

**ACERCA DE LAS “NORMATIVAS INTERCONECTADAS” Y LA ACTUACIÓN
DEL DENOMINADO “MARGEN DE APLICACIÓN NACIONAL” EN LA JURISPRUDENCIA
RECIENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN**

ESCRIBE:

Eduardo Pablo Jiménez¹



¹ Profesor Titular (Catedrático) concursado en las asignaturas “Teoría Constitucional” (Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata) y “Elementos de Derecho Internacional” (Licenciatura en Relaciones Internacionales de la Facultad de Ciencias Humanas de la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires). Es además Investigador categorizado “2” por el Ministerio de Educación de la Nación (UNMDP). Camarista Federal, concursado, con actuación en la Cámara Federal de la ciudad de Mar del Plata. www.profesorjimenez.com.ar

ACERCA DE LAS “NORMATIVAS INTERCONECTADAS” Y LA ACTUACIÓN
DEL DENOMINADO “MARGEN DE APLICACIÓN NACIONAL”

“For the times, they are a changing”

Bob Dylan

!

NUESTRO PUNTO DE PARTIDA

(Acerca de los laberintos y los techos)

En un trabajo reciente², Calógero Pizzolo señaló que tanto el intérprete nacional como el interamericano, están “(...) condenados a entenderse mediante la práctica de un fluido diálogo judicial o interjurisdiccional, para evitar que se quiebre el equilibrio o la cohesión interna dentro de la comunidad, y se termine privando de eficacia a la norma interconectada”. Ello pues según él lo sostiene, la unidad interpretativa constitucional que otrora estaba representada por el concepto de supremacía del orden fundamental del Estado Nacional, se ha perdido, imponiéndose hoy en su lugar un espacio jurídico fragmentado, dividido en una pluralidad de órdenes jurídicos.-

Entiende además éste prestigioso jurista, que la globalización, como fenómeno transversal propio de nuestro tiempo, lleva la mayor responsabilidad de este cambio de época³, pues en su criterio, el derecho constitucional clásico tiene hoy “pretensión de globalidad”, pese a que tal expansión no viene acompañada con la participación de un poder constituyente originario que le brinde legitimidad, aunque asomen en su sentir y como “parámetros” de una nueva legalidad supranacional, ciertas pautas que “migran” hacia infinidad de sistemas jurídicos que las adoptan como propias.-

De allí que Pizzolo desarrolle el concepto de la formación de normas interconectadas, que proponen la idea de superación que ofrecen las ordenaciones jerárquicas tradicionales, propias de los Estados Nacionales, posicionando así a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como intérprete final de la CADH, especialmente al operar el denominado

² Pizzolo, Calógero “Las normas interconectadas (entre la primera y la última palabra en derechos humanos) “LL” del miércoles 08/07/2015, pág. 1 y ss.-

³³ Así expresa Pizzolo en “La Constitución frente a la integración supranacional y al Derecho Internacional de los Derechos Humanos” (en AAVV “Internacionalización del Derecho Constitucional, constitucionalización del Derecho Internacional” EUDEBA, 2012, pág365/82), que “(...) la transnacionalización del derecho constitucional en tanto proceso preexistente, con la globalización, experimenta un cambio de fase trascendental”

“control de convencionalidad”, para poder así garantizar ella el “efecto útil” que se supone debe derivarse de la plena vigencia de la CADH y su armoniosa aplicación.-

Todo ello lleva - en el decir de nuestro colega -, a la necesidad de construir consensos en torno a una regla de cohabitación normativa, saludando entonces Pizzolo con beneplácito, el obrar reciente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, en tanto ha consolidado desde sus fallos, el reconocimiento de la autoridad interpretativa de la Corte Interamericana, al confirmar con sus ellos el carácter vinculante de las interpretaciones que la Corte Interamericana de Derechos Humanos determina, respecto de la CADH.-

Finalmente, sugiere que la formación de normas interconectadas, resulta ser una consecuencia de la fragmentación antes aludida del espacio jurídico, augurando que el fracaso de este nuevo e incipiente diálogo, significaría lisa y llanamente el fracaso de la vigencia de los derechos humanos que se reconocen en estas normas interconectadas.-

II

SOBRE EL ORIGEN DE NUESTRAS DUBITACIONES

(los laberintos son encrucijadas, extravíos, desolación)

Ciertas dudas – algunas similares, y otras divergentes – animaban el cenit de la creación intelectual de Alberto Antonio Spota, cuando dio a conocer su demoledor artículo “Globalización, Integración y Derecho Constitucional”⁴. Allí, anunciaba que “(...) el derecho constitucional de los Estados Nacionales y de las comunidades, son variables análogas, comprensibles, vinculadas y con futuro previsible” ya que para éste gran jurista Argentino, “(...) el derecho constitucional, en un proceso de globalización como en el que hemos ingresado, no tiene por ahora, respuesta previsible”⁵. Es que tanto él, como tantos otros constitucionalistas liberales de su tiempo - que fue el Siglo XX -, pensaron al derecho constitucional como aquel que nace tanto histórica como jurídica y políticamente, enraizado en el devenir de los Estados Naciones, que a su vez fueron producto de las grandes revoluciones de fines del Siglo XVIII y comienzos del Siglo XIX, concibiéndolo como un “derecho de la libertad” y esencialmente, de corte humanista⁶.-

Entonces, y de cara a los “tiempos de transformación” que se avizoran en éstos turbulentos inicios de nuestro tercer milenio, cabe destacar que pese a haber imaginado

⁴ Publicado en “LL”, del 26/02/1999, pág. 1 y ss.-

⁵ Spota, Alberto “Globalización...” citado, pág. 4.-

⁶ Bien señalaba aquí Spota (Op. Cit., pág. 4), que “(...) estos Estados Naciones condicionan al derecho constitucional, lo conforman, lo transforman y lo hacen devenir”,. Y ello es así, porque es claro que el derecho constitucional se enraiza en su origen y desarrollo, a la idea de Estado Nación

Pizzolo la pérdida de la unidad interpretativa representada por la Constitución, creemos más bien, que la característica central del constitucionalismo surgente de la segunda mitad del Siglo XX, radicó no en su pérdida paulatina de unidad interpretativa, sino en que éste debió comenzar a abrir sus puertas al derecho supranacional, dándole cada vez más intensamente, prelación sobre la normativa autóctona⁷, generando así justamente un intento de mantener y consolidar la antes mencionada unidad interpretativa.-

Y entonces, la pregunta que nos anima varía, pudiendo ser formulada de la siguiente manera: ¿cómo debiera ser diseñada la fisonomía del derecho constitucional frente al poder “globalizado”? Al intentar ofrecer una respuesta, debemos ahora situar y contextualizar a la idea de globalización en el marco teórico de nuestro estudio: -

Hemos señalado antes de ahora⁸ que el término globalización, de origen anglicano⁹, refiere a una modalidad de “achicamiento” del planeta, no visto desde su dimensión física, sino respecto de la posibilidad de acceso de los seres humanos, de un lado a otro del orbe, a bienes y servicios. Puede sindicarse entonces al fenómeno en modo general, como la revolución de la comunicación entre seres humanos, que los ha hecho más interdependientes entre ellos. Ahora bien, la expresión contemporánea de éste fenómeno ha sido tan utilizada, y con referencia a objetos tan diferentes entre sí, que evidentemente, al mismo tiempo de haberse popularizado, perdió también mucho de su rigor científico.-

Se ha indicado respecto de éste término, que el mismo se ha convertido en nuestros días “(...) en una palabra clave para designar un proceso que concierne primariamente a una expansión internacional de la economía o, más precisamente, a un entrecruzamiento sistémico del capitalismo financiero y tecnología de la comunicación *que parece exceder todo control por parte del Estado nacional y, en esa medida, por la política social*”¹⁰.-

Una acepción algo más técnica de ésta volátil y proteica expresión, la entiende como “(...) la interdependencia económica creciente del conjunto de los países del mundo, provocada por el aumento de volumen y la variedad de las transacciones transfronterizas de bienes y servicios, así como de los flujos internacionales de capitales, al tiempo que la difusión acelerada y generalizada de la tecnología”¹¹. Claro es que esta definición, ciertamente intrincada y de neto corte economicista, puede ser también “mejorada”, en tanto integremos éste peculiar “proceso” en un ámbito de naturaleza política, económica y cultural, donde las acciones desplegadas en los espacios nacionales tienen cada vez menos importancia relativa,

