

## **Jerarquía constitucional y tratados internacionales**

Samanta Biscardi<sup>1</sup>

### **I. Jerarquía de los tratados internacionales de derechos humanos**

El artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional faculta al Congreso Nacional a aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede y dispone claramente que “los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes”.

A su vez, el art. 31 de la CN establece que “esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados que en consecuencia se dicten con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación”.

La cuestión de la jerarquía de los tratados frente a las leyes, sin embargo, ha producido mucho debate doctrinario y jurisprudencial.

#### **I. a) Jerarquía de los tratados internacionales antes de la reforma constitucional de 1994.**

Los preceptos constitucionales precedentemente transcritos no permiten extraer una pauta clara de interpretación respecto de la jerarquía ostentada en nuestro sistema normativo por los tratados internacionales. En uno de sus primeros precedentes, la Corte Suprema de Justicia de la Nación hizo hincapié en la supremacía de los tratados internacionales respecto de las leyes<sup>2</sup>. Luego, sostuvo la igualdad jerárquica entre ambas fuentes, pues entendió que no surgía del texto de la Constitución un orden de prelación entre ellas, sino una igualdad jerárquica; por lo que era aplicable –al tratarse de normas de igual jerarquía -- el principio de “ley posterior deroga ley anterior”<sup>3</sup>. Afirmó para ello que “*ni el art. 31 ni el 100 de la CN atribuyen prelación o superioridad a los tratados respecto de*

---

<sup>1</sup> Abogada, UBA (2001), LLM, University of Michigan (2009). Jueza Nacional en lo Civil.

<sup>2</sup> “Merck Química Argentina c/ Gobierno de la Nación”, Fallos: 115:210

<sup>3</sup> “SA Martín y Cia. c. Nación Argentina”; Fallos 257:99

*las leyes válidamente dictadas por el Congreso de la Nación. Ambos -leyes y tratados- son igualmente calificados como Ley Suprema de la Nación, y no existe fundamento normativo para acordar prioridad de rango a ninguno"<sup>4</sup>.*

Esta indecisión parecía haberse terminado con la sentencia recaída en el caso *Ekmekdjian c. Sofovich*, donde la CSJN afirmó --a partir de la entrada en vigencia de la Convención de Viena<sup>5</sup>-- que los instrumentos internacionales habían adquirido jerarquía superior a las leyes. Su razonamiento se asentó en el art. 27 de la referida convención, que inhabilita --por parte de los estados signatarios-- la invocación de normas de derecho interno como justificación para incumplir disposiciones de un tratado internacional.

Sin embargo, el precedente no zanja la cuestión, pues el argumento utilizado por la CSJN confunde el problema de la jerarquía de las normas con la existencia de una unidad en el ordenamiento jurídico. Ello es así porque, en realidad, la Convención de Viena sólo puede establecer --al sólo efecto de la responsabilidad *internacional* del Estado-- que el derecho *interno* del país suscriptor no podrá nunca justificar un incumplimiento en el orden internacional. Sin embargo, de ninguna manera se sigue de esta imposibilidad de evitar --en el orden internacional-- la eventual responsabilidad del Estado la existencia de una relación jerárquica en el orden *interno*.

Esta objeción no obturó a que el Máximo Tribunal confirmara la postura fijada en *Ekmekdjian* --esto es, que la necesaria aplicación del art. 27 de la Convención de Viena *impone necesariamente* a los órganos del Estado Argentino dar prioridad absoluta a un tratado internacional ante un eventual conflicto con una norma interna contraria-- en fallos posteriores<sup>6</sup>. Ello ocurrió aún en casos en los que esta primacía de los tratados internacionales se encontraba subordinada a la aseguración de los principios de derecho público constitucionales<sup>7</sup>. Esta

---

<sup>4</sup> Íd. ant, consid. 6.

<sup>5</sup> Aprobada por ley 19865, ratificada el 5/12/72, vigencia 27/01/80

<sup>6</sup> CSJN, "Fibrica Constructora S.C.A. v. Comisión Mixta de Salto Grande", sentencia del 7/7/1993; CSJN, "Hagelin, Ragnar c. PEN. s. juicio de conocimiento", sentencia del 22/12/1993.

<sup>7</sup> CSJN, "Fibrica Constructora S.C.A. v. Comisión Mixta de Salto Grande", sentencia del 7/7/93.

interpretación del art. 27 de la Convención de Viena parecía tener como consecuencia necesaria la asignación de prevalencia de *todo* el derecho internacional sobre el derecho interno, incluyendo la CN; dado que –en los términos del art. 27 de la Convención de Viena – una manda constitucional tampoco podría ser invocada a los fines de justificar el incumplimiento con un tratado internacional. Pese a ello, la CSJN se encargó de aclarar que los tratados no eran jerárquicamente superiores a la Constitución Nacional<sup>8</sup>.

