

**REFLEXIONES RESPECTO AL FALLO
“MINISTERIO DE RELACIONES
EXTERIORES Y CULTO...” DE LA CORTE
SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN
ARGENTINA DEL 14 DE FEBRERO DE
2017.**

EDUARDO J. R. LLUGDAR



A propósito del caso “*Fontevicchia y otro vs. Argentina*” resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

REFLEXIONES RESPECTO AL FALLO “MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES Y CULTO...” DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ARGENTINA DEL 14 DE FEBRERO DE 2017.

Por EDUARDO J. R. LLUGDAR*

* Abogado por la Universidad Católica de Santiago del Estero (UCSE Argentina). Juez del Excmo. Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Santiago del Estero (Argentina). Profesor Capacitador en la Escuela del Poder Judicial de Santiago del Estero José B. Gorostiaga; Profesor Visitante en la cátedra de Filosofía Jurídica y Profesor de Posgrados en Derechos Humanos y Humanitario de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales de la Universidad Católica de Santiago del Estero, Argentina. Profesor invitado, curso de Posgrado en Derecho Administrativo,, Facultad de Derecho, Universidad Amazonia, Colombia, Módulo Responsabilidad Internacional del Estado; Juez Evaluador en Concursos de DDHH en Universidad Católica de Santiago del Estero; Academia de DDHH, WCL, American University de EEUU; Pontificia Universidad Católica del Perú; CIDH, Instituto Colombiano de DDHH y Universidad Antonio Nariño de Colombia.

<http://mm.jussantiago.gov.ar/cv.pdf>

ABSTRACT.

Resumen: La Corte Suprema de Justicia de la Nación de la República Argentina, hasta el 14/02/2017, fue uno de los máximos tribunales de los países que integran el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en colaborar para el cabal con el cumplimiento de las sentencias emanadas de la Corte Interamericana de de Derechos Humanos, en especial cuando el Estado Argentino era objeto de Responsabilidad Internacional por violación de derechos esenciales. Esa circunstancia, fue muchas veces reconocida por el propio tribunal internación en varias de sus sentencias, como ejemplo a seguir en la aplicación de la doctrina del control de convencionalidad. Este dialogo interjurisdiccional armonioso, fue quebrado de modo unilateral por el tribunal argentino en la fecha señalada, al sentenciar que la Corte interamericana, no puede obligarle a dejar sin efectos sus decisiones, cuando en el contenido de la misma, se encuentra el agravio convencional, desconociendo las atribuciones y competencias del tribunal con sede en San José de costa rica, en el fallo objeto de análisis en el presente trabajo.

Palabras claves: CSJN, CoIDH, CADH, SIDH, CIDH, DDHH, cuarta instancia, supremacía.

Summary: The Supreme Court of Justice of the Republic of Argentina until 14/02/2017 was one of the highest courts in the countries that make up the Inter-American System of Human Rights, to collaborate fully with the fulfillment of The rulings issued by the Inter-American Court of Human Rights, especially when the

Argentine State was the subject of International Responsibility for violation of essential rights. This circumstance was often recognized by the court itself in several of its judgments, as an example to follow in the application of the doctrine of control of convention. This harmonious interjurisdictional dialogue was unilaterally broken by the Argentine court on the date indicated, in ruling that the Inter-American Court can not force it to leave its decisions without effect, when the content of the same is the conventional tort, Disregarding the attributions and competencies of the tribunal with headquarters in San José de Costa Rica, in the judgment analyzed in the present work.

Key Words: CSJN, CoIDH, CADH, SIDH, CIDH, DDHH, Fourth instance, Supremacy.

SUMARIO: 1. Antecedentes e importancia de la cuestión. 2. Argumentos del voto conjunto de los Ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco y Rosenkrantz. 3. Argumentos del voto concurrente del Ministro Horacio Rosatti. 4. Argumentos del voto disidente del Ministro Juan Carlos Maqueda. 5. Análisis crítico del voto mayoritario. 5.a. Los Derechos Humanos poseen un carácter de universalidad. 5.b. Lo referente a la “cuarta instancia” en referencia a las decisiones de la CoIDH. 5.c. Lo relacionado a la aludida falta de competencia de la CoIDH en el voto de la mayoría. 5.d. El aludido orden público interno del art. 27 de la CN. 6. Análisis crítico del voto del Ministro Rosatti. 7. Consideraciones finales.

1. Antecedentes e importancia de la cuestión:

a. El 25 de Septiembre de 2001, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante CSJN) confirmó lo decidido por la Sala H de la Cámara de Apelaciones en lo Civil que había hecho lugar a la demanda de daños y perjuicios que en su oportunidad promoviera el ex presidente Carlos Saúl Menem contra Jorge Fontevicchia, Héctor D´Amico y Editorial Perfil S.A., en fallo catalogado como 324:2895, el que será mencionado en adelante como causa “*Menem*”. En esa oportunidad, la CSJN

entendió que una nota periodística vinculada a un supuesto hijo no reconocido del ex mandatario, lesionó los derechos garantizados por el art. 19 de la Constitución Nacional (en adelante CN); Art. 17.1 y 2 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (en adelante PIDCP), y Art. 11.2 y 3 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos (en adelante CADH), confirmando la indemnización pecuniaria. Los demandados junto con la Asociación de Periodistas acudieron al Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante SIDH), argumentando que el fallo de la última instancia nacional, vulneró el derecho a la libertad de pensamiento y expresión contemplado en el art. 13 de la CADH por lo que solicitaron que se declare oportunamente la responsabilidad internacional del Estado Argentino por incurrir en violación de derechos humanos.

El caso fue admitido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH), y no habiéndose arribado a una solución amistosa ante dicho organismo, este dio intervención a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CoIDH) dando origen a un proceso contencioso internacional quien en sentencia expedida el 29 de noviembre de 2011 en el caso *“Fontev ecchia, Jorge y otros vs. Argentina”*, declaró que el Estado había violado el derecho a la libertad de expresión de los peticionantes (art. 13 CADH). Entre las medidas de reparación estableció, como una de las obligaciones del Estado, dejar sin efecto la condena civil y sus consecuencias respecto de Jorge Fontev ecchia, Héctor D’Amico. Ante la falta de cumplimiento íntegro con la condena internacional, mediante el mecanismo de supervisión de cumplimiento establecido tanto en el Pacto de San José como los Estatutos y el Reglamento de la CoIDH, este Tribunal dictó la resolución de fecha 1º de septiembre de 2015, en la que estableció que el Estado Argentino no cumplió durante el término de dos años y ocho meses su obligación de informar a esa Corte las medidas adoptadas para dar cumplimiento con las reparaciones establecidas en el “Fallo de Fondo” de noviembre de 2011, y dispuso que Argentina adopte en definitiva, y a la mayor brevedad posible, las medidas que sean necesarias para dar cumplimiento efectivo a la condena por responsabilidad internacional, estableciendo un plazo perentorio para elevar un informe en el que se indique las medidas adoptadas al efecto, el cual fue establecido el 31 de marzo de 2016.

Consecuencia de las demoras incurridas por el Estado Argentino, la Cancillería promovió una presentación ante la CoIDH, anoticiando el contenido de la sentencia de supervisión, dictada por la CoIDH, la cual, ante el Tribunal Máximo de la Nación fue caratulado “*Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ Informe Sentencia dictada en el Caso Fontevecchia y D' Amico vs. Argentina por la CoIDH*”.

Siendo una de las obligaciones impuestas al Estado para cumplir con la condena internacional, que constituye un deber de acción positiva, consistente en dejar sin efecto la condena civil establecida contra los Sres. Sergio Fontevecchia y Héctor D'Amico, así como todas sus consecuencias. La CSJN, luego de expresar que otros aspectos de la condena internacional se encontraban cumplidos, procedió a analizar la cuestión vinculada al fallo del Tribunal que provocó la responsabilidad mencionada. Es decir, si correspondía o no dejar sin efecto su fallo del año 2001. La CSJN resolvió por fallo mayoritario que no es posible revocar el decisorio nacional, por considerar que viola lo dispuesto por el art. 27 y 75 inc. 22 de la CN., cláusulas por cuya observancia el Tribunal debe velar, desestimando la presentación del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto.

Los Ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco y Rosenkrantz en voto único, y Rosatti, en opinión personal, conformaron el fallo mayoritario; en tanto el Ministro Maqueda votó en disidencia, conforme los precedentes de la CSJN fijados en “*Espósito (2003); Mohamed (2015)*”, entre otros, estableciendo que se debía dar cumplimiento con lo establecido por la CoIDH respecto al cese de los efectos de la sentencia de 2001 interpelada.