⁷ Señalaba por tal razón Spota (Op. Y pág. Citada en nota anterior), que “(...) dicho en palabra simple: el derecho constitucional de los Estados Naciones se adecua con mayor facilidad y flexibilidad al derecho constitucional comunitario”.-

⁸ De nuestra autoría “Migrantes y Refugiados: acerca de la globalización, los límites, las fronteras y los derechos fundamentales” en “ED” del 28/06/2011, pág.4.-

⁹ Expresa sobre ésta cuestión Joaquín Leguina (“Desplazamientos” en AAVV “Diez palabras clave sobre globalización”, Navarra, Edit. Verbo Divino, 2002, pág. 165), que en español, éste término debiera leerse “mundialización”.-

¹⁰ Cfr. Apel, Karl Otto “La Globalización y una ética de la responsabilidad” Edit. Prometeo. Buenos Aires, 2007, pág. 163. El destacado nos pertenece.-

¹¹ Esta definición, producida por el Fondo Monetario Internacional (FMI), es invocada por Joaquín Estefanía al escribir “El Fenómeno de la Globalización; en AAVV, “Diez palabras clave sobre globalización” cit., pág. 19.-

restando entonces las internacionales, que de uso, se adoptan en centros que se sitúan cada vez más alejados de la vida cotidiana de los ciudadanos.-

Creemos nosotros que ésta manera más amplia e inclusiva de definir al proceso de globalización, ofrecida por Joaquín Estefanía¹², propone poner sobre el tapete, tanto lo positivo, cuanto lo negativo que incorpora la globalización.-

Por ende, debe ser resaltado que el primer efecto que genera la globalización, resulta ser más político que económico, ya que se vincula a cuestiones consustanciales con el régimen democrático, produciendo – más allá de a quienes favorecen y a quienes perjudican sus resultados – un alejamiento de la ciudadanía respecto de las principales decisiones que se toman en su nombre¹³, con lo que se traslada la toma de decisión a los “mercados”, compuestos – teóricamente - por millones de personas anónimas, que desde una simple agregación -, parecieran poder asegurar que aquello que va a ocurrir, es lo mejor que puede acaecer.-

Bien podríamos sostener como corolario de lo referido, que la recién señalada constituiría una versión ampliada, mejorada y dotada de alta sofisticación, respecto de aquello que Adam Smith, considerado por muchos el “Padre de la Economía”, llamó en el Siglo XVIII, la actuación de la “mano invisible”, articuladora del desarrollo y crecimiento armónico de los mercados.-

Cabe entonces reconocer en éste punto, que en el último siglo y medio, se han producido en el planeta dos importantes oleadas de “globalización” enmarcadas por dos terribles guerras mundiales: la primera de ellas tuvo lugar durante la década del '70 del Siglo XIX (los denominados “años de la Comuna de París”), y duró hasta los inicios de la Primera Guerra Mundial (año 1914), y en tal ámbito de actuación se genera la industrialización del así denominado “norte geopolítico”, patentizándose por el contrario, la desindustrialización del “sur”, con la consecuente materialización de un patente incremento de la “desigualdad”, como un efecto propio y característico de la globalización, que significó un aumento del bienestar – mayor eficacia – pero regresivamente distribuido, lo que denota claramente a su vez, un más alto grado de desigualdad. Respecto de la segunda “oleada”, ella comienza en los años “setenta” del Siglo XX, y no ha culminado aún¹⁴.-

¹² Ibídem, pág. 20.-

¹³ En el sentir de Estefanía (“El fenómeno...” citado, pág. 20/21), el desarrollo de éste proceso tan intenso como perturbador, implica “(...) debilidad de la democracia, falta de calidad de la misma. Los ciudadanos no se sienten representados por quienes toman las decisiones últimas, por quienes se reúnen y marcan las tendencias, los caminos por los que va a ir la humanidad”. Es que la centralidad pasa para éste autor, por asumir que la globalización es un proceso no decidido por los ciudadanos comunes, de a pié, lo que lo lleva a enfatizar que “(...) es un proceso que no hemos decidido los ciudadanos, que no hemos votado y que, no haciéndolo, nos perjudica como tales (aunque pueda beneficiarnos como consumidores)” concluyendo, que en lo esencial, la globalización “(...) nos distancia de la participación ciudadana, nos anestesia de lo público, de lo colectivo”.-

¹⁴ Según también lo expresa Estefanía (“El fenómeno...” citado, pág. 28), “(...) en éstas últimas cuatro décadas, no se ha desarrollado una globalización “lineal”, unidireccional, sino como un sismógrafo, con abundantes sístoles y diástoles; se reducía el ímpetu planetario en las dificultades (por ejemplo, las dos crisis del petróleo) y se aceleraba en la parte del ciclo económico” para agregar luego que “(...) de nuevo se produce un crecimiento exponencial de las desigualdades entre distintas zonas del mundo y, lo más novedoso, también en el seno de cada sociedad (el Sur en el Norte, y el Norte en el Sur)”

Podemos entonces, resumir las causales de la actual globalización, en los siguientes tres ámbitos contextuales: 1) la aceleración de los ritmos de apertura económica y de los intercambios de bienes y servicios, mercancías e inversiones; 2) la liberalización absoluta de los mercados de capitales, y 3) la revolución de la informática y de las telecomunicaciones.-

Esta modalidad globalizadora, constituida ya en un serio y evidente marco de referencia de nuestra época, ha hecho circular la riqueza por lugares en los que nunca lo había hecho con anterioridad y además, propició el consumo de todo tipo de productos, en secuencias que eran inigualables e impensadas en el pasado. Pero como lo hemos señalado con anterioridad, este tipo de procesos ha tenido su origen único y exclusivo en los tiempos actuales, habiéndose dado solamente con distintos matices e intensidades en la antigüedad histórica¹⁵.-

Dicho lo anterior, aparece como urgente y necesario destacar entonces que la globalización así expresada nos plantea un desafío nuevo, consistente en determinar modos consensuales que nos lleven a la creación de contextos éticos universalmente válidos, que atiendan a satisfacer espacios de justicia, en una escala “global”¹⁶

Por todo lo antes dicho, y aun compartiendo muchas de las acertadas conclusiones de Pizzolo, cuando señala que la unidad interpretativa representada por la Constitución se encuentra en franco retroceso¹⁷, no creemos oportuno enfatizar que la globalización, como un fenómeno transversal de nuestro tiempo, lleva la mayor responsabilidad de éste cambio de época, ya que vista ella como un proceso de integración económica y de supranacionalidad político-funcional que refleja la fase actual de desarrollo alcanzada por el capitalismo, este proceso carga con sus propios problemas y contradicciones¹⁸, lo que genera un importante desafío para la reflexión política y esencialmente filosófica y, por ende, para una movilización de la responsabilidad a fin de consensuar y establecer un nuevo orden de interacción humana, al que Apel denomina “(...) globalización de segundo orden”¹⁹.-

De allí que en éste marco de análisis, entendamos nosotros que es el contexto del Estado Nacional, el que a través de sus instituciones y funcionando como andamiaje estructural, deba enfrentarse a las serias dificultades que le impone la paulatina pero inexorable cesión de sus competencias y jurisdicciones. Ello en pos de la vitalización de los

¹⁵ Es que cada uno de los grandes descubrimientos recientes, ha implicado una reducción de las distancias, en tanto son medidas en el tiempo, justamente el tiempo necesario para acceder a otros lugares o a otras personas. Así, ha vaticinado Alberto Spota en forma casi “profética” (Cfr. De su “Globalización...” citada, pág. 4), que “(...) el sistema de lealtades en los procesos de globalización, sean ellos asentados en instrumentos tecnológicos de primerísima generación, como son los sistemas de comunicación contemporáneos, o las formas de dominación económica, financiera o tecnológica, que representan cupos o cuotas de importantes intereses a nivel mundial, **se caracteriza porque el poder que se ejerce por quienes mandan sobre quienes obedecen, está mucho más allá y mucho más acá de todo territorio y de toda bandera nacional o análoga**”(el resaltado nos pertenece).-

¹⁶ Máxime cuando autores de la Talla de Apel (“La Globalización...” citada. Pág.164), sostienen que “(...) el proceso de globalización caracterizado de ésta manera es irreversible: es típicamente una de esas evoluciones de la historia humana que han tenido lugar adelantándose a nuestra reflexión y a nuestro control moralmente responsables”

¹⁷ Se ha perdido, expresa Pizzolo en su “Las normas...” antes referido, pág. 1).-

¹⁸ Que hemos ya identificado como la puesta en escena de importantes bolsones de exclusión social y notorios grados de descuidadización. Esta realidad nos enfrenta con graves problemas de gobernabilidad del sistema. Ello denota en suma el déficit democrático que conlleva el avance del proceso de globalización.-

¹⁹ Apel, Karl Otto “La Globalización...” citada, pág.164.-

procesos políticos de integración regional y supranacional, que requieren y se sostienen a partir de la instauración de su propio proceso de institucionalización.-

Y por tales razones, entendemos que no puede dejarse de lado aquí, la idea de que la propia democracia es la que sufre el desmedro de sus posibilidades de expansión y extensión en su legitimación social, ante la centralización política, la concentración económica y la homogeneización cultural que propone el modelo globalizador²⁰.