*I. b) Jerarquía de los tratados internacionales con posterioridad a la reforma constitucional de 1994.*

La reforma constitucional de 1994 se propuso zanjar la cuestión referida a la jerarquía de los instrumentos internacionales. Así, se estableció de forma expresa en el “nuevo” art. 75 inc. 22 que los tratados “tienen jerarquía superior a las leyes”. Además, el artículo enumera una serie de convenciones de derechos humanos a las que se les confirió “jerarquía constitucional”, pudiendo adquirir igual estatus otros tratados de derechos humanos mediante la intervención del Congreso, con una mayoría especial. Asimismo, el texto reformado calificó la mentada “jerarquía constitucional”, afirmando que las enumeradas convenciones la recibían “en las condiciones de su vigencia”, que dichos instrumentos “no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución”, y que deben entenderse “complementarios de los derechos y garantías en ella reconocidos”. Cabe formular algunas aclaraciones al respecto.

*1) “no derogan artículo alguno”*

La posición que actualmente sostiene la CSJN es que la afirmación del constituyente de que los tratados en cuestión “no derogan” artículo alguno de la primera parte de la CN” ha sido *descriptiva*. En tal sentido, sostuvo que la aseveración importa que *el constituyente ha examinado el contenido de los tratados constitucionales al momento de su incorporación, y ha verificado su*

---

<sup>8</sup> CSJN, “Café La Virginia S.A. c/ Administración Nacional de Aduanas s/ repetición”, del 13/10/1994, Fallos 317:1282.

**adecuación a los preceptos constitucionales**<sup>9</sup>. Es por ello que " *la armonía o concordancia entre los tratados y la Constitución es un juicio constituyente. En efecto, así lo han juzgado al hacer la referencia a los tratados que fueron dotados de jerarquía constitucional y, por consiguiente, no pueden ni han podido derogar la Constitución pues esto sería un contrasentido insusceptible de ser atribuido al constituyente, cuya imprevisión no cabe presumir*"<sup>10</sup>. La necesaria conclusión del Tribunal ha sido que "*las cláusulas constitucionales y las de los tratados tienen la misma jerarquía, son complementarias y, por lo tanto, no pueden desplazarse o destruirse recíprocamente*". Esta doctrina es reiterada en casos posteriores<sup>11</sup>.

De acuerdo con esta doctrina, pareciera ser que cuando el Congreso de la Nación otorga jerarquía constitucional a un tratado internacional –conforme lo establecido en el art. 75 inc. 22-- se encuentra en realidad ejerciendo *funciones constituyentes*, pues realizaría el mentado juicio de comprobación de compatibilidad entre cada instrumento internacional y las cláusulas constitucionales. Repárese al respecto que la CSJN ha expresado que esta comprobación –por ser facultad constituyente -- no puede ser revisada por el Tribunal<sup>12</sup>. Así, afirmó que "*la armonía y concordancia entre los tratados y la Constitución es un juicio del constituyente que los poderes constituidos no pueden discutir*"<sup>13</sup>.

---

<sup>9</sup> CSJN. 26/12/96, "Monges, Analía M. v. Universidad de Buenos Aires" JA 1998-I-350: "*no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos*" significa que los constituyentes "*han efectuado un juicio de comprobación, en virtud del cual han cotejado los tratados y los artículos constitucionales y han verificado que no se produce derogación alguna, juicio que no pueden los poderes constituidos desconocer o contradecir*";

<sup>10</sup> Íd. Ant., considerando 21

<sup>11</sup> CSJN, Fallos 319:3241, del 27 de diciembre de 1996. Reiterado en fallos posteriores como CSJN. "S, L.E. contra Diario "El Sol", 28/08/07, Fallos 330:3685.

<sup>12</sup> CSJN, "Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/homicidio calificado y asociación ilícita y otros – causa 259", Fallos 328:341, 24/08/2004, concurrencia del ministro Boggiano.

<sup>13</sup> CSJN, "Chocobar, Sixto C. c/Caja Nacional de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos", Fallos 319:3241.

En contra de esta postura se manifestaron los ministros Fayt y Belluscio, quienes entienden que la expresión constitucional de que las convenciones internacionales incorporadas no derogan cláusula alguna de la CN como un *mandato normativo*. Es por esa razón que sostuvieron que la CSJN debe controlar *en cada caso en que esté llamada a resolver* la adecuación de los tratados internacionales a los preceptos constitucionales<sup>14</sup>, postulando que los referidos instrumentos de derechos humanos configuran normas constitucionales *de segundo rango*, por lo que la comprobación de su adecuación a la CN no puede omitirse.

## 2) “en las condiciones de su vigencia”

Se ha dicho, entendemos que con razón, que esta afirmación contenida en la CN es ambigua<sup>15</sup>; y así, ha dado lugar a diversas interpretaciones.

Parte de la doctrina ha sostenido que la condición expresada en la cláusula se refiere al modo en que han sido aprobados y ratificados los tratados internacionales; esto es, con las respectivas reservas y declaraciones interpretativas<sup>16</sup>. Una reserva constituye una declaración unilateral realizada por el Estado al momento de firmar, ratificar, aceptar, aprobar o adherirse a un instrumento internacional, con el objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado<sup>17</sup>. Las declaraciones interpretativas han sido asimiladas a las reservas en los casos en que el país pretenda dar un alcance específico a la obligación asumida<sup>18</sup>.

---

<sup>14</sup> CSJN, “Petric, Domajoc Antonio c/Diario Página 12”, Fallos 321:885 y “Arancibia Clavel”, cit.