La importancia de lo fallado en este caso por la Corte Suprema Nacional, radica en que así no se lo haya dicho expresamente, importa un sensible vuelco, respecto al diálogo interjurisdiccional que se establece entre ésta y la CoIDH; y a su vez, abre un escenario de posibles conflictos jurídicos diplomáticos entre la República Argentina y el SIDH, y el país con la Organización de Estados Americanos (OEA).

2. Argumentos del voto conjunto de los Ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco y Rosenkrantz.

Este sufragio expresa que en sus considerando 6º, que se encuentra fuera de discusión que la sentencia de la CoIDH, dictada en procesos contenciosos contra el Estado Argentino, son **en principio**, de cumplimiento obligatorio para éste, estableciendo a renglón seguido, que la aludida obligatoriedad alcanza únicamente a la sentencia dictadas por el Tribunal Internacional dentro del marco de sus potestades remediables.

En base a estos postulados, en el considerando 7º, la CSJN se avoca a establecer si la orden emitida en la sentencia CoIDH, parte resolutive (punto 2), en tanto dispone dejar sin efecto la condena civil, ha sido dictada dentro del marco de sus atribuciones establecidas en la CADH, concluyendo que no.

La argumentación en que se apoyaron los firmantes de este voto, apuntan a lo que consideran los principios estructurales del Sistema Interamericano de protección a los Derechos Humanos (SIDH), y en ese sentido, entienden que al ser de tipo “subsidiario, internacional y de naturaleza convencional coadyuvante”, *“La Corte Interamericana no actúa como una instancia más en los casos tratados por las Cortes Nacionales”*, lo que se conoce como *“cuarta instancia”* que revisa o anula decisiones jurisdiccionales estatales, en tanto así lo resolvió la propia CoIDH, en el caso *“Perozzo y otro vs. Venezuela”*, en el año 2009.

En el considerando 9º, reafirma estos postulados, sosteniendo que el Tribunal Internacional no tiene el carácter de apelación o casación de los organismos jurisdiccionales de carácter nacional, y que sólo puede señalar violaciones procesales a los derechos consagrados en la CADH que hayan perjudicado al afectado, careciendo de competencia para subsanar dichas violaciones en el ámbito interno, invocando el caso *“Genie Lacayo”* de la CoIDH del año 1997. Refiere también, en el considerando mencionado, que en el mismo sentido se ha expedido la CIDH, en el *informe 39/96 caso 11.673 contra Argentina* el 15 de octubre de 1996, en los puntos 48 y 51.

En el considerando 10º, apoyándose en precedentes del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), invoca la doctrina del margen de apreciación nacional, sin dar mayores precisiones. De allí en adelante, considera que si la CSJN deja sin

efecto lo resuelto en la causa “*Menem*”, para dar cumplimiento a lo establecido por el Tribunal Interamericano, implicaría lisa y llanamente “revocar” lo decidido por el Tribunal Nacional en su momento, de conformidad a la significación del término dada por la Real Academia Española, lo que transforma a la CoIDH en “cuarta instancia”, en clara violación de los principios estructurales del Sistema Interamericano, además a criterio de los firmantes, extralimitar las obligaciones asumidas por el Estado Argentino al respecto.

Señala además, que la CoIDH, al establecer este tipo de obligación en su condena, apela a un mecanismo restitutivo que no se encuentra previsto en el texto convencional, conforme los enunciados del art. 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (en adelante CVDT), afectando el objeto y fin de éstos, ya que la CADH, sólo establece que la CoIDH dispondrán que se garantice al lesionado el goce de su derecho o libertad conculcado, y de ser procedente, se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos, y el pago de una justa indemnización, apelando al art. 63.1 del Pacto de San José, y en ese sentido, entiende la CSJN, el tenor literal de la norma no contempla la posibilidad de que se deje sin efecto la sentencia dictada en sede nacional (cons. 13°).

En el considerando 14°, de la ponencia analizada, se aclara que la mencionada comprensión del art. 63. 1 se apoya en los antecedentes que dieron lugar a su texto, aludiendo al art. 32 de la CVDT de 1969, entendiendo que el mecanismo revocatorio no estuvo siquiera en los considerados de los trabajos preparatorios de la CADH. Todas estas afirmaciones de la CSJN, la realiza desde una perspectiva del Derecho Internacional.

Sin embargo, en el voto bajo análisis, también se dan argumentos de orden interno que imposibilitan a su criterio, cumplir con la manda del Tribunal Internacional sin que implique afectar cláusulas y garantías de la Constitución Política Argentina, fundándose en especialmente en los enunciados del art. 27 de la misma, apoyados en los siguientes razonamientos.

En primer lugar, el artículo mencionado consagra una esfera de reserva soberana, delimitado por los principios del Derecho Público establecidos en la CN, a

los cuales los tratados internacionales deben ajustarse y guardar conformidad (cons.16°), y dentro de dichos principios inconvencibles, se encuentra la CSJN como órgano supremo y cabeza del Poder Judicial, conforme el art. 108 de la CN. En consecuencia, expresa el voto comentado, revocar una sentencia firme dictada por el 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 CN.

Del considerando 19° en adelante, sostiene que dicha concepción del art. 27 del CN, lejos de haber sido alterada por la Reforma de 1994, ha sido reafirmada con ella, puesto que el constituyente, al otorgar jerarquía constitucional a la CADH y otros tratados, ha establecido que sus normas no derogan artículo alguno de la CN.

3. Argumentos del voto concurrente del Ministro Horacio Rosatti.

En su ponencia, el Dr. Rosatti, cuando aborda lo concerniente a lo establecido en el inciso a) del considerando 2° del fallo de la CoIDH, en cuanto dispone “*dejar sin efecto la condena civil impuesta a los Sres. Jorge Fontevecchia y Héctor D'amico, así como todas sus consecuencias*”, si bien reconoce que la CADH, incorporada con jerarquía constitucional al orden jurídico argentino, dicha circunstancia no supone derogar artículo alguno de la primera parte de la CN, dentro del cual se destaca el art. 27. En vista de ello, alude que la interpretación de los tratados debe ajustarse a la reserva soberana contenida en dicho artículo, lo que para este Ministro, constituye el “*margen de apreciación nacional*”, a cuyos principios de derecho público deben ajustarse todos los tratados internacionales.

A partir de dicho razonamiento, considera el Ministro Rosatti que no es posible hacer prevalecer en forma automática, sin escrutinio alguno, el derecho internacional sobre el ordenamiento constitucional, ya sea de fuente normativa o jurisprudencial. Para sustentarlo, se apoya en lo predicado por Joaquín V. González, respecto a que un tratado no puede alterar la supremacía de la CN, extraído del Diario de Sesiones del Senado del 26 de agosto de 1909.

Al igual que lo sostenido por sus pares, Lorenzetti, Rosenkrantz y Highton de Nolasco, entiende que el carácter supremo de las decisiones de la CSJN, según lo dispuesto por el art. 108 de la CN y ratificado por innumerables precedentes del propio Tribunal, configuró un elemento constitutivo de los principios de derecho público, a los que refiere el art. 27 de la Carta Magna, lo que hace inalterable sus pronunciamientos regulares y firmes y pasados en autoridad de cosa juzgada, no siendo posible “dejarlos sin efecto”, puesto que supone la revocación, conforme la primera aserción de la Real Academia de la Lengua Española.

En los demás fundamentos, coincide en lo sustancial con lo sostenido por el voto con el que concurre respecto en las cuestiones de la cuarta instancia del Tribunal Interamericano, además del contexto del diálogo interjurisdiccional en el que considera a la CoIDH como último intérprete de la CADH, y a la CSJN como último intérprete de la Constitución Nacional Argentina, concluyendo que no es posible concretar la revocación formal del decisorio nacional sin afectar los arts. 27 y 75 inc. 22 de la Constitución Política Argentina.

4. Argumentos del voto disidente del Ministro Juan Carlos Maqueda.

El Dr. Maqueda, en su ponencia, se aparta de la línea argumentativa del resto del componente del Máximo Tribunal, planteando disidencia, basada en el respeto de sus propios precedentes en casos similares anteriores y que hasta el fallo en comentario constituía la doctrina de la CSJN en la materia, sostenida por más de diez años.

Alude el Magistrado en su voto, que a partir de la Reforma Constitucional de 1994, y de acuerdo con lo dispuesto por el art. 75 inc. 22 de la Norma Fundamental, las sentencias de la CoIDH, pronunciadas en causas en las que el Estado Argentino sea parte, deben ser cumplidas por los Poderes constituidos en el ámbito de su competencia, y en consecuencia, son obligatorias para la CSJN.