Nosotros no dudamos en éste sentido, de que es aquí necesaria la recurrente cita a la crisis del Estado Nacional – a sabiendas de la realidad de ésta circunstancia – pero la vinculamos a la adjudicación de estrechas relaciones con el actual estadio de desarrollo del capitalismo, que no resulta hoy compatible con las necesidades de mayor participación requeridas por la democracia en los confines de los Estados Nacionales en que hoy se despliega²¹

Claramente entonces, entendemos nosotros que la propia democracia sufre, en desmedro de sus posibilidades de expansión y la extensión de su legitimación social, a partir del modelo de centralización política, concentración económica y homogeneización cultural que implica el inexorable avance del proceso de globalización, identificado párrafos más arriba²².

Y es por tal razón, que en un escenario de conflictos tan complejos y novedosos, generadores de fuertes contradicciones y efectos sobre la estabilidad de los sistemas jurídicos y económicos en que se insertan, requiere la urgente construcción de hipótesis y propuestas que permitan entenderlos y vincularlos al crecimiento del sistema democrático, y no a su absorción por parte de un modelo globalizador, que posee mayor sintonía con el capitalismo concentrado, que con la democracia participativa que la sociedad latinoamericana del tercer milenio espera construir.

²⁰ Expresa en su propio modo estás mismas ideas Jorge Bercholz ("La dinámica política y económica de la globalización. Los procesos de integración económica y supranacionalización política" En AAVV "El Estado y la Globalización", EDIAR 2008, pág. 22), cuando sostiene que "(...) la lejanía y ajenidad de los ciudadanos respecto de sus representantes, se acentúan en el marco de la globalización, profundizando los llamados "déficits democráticos"////"

²¹ Muy bien señala aquí Bercholz ("La dinámica política y económica de la globalización..." citado, pág.22), que "(...) no debe soslayarse que los efectos centrípetos en lo político, económico, social y cultural, observables como consecuencia del proceso de concentración económica, centralización política y homogeneización cultural que implica la globalización, coexisten con efectos centrífugos de signo opuesto: racismos, xenofobias, separatismos nacionalistas, tradicionalización societal y resistencia globalifóbica". Para profundizar el análisis de éstas complejas relaciones entre democracia y capitalismo, recomendamos la lectura de una obra de nuestra autoría denominada "Los Derechos Humanos de la Tercera Generación" (EDIAR, 1997) En particular, nuestras conclusiones allí vertidas.-

²² Al punto de haber enfatizado aquí Apel ("La globalización..." citada, pág. 164), que "(...) el proceso de globalización caracterizado de ésta manera, es irreversible".

Agrega en ésta cuestión Carlos Bercholz ("Op. Citada en nota anterior, pág. 22), que "(...) la lejanía y ajenidad de los ciudadanos respecto de sus representantes, se acentúan en el marco de la globalización, profundizando los así llamados "déficits democráticos"////".-

III

OTROS FACTORES QUE PLANTEAN LA CRISIS DEL SISTEMA CONSTITUCIONAL

QUE NUTRE HOY A LOS ESTADOS NACIONALES

(Todos ocultamos y desocultamos, según cuadre la circunstancia)

Destaca asimismo Pizzolo, a modo de continuidad de su desarrollo argumental, que “(...) la reproducción de normas constitucionales creadoras de un orden jurídico autónomo a nivel supranacional, sin la participación de un poder constituyente originario que las legitime – problema central que el mismo ordenamiento debe superar -, se exhibe una de las características centrales del derecho en el Siglo XXI”²³, a lo que aduna el hecho constatable de la transnacionalización del derecho constitucional.-

Y vuelve nuevamente sobre su concepto de “normas básicas de referencia”, que permiten la articulación de los ordenamientos jurídicos, aunque sin la participación de un poder constituyente originario que legitime el proceso.-

Es este para nosotros un detalle que nos convence acerca de la inidoneidad de éste camino, si con él se pretenden ratificar nuevas articulaciones de espacios democráticos. Una cosa es que las Cortes Superiores de cada Estado-Nación hagan “propias” estas normas básicas de referencia, ratificando la nueva articulación de espacios institucionales, pero desde una perspectiva democrática, y otra muy diferente es la imposición “globalizadora” del nuevo orden “desde fuera” o “desde arriba”, para privilegiar una legalidad supranacional, que nos ofrezca una estabilidad funcional al proceso de globalización, pero desarticulada de los espacios democráticos en que se inserta.-

Por lo expuesto, es que al inexorable proceso de universalización de la globalización, debe serle contrapuesta, cuanto menos, la noción de institucionalización del principio de universalización de la justicia, el que debiera ser implementado desde la utilización de valores considerados “comunes”, en una construcción democrática de corte minimalista. Señala aquí acertadamente Apel, que los “valores comunes” que se asuman de los diversos espacios culturales, “(...) solo serán transformados en normas vinculantes de una *ética universal* si, siendo expuestos a un discurso práctico, pueden resistir la prueba del *principio del consenso de la ética del discurso*, según el cual las probables consecuencias de su obediencia deben ser aceptables para todos los que pueden ser afectados por ellas”²⁴.-

²³ Pizzolo, Calógero “Las normas interconectadas...” citada, pág. 1.-

²⁴ Apel, Karl-Otto “La Globalización...” citada, pág.172, con resaltado en origen.-

III

LA ACTUACION DE LAS CORTES NACIONALES CON RELACIÓN A

LAS “NORMAS INTERCONECTADAS”

(No hay ciencia que invente alas para desoxidar el hastío y la soledad)

Destaca Pizzolo también, el hecho de la “migración de ideas constitucionales”, lo que denota el “(...) flujo dinámico de estímulos constituidos por la difusión y el conocimiento, unas veces superficial, y otras veces profundo, de ideas en las que se basan los ordenamientos constitucionales”²⁵, destacando luego los variados modos de apertura del Estado Nacional a la Comunidad Internacional, aceptando el propio Estado Soberano, los marcos reguladores provenientes de la Comunidad Internacional.-

Señala en suma Pizzolo que la fase actual de transnacionalización del derecho constitucional, se ha iniciado y aún se está desarrollando “(...) en un espacio distinto al que ocupa el Estado Nación que conoció la fase ascendente precedente”.-

Sabemos nosotros que un principio liminar y específico del Derecho Constitucional tradicional es el de “fundamentalidad”, por el cual ésta rama del derecho se encuentra habilitada para “capturar” áreas de otras disciplinas jurídicas, si las reputa esenciales para la estructuración y operatividad del Estado²⁶ Ello se complementa hoy con un claro mandato de apertura, evidenciado entre nosotros principalmente en el Art. 75, incisos 22 y 24 del Texto Fundamental.-

Con todo ello, podemos sostener que el Estado Soberano no solo se nutre de aquellas áreas esenciales para estructurarse, desde lo interno, sino ahora de aquello que – nacido en los ordenamientos supranacionales – también lo nutre. Ello no obtura a la generación de un derecho constitucional supranacional, que de seguro se encuentra hoy en desarrollo, sino que muestra un lento camino de adecuación, que no debe necesariamente plegarse al proceso de globalización, también en avance, ya que bien puede realizarse, pero en este caso, democrática y participativamente²⁷.-