<sup>15</sup> Gelli, María Angélica “Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada”, 3ª. Ed. Ampliada y actualizada, Ed. La Ley, Bs. As., 2008, ps. 707.

<sup>16</sup> Gelli, op. cit, p. 709.

<sup>17</sup> art. 2.1. Convención de Viena sobre derecho de los tratados.

<sup>18</sup> Ver Bazán, Víctor, “La Convención Americana sobre derechos humanos y el efecto de las reservas sobre su entrada en vigencia” en “Derecho Humanos. Corte Interamericana. Opiniones Consultivas. Textos completos y comentarios”, Bidart Campos, Germán – Pizzolo, Calógero (h) (coords), Ed. Jurídicas Cuyo, Mendoza, Argentina, 2000, Tomo I, págs. 112 y ss.

La CSJN, por su lado, también se ha ocupado de interpretar el significado de la remisión a “las condiciones de su vigencia”. En “**Girolidi**”<sup>19</sup>, la Corte Federal señaló que la jerarquía otorgada en la reforma constitucional de 1994 a la Convención Americana de Derechos Humanos *en las condiciones de su vigencia* importaba que la misma rige en nuestro país *del mismo modo* que lo hace en el ámbito internacional, “*considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación*”<sup>20</sup>. En virtud de ello, dictaminó que “*la aludida jurisprudencia debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana*” porque actuar de otro modo “*podría implicar responsabilidad de la Nación frente a la comunidad internacional*”<sup>21</sup>.

El Máximo Tribunal abordó una vez más la cuestión en “**Arancibia Clavel**”<sup>22</sup>, afirmando que la interpretación correcta de la CN implicaba que los tratados “*deben ser aplicados en la Argentina tal como funcionan en el ordenamiento internacional incluyendo, en su caso, la jurisprudencia internacional relativa a esos tratados y las normas de derecho internacional consuetudinario reconocidas como complementarias por la práctica internacional pertinente*”<sup>23</sup>. Como puede apreciarse, conforme las decisiones reseñadas, la jurisprudencia de la Corte Interamericana da Derechos Humanos (Corte IDH) pasó de ser una “guía” para los tribunales internos a ser obligatoria, en línea con lo dicho en *Ekmekdjian* acerca imposibilidad de aducir normativa de origen

---

<sup>19</sup> CSJN, “Girolidi, Horacio David y otros s/recurso de casación – causa 32/93”, del 07/04/1995, Fallos 318:514. Esta posición fue mantenida por la CSJN en los fallos “Bramajo, Hernán Javier s/inc. de excarcelación”, del 12/03/1996 y “Felicetti, Roberto y otros”, del 21/12/2000.

<sup>20</sup> id. ant.

<sup>21</sup> id. ant.

<sup>22</sup> CSJN, “Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/homicidio calificado y asociación ilícita y otros – causa 259”, Fallos 328:341.

<sup>23</sup> id. ant.

interno para no cumplir con los tratados internacionales<sup>24</sup>. En el caso puntual de este fallo, tomó como obligatorio el precedente “Barrios Altos”<sup>25</sup>, un caso fallado por la Corte IDH en el cual se condena a otro país del sistema interamericano. La doctrina que emana de este caso (“Arancibia Clavel” y la obligatoriedad del precedente “Barrios Altos”) es luego utilizada para la anulación de las leyes de obediencia debida y punto final en “Simón”<sup>26</sup>.

Ahora bien, los casos reseñados presentan la particularidad de referirse a la posibilidad y condiciones de persecución penal de presuntos autores crímenes de lesa humanidad, casos en los cuales la realidad política de los países había impedido que estas personas respondieran frente a los tribunales con normativa de dudosa legitimidad<sup>27</sup>.

## II. La relación con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

### II.a. La obligatoriedad de las sentencias

Hasta aquí, la significación específica de la interpretación del vocablo “en las condiciones de su vigencia”. Sin embargo, se ha planteado ante la Corte Suprema la específica cuestión relativa al impacto que una sentencia en la instancia internacional tiene respecto de un fallo de nuestro Máximo Tribunal.

En el fallo “Espósito”, la Corte Suprema analizó el caso de la muerte de Walter Bulacio, víctima de represión policial. En el proceso penal local se había declarado extinguida la acción penal por prescripción de la acción. La cuestión fue luego llevada a los estrados internacionales, donde el Estado Argentino

---

<sup>24</sup> Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados

<sup>25</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “Barrios Altos vs. Perú”, sentencia del 14/03/2001.

<sup>26</sup> CSJN, “Simón, Julio Héctor y otros s/privación ilegítima de la libertad – causa 17768”, Fallos 328:2056. La multiplicidad de votos del fallo hacen difícil extraer una única opinión, pero todos los votos de la mayoría descansaron en mayor o menor medida en esta jurisprudencia.