Entiende que la CSJN, como uno de los poderes del Estado Argentino, y conforme lo previsto en el art. 68.1 de dicha Convención, debe cumplir y ejecutar el

pronunciamiento del Tribunal Interamericano. Cita como fundamento jurídico la Ley 23.054; art. 75 inc. 22 de la CN; doctrina y de fallos: 326:2968 “*Cantos*”, disidencia del Juez Maqueda; 327:5668 “*Espósito*”, voto de los jueces Belluscio y Maqueda; 334:1504 “*Derecho*”, voto del Juez Maqueda; 336:1024 “*Carranza Latrubesse*”, voto del juez Maqueda y resolución CSJN 477/15 del 25 de marzo de 2015 en expte. N° 4499/13 “*Mohamed vs. Argentina*”.

Sostiene este Magistrado, en su considerando 4°, que el deber de cumplir la decisión adoptada por la CoIDH responde a un principio básico de Derechos sobre la responsabilidad internacional del Estado, según el cual éstos deben acatar sus obligaciones convencionales internacionales de buena fe (*pacta sunt servanda*), y de conformidad con lo dispuesto por la CVDT de 1969, no pueden, por razones de orden interno, dejar de cumplir las obligaciones ya asumidas, so pena de verse comprometida la referida responsabilidad (art. 27 de la citada Convención); (Fallos 315:1492; 318:373; 334:1504).

Concluye el Dr. Maqueda, que el fallo del Tribunal Interamericano debe ser cumplido por los poderes constituidos del Estado Argentino, en el ámbito de su competencia, y la CSJN como tal, debe proceder en consecuencia.

5. Análisis crítico del voto mayoritario.

Lo decidido por la mayoría de la CSJN, rompe con sus propios precedentes, iniciados incluso antes de la Reforma Constitucional de 1994, cuando en el caso “*Miguel Angel Ekmedjian vs. Gerardo Sofovich y otros*” (Fallos 315:1492), en su considerando 20°, sentó que “*cuando la nación ratifica un tratado que firmó con otro Estado, se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y judiciales lo apliquen a esos supuestos que ese tratado contemple, siempre que contengan peticiones lo suficientemente concretas respecto de tales derechos, que hagan posible su aplicación inmediata. Una norma es operativa cuando está dirigida a una situación de la realidad en la que puede operar inmediatamente sin necesidad de instituciones que deba establecer el Congreso*”. Al aludir la CSJN a órganos jurisdiccionales, se incluye a sí misma en la obligación aludida y ello se confirma en

la causa mencionada, cuando para aplicar enunciados vinculados al art. 14 del Pacto de San José de Costa Rica, referido al derecho de rectificación o respuesta que a esa fecha (7 de julio de 1992) no se encontraba legislado en el orden jurídico nacional. Para ello, se basó en los estándares establecidos en la OC N° 7/86 del Tribunal Interamericano, sosteniendo que la CSJN **en el orden jurídico interno, para cumplir el fin del pacto, debe considerarse comprendidas las sentencias jurisdiccionales.**

Con posterioridad, y en otra trama referida al cumplimiento de un fallo de la CoIDH, ya en el año 2003, en el precedente “*José María Cantos*” (Fallos 326:2968), en los votos de los Dres. Maqueda y Boggiano se sostuvo que *“corresponde a esta Corte, como órgano supremo de uno de los poderes del Gobierno Federal, aplicar en la medida de su jurisdicción, los tratados internacionales en los que el país está vinculado, a fin de evitar que la responsabilidad internacional de la República quede comprometida... que tanto de los términos expresos de la CADH, como de su contexto, se desprende que cuando este instrumento convencional ha querido asignar carácter obligatorio a las decisiones emanadas de sus órganos de aplicación, lo hizo en forma explícita. En este sentido, la Convención dispone que cuando la CoIDH decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en el Pacto, dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcado. Los Estados Parte de la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”. (cons. 3° y 4°). “Y que el art. 68.1 de la misma Convención establece que los Estados se comprometen a cumplir con la decisión de la Corte, y es en el marco de ese proceso de ejecución de la sentencia, que se ha pedido la intervención de la Corte, para remediar los supuestos derechos afectados, a raíz del fallo dictado por el Tribunal en la causa C.1099 “Cantos José María c/ Santiago del Estero... que esta Corte ha reconocido que los tribunales locales deben adoptar las medidas necesarias para evitar que el Estado incurra por responsabilidad por incumplimiento de un tratado, (Fallos 315:1492; 316:1669; 317:1282). A la luz de su interpretación, además, tener en cuenta la importancia de la decisión de la CoIDH dentro del marco del nuevo ordenamiento institucional, que resulta de la Reforma Constitucional del año 1994, que ha conferido jerarquía constitucional a la CADH... Que asimismo corresponde a esta Corte velar por que la*

buena fe que rige la actuación del Estado Nacional en el orden internacional para el fiel cumplimiento de las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del Derecho Internacional, no se vea afectado a causa de actos u omisiones de sus órganos internos (Fallos 315:1492 y 318:373).”(conss. 5º, 6º y 7º, respectivamente).

Ya en diciembre del 2004, la CSJN se expidió en la causa “*Espósito Miguel Angel*”, como consecuencia del Fallo dictado por la CoIDH, en el caso “*Bulacio Walter David vs. Argentina*”, en donde el cumplimiento de la condena internacional, implicó “*dejar sin efecto*” y/o “*revocar*” un pronunciamiento de la Corte Suprema, por el que se había declarado la prescripción de la acción penal en favor del Comisario Espósito. En dicho pronunciamiento (Fallos 327:5668), la CSJN sostuvo que “*debe subordinar el contenido de sus decisiones a las de la Corte Interamericana de Derechos Humanos... si al declarar la responsabilidad internacional del Estado Argentino por deficiente tramitación de la causa, la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró inadmisibles las disposiciones de prescripción o cualquier obstáculo de derecho interno, mediante el cual se pretenda impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones de los Derechos Humanos, la confirmación de la decisión por la cual se declara extinguida por prescripción de la acción penal resultaría lesiva del derecho reconocido a las víctimas a la protección judicial, y daría origen a una nueva responsabilidad internacional... frente a la paradoja de que sólo es posible cumplir con los deberes impuestos al Estado argentino por la jurisdicción internacional en materia de Derechos Humanos, restringiendo fuertemente los derechos de defensa y a un pronunciamiento dentro de un plazo razonable, garantizados al imputado por la Convención Interamericana, al haber sido impuestas tales restricciones por el propio Tribunal Internacional a cargo de asegurar el efectivo cumplimiento de los derechos reconocidos por la Convención, a pesar de sus reservas, es deber de la Corte Suprema como parte del Estado Argentino darle cumplimiento como parte de su potestad jurisdiccional*”. En este fallo, la totalidad de los miembros que integraban el Máximo Tribunal, resolvieron volver sobre los pasos de su propio pronunciamiento dictado en la misma causa, que fuera objeto de interpelación por la CoIDH, ya sea utilizando la fórmula “*dejar sin efecto*” (Augusto César Belluscio, Juan Carlos Maqueda, Carlos S. Fayt y Antonio Boggiano) o la fórmula “*revocar*” (Enrique

Petracchi, Raúl Zafaroni y Elena Highton de Nolasco).

Ya en noviembre de 2011, en la causa “*Derecho, René Jesús*” (Fallos 334:1504), la CSJN, ante el pronunciamiento de la CoIDH en el caso “*Bueno Alves vs. Argentina*”, volvió a dejar sin efecto su propia decisión, tomada con anterioridad en la que había declarado extinguida la acción penal por prescripción y sobreseído parcial y definitivamente en la causa a René Jesús Derecho, y ante una aclaratoria presentada por el querellante, Carlos Perez Galindo, para que precisara el auténtico alcance jurisdiccional ante lo fallado por la CoIDH, en los considerandos 3º y 4º del voto de la mayoría, estableció que el planteo importaba un recurso de revocatoria y que el presente era uno de esos casos por los que la sentencia del tribunal pueden ser excepcionalmente corregida y que era de aplicación en lo pertinente el precedente “*Espósito*” (Fallos: 327:5668, votos de jueces Petracchi, Zaffaoni y Highton de Nolasco). En el considerando 5º, sostuvo que con el objeto de dar estricto cumplimiento a lo ordenado por la CoIDH, en la sentencia “*Bueno Alves vs. Argentina*”, corresponde hacer lugar al recurso de revocatoria, dejar sin efecto el pronunciamiento que confirmó la declaración de la extinción de la acción penal por prescripción, y sobreseyó parcial y definitivamente en orden al delito previsto por el art. 144 bis del Código Penal, y devolver las actuaciones a la instancia anterior para que, por quien corresponda, se cumplimenten las pautas fijadas en dicho fallo (Voto Dres. Highton de Nolasco, Petracchi y Zaffaroni). En tanto el Ministro Maqueda, según su voto, sostuvo que: “*la Corte Suprema, como uno de los poderes del Estado Argentino, debe cumplir la sentencia del Tribunal Internacional dictada en el caso Bueno Alves vs. Argentina, que impone como medida de satisfacción y garantía de no repetición, la obligación de investigar los hechos que generaron las violaciones denunciadas, obligación que si bien es de medios, importa una tarea seria y eficaz, cuya exégesis debe efectuarse en el marco de lo dispuesto por el art. 68 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que posee jerarquía constitucional (Art. 75 inc. 22).*”