Es en éste camino, que los tribunales superiores de los diversos estados que integran el sistema de la CIDH, han allanado el recorrido de la adecuación, liderando éste camino nuestra Corte Suprema de Justicia, que como bien lo recuerda Juan Carlos Hitters²⁸, “(...) ha ido evolucionando progresivamente – con marchas y contramarchas – para hacer frente con los pronunciamientos del Tribunal Interamericano”.-

²⁵ Pizzolo, Calógero “Las Normas Interconectadas...” citada, pág.2, con cita a Giuseppe de Vergottini.-

²⁶ Así lo expone Néstor Sagües, en su “Elementos de Derecho Constitucional” Edit. ASTREA, T º 1, pág. 30

²⁷ Destacamos éstos conceptos, sin olvidar las precisas advertencias de Alberto Spota (Cfr. De éste autor “Globalización, Integración y Derecho Constitucional” en AAVV “La Constitución real: enfoques multidisciplinarios” Edit. La Ley, pág. 111), cuando expresaba que “(...) el derecho constitucional en un proceso de globalización como el que hemos ingresado, no tiene por ahora a mis ojos, y sin sentirme dueño de la verdad ni nada que se le parezca, respuesta posible”.-

²⁸ Hitters, Juan Carlos “Un avance en el control de convencionalidad” “LL” del 27/05/2013, pág. 1. Ver, para cotejo, los precedentes “Cantos”

Es claro que – para bien o para mal - se ha arrogado la Corte Interamericana de Derechos Humanos a partir del caso “Myrna Mack Chang”²⁹, el así denominado “control de convencionalidad”, resaltando en cumplimiento de tal rol, al fallar en los obrados “Trabajadores Cesados del Perú”³⁰, que “(...) cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no solo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana”.-

Así, al haber sido condenada nuestra Nación por la Corte Interamericana de Derechos humanos en el caso “Cantos”³¹, y sin que en esa ocasión se hubiese acatado “in totum” lo dispuesto por aquel Alto Tribunal de Justicia³², ello comenzó a rectificarse, ante una nueva condena en Autos “Bulacio”³³, denotándose allí un avance en la definición de nuestra jurisprudencia interna, al sostener la Corte Suprema de Justicia, que “(...) la decisión de la Corte IDH (...) resulta de cumplimiento obligatorio para el Estado Argentino (Art. 68.1, CADH), por lo cual también ésta Corte, en principio, debe subordinar el contenido de sus decisiones a las de dicho Tribunal Internacional”, lo que el Alto Tribunal de Justicia confirma al fallar los obrados “Simón”³⁴

Lo expuesto, y lo también resuelto en obrados “Arancibia Clavel”³⁵, “Girolidi”³⁶ y “Casal”³⁷, son a juicio de Emilio Ibarlucía “(...) un claro ejemplo de que puede hablarse de que tenemos una “Constitución Convencionalizada”³⁸. Hemos compartido ésta postura, al haber expresado oportunamente, y con referencia al dictado del precedente “Casal”, que si bien en ése caso no se declaró “de oficio” inconstitucionalidad ninguna, la Corte Suprema enfatizó allí “(...) la necesidad de efectuar “control de convencionalidad” verificando que la normativa interna se ajuste a lo dispuesto en Instrumentos Internacionales de Derechos humanos a los que nuestro Texto Fundamental ha otorgado jerarquía constitucional, en términos del Art. 75 inc. 22 CN”³⁹

²⁹ Cfr. Corte IDH, Autos “Mac Chang, Myrna vs. Guatemala” Sentencia del 25/11/2003, Serie C, N.º 101, en voto concurrente razonado del magistrado Sergio García Ramírez”.-

³⁰ Cfr. Corte IDH, Autos “Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú” Sentencia del 24/11/2008, Serie C, N.º 158. Párr. 128; íd. Autos “Almonacid Arellano y otros vs. Chile” Sentencia del 26/09/2006, Serie C, N.º 154, párr. 124).-

³¹ Cfr. Corte IDH, Autos “Cantos” del 28/11/2002 (“LL” 2003-C, 1).-

³² Cfr. CSJN, Exp. 1307/2003, del 21/08/2003.-

³³ Cfr. Corte IDH, Autos “Bulacio vs. Argentina” “LL” 2004-A, 684. Párr. 6º del decisorio.-

³⁴ Cfr. CSJN Autos “Simón, Julio H., y otros” Sent. Del 14/06/2005 (“LL” 2005-C, 845). Esta doctrina fue reiterada por la Corte Argentina al fallar los obrados “Mazzeo” (CSJN Fallos 330:3248), en éste último, con cita al caso “Almonacid Arellano”, antes mencionado.-

³⁵ Cfr. CSJN Fallos 328:2056.-.

³⁶ Cfr. CSJN Causa n.º 32/93, “Recurso de Hecho deducido por el Defensor Oficial”, “ED” del 07/05/1995.-

³⁷ Publicado en “LL” 2005-F, 110.-

³⁸ Cfr. Ibarlucía, Emilio “¿Existe una Constitución “convencionalizada”? (“LL” del 22/08/2012), pág. 3.-

³⁹ Ver, de nuestra autoría “El control de constitucionalidad “de oficio” en la República Argentina” en AAVV “Tratado de Derecho Procesal Constitucional” Edit. “La ley” T.º I, pág.425.- Debemos resaltar también que al fallar la Corte Suprema los obrados “Rodríguez Pereyra”, en 27/11/2012 (Cfr. “LL” 2012-F, 559), admitió que también el control de convencionalidad debía hacerse, en caso de ello proceder, “de oficio” por los Tribunales de los Estados Miembros del Sistema Interamericano, con cita al fallo de la Corte IDH “Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú”.-

También ha señalado en éste punto Emilio Ibarlucía⁴⁰ que éste camino había sido iniciado por la Corte Interamericana al dictar el caso “Almonacid Arellano vs. Chile” en 2006, donde señaló que los Magistrados nacionales debían tener en cuenta al fallar sus causas no solamente lo dispuesto en la CADH., sino además la interpretación que de la misma había hecho ése Tribunal, repitiendo ésa directiva en el fallo “Trabajadores cesados del Congreso de Perú” del año 2007, adunando allí que ése control de “convencionalidad” debía efectuarse “ex officio” doctrina que se reitera luego en los obrados “Raxcacó vs. Guatemala”, de 2005 y “Boyce vs. Barbados”, de 2007.-

En general, y con relación a los países integrantes del Sistema Interamericano de protección de Derechos humanos, ellos han respetado – también con sus vaivenes - los decisorios de la Corte Interamericana. Respecto del Perú, la Corte Interamericana ha indicado particularmente en dos fallos paradigmáticos⁴¹, los efectos “erga omnes” de sus decisorios, no solamente para el caso concreto, sino además con efecto expansivo para todo el derecho interno del país en cuestión. Ello fue acatado, en principio por el órgano jurisdiccional competente en Perú, quien en el caso anuló las leyes de amnistía cuestionadas con efectos “erga omnes”.-

Debemos hacer notar también, que la Sala Colegiada Penal de Texcoco, en México, calificó de “obligatorio” al control difuso de convencionalidad, manifestando que para resolver la cuestión tenida en mira tuvo en consideración “(...) los criterios orientadores y obligatorios de la Corte Interamericana que sirven como base a éste Tribunal Colegiado, no solo por su obligatoriedad, sino porque ése Tribunal Internacional se puede considerar intérprete (...) del contenido de la Convención Americana”⁴².-

Sin perjuicio de lo expuesto, no es menos real que ninguna disposición de la CADH⁴³, le ofrece o impone carácter “casatorio” a la doctrina emergente de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, más allá de su validez para el caso concreto que se resuelve. Aun así, el propio Tribunal Interamericano avanza en éste punto, al fallar los obrados “Gelman”⁴⁴, concluyendo en su fallo que Uruguay había violado preceptos de la CADH al aplicar la cuestionada “Ley de caducidad” sancionada por su Congreso democrático, indicando que ella carecía de efectos jurídicos respecto de las graves violaciones a Derechos Humanos llevadas a cabo en ése país. Aun luego de ello, la Corte Suprema uruguaya, en un caso ulterior⁴⁵, interpretó que los decisorios de la Corte Interamericana se aplican solo al “caso concreto”, desconociendo en los hechos tal vocación “casatoria” del Tribunal Interamericano, lo que fue duramente contestado por éste último, redoblando y enfatizando su postura, en el

⁴⁰ Del autor citado “¿Existe una Constitución “convencionalizada”” en “LL” del 22/08/13, pág. 3.-