<sup>27</sup> En el caso peruano, una ley de amnistía, en el caso argentino, leyes dictadas bajo cierta presión en una democracia no consolidada.

reconoció su responsabilidad internacional<sup>28</sup>. Luego de la condena a la Argentina en sede internacional<sup>29</sup>, se planteó un recurso ante la Corte Suprema, y el tribunal aceptó el recurso apartándose de las reglas generales de su competencia<sup>30</sup> -- esto es, aun frente a la inexistencia de cuestión federal<sup>31</sup>-- pues de lo contrario “*contravendría lo decidido por la Corte Interamericana*”<sup>32</sup>. Afirmó que es deber de la Corte “*subordinar el contenido de sus decisiones a las de dicho tribunal internacional*”<sup>33</sup> dado que “*el ámbito de decisión de los tribunales argentinos ha quedado considerablemente limitado*”<sup>34</sup>; tanto así que, a pesar de protestar que “*esta Corte no comparte el criterio restrictivo del derecho de defensa que se desprende de la resolución del tribunal internacional mencionado*”, remarcando asimismo que “*hacer caer sobre el propio imputado los efectos de la infracción a ese deber [...] produce una restricción del derecho de defensa difícil de legitimar a la luz del derecho a la inviolabilidad de dicho derecho conforme el art. 18 CN*”, sobre todo cuando “*el acusado no ha tenido posibilidad alguna de discutirlos*” la CSJN no tiene otra opción más que seguir la decisión de un tribunal internacional juzgando la responsabilidad del Estado. Así, asumió que “*se plantea 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 en un plazo*

---

<sup>28</sup> CSJN, “Espósito, Miguel Ángel s/incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa”, Fallos: 327:5668

<sup>29</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Bulacio, Walter v. Argentina”, sentencia del 18/09/2003.

<sup>30</sup> CSJN, “Espósito”, citado.

<sup>31</sup> Ley 48.

<sup>32</sup> Id. ant.

<sup>33</sup> Id. ant.; había sido adelantado en el voto en disidencia del juez Maqueda en “Resolución 1404/2003”, dictada a partir de la Procuración del Tesoro ante la CSJN a los fines de que dicho Tribunal instrumentara el cumplimiento de la sentencia de la Corte IDH en el caso “Cantos”, que había condenado a la República Argentina por una condena de la CSJN al pago de honorarios (ver CSJN, “Resolución 1404/03” del 21/08/2003, LL, 2003-F, 16).

<sup>34</sup> Id. ant.



*razonable, garantizados al imputado por la Convención Interamericana debe fallar en sentido inverso a su propio criterio*<sup>35</sup>.

La Corte dio un paso más en el caso “Derecho”<sup>36</sup>. René Derecho había sido sobreseído parcial y definitivamente por la extinción de la acción penal por prescripción en una causa originada por la supuesta tortura infligida en una comisaría en 1988 a Juan Francisco Bueno Alves, quien recurrió la decisión argumentando que se trataba de un crimen de lesa humanidad. La CSJN, haciendo suyo el dictamen del procurador, no estuvo de acuerdo con esa calificación y confirmó la extinción de la acción.<sup>37</sup> Paralelamente, Bueno Alves llevó su caso al sistema interamericano, proceso en el cual la Corte IDH dictó sentencia haciendo considerando respecto de los hechos denunciados que si bien *“no significaba que debían ser calificados ‘per se’ como delito de lesa humanidad, sí se trataba de una violación grave de derechos humanos.”*<sup>38</sup> En consecuencia, dispuso que *“el Estado debe realizar inmediatamente las debidas investigaciones para determinar las correspondientes responsabilidades por los hechos de este caso y aplicar las consecuencias que la ley prevea. El Estado debe asegurar que la víctima tenga pleno acceso y capacidad de actuar en todas las etapas e instancias de dichas investigaciones y procesos, de acuerdo con la ley interna y las normas de la Convención Americana.”* Munido del decisorio, Bueno Alves ocurrió en queja a la CSJN, que desechó el fallo anterior e interpretó que la orden de investigar de la Corte IDH implicaba aplicar el precedente “Bulacio”, dado que *“cuando la Corte IDH ha dado otro alcance a la reparación estadual ha sido categórica”*. Ello, una vez más, para asegurarse de no incurrir en responsabilidad internacional<sup>39</sup>. En esa misma inteligencia, en la causa “Góngora”, el Tribunal revocó una decisión de la Cámara Federal de Casación Penal, y consideró que una interpretación de buena fe de la Convención Belem

---

<sup>35</sup> Id. ant

<sup>36</sup> CSJN, “Derecho, René Jesús s/incidente de prescripción de la acción penal -causa N° 24.079”, Fallos 334:1504.

<sup>37</sup> Íd. Ant.

<sup>38</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Bueno Alves v. Argentina”, sentencia de 11 de mayo de 2007.

<sup>39</sup> “Derecho”, citado.

do Pará y sus objetivos, sumada a la específica obligación de establecer un "procedimiento legal justo y eficaz para la mujer", que incluya "un juicio oportuno" (cfr. el inciso "f", del artículo citado), la adopción de alternativas distintas a la definición del caso en la instancia del debate oral era improcedente; por lo que entendió que no correspondía otorgar al imputado el beneficio de suspensión de juicio a prueba que correspondía según los parámetros del Código Procesal Penal<sup>40</sup>.