Con fecha 6 de agosto de 2013, en el Recurso de Hecho deducido en la causa “*Carranza Latrubesse, Gustavo c/ Estado Nacional - Ministerio de Relaciones Exteriores – Provincia de Chubut, etc.*” (Fallos 336:1024), la CSJN llegó a establecer

que no solo las sentencias de la CoIDH son obligatorias para ese Tribunal, sino que además los informes y recomendaciones realizados al Estado Argentino por la CIDH. El Voto de mayoría fue suscripto por los jueces Fayt, Zaffaroni, Petracchi y Maqueda, el Tribunal resaltó y puso en evidencia las graves consecuencias jurídicas que puede tener para el Estado Argentino, incumplir con las mismas, si se atiende al contexto tanto específico y en general en que se encuentran insertos en orden al objeto y fin del régimen de peticiones y de la CADH en su integralidad. Sostuvo el voto mayoritario que dicha interpretación es la que mejor responde al principio de buena fe, y al efecto útil de dicho régimen internacional de Derechos Humanos, evitando así el debilitamiento del sistema cuando no, por así decirlo, del propio ser humano al cual está destinado a servir. En tanto Petracchi y Maqueda, sostuvieron además, que es deber del Estado Argentino de adoptar los mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de la Comisión, y si bien reconocieron que las recomendaciones formuladas por la Comisión no tiene el valor obligatorio equivalente al de la CoIDH, el Estado, en función del principio de buena fe, está obligado a tener en cuenta el contenido de esos informes. En este voto de mayoría, se realiza un extenso desarrollo del principio de buena fe que rige el cumplimiento de las obligaciones internacionales.

En disidencia, votaron los jueces Highton de Nolasco y Lorenzetti, que entendieron que las recomendaciones de la Comisión no son obligatorias ni vinculantes, a diferencia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana. En similar tenor fue el voto de la jueza Argibay en dicha causa.

El 25 de marzo de 2015, la CSJN dictó la resolución N° 477/15, en el Expte. Administrativo N° 4499/2013. Dicha resolución alude a la condena de responsabilidad internacional por violación de Derechos Humanos impuesta a la República Argentina, en el fallo "*Mohamed Oscar Alberto vs. Argentina*", de fecha 23 de noviembre de 2012, en donde se tuvo por incumplido los arts. 1, 8, 9 y 25 de la CADH, debido a que la sentencia de condena del Sr. Mohamed al ser confirmada por la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional en el año 1995 le fue denegado el recurso extraordinario, por la misma. Y cuando acudió en queja a la Corte Suprema, ésta aplicó el *Certiorari* negativo, contenido en el art. 280 del Código Procesal Civil y

Comercial de la Nación (CPCCN). El expediente donde tramitó la causa penal correccional, el Sr. Mohamed fue primeramente archivado y posteriormente destruido en el año 2009. Por dicho motivo, siendo uno de los puntos de condena establecidos en el fallo del Tribunal Internacional que el Estado Argentino debía adoptar las medidas necesarias para garantizar al Sr. Mohamed el derecho a recurrir el fallo condenatorio emitido por la Sala 1ª de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional del 22 de febrero de 1995, ello fue imposible de darse cumplimiento ante la destrucción del expediente donde se tramitó la causa operada, motivo por lo que se instruyó el expediente administrativo 4499, del cual surgió la Resolución de la CSJN 477/15, que en la parte pertinente contenida en el considerando 6º, se estableció que: *“a partir de la Reforma Constitucional de 1994, y de acuerdo con lo dispuesto en el art. 75 inc. 22 de la Norma Fundamental, las sentencias de la CoIDH, pronunciadas en causas en las que el Estado Argentino sea parte, deben ser cumplidas por los poderes constituidos en el ámbito de su competencia, y, en consecuencia, son obligatorias para la CSJN. Por ello, esta Corte, como uno de los poderes del Estado argentino y conforme con lo previsto por el art. 68.1 de la misma Convención, debe cumplir la sentencia del tribunal internacional y ordenar a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, que, por intermedio de quien corresponda, designe una nueva sala de este tribunal para que proceda la revisión de la sentencia en los términos del arts. 8.2 h. de la CADH”*.

Conforme lo ordenado en esta resolución, el expediente fue reconstruido y la CSJN, tuvo que **dejar sin efecto y/o revocar** la aplicación antes realizada del art. 280 (CPCCN), lo que provocó el agotamiento de la vía interna que habilitó la petición del Sr. Mohamed ante el SIDH, que derivó en la sentencia condenatoria al Estado argentino antes mencionada. Los firmantes de la Resolución 477/15 fueron Ricardo Luis **Lorenzetti**, Elena I. **Highton de Nolasco**, y Juan Carlos Maqueda.

El panorama descripto revela que el fallo último de la Corte, del 14 de febrero de 2017, ha roto con un precedente sostenido de la CSJN por más de diez años, en el que más allá de sus integraciones, la mayoría admitió que si cumplir con la condena del Tribunal Internacional de Derechos Humanos implicaba dejar sin efecto o revocar

sus propias decisiones, así correspondía obrar en base al principio de buena fe y del efecto útil de los tratados de derechos humanos que el Estado Argentino fuera parte, y que la CSJN, como poder constituido y uno de los poderes del Estado Argentino, debía acatar y cumplir con los fallos del Tribunal Internacional. Resulta llamativa la postura asumida por los jueces Lorenzetti y Highton de Nolasco, quienes hasta el año 2015, en la resolución tomada en el caso Mohamed, sostenían la postura aludida, en el tema “*Fontevicchia*”, suscribieron el voto mayoritario, sosteniendo todo lo contrario, sin dar argumentos de los motivos que les llevaron a tan brusco cambio de parecer, más allá de los nuevos fundamentos que constituyeron el fallo mayoritario.

Indudablemente, se ha establecido una nueva relación entre uno de los poderes del Estado Argentino, la CSJN y el SIDH al cual pertenece, por ser miembro de la OEA, haber suscripto y ratificado la CADH, y haber aceptado voluntariamente la competencia contenciosa de la CoIDH, cambio de relación que fue establecido de modo unilateral, cambiando las reglas de relación que sostuvo por más de diez años en sus pronunciamientos con el SIDH.

Ciertamente estamos en presencia de un fallo polémico, y que traerá muchas voces críticas, como otras que apoyen la postura asumida por la mayoría. Desde el enfoque personal, se presta adhesión a quienes opinan que, pese al esfuerzo argumental dado, el mismo encuentra muchas falencias que desde la mirada de la tutela de los Derechos Humanos, implica un retroceso, más allá del respeto a la trayectoria y jerarquía que invisten en la estructura judicial argentina, quienes suscribieron la posición mayoritaria. Los fundamentos de dicha afirmación se asientan en las siguientes consideraciones:

5.a. Los Derechos Humanos poseen un carácter de universalidad.

La concepción actual de los Derechos Humanos, parte fundamentalmente de la idea kantiana de dignidad de la persona. Desde dicha perspectiva, la comunidad internacional ha ido elaborando todo “*corpus iure*” internacional de los Derechos Humanos, cuando tomando conciencia de que muchas de las tragedias de la humanidad han sido como consecuencia de regímenes totalitarios que, dominando las

mayorías, imponía legislaciones y/o acciones lesivas a la esencia misma y a derechos inalienables de las personas físicas, por lo que los países que conformaron la OEA y/u Organización de las Naciones Unidas (ONU), acordaron comprometerse y en ejercicio de su soberanía, dejar en custodia de estos cuerpos mínimos de respeto, el control a fin de evitar la ocurrencia de dichos excesos por parte de los Estados. De este modo, el principio “*pro homine*” integra la categoría de “*ius cogens*”, del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como también lo integra el principio “*pacta sunt servanda*”, conforme el Preámbulo y el art. 26 y 53 de la CVDT de 1969.

5.b. Lo referente a la “cuarta instancia” en referencia a las decisiones de la CoIDH.

