



Revista del Centro de Estudios Constitucionales

Estudios Constitucionales

ISSN: 0718-0195

estudiosconstitucionales@utalca.cl

Centro de Estudios Constitucionales de

Chile

Chile

GIALDINO, ROLANDO E.

INCUMPLIMIENTO DE UNA SENTENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE
DERECHOS HUMANOS: UN ACTO INTERNACIONALMENTE ILÍCITO DE LA CORTE
SUPREMA ARGENTINA

Estudios Constitucionales, vol. 15, núm. 2, 2017, pp. 491-531

Centro de Estudios Constitucionales de Chile

Santiago, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82054982014>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

 redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

INCUMPLIMIENTO DE UNA SENTENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: UN ACTO INTERNACIONALMENTE ILÍCITO DE LA CORTE SUPREMA ARGENTINA

ROLANDO E. GIALDINO*

Profesor de Derechos Constitucional

U. Católica Argentina

INTRODUCCIÓN

La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (en adelante, Corte SJN) resolvió, en fecha cercana y por mayoría, el expediente “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso ‘Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina’ por la Corte Interamericana de Derechos Humanos” (en adelante, *Min./Fontevecchia*), originado por el oficio que la Dirección General de Derechos Humanos del citado ministerio remitió a la Corte SJN (20/9/2012), haciéndole saber el pedido formulado por la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación al tribunal “para que cumpla, en lo que corresponda y de conformidad con su competencia, la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso ‘Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina’” (§ 4)¹. En este último fallo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), por unanimidad, juzgó que el Estado argentino, con motivo de la sentencia condenatoria por daños y perjuicios dictada por la Corte SJN contra Jorge Fontevecchia y Héctor D’Amico, en la causa *Menem, Carlos Saúl c. Editorial Perfil S.A. y otros*, “violó el derecho a la libertad de expresión” del art. 13,

* Abogado y Doctor en Derecho por la Universidad de Buenos Aires. Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Católica Argentina y Profesor de Derechos Humanos de las Universidades Nacionales de Cuyo y del Litoral, Argentina.

¹ La decisión, del 14.02.2017, puede consultarse en <http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7357162&ccache=1504103567346>. La cita de § que realizaremos referirán, salvo indicación en contrario, a *Min./Fontevecchia* y al voto mayoritario (jueces Lorenzetti, H. de Nolasco y Rosenkrantz); para el voto concurrente, juez Rosatti, antepondremos *v. c.* y para el voto disidente, juez Maqueda, *v. d.*

Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CAmericana), en relación con su art. 1.1, en perjuicio de los nombrados. Dispuso, entonces, que el Estado, *inter alia*, “debe dejar sin efecto la condena civil [...], así como todas sus consecuencias”². En *Menem*, señalemos, la Corte SJN había confirmado la decisión de la instancia anterior, favorable a la demanda de daños y perjuicios promovida por el ex presidente Menem contra J. Fontevecchia y H. D’Amico (y Editorial Perfil S.A.). A tal fin, entendió que la difusión de ciertas notas periodísticas vinculadas con la presunta existencia de un hijo no reconocido de Menem había lesionado el derecho a la intimidad de éste, tutelado por los arts. 19, Constitución Nacional (en adelante CN); 17.1 y 2, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 11.2 y 3, CAmericana.

Las cuestiones a ser resueltas en *Min./Fontevecchia*, según lo entendió la Corte SJN, residieron en si la orden de “dejar sin efecto la condena civil” fue dispuesta por la Corte IDH “dentro del marco de atribuciones previsto por la [CAmericana] y puede ser cumplida por esta Corte a la luz del ordenamiento constitucional nacional” (§ 7; *vid. v. c.* § 4). Dos temas de diferente índole y, en potencia, excluyentes entre sí, en la medida en que rechazar uno volvería abstracto el restante. Sea como fuere, lo cierto es que la Corte SJN, tras responder negativamente al primero, igualmente se ocupó del segundo, con igual desenlace.

