fundamentales como el de “pacta sunt servanda” y el de “buena fe” en los tratados. Al ser parte de un Estado de derecho, estamos obligados a seguir el respeto por las normas, para promover la seguridad jurídica, siendo para esto fundamental fijar un criterio acorde a los compromisos contraídos.

Los invito a que apelemos a nuestra historia, a nuestro proceso de recuperación de la democracia, no fue casualidad el momento de entrada en vigor de la Convención Americana de Derechos Humanos, un país que se convirtió en símbolo de lucha por los derechos humanos, luego de haber vivido los atentados más aberrantes a la dignidad humana.

Es por ello que se espera que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con su conformación, revea el criterio sostenido en este fallo y recuerde que: “la Constitución, con la magnitud normativa que le es inherente y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, conforman un cuerpo jurídico que orienta a la protección de los derechos fundamentales”. Porque, a fin y al cabo tanto la Constitución, como los instrumentos internacionales comparten la finalidad de protección de los derechos fundamentales de las personas y no hay mejor forma de hacerlo, eliminando la idea de “Corte vs. Corte” e instalando la de “Corte junto a Corte”.

BIBLIOGRAFÍA:

Libros, revistas y artículos jurídicos:

- Arlettaz Fernando, 2017. *"La obligatoriedad en el plano interno de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos".* Revista UBA. Buenos Aires.

- Ayuso Luis E., 2017. *"El caso Fontevecchia y sus interrogantes".* La Ley. Buenos Aires.

- Bazán Víctor, 2010. *"El derecho internacional de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia con particular énfasis en materia de derechos humanos".* La Ley. Buenos Aires.

- Bazán Víctor, 2015. *"El control de convencionalidad como instrumento para proteger los derechos esenciales y prevenir la responsabilidad internacional del Estado".* Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional. Madrid.

- Bodin Jean, 1992. *"Los seis libros de la República".* Tecnos. Madrid.

- Convención Americana de Derechos Humanos, 1969.

- Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, 1969.

- Fáunez Ledesma Héctor, 2004. *"El sistema interamericano de protección de los derechos humanos".* Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Madrid.

- Góngora Mera Manuel, 2007. *"El bloque de constitucionalidad en Argentina y su relevancia en la lucha contra la impunidad".* Centro de Derechos Humanos de Nüremberg. Berlín.
- Hitters Juan Carlos, 2006. *"Los tribunales supranacionales".* La Ley. Buenos Aires.
- Midón Mario, 2016. *"Control de convencionalidad".* Astrea. Buenos Aires.
- Sagüés Néstor P., 1998. *"La interpretación de los Derechos Humanos en las jurisdicciones nacional e internacional".* Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales. Buenos Aires.
- Sagüés Néstor P., 2006. *"La interpretación judicial de la Constitución".* Lexis Nexis. Buenos Aires.
- Sagüés Néstor P., 2010. *"Las obligaciones internacionales y el control de convencionalidad".* La Ley. Buenos Aires.
- Sagüés Néstor P., 2016. *"La Constitución bajo tensión".* Instituto de Estudios Constitucionales. Querétano.
- Sagüés, Néstor P., 2017. *"El concepto de Constitución convencionalizada, su fisonomía actual, fundamentos y topes".* La Ley. Buenos Aires.
- Sagüés Néstor P., 2018. *"El control de convencionalidad y la problemática de sus topes".* La Ley. Buenos Aires.
- Trucco Marcelo F., 2017. *"Análisis y proyecciones a partir del caso Fontevecchia".* El Derecho. Buenos Aires.

- Trucco Marcelo F., 2012. *"El control de convencionalidad en la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su recepción por los tribunales nacionales".* Revista de filosofía jurídica y social de la Facultad de Derecho UNR. Rosario.

Jurisprudencia consultada:

- Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003. Fallo: *"Baena Ricardo y ots. vs. Panamá".*
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003. Fallo: *"La última tentación de Cristo (Olmedo Bustos y ots.) vs. Chile"*.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2006. Fallo: *"Admonacid Arellano vs. Chile".*
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2011. Fallo: *"Gelman vs. Uruguay".*
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2013. Fallo: *"Gelman vs. Uruguay s/ supervisión de cumplimiento de sentencia"*.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2017. Fallo: *"Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina".*
- Corte Suprema de los Estados Unidos, 1803. Fallo: *"Marbury vs. Madison".*
- Corte Suprema de los Estados Unidos, 1958. Fallo: *"Cooper vs. Aaron".*