La postura mayoritaria en el fallo que se comenta, ha presentado como uno de los argumentos que lo sostiene, que la CoIDH no implica una “cuarta instancia” en base a la doctrina sostenida por el propio Tribunal Interamericano, por lo tanto, la pretensión de que una máxima instancia judicial de un Estado deje sin efecto o revoque un fallo anterior como parte integrante de la condena interpuesta por el Tribunal Internacional, en cierto modo iría contra los precedentes establecidos por este último.

En mi opinión, si bien esta ponencia parte de una premisa cierta, ya que son reiterados los pronunciamientos de la CoIDH en los que sienta dicho parámetro, no es menos cierto que el alcance que se le da a dicha doctrina por parte de la CSJN, no es fiel al concepto elaborado dentro del SIDH sobre lo que debe entenderse por cuarta instancia.

En efecto, el desarrollo de esta doctrina dentro del SIDH comienza mediante resoluciones tomadas por la CIDH, con anterioridad a los “*hard law*” de los fallos de fondo de la CIDH¹, en el caso “*Clifton Wright vs Jamaica*”²; consolidada en el caso

1 “La fórmula de la cuarta instancia” disponible en: <http://www.derechos.net/doc/cidh/cuarta.html>

2 Resolución CIDH N° 29/88 del 14 de septiembre de 1988

“*López Aurelli vs. Argentina*”³, y precisado en el caso “*Marzioni vs. Argentina*”⁴, este último citado por la mayoría de la CSJN, aunque la interpretación dada por el Tribunal Nacional no es coincidente con la establecida en el Capítulo D, párrafo 48 en adelante de la aludida Opinión de la CIDH. En efecto, el órgano de supervisión de la CADH, estableció que la protección internacional de los derechos contenidos en el instrumento internacional es de carácter subsidiario, y en vista de ello es complementario de los mecanismos de protección contemplados en los sistemas jurídicos internos de los estados suscribientes y/o adherentes. Por dicho motivo, la regla del agotamiento previo de los recursos internos tiene su sustento en que el Estado demandado debe tener las condiciones de brindar una reparación por sí mismo, dentro de su propia estructura jurídica.

En la opinión referenciada, la CIDH, siguiendo la práctica del Sistema Europeo de Derechos Humanos (SEDH), sostuvo la premisa básica de que la fórmula de la cuarta instancia es aquella en que los organismos de control jurisdiccionales o de otra naturaleza contemplada en una Convención de Derechos Humanos, no puede revisar las sentencias dictadas por los tribunales nacionales que actúen en la esfera de su competencia y aplicando las debidas garantías⁵, **a menos que estos órganos de aplicación de la Convención consideren la posibilidad de que en dichos pronunciamientos no se hayan aplicado las debidas garantías contenidas en la misma, cometiéndose una violación de la Convención, conforme se desprende del párrafo 50 de la Opinión.**

Allí radica la diferencia de la verdadera interpretación que realiza el SIDH de cuarta instancia respecto al efectuado por el voto mayoritario de la CSJN en el caso en cuestión, y esto queda más que de resalto en función que en su párrafo 50 de la

3 Informe CIDH N° 74/90 del 4 de octubre de 1990

4 Opinión CIDH en caso 11673 del 15 de octubre de 1996.

5 Hasta ese punto existe plena coincidencia con el criterio sentado por la mayoría de la CSJN en el fallo “*Ministerio de Relaciones Exteriores...*” del 14/02/2017.-

Opinión comentada, la CIDH precisa el concepto cuando establece que es competente para declarar admisible una petición y fallar sobre su fundamento cuando esta se refiere a una sentencia judicial nacional que ha sido dictada al margen del debido proceso, o que aparentemente viola cualquier otro derecho garantizado por la Convención. Si en cambio la petición se limita a afirmar discrepancias sobre el acierto o lo injusto en sí mismo del fallo, es allí donde funciona la fórmula de cuarta instancia. También se puntualizó que los errores de derecho o de hecho, incluidos los referentes a la cuestión de la constitucionalidad de las leyes sancionadas por un parlamento, cometidos por los tribunales nacionales, solo interesan a la CoIDH, en consecuencia, durante el examen que la misma realizan sobre la admisibilidad de la petición en la medida en que al parecer supongan una posible violación de cualquiera de los derechos y libertades establecidas en el texto expreso de la Convención.

De lo expresado, queda claro que la ponencia de la mayoría de la CSJN elaboró un concepto propio de cuarta instancia que **no es plenamente coincidente con el del SIDH, máxime si se tiene en cuenta que esta doctrina de la CIDH ha sido fuente a su vez de la doctrina de la cuarta instancia elaborada por CoIDH, a partir del caso “Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros vs. Guatemala)”**⁶ en donde por primera vez aludió expresamente a este concepto.

Lo expresado se basa en el hecho de que al argumentar la CSJN que la CoIDH al establecer en la condena dejar sin efecto lo establecido por sentencia por la primera, volvió contra su propia doctrina, no es tal porque sólo refirió a un aspecto de la misma en forma parcial y no al alcance completo dado por la doctrina, conforme el criterio del SIDH referente al concepto de “cuarta instancia”, incurriendo en una especie de error lógico de falacia de verdad a medias, lo que queda aún más en evidencia, conforme el contenido del desarrollo de dicha doctrina sustentado por el Tribunal Interamericano en el caso “*Cabrera García y Montiel Flores* del 26 de noviembre de 2010⁷, en especial en el desarrollo del entonces juez Ad Hoc Eduardo Ferrer Mac

6 Excepciones preliminares, sentencia del 11 de septiembre de 1997.-

7 Sentencia de excepción preliminar, Fondo Reparaciones y Costas.

Gregor Poisot, que reafirma los enunciados fijados por la CIDH y lo ya sostenido por la CoIDH en el aludido caso de los “Niños de la Calle”, en donde estableció que si el Estado ha violado o no sus obligaciones internacionales, en virtud de las actuaciones de sus órganos judiciales, puede conducir a que ese Tribunal Interamericano deba ocuparse de examinar los respectivos procesos internos para establecer su compatibilidad con la CADH, lo cual incluye eventualmente, las decisiones de tribunales superiores⁸. La contundencia de lo sostenido tanto por la CIDH, como por la CoIDH, demuestra claramente que esta última no se apartó del concepto de cuarta instancia, conforme su doctrina elaborada mediante la invocación de opiniones de la Comisión Interamericana y de sus propios precedentes jurisdiccionales. En esta sentencia, la CoIDH establece que para determinar si las actuaciones de los jueces nacionales resultan compatibles con el Pacto de San José, en determinados casos, se tendrá que analizar su actuación a la luz de la propia normatividad interna y siempre atendiendo a la CADH, especialmente para valorar lo que podríamos denominar “el debido proceso convencional” (en sentido amplio). Dicho análisis, por consiguiente, no puede consistir en una “cuestión preliminar”, sino fundamentalmente representa una “decisión de fondo”, donde precisamente se analizaría, *inter alia* si un determinado ejercicio del “control de convencionalidad” por parte de los tribunales nacionales, resultó compatible con las obligaciones contraídas por el Estado demandado y a la luz de la propia jurisprudencia interamericana. (Párr. 8 voto razonado Eduardo Ferrer Mac Gregor). En conclusión, la teoría de la cuarta instancia elaborada por el SIDH si bien no otorga competencia absoluta a la CoIDH para revisar en cualquier caso y condición la actuación de los jueces nacionales a la luz de la propia legislación interna, lo que excedería a la competencia del Tribunal de la Jurisdicción internacional, y el alcance del “principio de subsidiariedad”, una vez agotados los recursos de jurisdicción interna, la potestad conferida por el art. 61.2 del mismo pacto y subsistente el agravio convencional a la luz de los instrumentos de Derechos Humanos habilitará la competencia del Tribunal Interamericano sólo en

⁸ Caso Gómes Lund y otros vs. Brasil, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 24 de noviembre de 2010, párr. 49.-

esos casos para revisar las actuaciones de los jueces nacionales, incluido el correcto ejercicio del control de convencionalidad, sin que ello implique convertir a la jurisdicción internacional en un “tribunal de alzada” o de “cuarta instancia”, ya que su actuación se limitará a las violaciones de los compromisos internacionales asumidos por el Estado demandado en el caso particular y no de todas y cada una de las actuaciones de los tribunales domésticos.

También, en el fallo del tribunal argentino que conforma el voto de la mayoría, se menciona que la terminología utilizada por la CoIDH “dejar sin efecto”, implica de conformidad a la lengua española “revocación”, siendo que ese es el efecto común en los tribunales de distintas jerarquías en cuanto a la instancia recursiva, cuando el de mayor posición en la escala del recurso revisa la decisión de otro de grado inferior al que se le ordena modificar una decisión tomada, lo que demuestra que el Tribunal Internacional actuó como una instancia recursiva.