Al respecto, me permito una crítica desde la lógica, pues considero que el argumento de la responsabilidad internacional confunde dos órdenes. El cumplimiento o no de ciertas obligaciones internacionales, en muchos casos por no reconocerles legitimidad o por entender que se exceden de su ámbito funcional, es una cuestión predominantemente política<sup>41</sup>, de la que no depende de modo alguno la aplicación en el ámbito interno de los tratados de derechos humanos incorporados por el art. 75 inc. 22. Para que quede claro: la vigencia de los derechos allí reconocidos se debe a una decisión soberana del pueblo argentino mediante su incorporación a la Constitución Nacional y son ley suprema de la Nación más allá de las decisiones de la Corte IDH<sup>42</sup>. Entonces, la posibilidad de cumplimiento de las sentencias internacionales, que debe evaluar el PEN por sus atribuciones constitucionales (RREE) no implica que no se encuentre vigente el tratado en el orden interno.

## II.b. Los "mejores esfuerzos" frente a la Comisión Interamericana

---

<sup>40</sup> CSJN, "Góngora, Gabriel Arnaldo si causa n° 14.092", Fallos: 336:392. A diferencia de los casos anteriormente citados, en el fallo *Góngora* no se hace referencia a un tratado con jerarquía constitucional. En *Góngora*, además, no se menciona la "responsabilidad internacional" del Estado, sino el "*compromiso del Estado de sancionar esta clase de hechos*" (cons. 7).

<sup>41</sup> Es interesante pensar en casos en los cuales el cumplimiento de obligaciones de hacer basadas en la responsabilidad internacional no tenga contenido de "derechos humanos" y nos genere una menor simpatía, como podrían ser obligaciones emanadas de tratados de paz o de inversión.

<sup>42</sup> Reforma constitucional de 1994.

Posteriormente, en “Carranza Latrubesse”<sup>43</sup> se planteó la pregunta respecto de la obligatoriedad de los informes realizados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el marco del artículo 51.2. de la Convención Americana. El actor había sido removido de su cargo de juez de primera instancia de la Provincia del Chubut mediante un decreto dictado por el PEN de facto de dicha provincia el 17 de junio de 1976. Restablecida la democracia, promovió en junio de 1984 una acción reclamando la nulidad de esa medida y la reparación de los daños (mas no la reposición en el cargo). El tribunal entendió que la causa configuraba una cuestión política no justiciable; y el recurso extraordinario federal no fue admitido. Con posterioridad, el actor presentó una petición ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos contra el Estado Argentino, sosteniendo que se había violado su derecho a las garantías judiciales del art. 8 de la Convención. La Comisión recomendó al Estado la indemnización a Carranza Latrubesse.

Una vez más, a pesar de su decisión anterior, la CSJN aceptó el caso y sostuvo que, si un Estado suscribe y ratifica un tratado internacional, especialmente si trata de derechos humanos, debe realizar sus *mejores esfuerzos* para aplicar las recomendaciones de un órgano de protección como la Comisión que es, además, uno de los órganos principales de la Organización de los Estados Americanos. También valoró que la única defensa contra el requerimiento del Carranza Latrubesse había consistido en ignorar las recomendaciones en juego y escudarse en que éstas carecen de carácter vinculante, sin realizar conducta alguna tendiente al cumplimiento de las recomendaciones del organismo internacional. En consecuencia, sostuvo que corresponde *reconocer el carácter obligatorio para el Estado de las recomendaciones del art. 51.2 de la Convención Americana formuladas en el caso*, pues es evidente que dicho resultado es el que impone el “sentido” que debe atribuirse a los términos del citado precepto tanto en el “contexto” específico cuanto en el general en el que están insertos, atendiendo al “objeto y fin” del régimen de peticiones y de la Convención Americana en su integralidad.

---

<sup>43</sup> CSJN, “Carranza Latrubesse, Gustavo c/ Estado Nacional - Ministerio de Relaciones Exteriores – Provincia de Chubut”, del 06/08/2013.

Lo dicho en este último caso, parece contradecir lo aseverado en un precedente anterior, cuando el Tribunal sostuvo que *“si bien por el principio de buena fe que rige la actuación del Estado argentino en el cumplimiento de sus compromisos internacionales, aquél debe realizar los mejores esfuerzos para dar respuesta favorable a las recomendaciones efectuadas por la comisión, ello no equivale a consagrar como deber para los jueces el de dar cumplimiento a su contenido, al no tratarse aquéllas de decisiones vinculantes para el Poder Judicial. Es que la jurisprudencia internacional, por más novedosa y pertinente que se reputa, no podría constituir un motivo de revisión de las resoluciones judiciales -equiparable al recurso de revisión-, pues ello afectaría la estabilidad de las decisiones jurisdiccionales, la que, en la medida en que constituye un presupuesto ineludible de la seguridad jurídica, es exigencia del orden público y posee jerarquía constitucional”*.<sup>44</sup>

### III.c. La inexistencia de cuarta instancia

La Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió luego, en una nueva composición, respecto de un pedido formulado por la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación para que cumpla, en lo que corresponda y de conformidad con su competencia, la sentencia dictada por la Corte IDH en el caso *“Fontevicchia y D'Amico c. Argentina”*, en fecha 29/11/2011<sup>45</sup>.