⁴¹ Cfr. Corte IDH Autos “Barrios Altos vs. Perú”, del 14/03/2001, Serie C, N º 75 (“LL” 2001-D, 558); íd. Autos “La Cantuta vs. Perú”, y “Tribunal Constitucional vs. Perú”, del 31/01/2001, Serie C, N º 71.-

⁴² Citado por Hitters, Juan Carlos, en “Control de Convencionalidad (adelantos y retrocesos)”, en “LL” del 11/03/2015, pág. 02/03, con referencia al precedente Corte IDH, en Autos “García Cruz y Sánchez Silvestre vs. México”, del 26/11/2013. Serie “C, N º 273, párr. 61.-

⁴³ Cfr. ADLA, XLIV-B-1250; luego con jerarquía constitucional por imperio del Art. 75 inc. 22 C.N.-

⁴⁴ Cfr. Corte IDH, Caso “Gelman vs. Uruguay” Fondo y Reparaciones, Sent. Del 24/02/2011, Serie C, N º 221.-

⁴⁵ Cfr. Corte Suprema de Justicia del Uruguay, caso “M. L., J. F. F., O – Denuncia Excepción de Inconstitucionalidad, Arts. 1, 2 y 8 de la Ley N º 18.831. IUE 2-109971/2011” (denominado coloquialmente “Caso de los Coroneles), Sent. N º 20 del 22/02/2013.-

sentido de que sus decisorios habidos en una contienda particular, son vinculantes para otros casos debatidos en el ámbito del Estado Condenado.-

Señaló allí, la Corte Regional con rotundo énfasis, que “(...) en situaciones y casos en que el Estado concernido no ha sido parte en el proceso internacional en que fue establecida determinada jurisprudencia, por el solo hecho de ser parte en la Convención Americana, todas sus autoridades públicas y todos sus órganos, incluidas las instancias democráticas, jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, están obligados por el tratado, por lo cual deben ejercer, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, un control de convencionalidad tanto en la emisión y aplicación de normas, en cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención, como en la determinación, juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos, teniendo en cuenta el propio tratado y, según corresponda, los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana!”⁴⁶. Pero además, la Corte Interamericana enfatizó en tal precedente, que aun no habiendo intervenido en el proceso internacional de que se trate, los demás Estados Parte de la CADH, por la sola circunstancia de serlo, deben acatar y considerar el efecto de los casos por ella resueltos.-

Aclarado lo que antecede, y volviendo ahora a las argumentaciones iniciales de Pizzolo, no se trata aquí de imponer “a modo casatorio” la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a los Estados parte en la Convención, sino de resaltar que los Tribunales Superiores de cada uno de ellos deben asumir en forma soberana, paulatina pero también contundente, que el sistema interamericano de derechos humanos, para validarse en los ámbitos internos luego de su ratificación por parte de las naciones que lo integran, los nutren de su fuerza normativa, con jerarquía cuanto menos superior a sus leyes internas.-

Claro que en la Argentina, donde este sistema jurídico posee jerarquía constitucional por imperio de lo dispuesto en el Art. 75 inc. 22 C.N., no cabe otra solución que darle fuerza vinculante obligatoria a lo resuelto por el intérprete natural del Pacto de San José de Costa Rica, quien es la Corte Interamericana de Derechos humanos⁴⁷. Ello así, pues hoy, y particularmente luego de operada la reforma constitucional de 1994, el Estado Argentino ha asumido una serie de obligaciones frente a la comunidad internacional, relacionadas con la vigencia real y no meramente formal de los Derechos Fundamentales.-

Desde éste nuevo y gratificante sentido, hoy la así denominada “obligación de respeto” se erige en un límite supranacional a la actuación de los poderes políticos del Estado,

⁴⁶ Cfr. Corte Interamericana de Derechos Humanos, en Resolución de Supervisión del caso “Gelman”, del 20/03/2013.-

⁴⁷ Hemos sostenido antes de hoy, en nuestro “Sistema Jurídico y Derechos Humanos” (Revista Lex et jure del CED de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata, Año 1, N° 1, pág. 37), que “(...) nuestro actual posicionamiento constitucional derivado de lo normado en el Art. 75 inciso 22 del Texto Supremo, ratifica normativamente la circunstancia de haber alcanzado la persona humana, la calidad y rango de sujeto de derecho internacional, ya que el Estado que se hace parte en un sistema internacional de derechos humanos (y más aún, el que jerarquiza éste sistema hasta alcanzar el nivel de su texto constitucional), conserva su jurisdicción doméstica, en la que aloja el sistema de derechos, pero no de modo exclusivo o reservado, sino en modo concurrente con la internacional, que también asume respetar y hacer respetar”

que abarca a todos los órganos que, de conformidad ahora con la Constitución y los mentados instrumentos internacionales de derechos humanos que han sido jerarquizados por el constituyente reformador, actúan en clara salvaguarda de los derechos y garantías de los habitantes del Estado Argentino.-

Por ello es que entendemos que el camino interpretativo de nuestra Corte Suprema de Justicia, antes detallado, y hasta fallarse el caso “Fontevecchia” sobre el que luego hablaremos, es el correcto, validando un sistema normativo que una vez operada la reforma constitucional Argentina, impone el seguimiento de éste rumbo “garantista” y “pro homine”. Claro que este camino es realmente más auspicioso que seguir la imposición de reglas casatorias, determinadas “manu militari” por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para no perder el tan citado “tren de la globalización”.-

Importantes juristas latinoamericanos⁴⁸ han comenzado, en éste sentido, a pensar en bases constitucionales para América Latina, lo que significa considerar a nuestro continente como un espacio con identidad propia, madurada en una cultura profunda, en necesidades que encuentran su cauce en las instituciones, en hombres y mujeres que orgullosamente se definen como americanos.-

Por ello, las naciones americanas que tornan a su constitución en “convencionalizada” y cuyos tribunales superiores de justicia instan a seguir, a modo de pautas de interpretación obligatoria, las pautas que se derivan de los fallos de la Corte Interamericana de derechos humanos, ingresan en forma democrática y soberana, al ámbito de la internacionalización del sistema de derechos fundamentales, construyendo – entonces sí – la deseada interconexión normativa desde espacios democráticos que legitimen la eficacia en la actuación del sistema.-

No se trata, como lo señala Néstor Sagües⁴⁹ de superar el diseño de un sistema constitucional, que por vetusto, deviene “autista” o patológicamente “nacionalista”, ni de reciclar toda la Constitución según el Pacto de San José de Costa Rica, como el prestigioso jurista lo sugiere. Es del caso articular sistémicamente los viejos y los nuevos componentes de un sistema constitucional que se advierte en crecimiento y cambio, integrando éste nuevo diseño, de modo que permita operar las transformaciones del sistema en equilibrio, ofrecido en éste caso por el sistema democrático y la aplicación de la regla “pro homine”⁵⁰.-

⁴⁸ Existe un “Equipo Federal del Trabajo”, integrado por Rodolfo Capón Filas, Helios Sarthou, Oscar Cuartango, Camel Rubén Layún y Reginald Felker, que han presentado las “Bases Constitucionales para América latina y el caribe”, pág. 1 (Edit. UNLZ, julio del 2003), expresado – entre otras interesantes cuestiones - lo siguiente: “(...) concebir las bases constitucionales de América latina y el Caribe es un acto de fe en que nuestro continente se unirá pronto. Diseñarlas desde los derechos humanos y no desde los dictámenes impuestos por la hegemonía del mercado representa un acto de coraje, porque se aparta de la ideología dominante pensando en los habitantes de nuestra tierra, en un acto de justicia que reivindica la idea de que los intelectuales y los profesionales, son fruto y deben estar al servicio de la sociedad que los ha formado”

⁴⁹ Del autor citado “El control de convencionalidad” en particular sobre las constituciones nacionales” “LL” 2009-B,761)

⁵⁰ ⁵⁰ Por caso, el proyecto de Constitución para América latina, desarrollado por el grupo de trabajo sindicado en nota anterior establece en su Artículo 2, que “(...) cada Estado conserva su soberanía, pero otorgándole a ésta Constitución el carácter de Ley Suprema, sin que las propias puedan oponerse a la presente”, agregando su Art. 5, que “(...) los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, suscriptos por cada Estado Latinoamericano, se incorporan en las condiciones de su vigencia, al presente texto con jerarquía constitucional, respetando los