Al respecto, entiendo respetuosamente que no se ha empleado en este razonamiento, la hermenéutica adecuada y aplicable al caso, ya que un tribunal revoca la decisión de otro cuando en la estructura jurídica y legal se le ha otorgado el “*imperium*” de enervar en el caso de ser necesario la decisión del de grado inferior, y la propia decisión deja sin eficacia jurídica la sentencia revocada. En la situación particular ello no acontece, porque la decisión de la CoIDH no va dirigida respecto a la decisión de la CSJN como órgano jurisdiccional, sino que lo hace en relación al **Estado argentino**, es decir, a la República Argentina, donde la sentencia de la CSJN es uno de los actos u omisiones que contempla el artículo 1.1 y 2^o, siendo la propia CSJN la que advertida de que los errores de hecho o de derecho que contiene la sentencia en un caso particular no es compatible con los estándares de la CADH, de conformidad al órgano que la misma CADH ha establecido como su intérprete

9 Art. 1.1. CADH. - Obligación de respetar los derechos. Los Estados parte de esta convención, se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento y cualquier otra condición social. Art. 2 deber de adoptar posiciones de derecho interno. Si del ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el art. 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta convención, las medidas legislativas “o de otro carácter” que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

auténtico, se encuentra incursa dentro de las obligaciones de adecuación establecida en el mencionado artículo 2 de la CADH, siendo la Corte Nacional que en aras de la obligación del art. 1.1 sea ella misma quien vuelva sobre su propio pronunciamiento declarado contrario o agravante a una garantía convencional que el Estado argentino se encuentra obligado no sólo a respetar sino también a tutelar por todos los medios materialmente posibles a su alcance.

Otras de las fuertes razones por la que el voto mayoritario de la CSJN en el caso en análisis no pudo invocar la fórmula de la cuarta instancia como argumento para no cumplir uno de los puntos de condena impuesto por el Tribunal Interamericano, es que dicha circunstancia solo puede oponerla, conforme lo establece la CADH, el Estado argentino en su integridad, (compuesto por los tres poderes) y representado por la Cancillería Nacional en la instancia de admisibilidad de la petición formulada por las víctimas ante la CIDH, y no oponerla en una instancia de supervisión de cumplimiento de sentencia y por uno de los componentes del Estado solo, en referencia al Poder Judicial, por lo que claramente, se puede afirmar que lo argumentado por la Corte Suprema en este tema implica lo que la misma Corte Suprema utiliza como fundamento para denegar agravios cuando los considera “una reflexión tardía”.

5.c. Lo relacionado a la aludida falta de competencia de la CoIDH en el voto de la mayoría.

Respecto a lo argumentado desde el considerando 12° a 15° inclusive de la postura objeto de comentario, en el sentido de que el Tribunal Internacional, al ordenar dejar sin efecto la sentencia de la Corte Nacional pasada en autoridad de cosa juzgada, habría obrado fuera de las potestades otorgadas por los textos convencionales, tanto de la CADH como la CVDT, resulta un argumento que, desde el punto de vista de este autor, encuentra serios déficits argumentativos. En primer lugar, todo lo sostenido respecto a la “cuarta instancia”, resulta útil para dar respuesta a los juicios que respaldan la posición argumentativa sostenida al respecto por el tribunal argentino, pero además, al realizar la tarea de fijar cuales son los límites de

competencia de un tribunal internacional de Derechos Humanos conforme los textos convencionales, como fundamento para no acatar un punto de la parte dispositiva que condena a un Estado parte, conforme los límites impuestos por el propio poder jurisdiccional del Estado condenado, en base a interpretaciones que dicho poder realiza de instrumentos internacionales, dentro de los cuales se establece que el Tribunal Internacional es el intérprete auténtico de los enunciados de dichas convenciones. Ello lleva a sostener que las mismas razones dadas por la CSJN para cuestionar la competencia de la CoIDH son más que válidas para impugnar sus propios argumentos en este sentido, ya que ninguna letra de los tratados que invoca le da a las Cortes constitucionales o supremas de los Estados partes, facultades para interpretar los alcances de la competencia de los tribunales internacionales creados por los propios instrumentos convencionales como órganos auténticos y finales de interpretación de sus enunciados.

El artículo 62 de la CADH es claro y contundente al respecto, cuando el inciso primero establece que *“todo Estado parte puede en el momento de depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial la competencia de la Corte (Interamericana) sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención.”* En el sentido indicado, una vez realizado el reconocimiento aludido, la CoIDH tiene competencia para conocer en cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de la CADH, que le sea sometido, conforme los alcances de los incisos 2 y 3, de este artículo. A su vez el art. 63 inc. 1, y tal como lo reconoce la misma CSJN, establece que cuando el Tribunal Interamericano decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidas en la CADH, dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Y pondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se repare las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de sus derechos y el pago del ajuste a la indemnización a la víctima.

En el caso *“Fontevéchia vs. Argentina”*, la medida que generó consecuencias y situaciones configurativas de la vulneración de derechos contemplados en la

Convención Americana, fue justamente el contenido del fallo “*Menem*”, de la CSJN, por lo que conforme el texto convencional, la CoIDH tiene perfecta competencia y obró en total conformidad con las facultades otorgadas por el art. 63.1, al solicitar al Estado Argentino se deje sin efecto por el órgano que corresponda dicho acto, en este caso jurisdiccional, ya que, de seguir vigente y con validez queda claro que no será posible la reparación de las garantías afectadas por el mismo, y continuará configurada la vulneración de los derechos conculcados, más allá de que el Estado, mediante sus otros poderes, proceda a abonar la indemnización establecida, lo que por otra parte, pondrá en serio compromiso al Poder Ejecutivo Nacional, en caso de cumplir con la reparación económica impuesta por la Corte Interamericana, en razón de que conforme a la línea argumentativa establecida por la CSJN, continúa vigente la decisión que ordenó a los Señores Fontevecchia y D'amico a abonar al Dr. Menem indemnizaciones correspondientes por daño moral, careciendo en consecuencia de causa válida cualquier reintegro de lo pagado al mantener la vigencia y sus consecuencias jurídicas generadas por la cosa juzgada el fallo de la CSJN que el Tribunal Internacional consideró que fue la base y fundamento de violaciones a los Derechos Humanos, manteniendo la situación de responsabilidad internacional y generando fuertes probabilidades de incurrirse en otra distinta como lo es a la de no someterse a lo decidido por un tribunal internacional cuyas decisiones reconoció como obligatorias de pleno derecho y sin convención especial.

Amén de lo expresado, el concepto de reparaciones, conforme los estándares del SIDH, son abarcativos no solo de reparaciones patrimoniales, sino también simbólicas y de garantías de no repetición, razón por lo que aunque el Poder Ejecutivo pague las sumas que a su vez los Sres. Fontevecchia y D'Amico abonaron a Menem, será un acto que no modificará el estatus de país responsable de violación y de incumplimiento de garantías establecidas por convenciones de Derechos Humanos de la que el Estado es parte, sino que además iría contra el sistema normativo interno al continuar vigente el precedente “*Menem*” en el que se impuso a Fontevecchia y D'Amico tuvieron una obligación “legítima” y “legal” de abonar en concepto de indemnización.

En cuanto a los enunciados de los alcances de los art. 31 y 32 de la CVDT de

1969, conforme hasta lo aquí argumentado, contradiría la posición sostenida por la mayoría de la CSJN, ya que el objeto y fin de un tratado de Derechos Humanos (efecto útil), es que no se lesionen derechos y libertades contenidos en la misma. Y en caso de ocurrencia, se reparen o restablezcan los efectos indeseados de los actos causantes de la lesión, suprimiéndolos o removiéndolos. Además, siendo un tratado que regula las relaciones internacionales emanadas de la ONU, quien realiza la interpretación última y auténtica de sus enunciados, es la Corte Internacional de Justicia (CIJ), con sede en la Ciudad de La Haya, y que al respecto ha establecido que: *“el derecho interno no puede prevalecer ni sobre las obligaciones del Estado, según el Derecho Internacional consuetudinario, ni sobre sus obligaciones sobre el según el Derecho Internacional convencional y en consecuencia un Estado no puede invocar frente a otro (en el caso una organización interamericana - OEA) su propia constitución para sustraerse a las obligaciones que le impone el Derecho Internacional o los tratados en vigor”*¹⁰.

5.d. El aludido orden público interno del art. 27 de la CN.