En dicha sentencia se declaró que el Estado argentino había violado el derecho a la libertad de expresión de los peticionantes (art. 13, CADH) en virtud del fallo dictado en la causa *“Menem, Carlos Saúl c. Editorial Perfil SA y otros s/ daños y perjuicios - sumario”* —Fallos: 324:2895”. El tribunal interamericano dispuso que el Estado argentino debía: a. dejar sin efecto la condena civil impuesta a Jorge Fontevicchia y Héctor D'Amico, así como todas sus consecuencias; b. publicar un resumen oficial de su sentencia elaborado por la Corte Suprema, por una sola vez, en el Diario Oficial y en un diario de amplia circulación nacional, así como publicar la sentencia completa de la Corte

---

<sup>44</sup> CSJN, “Acosta, Claudia Beatriz s/ hábeas corpus”, Fallos 321:3555.

<sup>45</sup> CSJN “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”, Fallos: 340:47.

Interamericana en la página del Centro de Información Judicial de la Corte Suprema; y c. entregar las sumas reconocidas en dicho fallo, comprensivas del reintegro de los montos de condena oportunamente fijados en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, como de los correspondientes a las reparaciones admitidas en su decisión internacional (daño material, gastos derivados del trámite del proceso interno como del procedimiento internacional).

La Corte Suprema sostuvo que “las sentencias de la Corte Interamericana, dictadas en procesos contenciosos contra el Estado argentino son, en principio, de cumplimiento obligatorio para éste” pero afirmó que “dicha obligatoriedad, sin embargo, alcanza únicamente a las sentencias dictadas por el tribunal internacional dentro del marco de sus potestades remediales. En efecto, es con ese alcance que el Estado argentino se ha obligado internacionalmente a acatar las decisiones de la Corte Interamericana”. Así, señaló que el sistema interamericano de protección de derechos humanos es de carácter subsidiario según propia jurisprudencia de la CADH, por lo que no constituye “una “cuarta instancia” que revisa o anula decisiones jurisdiccionales estatales sino que es “subsidiaria, coadyuvante y complementaria”.

En consecuencia, entendió que “dejar sin efecto la sentencia dictada por esta Corte Suprema en la causa ‘Menem’ implicaría transformar a dicho tribunal, efectivamente, en una “cuarta instancia” revisora de las sentencias dictadas por esta Corte, en clara violación de los principios estructurantes del sistema interamericano y en exceso de las obligaciones convencionalmente asumidas por el Estado argentino al ingresar a dicho sistema”. A su vez, aseguró que “dejar sin efecto la sentencia de esta Corte pasada en autoridad de cosa juzgada es uno de los supuestos en los que la restitución resulta jurídicamente imposible a la luz de los principios fundamentales del derecho público argentino”. Así, interpretó que en el art. 27 de la CN se consagra una esfera de reserva soberana, delimitada por los principios de derecho público establecidos en la Constitución Nacional, a los cuales los tratados internacionales deben ajustarse y con los cuales deben guardar conformidad (con cita de Fallos: 316:1669); encontrándose entre dichos principios “el carácter de esta Corte como órgano supremo y cabeza del Poder Judicial, conforme surge del art. 108 de la CN”. Concluyó que “revocar

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

Como se puede observar, se trata de un viraje importante respecto de su jurisprudencia reciente, decidido con la disidencia del ministro Maqueda que insistió en los precedentes “Bulacio” y “Derecho” considerando que el tribunal debía sin más dejar sin efecto la sentencia y todas sus consecuencias posteriores.

El ministro Rosatti, quien integró la mayoría por su voto, intentó una tercera solución entendiendo que “en un contexto de “diálogo jurisprudencial” que procure mantener la convergencia decisional entre los órganos con competencias para dirimir conflictos en los ámbitos nacional e internacional, reconociendo a la Corte IDH como último intérprete de la CADH (art. 62, ptos. 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), cabe concluir que la reparación ordenada en la sentencia de la Corte Interamericana encuentra adecuada satisfacción mediante la concreción de las medidas mencionadas (...) no siendo posible concretar la revocación formal del decisorio nacional —si es ello lo que se pretende— sin violentar lo dispuesto por los arts. 27 y 75 inc. 22) de la CN, cláusulas por cuya observancia esta Corte debe velar.”

A pesar del diferente lenguaje, entendemos que esta posición suscribe por completo la posición mayoritaria expresada precedentemente.

#### IV. Notas críticas

Desde un punto de vista democrático la existencia misma del control de constitucionalidad de las decisiones mayoritarias ya es problemática. Esta tensión, a la que se le ha dado el nombre de “dificultad contramayoritaria”,<sup>46</sup> expresa la objeción que puede hacerse desde una teoría democrática a la

---

<sup>46</sup> Término acuñado en Bickel, Alexander, “The least dangerous branch”, Bobbs-Merril Educational Publishing, 1978, citado en Gargarella, Roberto, “La justicia frente al gobierno”, Ed. Ariel, 1996.

potestad de juezas y jueces – quienes no son elegidos por el pueblo – de invalidar una ley surgida del debate democrático.