Ello pues es sabido que si en el contexto de un sistema, los cambios se generan sin coordinación, puede llegar a devenir su destrucción, ya que las transformaciones deben operarse allí equilibradamente. Lo antes indicado sin negar, por cierto, que los sistemas jurídico-políticos se encuentran en un entorno generalmente desorganizado, como pareciera presentarlo éste escenario que vincula a los “viejos” Estados Nación, con las “nuevas” organizaciones supranacionales de derechos fundamentales, con necesidad de articular y superar viejas formas de ordenación jerárquica. Con ello, los sistemas jurídicos pueden concebirse, como así lo enseña Humberto Quiroga Lavié, en “(...) una isla de organización”⁵¹.-

Claro es que la jurisprudencia argentina ha impuesto hasta el dictado de el precedente “Fontevicchia”, entre nosotros – en buenahora – un modelo sistémico de constitución convencionalizada, que coordina y articula adecuadamente con la vocación “casatoria” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y nos acerca a la admonición de Pizzolo, en el sentido de generar normas interconectadas, cuyo norte es la superación paulatina pero efectiva y tangible de la clásica ordenación jerárquica definida por el otrora Estado - Nación Soberano.-

Cierto es que además, existe y acaece una recurrente tensión entre lo dispuesto por los jueces nacionales de los Estados Parte en el sistema Interamericano de Derechos Humanos⁵² y los órganos supranacionales derivados del mismo, generando bloqueos o desplazamientos en las normas nacionales que se opongan a las derivadas del Pacto de San José de Costa Rica (incluidas sus normas fundamentales).-

Y es justamente este dilema es el que enfrentó nuestra Alta Corte de Justicia al fallar los obrados “Fontevicchia”, cuyo zigzagante recorrido será analizado a continuación:

principios de derecho público interno, y complementando los derechos y garantías reconocidos por el ordenamiento jurídico de aquellos” (Cfr. “Bases...” citado en nota anterior, pág.14). Creemos nosotros que en éste punto, he aquí el “norte” deseable: consensuar una solución normativa que indique claramente, y sin mayor merma de la soberanía detentada por los Estados Partes en el sistema interamericano de derechos, el rumbo a seguir en materia de democracia y derechos fundamentales.-

⁵¹ Cfr. Quiroga Lavié, Humberto “Cibernética y Política” Ed. Ciudad Argentina, 1986.-

⁵² Que Pizzolo (“las normas interconectadas...” antes referida, pág., pág.3), denomina “componentes normativos de orden interno”, que asume se encuentran hoy reducidos a “nuevos parámetros de legalidad primaria”

IV

EL CAMINO RECIENTE EMPRENDIDO POR NUESTRA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

¿Superación o retroceso?

Con fecha 14/02/2017, nuestra Corte Suprema de Justicia falló los obrados “Fontevicchia”⁵³. En el caso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dejó sin efecto una indemnización dispuesta en una sentencia de nuestro más alto tribunal de justicia, a raíz de publicaciones periodísticas, pasada en autoridad de “cosa juzgada”. Frente a ello, la Dirección General de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la Nación remite a la Corte Suprema un oficio, en el que se le hace saber el pedido formulado por la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación para que se cumpla con la sentencia dictada por el Organismo Internacional.-

El máximo Tribunal de la nación, finalmente – y por mayoría – determinó que no correspondía hacer lugar a lo solicitado.-

La composición del controversial fallo fue la siguiente⁵⁴: un voto mayoritario, emitido por los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco y Rosenkrantz, que desestima la presentación. El Magistrado Rosatti, comparte la solución mayoritaria, aunque por su voto. El pronunciamiento cuenta además con la disidencia del Magistrado Maqueda.-

Respecto de la decisión mayoritaria, sobre la cual prevalece en nuestro entender la pluma del Magistrado Rosenkrantz⁵⁵, y luego de enunciar enfáticamente la que hasta esa fecha se constituía en doctrina consolidada del Tribunal, en el sentido de que “(...) las sentencias de la Corte Interamericana, dictadas en procesos contenciosos contra el Estado Argentino, son – en principio – de cumplimiento obligatorio”⁵⁶, destaca seguido que “(...) dicha obligatoriedad, sin embargo, alcanza únicamente a las sentencias dictadas por el tribunal internacional dentro del marco de sus competencias remediales” enfatizando finalmente que en efecto, “(...) es con ése alcance que el Estado Argentino se ha obligado internacionalmente a acatar las decisiones de la Corte Interamericana”⁵⁷.-

⁵³ “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/Informe Sentencia dictada en el caso Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (LL 20/02/2017, pág.9; Cita Online: AR/JUR/66/2017)

⁵⁴ Precedido por el dictamen de la Procuradora General de la nación, Alejandra Gils Garbó, con quien coincide solo el voto disidente del Magistrado Maqueda.-

⁵⁵ Es conocida la posición de Rosenkrantz, que no compartimos, en el sentido de considerar al derecho internacional como derecho “extranjero”, caracterizando de “préstamos” al cumulo normativo que surge de los instrumentos internacionales a los que la Constitución Nacional Argentina le ha dado por imperio de lo dispuesto en su Art. 75 Inc. 22, jerarquía constitucional, al derivarse de ellos en su entender, la “cristalización de una decisión colectiva tomada por otro” (Cfr. Rosenkrantz, Carlos “Against borrowings and other Nonauthoritative Uses of Foreign Law”, 1 International Journal of Constitutional Law, 2003, pp.269/95)

⁵⁶ Considerando 6º del voto mayoritario.-

⁵⁷ Considerando 6º del voto mayoritario.-

Resaltando el marco de naturaleza coadyuvante o complementaria de la ofrecida por el derecho interno de los Estados Americanos, que determina la CADH, resalta que la Corte Interamericana no actúa como una instancia más, sin constituir una “cuarta instancia”, con potestad de revisar o anular decisiones jurisdiccionales estatales.-

Por ello, este voto interpreta que la Corte Interamericana de Derechos Humanos no puede “dejar sin efecto” una sentencia dictada por ése tribunal, asimilando la idea de “dejar sin efecto” a la de “revocar”, señalando que en el punto, se ha recurrido a un mecanismo “restitutivo” impropio, y no previsto por el texto convencional, que no puede - en el caso - integrar las modalidades de “reparación” previstas y articuladas por el sistema interamericano de protección de Derechos Humanos⁵⁸

Ello por interpretar que “(...) revocar la sentencia firme dictada por éste 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”⁵⁹

Aun así, enfatiza ese voto del Tribunal sobre el final, que lo resuelto en el caso “(...) no implica negar carácter vinculante a las decisiones de la Corte Interamericana, sino tan solo entender que la obligatoriedad que surge del Art. 68.1 debe circunscribirse a aquella materia sobre la cual tiene competencia el tribunal internacional (Art. 63 CADH; arts. 27, 75 inc. 22 y 108, Constitución Nacional)”⁶⁰

El interesante voto del Ministro Rosatti, y siempre vinculado con lo dispuesto por la Corte Interamericana en el Considerando 2º, Inciso b) del fallo traído a consulta por la Dirección General de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones y Culto de la Nación, inquiriendo el modo en que se efectuaría su cumplimiento, en tanto en la sede internacional se disponía “dejar sin efecto” la condena civil impuesta a los Sres. Jorge Fontevecchia y Héctor D’Amico, así como todas sus consecuencias, concuerda con los Jueces de la mayoría en tanto interpretaron que ésa orden del Tribunal Internacional no solo pareciera ir más allá de sus atribuciones específicas y propias, sino que pareciera pretender imponer al Tribunal, la revocación de una de sus sentencias, ya pasadas en autoridad de “Cosa Juzgada”.-

Expone Rosatti que no es posible a partir de esa cláusula “(...) hacer prevalecer automáticamente, sin escrutinio alguno, el derecho internacional – sea de fuente normativa o jurisprudencial – sobre el ordenamiento constitucional”⁶¹, resaltando en tal contexto, el carácter “supremo” de las decisiones del Alto Tribunal.-

Destaca con ello que de no rechazar el planteo en cuestión, se erigiría a la Corte Interamericana de derechos humanos en una instancia “revisora” o “casatoria” de