Otro de los argumentos expuestos por la mayoría en la sentencia en tratamiento, se exponen a partir del considerando 16° en adelante del voto en cuestión, que como ya fuera expresado anteriormente, alude a que al dejar sin efecto la sentencia de la CSJN pasada en autoridad de cosa juzgada, es uno de los supuestos en lo que la restitución resulta jurídicamente imposible a la luz de los principios jurídicos fundamentales del Derecho Público argentino, y que desde dicha perspectiva constitucional, el art. 27 prescribe que el Estado argentino o el gobierno federal está obligado a afianzar las relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios del Derecho Público establecido en esta Constitución, y por lo tanto los tratados internacionales deben ajustarse y guardar conformidad a esa esfera de reserva soberana establecida por el constituyente, donde dentro de esos principios inmovibles se encuentra el carácter

10 Corte Internacional de Justicia, sent. 1923, 1927, 1930, 1932, 1953, 1988, etc. y otras, arts. 26 y 27 CVDT, Principio: *“pacta sunt servanda”*.

de órgano supremo y cabeza del Poder Judicial que inviste la CSJN, acorde al art. 108 de la CN, y ese carácter impide revocar su decisión, porque implicaría sustituirla por un tribunal internacional, en transgresión a los arts. 27 y 108 de la CN.

Entiendo que la posición mayoritaria de la CSJN, vuelve a incurrir en otro argumento difícil de ser sostenido, y con muchos puntos que facilitan su derrotabilidad. En primer lugar, no es correcto que la Máxima Jerarquía Nacional sea sustituida por un Tribunal internacional cuando deba cumplir como integrante del Estado Argentino, con una obligación internacional contraída por este, mediante los propios mecanismos constitucionales establecidos por el poder constituyente que la misma CSJN señala pretender conservar su voluntad, ya que como lo ha hecho en otras ocasiones, ella misma puede volver sobre sus propias decisiones a fin de armonizar el orden interno con el orden internacional establecido mediante el art. 75 inc. 22 de la CN, que es lo que realmente ha pretendido el constituyente al incorporar expresamente en su texto los tratados tales como la CVDT y la CADH, sin que en ninguna manera mengüe o menoscabe su condición de Tribunal Supremo del Estado Argentino. Por otro lado, sostener lo postulado implicaría que el propio constituyente de 1994, al incorporar el artículo mencionado, no respetó los enunciados del art. 27 de la CN., preexistente a la reforma constitucional operada en el año mencionado, al incluir tratados que en su contenido podrían tener contextos contrarios a dicha reserva soberana en lo relacionado a los alcances de los órganos de aplicación de dicho tratado. Sin embargo, al respecto, calificada doctrina constitucional nacional e incluso los mismos precedentes anteriores de la CSJN¹¹, han sido coincidentes que los límites impuestos por el art. 27 de la CN, no juegan respecto de los tratados de jerarquía constitucional expresamente mencionados en el art. 75 inc. 22., ya que como la propia CSJN ha expresado en el caso “*Chocobar*”, el poder constituyente reformador realizó “*un juicio de comprobación en virtud del cual ha cotejado los tratados internacionales y los artículos constitucionales y ha verificado que no se produce derogación alguna*”. En otras palabras, el constituyente verificó que todos los tratados que expresamente consignó en el artículo mencionado, alcanzaron la equiparación constitucional por no contradecirse con los principios de Derecho Público y de Orden

11 CSJN Causa “Chocobar Sexto” cons. 12º del voto de la mayoría – Fallos, 319:3241.

Público interno establecido en el art. 27 de la CN. Como sostiene la doctrina, desde dicha perspectiva fijada en el precedente de la CSJN mencionado, de conformidad a la última parte del art. 75 inc. 22, los límites impuestos por el art. 27 de la CN, juegan para todos los poderes constituidos, pero no para el poder constituyente¹², por lo que solamente se encontraría autorizada la CSJN a revisar la constitucionalidad de la incorporación de un tratado internacional en el texto de la CN y su adecuación al art. 27 para aquellos tratados posteriores sobre Derechos Humanos que se incorporen al texto constitucional mediante el procedimiento de ley especial dictada por el Congreso, conforme la última parte del artículo mencionado.

Estando entonces contemplada expresamente la CVDT en la CN por obra del constituyente, resulta más que válidos los precedentes de la Corte de Justicia Internacional ya citados, (nota al pie N°. 10), respecto a que no podrá oponerse enunciados constitucionales a fin de eludir compromisos contraídos en los tratados, conforme los arts. 26 y 27 de dicha Convención, a lo que se puede agregar que cuando dichos tratados son de Derechos Humanos, cobra más relevancia dicho enunciado.

Por otro lado, se puede mencionar que el contenido y alcance de principios de orden público contenidos en el art. 27 de la CN, no se mantiene incólume desde aquel que fue forjado por los constituyentes de 1853, debido a las múltiples reformas constitucionales realizadas desde entonces, y en especial la última de 1994, por el gran contenido ético y moral que trasunta el principio *pro homine* vinculado a la dignidad humana, lo que ha llevado al Estado argentino a mudar de un “Estado de Derecho legal” a un “Estado de Derecho constitucional”, por la trascendencia y características propias de los principios que informan los Derechos Fundamentales que lo conforman, prueba de ello, son las grandes transformaciones que se vienen operando en la legislación de fondo, tales como el Código Civil y Comercial (CCC), instituido por la Ley 26994, en donde los principios juegan un rol de límite y control axiológico, conforme la concepción de Norberto Bobbio¹³, constituyéndose la

12 Daniel A. Sabsay, Pablo Milán y otros “*Constitución de la Nación Argentina – Análisis doctrinal y jurisprudencial*”, Tomo I págs. 1085. Ed. Hammurabi, Buenos Aires – Año 2009.-

13 Citado en Código Civil y Comercial de la Nación comentado, T. 1, Ricardo Luis Lorenzetti Director, Ed.

constitución y los tratados de derechos humanos en la principal fuente interpretativa.

Todo lo antes expresado, indica que si bien se mantienen las raíces del concepto de orden público ensambladas por los constituyentes de 1853, dicho concepto y contenido del art. 27 de la CN han sido remozados en las distintas reformas, y con la incorporación del art. 75 inc. 22 de la CN, ha incorporado el principio evolutivo de interpretación que no puede dejarse de lado cuando se trata de Derechos Humanos.

En base a lo expresado, el constituyente en la última reforma ha querido incorporar y que sea efectivo una garantía más para los ciudadanos de nuestro país, consistente en que en aquellos casos en que los sistemas de protección y tutela judiciales internos fallen en dicho cometido, pueda acudir al sistema regional y/o internacional de Derechos Humanos a fin de que se repare la lesión¹⁴, lo que no sería posible si pese a hacerlo, la definitividad de lo decidido por la Máxima Instancia Nacional, en la que los órganos instituidos por los tratados expresamente enunciados en el art. 75 inc. 22, sea la causante de la afectación de las garantías contenidas, debido a malas interpretaciones o graves errores de hecho o de derecho que impone como única alternativa para recomponer el derecho fundamental lesionado sea dejado sin efecto por otra resolución de la misma CSJN. Esa garantía que el constituyente estableció en favor de los ciudadanos comunes ante desaciertos de los órganos estatales (el Poder Judicial lo integra), no pueden ser dejada de lado por un poder constituido, porque además integra los principios nuevos incorporados a dicho orden público y se encuentran protegidos por principios inderogables que hacen al *ius cogens*, tales como el de progresividad y no regresividad.

La gravedad de lo dicho, queda de resalto en caso de que la Máxima Instancia Nacional pueda confirmar una situación de privación ilegítima de la libertad, que sea

Rubinzal Culzoni – Santa Fe. Año 2014.-

14 Llugdar Eduardo J. R., “La Doctrina de la CoIDH y las resoluciones de la CIDH como fuente y forma de protección de los Derechos Fundamentales”, Año 2016, disponible en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r35244.pdf>

revertida en la instancia internacional, la situación de la víctima permanecerá inmodificable de mantenerse los postulados sostenidos por el voto mayoritario.

Como bien se ha sostenido, “*supremacía*” no implica necesariamente superioridad jerárquica, sino la facultad de decidir “*per se*”, en que escalón de la pirámide jurídica situarse y de ceder o no parte de su competencia, con lo cual resultaría válido que otras normas compartan con la Constitución el primer escalón de la pirámide normativa estatal, conforme lo sostuviera Bidart Campos¹⁵.

Si bien es válida la apelación que realiza la CSJN la doctrina sostenida a fines del siglo XIX y principios del siglo XX, en especial a Joaquín V. González, téngase en cuenta que no existían los tratados de Derechos Humanos, tal cual son concebidos a partir de mediados del siglo XX por la comunidad internacional, a la cual la República Argentina, mediante el ejercicio de su soberanía y mediante los procedimientos constitucionales ha decidido ser parte, además de que otros constituyentes originarios o de los primeros tiempos del orden constitucional argentino, también expresaron pensamiento en contrario a los citados en el fallo, caso Juan M. Gutiérrez, quien sostenía que existían tratados de paz que pueden derogar artículos constitucionales, en las discusiones y debates de la reforma operada en 1860¹⁶.