El objeto del presente estudio, como habrá sido advertido, es *Min./Fontevecchia*. De tal suerte, será preciso analizar los fundamentos expuestos por la decisión en torno de los dos aspectos antedichos: la revisión por la Corte SJN de la competencia de la Corte IDH en materia de reparaciones (1), y la aptitud de la primera para cumplir con la condena (2). Luego, tras añadir otras consideraciones (3), formularemos algunas conclusiones (4).

1. La revisión de la competencia de la Corte IDH en materia de reparaciones

1.1. La revisión

A. Se encuentra fuera de debate, afirma la Corte SJN, que “las sentencias de la Corte [IDH], dictadas en procesos contenciosos contra el Estado argentino son, en principio, de cumplimiento obligatorio para éste (art. 68.1 [CAmerica-

² *Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina*, fondo, rep. y costas, 29.11.2011, Serie C N° 238, puntos declarativo 1 y dispositivo 2; asimismo: §§ 42/75 y 103/105. En adelante, *Fontevecchia y D’Amico*.

na]) (conf. doctrina de Fallos: 327:5668 [*Espósito, Miguel Angel*], voto de la jueza H. de Nolasco, considerando 6º)” (§ 6). Llamativo comienzo, diríamos, para alcanzar la conclusión adversa pretendida, por cuanto en dicho voto se sostuvo que, con motivo del fallo, Corte IDH, *Bulacio v s. argentina*, “resulta un deber insoslayable de esta Corte, como parte del Estado argentino, y en el marco de su potestad jurisdiccional, cumplir con los deberes impuestos al Estado por la jurisdicción internacional en materia de derechos humanos” (§ 11). Sea como fuere con ello, *Min./Fontevecchia* continúa con lo siguiente: “[d]icha obligatoriedad, sin embargo, alcanza únicamente a las sentencias dictadas por el tribunal internacional dentro del marco de sus potestades remediales” (ídem).

B. Ahora bien, encarar el problema desde la perspectiva últimamente indicada entraña asentar un fuerte presupuesto: las sentencias de la Corte IDH sólo tienen fuerza ejecutoria si, a juicio de la Corte SJN (¿y de los tribunales internos en general?), han sido dictadas dentro del marco de competencia de la primera, por ceñirnos a nuestra causa³. Una suerte de *exequatur*, al modo en que se someten las sentencias de tribunales “extranjeros” para su conversión en títulos ejecutorios, absolutamente inadmisible⁴.

C. Mas, *Min./Fontevecchia* pasó en blanco tan delicada como decisiva suposición, la cual reniega de un principio inconcuso: la Corte IDH “tiene el poder inherente a sus atribuciones de determinar el alcance de su propia competencia (*compétence de la compétence*/Kompetenz-Kompetenz). Los instrumentos de aceptación de la cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria (artículo 62.1 de la Convención) presuponen la admisión, por los Estados que la presentan, del

³ “[E]sta Suprema Corte no es competente para analizar, revisar, calificar o decidir si una sentencia dictada por la Corte [IDH], esto es, en sede internacional, es correcta o incorrecta, o si la misma se excede en relación a las normas que rigen su materia y proceso. Esta sede de jurisdicción nacional no puede hacer ningún pronunciamiento que cuestione la validez de lo resuelto por la Corte [IDH], ya que para el Estado mexicano dichas sentencias constituyen [...] cosa juzgada y, por ende, lo único procedente es acatar y reconocer la totalidad de la sentencia en sus términos [...]. La firmeza vinculante de las sentencias de la Corte [IDH] deriva, además de lo expuesto, de lo dispuesto en los artículos 62.3, 63.1, 67 y 68 [CAmericana]” (Suprema Corte de Justicia de la Nación [México], Pleno, *Varios 1396/2011*, 11/5/2015).