⁵⁸ Voto mayoritario, considerando 15.-

⁵⁹ Voto mayoritario, considerando 18.-

⁶⁰ Voto mayoritario, considerando 20.-

⁶¹ Voto del Dr. Rosatti, Considerando 5º. Funda esta posición el Ministro del Alto Tribunal, en la práctica tradicional fundacional argentina, con cita a la obra de Joaquín V. González

decisiones judiciales estatales, ya que ello excedería en el sentir del magistrado, “(...) el carácter coadyuvante y complementario de la jurisdicción internacional”⁶²

Sin perjuicio del sentido final de su voto, es de resaltar que el mismo se dicta – a diferencia del mayoritario del Tribunal – en un marco interpretativo de “diálogo jurisprudencial” que en su sentir, se produce entre dos órganos con competencia para dirimir conflictos en los ámbitos nacional e internacional, en el que “(...) reconoce a la Corte Interamericana de Derechos Humanos como último intérprete de la CADH (Art. 62, puntos 1 y 3 CADH), y a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como último intérprete de la Constitución Nacional Argentina (arts. 116 y 117 de la CN)”⁶³

Por ello, entiende finalmente Rosatti que no es posible concretar la revocación formal pretendida respecto del decisorio nacional en cuestión, sin violentar con ello lo dispuesto por los Art. 27 y 75 Inc. 22 del texto fundamental argentino.-

Para terminar, el fallo exhibe la fundada disidencia del ministro Maqueda, quien siguiendo lo dictaminado por la Procuradora general de la Nación, resuelve rechazar la demanda deducida por el Sr. Carlos Saúl Menem en contra de Jorge Fontevicchia, Héctor D’amico y Editorial Perfil SA., basado en la convicción de que las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pronunciadas en causas en 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 Corte Suprema de Justicia de la Nación”⁶⁴, con lo que entiende que la Corte debe cumplir y ejecutar el pronunciamiento, teniendo en consideración el principio básico del derecho sobre la responsabilidad internacional del Estado.-

Nuestra postura respecto de lo decidido por la Corte Suprema de Justicia de la nación en éste precedente, sigue en línea con nuestro pensamiento, expresado en las líneas que anteceden.-

En éste sentido, corresponde destacar en primer lugar que tanto el voto mayoritario, como el particular del Ministro Rosatti y el disidente del ministro Maqueda, asumen sin ambages que “(...) las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pronunciadas en las causas en las que el Estado Argentino sea parte, deben ser cumplidas por los poderes constituidos en el ámbito de su competencia”⁶⁵, que es obligación del Estado “(...) cumplir lo dispuesto en las decisiones del Tribunal”, lo que “(...) corresponde a

⁶² Voto del Dr. Rosatti, Considerando 7º

⁶³ Voto del Dr. Rosatti, Considerando 8º

⁶⁴ Voto disidente del Ministro Maqueda, Considerando 3º. En función de tal argumentación, propone luego expresamente y “(...) dado que dicho pronunciamiento debe ser cumplido por los poderes constituidos del Estado argentino en el ámbito de su competencia, corresponde a esta Corte Suprema, según lo establecido en el párrafo 105 del citado fallo, dejar sin efecto la sentencia dictada por éste Tribunal – con otra composición – en los Autos “Menem, Carlos Saúl c/Editorial Perfil SA.” (Fallos 324:2895) y, en consecuencia, también la de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil que es su antecedente, así como todas sus consecuencias, inclusive los alcances que hubieran tenido respecto de terceros” (textual del Considerando 5º)

⁶⁵ Disidencia de Maqueda, Considerando 3º

un principio básico del derecho sobre la responsabilidad internacional del Estado”⁶⁶, o que “(...) las sentencias de la Corte Interamericana, dictadas en procesos contenciosos contra el Estado Argentino son, en principio, de cumplimiento obligatorio para éste”, “(...) dentro de sus potestades remediales”⁶⁷, y finalmente, que en función de lo dispuesto por el Art. 68.1 de la CADH, y el Art. 75 Inc. 22 de la Constitución Nacional Argentina, “(...) el Estado Nacional se compromete a cumplir con las decisiones de la Corte IDH en los procesos en que ha sido parte”⁶⁸.-

Sentado lo anterior, hemos de coincidir aquí también – aunque solo en principio – con la propuesta del Ministro Rosatti, en tanto una orden de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no posee aptitud para revocar lo expuesto en una sentencia firme de la Corte Suprema Argentina, dictada en los márgenes de su competencia, en función de lo dispuesto en los Art. 27, 75 Inc. 22 CN, 108 y 116 CN)⁶⁹.-

Pero es claro que el Tribunal Internacional no indicó en el caso de Autos la revocación de la sentencia en cuestión, sino que se dejara “sin efecto”. No olvido aquí que el voto mayoritario de la Corte, asimila con utilización del Diccionario de la real Academia Española⁷⁰, ambos términos, pero no puede dejarse de lado que una sana y garantista motivación en materia de interpretación constitucional, obliga a recurrir a lo informado por cualquier diccionario de corte jurídico, específico para el tema.-

Así, el Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales de Manuel Ossorio, nos informa que la revocación, resulta ser (1ª Aceptión), un “(...) recurso admitido por algunas legislaciones y llamado también de *reposición*, en solicitud de que el juez que ha dictado una resolución interlocutoria la modifique por acto de contrario imperio a causa del error en que incurrió al dictarla”, expresando luego, y solo en su segunda formulación, para acepciones generales *con reflejo jurídico*, “(...) a dejación sin efecto de un acto”⁷¹.-

Si a ello sumamos que hoy, y particularmente luego de operada la reforma constitucional Argentina de 1994, el Estado Argentino y – como antes señalamos – la propia Corte Suprema de Justicia de la nación han asumido una serie de obligaciones frente a la comunidad internacional en relación a la vigencia real y no meramente formal de los derechos humanos, debemos interpretar con ello que hoy, esa obligación de respeto se erige en un límite supranacional a la actuación de los poderes públicos del Estado, lo que abarca a todos

⁶⁶ Textual del dictamen de la Sra. Procuradora General de la Nación

⁶⁷ Textual del voto mayoritario, considerando 6ª.-

⁶⁸ Textual del voto particular del Ministro Maqueda, considerando 4ª.-

⁶⁹ Así lo hemos expuesto y fundado en nuestro “Derecho Constitucional Argentino2 (EDIAR, 2000, T º 1, Cap. V., Punto 5.3, pág. 186 y ss.). Remitimos a tal argumentación, en honor a la brevedad y por exceder ella el confín de este análisis.-

⁷⁰ Según nuestro cotejo, Edit. Espasa-Calpe, XX Edición, pág. 1187, que enuncia la voz en su primera acepción como “(...) dejar sin efecto una concesión, un mandato o una resolución”.-

⁷¹ Autor y obra citada, Edit. Heliasta, pág. 678. Asimismo el Diccionario Jurídico de Mónica Sánchez y Virginia Pérez Pino (Edit. Tecnos, Madrid, pág. 264), refiriéndose a la revocación de actos, la presenta como “(...) retirada de los actos administrativos no declarativos de derechos y de los actos de gravamen o desfavorables para los interesados, que la Administración puede hacer en cualquier momento, siempre que no constituyan dispensa o exención no permitida por ley, sean contrarios al principio de igualdad, al interés público o al ordenamiento jurídico!”-

sus órganos de gobierno – también al Poder judicial – que, de conformidad ahora con la Constitución Nacional y los mentados instrumentos internacionales sobre derechos humanos que han sido jerarquizados por ella a su propio nivel, actúan en salvaguarda de los derechos y garantías de los habitantes del Estado Argentino.-

En consecuencia, creemos adecuado acompañar la primera y validante argumentación del Ministro Rosatti, quien propugna con acierto la generación de un “diálogo jurisprudencial” entre dos ámbitos de distinta fuente (nacional e internacional) pero con igual jerarquía contextual, rescatando la necesidad de enfatizar y hacer respetar ciertos márgenes de “apreciación nacional” que disuadan a los organismos internacionales a los que nos hemos vinculado, de asumir actitudes globalizantes y casatorias, impropias del resguardo de ambas “soberanías”, aunque resaltando que ambas que deben confluir en la necesidad de respeto irrestricto a los derechos fundamentales de las personas.-