Imaginemos cuánto se agudiza el problema si dejamos esta facultad en manos de un órgano que no es parte de nuestras instituciones democráticas. Los miembros de nuestra CSJN tienen legitimidad democrática derivada por ser su nombramiento conforme al procedimiento establecido en la Constitución y con intervención parlamentaria, permitiendo cierto escrutinio y control por parte de la ciudadanía<sup>47</sup>. También está establecido un mecanismo de control democrático sobre su desempeño mediante un procedimiento para su remoción<sup>48</sup>. Sumado a estos mecanismos de rendición de cuentas formales, existen otros de carácter informal, como por ejemplo el hecho de que la CSJN precise conservar cierta legitimidad para la observancia de sus fallos por otros poderes dada la inexistencia de mecanismos de coerción penal o económica<sup>49</sup> a su disposición; o el hecho de que, como todo tribunal, se encuentra restringido y limitado<sup>50</sup> al fallar por su pertenencia a cierta sociedad, o por la necesidad de mantener cierto capital simbólico<sup>51</sup>. Sin olvidar, claro, que las normas que aplican – a pesar de su inevitable interpretación – surgen de mecanismos de expresión de voluntad popular.

Ninguno de estos mecanismos de *accountability*, sin embargo, es aplicable a la jurisprudencia internacional. Aun cuando algunos tratan de señalar que estos organismos, en especial la Corte IDH, tienen mecanismos de construcción de su jurisprudencia que con credenciales democráticas<sup>52</sup>, ellas son

---

<sup>47</sup> Como el mecanismo instituido por el decreto nacional 222/03.

<sup>48</sup> CN, art. 110 y ss, cuya amenaza es real, dado que ha sido utilizado recientemente para la remoción de ministros de la CSJN con escasa legitimidad.

<sup>49</sup> Para un ejemplo de la incapacidad coercitiva de la CSJN ver “Sosa Eduardo Emilio C/ Provincia de Santa Cruz (Rec Hecho), Fallos 332:2425.

<sup>50</sup> ver Kennedy, Duncan, “Libertad y restricción en la decisión judicial”, Siglo del Hombre Ed., Bogotá, 1999.

<sup>51</sup> Ver Kennedy, op. Cct.

<sup>52</sup> Abramovich señala que “Así, actores sociales y políticos locales relevantes suelen participar de los procesos de creación de normas en la esfera internacional, tanto de la aprobación y ratificación de tratados como en las decisiones de los órganos internacionales que definen su

cuanto menos débiles<sup>53</sup>. Entonces, si reconocemos tensiones entre el control de constitucionalidad ejercido por la CSJN y nuestra soberanía normativa, más preocupante aún ha de ser la imposición de la interpretación dada a nuestros derechos por la Corte IDH, un cuerpo sin crédito democrático y cuya función explícita y específica es aplicar la Convención y en esa operación no tener aprecio por las normas e instituciones democráticas de los países. No existe forma de compatibilizar la renuncia de la CSJN a su rol y el reconocimiento de otra autoridad como definitiva con la noción de autogobierno colectivo. Estas objeciones encuentran más fuerza aún frente a los organismos de seguimiento de las convenciones, dada su integración por “expertos independientes” que supervisan en todos los Estados parte la aplicación del tratado de que se trate.

## V. Las repercusiones

Es interesante comentar que la Corte Interamericana rechazó el razonamiento de la Corte Suprema en *Fontevicchia*. Sostuvo que *“en el cumplimiento del deber de “dejar sin efecto” las sentencias internas que se determinaron en la Sentencia del presente caso como violatorias de la Convención Americana, correspondía a Argentina identificar cuáles acciones implementar o por cuál vía de su derecho interno podía cumplir con lo ordenado por este Tribunal”*. Sostuvo que la interpretación de que lo solicitado era “sinónimo de revocar” la sentencia no era necesariamente correcta, puesto que la Corte IDH había establecido que el Estado Argentino debía implementar “las

---

contenido por vía de interpretación y su aplicación en casos o situaciones particulares. Al mismo tiempo, esas normas internacionales se incorporan al ámbito nacional por la acción de los Congresos, los gobiernos y los sistemas de justicia, y también con la activa participación de organizaciones sociales que promueven, demandan y coordinan esa aplicación nacional con las diversas instancias del Estado”. Más allá de que la participación señalada parece ser (i) poco visible y, ergo, con credenciales democráticas dudosas y (ii) dependiente de las agendas de grupos de interés en cuanto al desarrollo y (iii) que el Congreso y los gobiernos suelen utilizar los dictados de organismos internacionales como argumentos de autoridad; aquí no se discute la aplicación de los tratados internacionales ni tan siquiera de la jurisprudencia internacional, sino el tratamiento que se hace de dicha jurisprudencia como autoridad inapelable. Ver Abramovich, op. cit.

<sup>53</sup> Fernandez Valle, art. cit.



medidas judiciales, administrativas y de cualquier otra índole que sean necesarias” para “dejar sin efecto” tales sentencias”. Así, insistió que “el Estado podría adoptar algún otro tipo de acto jurídico, diferente a la revisión de la sentencia, para dar cumplimiento a la medida de reparación ordenada, como por ejemplo la eliminación de su publicación de la páginas web de la Corte Suprema de Justicia y del Centro de Información Judicial, o que se mantenga su publicación pero se le realice algún tipo de anotación indicando que esa sentencia fue declarada violatoria de la Convención Americana por la Corte Interamericana”.