⁴ “[L]as sentencias de la Corte Interamericana como sentencias emanadas de un tribunal internacional o transnacional, son de obligatorio cumplimiento por los Estados parte y se deben ejecutar directamente por y en el Estado concernido, evidentemente sin que haga falta para ello ningún procedimiento de pase en el derecho interno o *exequatur*” (AYALA CORAO, C. M., “La ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Estudios Constitucionales*, 2007, año 5, Nº 1, p. 130). Las sentencias de la Corte IDH “no se consideran extranjeras, y por ende, no necesitan ningún tipo de homologación ni *exequatur*” (HITTERS, J. C., “El control de convencionalidad y el cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana”, en *Estudios Constitucionales*, 2012, vol. 10, Nº 2, p. 569).

derecho de la Corte a resolver cualquier controversia relativa a su jurisdicción [...]. Una objeción o cualquier otra actuación del Estado realizada con el propósito de afectar la competencia de la Corte es inocua, pues en cualesquiera circunstancias la Corte retiene la *compétence de la compétence*, por ser maestra de su jurisdicción⁵. El art. 33, CAmericana, es más que elocuente al respecto y, desde luego, el Estado argentino ha reconocido dicha competencia (ídem, art. 62.2)⁶.

Huelga aclarar que lo anterior no implica que un Estado parte en un causa ante la Corte IDH esté impedido de cuestionar la competencia de esta última, defensa para nada habitual. Sí apareja que la decisión definitiva del planteo quede en manos de la propia Corte IDH. Y, en este tren de ideas, la condena *sub examine* no sólo había sido peticionada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Comisión IDH) y por los representantes de las víctimas, sino que, de su lado, el Estado expresó a ese respecto que “se someterá a lo que [la] Corte decida” (*Fontevecchia y D'Amico*, §§ 100 y 103/104). Dejemos a salvo que, si Argentina hubiese estado en “desacuerdo sobre el sentido o alcance del fallo”, pudo presentar una solicitud de interpretación (art. 67, CAmericana).

D. Por cierto, a la soñada pero no revelada fundamentación de *Min./Fontevecchia* para revisar el pronunciamiento de San José, se oponen otras numerosas razones de peso nada menor. Razones muchas de las cuales, importa sobremanera puntualizarlo, la Corte IDH ya le había recordado a Argentina en dos resoluciones, de 2015 y 2016, relativas al cumplimiento de la sentencia *Fontevecchia y D'Amico*, y que la Corte SJN, salvo el *v. d.* (§§ 7/8), sorteó, con olímpico desdén⁷.

⁵ Corte IDH, *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, competencia, 28.11.2003, Serie C Nº 104, § 68, citas omitidas. “Sería inadmisible subordinar tal mecanismo [CAmericana, art. 62.1] a restricciones que hagan inoperante la función jurisdiccional de la Corte y, por lo tanto, el sistema tutelar de los derechos humanos consagrado en la Convención. La Corte tiene la competencia, que le es inherente y que atiende a un imperativo de seguridad jurídica, de determinar el alcance de su propia jurisdicción” (ídem, *Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*, fondo, rep. y costas, 21.6.2002, Serie C Nº 94, § 19, citas omitidas).

⁶ Un Estado que aceptó la jurisdicción obligatoria de la Corte, conforme al art. 62.1, CAmericana DH, “pasa a obligarse por la Convención como un todo” y, por lo tanto, pese a su carácter facultativo, la declaración de aceptación de la competencia contenciosa, una vez efectuada, “no autoriza al Estado a cambiar posteriormente su contenido y alcance como bien entienda”. Tal aceptación “constituye una cláusula pétrea que no admite limitaciones que no estén expresamente contenidas en el artículo 62.1 [...]. Dada la fundamental importancia de dicha cláusula para la operación del sistema de protección de la Convención, no puede ella estar a merced de limitaciones no previstas que sean invocadas por los Estados Parte por razones de orden interno” (Corte IDH, *Ivcher Bronstein vs. Perú*, competencia, 24.09.1999, Serie C Nº 54, §§ 36, 46, 49, 50 y 53; asimismo: *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*, competencia, 24.09.1999, Serie C Nº 55, §§ 35, 45, 48, 49 y 52).