Y es allí donde nos apartamos de la conclusión a que lleva éste controvertido fallo. Ello así toda vez que luego de no hacer coincidir los efectos de “revocar” (impropio de motivar alteraciones en una sentencia firme de un tribunal superior nacional) con “dejar sin efecto”, cabe concluir que con su fallo, al emitir el Considerando 2º, la Corte Interamericana, no revoca la sentencia de la corte Suprema, a modo de 4ª Instancia procesal que el sistema interamericano no admite.-

Empero, torna al mandato judicial, en una modalidad de “cosa juzgada írrita”, que la Corte puede y debe evaluar ante la Comunicación que le efectúa la Dirección General de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la Nación.-

Es que desde éste lugar interpretativo, se ha señalado acertadamente que la “cosa juzgada” no puede constituirse en “(...) excusa o forma de garantizar, inversamente, la impunidad en nombre de la estabilidad, la seguridad jurídica o la certeza” agregándose a ello que “(...) el paradigma de los derechos humanos (en tensión, muchas veces, con las necesidades de previsión del mercado, del comercio, de la economía), con su discurso en prédica en contra de la impunidad”⁷²

Dividiendo claramente Gozáini la “cosa juzgada írrita” (que pretendemos involucrar en éste acto), de aquella “fraudulenta” expresa que la primera se consolida cuando se ha generado un error judicial que provocó notoria injusticia.—

En el caso, se acreditó claramente en el orden interamericano el error judicial que motivó una sentencia claramente contraria a la libertad de expresión, base necesaria de la generación de una república democrática. No es que pretendamos aquí propiciar un “molde” de Corte Suprema particularmente parcial y desinhibida. Seguramente que debe propiciarse – según lo entendemos nosotros - la inexistencia en el caso de una cuarta instancia judicial frente al dictado de una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, propiciando de éste modo la salvaguarda de un claro marco de margen en la apreciación nacional.-

⁷² Cfr. Gozáini, Osvaldo “Revisión de la cosa juzgada (írrita y fraudulenta) en “DP y C, junio del 2016, 03/06/16, 249 – DJ30/11/2016,85). Cita Online AR/DOC/1470/2016.-

Pero ello debe hacerse de modo reflexivo y validante de la necesidad de establecer un expresivo marco de diálogo jurisprudencial entre los actores principales del sistema interamericano, pero sin olvidar que ambos han asumido la circunstancia de haber alcanzado la persona humana, la calidad y rango de sujeto de derecho internacional, ya que el Estado que se hace parte en un sistema de derechos humanos – y más aún, el que jerarquiza éste sistema hasta alcanzar el nivel de su texto fundamental – conserva su jurisdicción doméstica, en la que aloja el sistema de derechos, pero no de modo exclusivo o reservado, sino en modo concurrente con la internacional, que también asume respetar y hacer respetar.-

Por lo indicado es que propiciamos avalar la calidad de incolumnidad que debe darse a las sentencias finales de nuestro más alto tribunal de justicia, resguardándose la calidad de “cosa juzgada que ellas detentan a partir de su firmeza, a modo de “margen de apreciación nacional” en el sistema interamericano.-

Empero, ello no debe implicar resignar el compromiso del Estado Argentino de cumplir con las decisiones de la Corte IDH en aquellos procesos en, que ha sido parte, o considerar como lo ha hecho inveteradamente el propio Tribunal de Justicia, que los pronunciamientos de aquel Tribunal se constituyen para él, en pautas de interpretación obligatoria (Cfr. Art. 75 Inc. 22 CN).-

En función de lo expuesto, es que discrepamos con la solución mayoritaria del Tribunal de Justicia, ya que siguiendo la interpretación general del Ministro Rosatti, quien enfoca la cuestión en un análisis dialógico propicio y adecuado, creemos que debió haberse interpretado que lo sentenciado por la Corte IDH tornó la sentencia cuestionada (y que fuera ordenada “dejar sin efecto” por el Tribunal Internacional), en una “cosa juzgada írrita”.-

Por tal razón, y ante el planteo de la Cancillería Argentina, debió haberse abordado y resuelto la cuestión con un sentido “garantista y pro homine”⁷³ sin resignar nuestra Corte Suprema de Justicia, la calidad de “interprete final de la constitución” que claramente ella posee⁷⁴.-

También cuestionamos, por lo antes expuesto, el voto disidente del Ministro Maqueda, en tanto resuelve acatar sin más, y de modo automático, el decisorio de la Corte Interamericana, sin dejar en claro previamente que existen determinados márgenes de apreciación nacional que debe ser respetado en el contexto de diálogo interjurisdiccional que el Ministro Rosatti claramente resalta al votar la solución de la contienda.-

⁷³ Cfr. Art. 32, 33, 75 Inc. 22 CN., y 13 y Ctes. CIDH.-

⁷⁴ Bien ha señalado Peyrano en éste sentido (Del autor citado “ratificación de los lineamientos poretorianos y doctrinales de la revisión de la cosa juzgada, en la impugnación de la sentencia firme; T 1,, ante la posibilidad de intentar una acción autónoma de nulidad por ésta cuestión, que “(...) si se parte de una premisa de que ni tan siquiera un fallo final de la Corte Suprema de Justicia de la Nación se encuentra exento de ser impugnado mediante una acción autónoma de nulidad de cosa juzgada, se sigue que a fortiori, tampoco lo estará una sentencia ejecutoriada en relación de la cual se ha intentado, sin éxito, abrir la instancia extraordinaria federal”

V

NUESTRAS BREVES CONCLUSIONES

(Los techos son amuletos contra la intemperie)

No dudamos aquí, que el Sistema Interamericano de Derechos humanos, dotado hoy de un importante grado de legitimidad, la obtuvo con base en su labor al horadar las terribles dictaduras imperantes en el pasado reciente de América latina y posteriormente, acompañando los lentos pero inexorables procesos de transición y lenta consolidación en las democracias latinoamericanas.-

No hay duda de que en el actual escenario de la región, el valor estratégico de este sistema regional de tutela a los derechos fundamentales es justamente el de apuntalar los lentos pero inexorables caminos que llevan a la consolidación de los espacios democráticos, en especial a la justicia y a los ingentes esfuerzos de los Estados Parte del sistema para superar los actuales niveles de exclusión y desigualdad, circunstancias éstas que permiten avizorar aún, graves déficits democráticos persistentes.-

Es a fin de lograr éstos objetivos, que debe mantenerse el rol subsidiario a los sistemas nacionales de tutela a los derechos fundamentales, sin abjurar de su misión consolidante de los espacios democráticos del sistema, procurando que los principios y estándares allí generados, se incorporen tanto en la doctrina de los tribunales nacionales, como en la orientación general que nutre a suys diversos sistemas constitucionales

Resulta por demás claro – en tal contexto -, que el diálogo interjurisdiccional supuesto por Pizzolo en su erudito trabajo, y redimensionado en sus confines por nosotros en estas breves líneas, no ha sido aun totalmente definido por la jurisprudencia de nuestro más alto Tribunal.-

Es más, muchos sugieren un retroceso a partir del precedente “Fontevicchia” que antes hemos comentado.-

Nosotros Coincidimos con Pizzolo en tanto reconocemos que una salida a esta clara “tensión” pasa por desplazar el principio de jerarquía que anima a ambas fuentes, para equilibrar de éste modo la interacción jurisprudencial que ahora claramente se evidencia,, generando – de ser ello posible - un efectivo y armónico crecimiento en el sistema. Pero no es que hablemos de una forma constitucional nueva que se suma a otra ya existente, sino de una variación en el propio sentido de la idea de “forma constitucional”.

Y creemos que para que exista un solo orden jurisdiccional con aptitud real para imponer tal articulación, ello deberá ser normativamente dispuesto, o consensuado con las fuentes nacionales, seguramente a partir de la generación de reformas constitucionales consensuadas, como ha sucedido en la Europa hoy integrada.-

Y no autoritariamente impuesto “desde arriba” por la Corte Interamericana de derechos Humanos, por loable que sea el intento de coordinación, ya que no se trata aquí de

no perder el supuesto “tren de la globalización imperante”, sino enfrentarla con un modelo democrático constitucional que se nutra de modos participativos que abonen en forma superadora y garantista al nuevo sistema.-

Estamos hablando de un camino lento, pero efectivo, en una modalidad de construcción a la que de seguro deberá acompañar la Corte Interamericana con sus precedentes. Pero el sistema constitucional convencionalizado se logrará – a ello aspiramos – con articulaciones democráticas y participativas.-

O no podrá hablarse seriamente de un sistema de derechos fundamentales.-