Por otro lado, al fallar de este modo, la mayoría de la CSJN volvió sobre su propia doctrina, sentada con inusual fuerza al sostener que “*interpretar la Constitución no puede significar adjudicarle todos los alcances que, a juicio de la magistratura, pudiesen parecer meramente convenientes o deseables, pues ello desconocería el principio de la soberanía del pueblo según el cual no son los tribunales los titulares del poder constituyente. Es inadmisibile entonces, que so color de ejercer la prerrogativa de revisar e interpretar el texto constitucional, los jueces puedan modificarlo. De lo contrario, la Constitución podría ser alterada de una*

15 Citado por Daniel Sabsay y Pablo Manili, ob. cit. Párr. 1073.

16 Vanossi – Dalla Via “Régimen constitucional de los Tratados”, pág. 36, Abeledo Perrot, Buenos Aires, año 2000.-

forma diferente a la que ella prevé, quedando la voluntad del pueblo declarada en ella sometida al simple arbitrio de un magistrado”¹⁷. Con lo sostenido por la mayoría en el fallo, la CSJN ha privado en cierto modo, una garantía de jurisdicción internacional para tutelar sus derechos humanos que el constituyente otorgó en forma expresa, conforme los efectos que esta decisión causaría en casos como los ejemplificados, y que conforman los principios de orden público contenidos en el art. 27 de la CN, de acuerdo a lo antes aludido.

6. Análisis crítico del voto del Ministro Rosatti.

En su ponencia, el Dr. Rosatti, concurre con casi todos los argumentos expuestos por lo sostenido por los Dres. Lorenzetti, Highton y Rosenkrantz, agregando dos cuestiones que merecen ser destacadas.

La primera esboza un razonamiento en su considerando 5º, que implica la consagración del dualismo jurídico, al sostener en relación al art. 27 de la CN *“que a partir de esta cláusula, no es posible hacer prevalecer automáticamente, sin escrutinio alguno, el derecho internacional -sea de fuente normativa o jurisprudencial- sobre el ordenamiento constitucional”*. Al respecto, cabe mencionar que al igual del voto del que concurre, no se tiene en cuenta que dicho escrutinio fue realizado por los constituyentes de 1994, conforme ya se aludiera en este trabajo, por lo que al proponer que a pesar de ello sea el poder constituido legisferante o judicial quien deba realizarlo, es volver a una doctrina ya superada que se identifica con la corriente dualista del Derecho, lo que en forma categórica fue dejado de lado por la CSJN, a partir del precedente *“Ekmekdjian c/ Sofovich”*.¹⁸, y que se mantuvo en innumerables fallos de gran trascendencia, en especial en aquellos que se investigaron violaciones sistemáticas de Derechos Humanos mediante la comisión de delitos de

17 CSJN: UCR de la Provincia de Santiago del Estero c/ Santiago del Estero, Provincia de s/ Acción Declarativa de Certeza, causa U. 58.XLIX, Sent. del 22 de octubre de 2013. cons. 11º.

18 CSJN Ekmekdjian, Miguel Angel c/ Sofovich, Gerardo y otros. s/ Recurso de hecho – Sent. Del 7 de julio de 1992

Lesas Humanidad, acorde al concepto desarrollado por la Corte Penal Internacional creada por el Estatuto de Roma, como el precedente “*Simón*”¹⁹ o “*Arancibia Clavel*”²⁰, entre muchos otros, los que no hubiera sido posible concebírseles si no se les reconociera auto-operatividad a los tratados y pactos internacionales de Derechos Humanos en los que la República Argentina es parte, y muchos de los cuales han sido expresamente incorporados por el constituyente en 1994, por lo que desde dicha perspectiva, implica un fuerte retroceso en la materia.

Otra cuestión que desarrolla el voto concurrente del Dr. Rosatti es el vinculado al “diálogo interjurisdiccional”, que como lo resalta en su considerando 8º, intente mantener la convergencia decisional entre los órganos con competencia para dirimir conflictos en los ámbitos nacional e internacional, reconociendo a la CoIDH como último intérprete de la CADH, y a la CSJN como último intérprete de la CN. Al respecto y con el respeto que me merece la trayectoria del Sr. Ministro, creo que para realizar este tipo de diálogos entre las Cortes internacionales de Derechos Humanos y las Nacionales de los países parte de los tratados, no pueden válidamente realizarse cuando estos últimos primero desconocen las competencias conferidas por la propia CADH, y siendo que con diferente integración ya el Tribunal Nacional realizó dicho diálogo interjurisdiccional, pero utilizando un procedimiento inverso, al cumplir con los requerimientos de la CoIDH, con sustento en los compromisos internacionales contraídos por el país, que la CSJN, como integrante del Estado no podía eludir, sin perjuicio de lo cual, señaló en sus fundamentos sus discrepancias de criterios y reparos que consideraron señalar respecto a la decisión internacional, tal lo acontecido en el precedente “*Espósito*” ya mencionado, dictado con posterioridad a lo fallado por la CoIDH en el caso “*Bulacio vs. Argentina*”, puesto que resulta un contrasentido la propuesta de diálogo y concluir en la negación de competencias y facultades del órgano jurisdiccional internacional con el que se pretende dialogar.

19 Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. Causa N°17.768C- Sent. Del 14 de junio de 2005.

20 CSJN Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/homicidio y asociación ilícita Causa n°259C.Sent. Del 8 de marzo de 2005.

7. Consideraciones finales.

El presente fallo de la CSJN, constituye un paso hacia atrás respecto de los avances que la misma logró en materia de Derechos Humanos. Que la universalidad que caracteriza a los derechos esenciales de la persona humana basados en su dignidad, no es patrimonio de Estado alguno, y en los hechos lo sentado por este precedente implica básicamente una denuncia de facto del tratado involucrado en materia jurisdiccional, y de una no muy clara competencia del Poder Judicial de la Nación en cuestiones que involucra a la política internacional que ha decidido la Nación tomar en materia de Derechos Humanos, por la clara expresión de la voluntad del pueblo expresada por los constituyentes de 1994.

Estos vaivenes de los criterios y doctrina sentados al respecto pueden resultar fórmulas de alquimia interpretativa que podrían concluir, al decir de Gargarella, en un “maltrato constitucional”²¹, que podría llevar al Estado Argentino a perder la consideración que ha logrado a través de los años en su posicionamiento y reconocimiento por el respeto y tutela de los Derechos Humanos frente a la comunidad internacional. Lo dicho se apoya en el hecho del notable cambio de rumbo tomado respecto a la relación con el Sistema Interamericano de Derechos Humanos mediante el fallo en comentario, lo que en Derecho Internacional Público se conoce como “*estoppel*”, ya que uno de sus órganos que componen el Estado, de modo unilateral, ha variado la forma de vinculación mantenida por más de veinte años, respecto al acatamiento de los fallos de un tribunal internacional del que no solo la Nación Argentina es parte mediante sus suscripción y ratificación, sino que los constituyentes lo han reconocido al incorporar expresamente el instrumento que lo consagra en la misma Constitución Política del Estado Argentino.

21 Gargarella Roberto “De la alquimia interpretativa al maltrato constitucional : la interpretación del derecho en manos de la Corte Suprema argentina”, Teoría y crítica del Derecho Constitucional - Tomo I / Número: (Revista (serie) Año, vol. y nro.:F 602 Páginas:233-248, disponible en: http://angelduran.com/docs/Cursos/CCDC2013/mod11/11-050_L2.-Roberto-Gargarella.plus.pdf

Abrigamos la esperanza de que el Máximo Tribunal Nacional en futuros pronunciamientos aclare y precise los alcances en implicancias del fallo dictado el 14 de febrero de 2017.-

Santiago del Estero, República Argentina, 20 de Marzo de 2017.-

GLOSARIO DE ABREVIATURAS.-

CSJN	Corte Suprema de Justicia de la Nación.
CN	Constitución Nacional.
CADH	Convención Americana de Derechos Humanos.
CCC	Código Civil y Comercial de la Nación.
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
CIJ	Corte Internacional de Justicia
CoIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos.
CVDT	Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.
CPCCN	Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.
OEA	Organización de los Estados Americanos.
ONU	Organización de las Naciones Unidas.
PIDCP	Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.
SIDH	Sistema Internacional de Derechos Humanos.

SEDH

Sistema Europeo de Derechos Humanos.