⁷ Tampoco la representación del Estado ante la Corte IDH se ha lucido: “la Corte observa que, a pesar de los dos años y ocho meses transcurridos desde el vencimiento del plazo dispuesto en la sentencia [vencía

Recordatorio, a su vez, desprovisto de toda novedad, por cuanto no hacía más que reiterar conocida y asentada jurisprudencia de San José.

E. Veamos, entonces, las mentadas razones, no sin apuntar previamente tres circunstancias. Primero, “[l]a obligación de reparar establecida por los tribunales internacionales se rige, como ha sido aceptado universalmente, por el derecho internacional en todos sus aspectos: alcance, naturaleza, modalidades y la determinación de los beneficiarios, nada de lo cual puede ser modificado por el Estado obligado, invocando para ello disposiciones de su derecho interno”⁸. Segundo, los Estados Parte, CAmericana, “tienen la obligación convencional de implementar tanto a nivel internacional como interno y de forma pronta e íntegra, lo dispuesto por el Tribunal en las sentencias que a ellos conciernan, obligación que, como lo señala el derecho internacional consuetudinario y lo ha recordado la Corte, vincula a todos los poderes y órganos estatales y que, de no cumplirse, se incurre en un ilícito internacional”, lo cual incluye a “los más altos tribunales de justicia”¹⁰.

el 15.12.2012] y de los cuatro requerimientos realizados por la Corte o su Presidencia [...] Argentina no informó respecto de la implementación de la sentencia ni remitió escrito alguno al Tribunal” (Corte IDH, *Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina*, supervisión, 1.09.2015, § 3). No olvidemos, además, que “[l]a obligación estatal de dar pronto cumplimiento a las sentencias del Tribunal incluye el deber del Estado de informar a la Corte sobre las medidas adoptadas para cumplir cada uno de los puntos ordenados por éste, lo cual es fundamental para evaluar el estado del cumplimiento de la sentencia en su conjunto” (ídem, § 6; asimismo: § 9).

⁸ Corte IDH, *Blake vs. Guatemala*, rep. y costas, 22.01.1999, Serie C Nº 48, § 32, citas omitidas.

⁹ Corte IDH, *Fontevecchia*, supervisión, cit. n. 7, citas omitidas. El Poder Judicial “puede hacer incurrir al Estado en responsabilidad internacional”, *v. gr.*, por la “aplicación de normas incompatibles o interpretación incompatible con las obligaciones internacionales del Estado” (NASH ROJAS, C., *Las reparaciones ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1988-2007)*, Santiago, U. de Chile - Fac. de Derecho, 2^a ed., 2010, p. 31). En sentido análogo para el ámbito de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEuropea): LAMBERT-ABDELGAWAD, E., *L'exécution des arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, Estrasburgo, C. de Europa, 2^a ed., 2008, p. 8. Sostuvo el Poder Ejecutivo nacional en su decreto 99/06, 25/1/2006, que indica los cursos de acción para dar cumplimiento a la sentencia, Corte IDH, *Cantos vs. Argentina*: “dado el rango constitucional que reviste la [CAmericana] si la sentencia dictada por un órgano creado por ella no fuera acatada por ausencia de disposiciones internas que instrumenten ese acatamiento, el Estado incurriría en un supuesto de inconstitucionalidad por omisión (‘Ekmekdjian C/Sofovich’ [...] citado por Bidart Campos [...]” (considerandos).