- Corte Suprema de Justicia de la Nación, 1948. Fallo: *"Merck Química Argentina S.A. c/ gobierno de la Nación s/ interdicto".*

- Corte Suprema de Justicia de la Nación, 1992. Fallo: *"Ekmedjian Miguel Ángel c/ Sofovich s/ recurso de hecho".*

- Corte Suprema de Justicia de la Nación, 1993. Fallo: *"Fibraca Constructora c/ Comisión técnica mixta de salto s/ recurso de hecho".*

- Corte Suprema de Justicia de la Nación, 1994. Fallo: *"Café La Virginia S.A. s/ apelación".*

- Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2004. Fallo: *"Espósito Miguel Ángel s/ incidente de prescripción".*

- Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2005. Fallo: *"Simón Julio Héctor y ots. s/ privación ilegítima de la libertad".* Comentado por Badeni Gregorio.

Portales web de información general consultados:

- AGENCIA NACIONAL DE NOTICIAS JURÍDICAS:

  http://www.infojusnoticias.gov.ar/hoy.html

- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS:

  http://www.oas.org

- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN:

https://www.csjn.gov.ar/

- SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA:

  http://www.saij.gob.ar/

ÍNDICE

1- Resúmen: 3

2- Estado de cuestión: 4

3- Marco teórico 6

4- Introducción 8

CAPÍTULO I:

"LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994"

1- Consideraciones generales 12

2- El nuevo orden interno argentino a partir de la reforma constitucional de 1994 12

3- Jerarquía normativa de Argentina 13

4- El bloque de constitucionalidad 15

5- Conclusión 19

CAPÍTULO II:

"CONTROL DE CONVENCIONALIDAD"

1- Introducción 21

2- Manifestaciones del control de convencionalidad nacional y la cosa juzgada internacional 22

3- Situación de la “cosa interpretada”. Variantes. Rol represivo 22

4- Fundamentos del control de convencionalidad 25

5- ¿Cómo y cuándo se realiza el control de convencionalidad en el ámbito nacional?. 25

6- Los efectos del control 26

CAPÍTULO III:

"EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD"

1- El control de constitucionalidad y convencionalidad. 29

2- La interpretación de la Constitución y de todo el derecho nacional, conforme con la Convención Americana de Derechos Humanos 30

3- Límites al control de convencionalidad. Margen de apreciación nacional. 31

4- El futuro del control de convencionalidad. 33

5- Recapitulaciones sobre el control de convencionalidad. 33

CAPÍTULO IV:

"LA CONSTITUCIÓN CONVENCIONALIZADA"

1- Introducción 36

2- Estructura de la Constitución Convencionalizada 37

3- La interpretación de la Constitución Convencionalizada. Disputa sobre el intérprete máximo 39

4- Voces de renuencia 40

5- Conclusión 43

CAPÍTULO V:

"EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA RECEPCIÓN DE LAS SENTENCIAS DICTADAS POR LA CIDH EN NUESTRO DERECHO INTERNO"

1- La Corte Interamericana de Derechos Humanos como intérprete del Pacto de San José de Costa Rica y el carácter vinculante de sus fallos 45

2- Breve evolución de la interpretación del Derecho Internacional por la Corte Suprema 47

CAPÍTULO VI:

"FALLO: FONTEVECCHIA Y D'AMICO VS. ARGENTINA"

1- Introducción 52

2- Hechos 53

3- Temas que están fuera de discusión 56

CAPÍTULO VII:

"CORTE VS. CORTE. ANÁLISIS DEL FALLO"

1- Fundamentos utilizados por la Corte Suprema 59

2- Interpretaciones 59

3- Reflexiones finales, proyecciones 62

CAPÍTULO VIII:

"LA OBLIGATORIEDAD DE LAS SENTENCIAS DE LA CIDH"

1- ¿Son obligatorias las sentencias de la Corte IDH? 67

2- ¿Puede la Corte Suprema juzgar la competencia de la Corte IDH? 68

3- ¿Puede la Corte IDH ordenar dejar sin efecto una sentencia de la Corte Suprema? . 69

4- Respuestas a interrogantes. 71

CAPÍTULO IX:

"LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO"

1- Aproximación a la responsabilidad internacional del Estado. 74

2- Efectos de las reparaciones 75

3- Contenido de las reparaciones 76

CAPÍTULO X:

"CONCLUSIONES FINALES"

Conclusiones finales 79

BIBLIOGRAFÍA 81