Así, reafirmó que la Corte IDH “ya ha establecido que la determinación de la obligatoriedad de uno de sus fallos no puede quedar al arbitrio de un órgano del Estado, especialmente de aquel que generó la violación a derechos humanos, tal como en el presente caso, cuya violación se configuró por una decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, puesto que sería inadmisibles subordinar el mecanismo de protección previsto en la Convención Americana a restricciones que hagan inoperante la función del Tribunal. Ello tornaría incierto el acceso a la justicia que es parte del sistema tutelar de los derechos humanos consagrado en la Convención” y criticó a la CSJN por arrogarse “una función que no le corresponde, la de determinar cuándo este Tribunal actúa en el marco de sus competencias. Se recuerda que es la propia Corte Interamericana, como todo órgano internacional con funciones jurisdiccionales, la que tiene el poder inherente de determinar el alcance de sus propias competencias” recordando que “bajo el derecho internacional siempre que un Estado es encontrado responsable de un hecho internacionalmente ilícito que haya producido un daño, surge para ese Estado la obligación de repararlo íntegramente, que no puede ser modificada o incumplida por el Estado obligado invocando para ello disposiciones o dificultades de su derecho interno. En lo relativo a las modalidades de reparación, el derecho internacional ha considerado que la reparación puede adoptar distintas formas que van más allá de la indemnización.

Finalizó sosteniendo que “para el derecho internacional es absolutamente irrelevante el órgano del Estado cuya acción u omisión causó el hecho internacionalmente ilícito, de manera tal que cualquier órgano del Estado,

independientemente de sus funciones o jerarquía, puede generar la responsabilidad internacional del Estado. Las decisiones de los máximos tribunales internos pueden acarrear la responsabilidad internacional de los Estados, como lo ha declarado este Tribunal en varios casos”; aclarando que “al pronunciarse sobre decisiones judiciales internas la Corte Interamericana no actúa como una cuarta instancia revisora de las sentencias dictadas por los tribunales internos, sino que determina si éstos han incurrido en sus decisiones en alguna violación de los derechos humanos u obligaciones internacionales reconocidos en los tratados sobre los cuales este Tribunal tiene competencia”.

Finalizó con una advertencia de que “corresponde al Estado asegurar que no se torne ilusoria la efectividad del Sistema Interamericano al someter a las víctimas a un complejo proceso a nivel internacional, para que después del mismo, quede al arbitrio de órganos del Estado cuándo deben ser cumplidas las reparaciones ordenadas para subsanar la violación en su perjuicio. La ejecución de las Sentencias de la Corte Interamericana es parte fundamental del derecho de acceso a la justicia internacional. Lo contrario supone la negación misma de este derecho para víctimas de violaciones de derechos humanos que se encuentran amparadas por una sentencia de la Corte Interamericana”.

Por último, declaró constatado que “se encuentra pendiente el cumplimiento de la reparación relativa a “dejar sin efecto” la condena civil impuesta a los señores Fontevecchia y D’Amico, así como todas sus consecuencias, ordenada en el punto dispositivo segundo y párrafo 105 de la Sentencia” por lo que “se requiere que Argentina, teniendo en cuenta sus obligaciones internacionales (supra Considerandos 12 a 14) así como que la medida no necesariamente implica revocar la sentencia interna (supra Considerando 16), identifique para este caso concreto alguna medida o acción que permita garantizar una adecuada reparación para las víctimas en lo relativo a dicha atribución de responsabilidad civil”.

## VI. Final.

La jurisprudencia vigente, entonces, parece haberse hecho de parte de las críticas que esbozáramos en trabajos anteriores<sup>54</sup> cuando sostuvimos que *“la incremental deferencia y sumisión a la CADH y a sus organismos –Comisión IDH y Corte IDH— no es constitucionalmente aceptable”* y que *“se ha abierto una vía de reforma constitucional distinta a la del art. 30: cada decisión de la Corte IDH tiene potencial reformador, y cada vez que se otorga jerarquía constitucional a un tratado se abre la puerta a interpretaciones autoritativas de organismos internacionales que, a su vez, pueden modificar el texto constitucional, que ha pasado a segundo plano frente a una internacionalización de la Constitución”*. Ello, claro está, con la exigencia de que los tribunales de la Nación deben cumplir sin dudas con lo establecido por el bloque de constitucionalidad federal.

Es decir que, la postura que desde aquí abonamos, es garantizar el efectivo cumplimiento de los derechos humanos reconocidos en la Constitución –ya sea en su parte dogmática o mediante la incorporación de tratados— mediante la efectiva aplicación de dichos instrumentos por los tribunales argentinos, sin depender del reconocimiento o interpretación que de ellos haga la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La omisión de proceder de este modo hará incurrir en responsabilidad de los funcionarios públicos así obligados, no por los tribunales internacionales, sino por nuestra Constitución Nacional.

---

<sup>54</sup> Biscardi, Samanta.....