¹⁰ Corte IDH, *Gelman vs. Uruguay*, supervisión, 20.03.2013, § 59. La CEuropea no hace distinción alguna en cuanto al tipo de norma o medida en cuestión y no excluye ninguna parte de la “jurisdicción” de los Estados miembros del escrutinio bajo la Convención. “Por lo tanto, es respecto de dicha jurisdicción como un todo [...] que los Estados parte están llamados a demostrar el cumplimiento de la Convención” (Corte Europea de Derechos Humanos [Corte EDH], Gran Sala, *Case of United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey*, 30.01.1998, § 29).

Tercero, la Corte IDH resulta el “intérprete auténtico” de la CAmericana¹¹. Dicho esto, entremos en tema.

F. Para todo Estado Parte en un proceso contencioso, el fallo de la Corte IDH resulta “definitivo” e “inapelable” (CAmericana, art. 67.1), de manera que “produce los efectos de cosa juzgada”, y el compromiso asumido de “cumplir la decisión” (ídem, art. 68.1) entraña hacerlo “prontamente” y en forma “íntegra”, aun “de oficio”¹².

Ese último precepto, por lo demás, “reproduce el texto de una norma tanto convencional como consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del derecho de los tratados y, en general, del Derecho Internacional, a saber, el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados [CViena DT] que dispone el principio ‘Pacta sunt servanda’”¹³. Todo ello pasó inadvertido, salvo en el *v. d.* (*vid. § 4*).

G. También se podría añadir el art. 65, CAmericana, en cuanto impone a San José que, en el informe anual que debe someter a la consideración de la Asamblea General, Organización de los Estados Americanos (OEA), señale de “manera especial y con las recomendaciones pertinentes [...] los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos”¹⁴.

H. Más todavía: Está fuera de duda que a los Estados Parte, CAmericana, les corresponde garantizar el cumplimiento de las disposiciones convencionales y sus efectos propios (*effet utile*) en el plano de sus respectivos derechos internos. Empero, es preciso dejar enteramente en claro que “este principio se aplica no sólo en relación con las normas sustantivas de los tratados de derechos humanos [...], sino también en relación con las normas procesales, tales como las que se refieren al cumplimiento de las decisiones de la Corte (artículos 67 y 68.1 de la Convención)”, las cuales “deben ser interpretadas y aplicadas de manera que la ga-

¹¹ Corte SJN, *Quantín, Norberto Julio c. Benedetti, Jorge Enrique otros*, 30.10.2012, § 11.

¹² Corte IDH: *Fontevecchia*, supervisión, cit. n. 7, § 4; *Kimel vs. Argentina*, ídem, 5.02.2013, § 13. Cosa juzgada “material y formal” (AYALA CORAO, C. M., “La ejecución...”, cit. n. 4, p. 134). “[L]a jurisdicción sobre derechos humanos sería puramente nominal y estéril si sus decisiones quedaran al garete, sujetas a la voluntad de sus destinatarios” (GARCÍA RAMÍREZ, S. [Presidente, Corte IDH], *La jurisdicción interamericana de derechos humanos*, México, Corte IDH - Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal [México], 2006, p. 68).

¹³ *Vid.* Corte IDH, *Fontevecchia*, supervisión, cit. n. 7, § 4.

¹⁴ *Vid.* el voto del juez Ventura Robles en Corte IDH, *Caesar vs. Trinidad y Tobago*, fondo, rep. y costas, 11.03.2005, Serie C Nº 123.

rantía protegida sea verdaderamente práctica y eficaz, teniendo presentes el carácter especial de los tratados de derechos humanos y su implementación colectiva”¹⁵.

Y pongamos de relieve, en sintonía con esto último, que la CAmericana se aplica de conformidad con la noción de “garantía colectiva”, la cual “se encuentra estrechamente relacionada con el efecto útil de las sentencias de la Corte Interamericana, por cuanto consagra un sistema que constituye un verdadero orden público regional, cuyo mantenimiento es de interés de todos y cada uno de los Estados Partes. El interés de los Estados signatarios es el mantenimiento del sistema de protección de los derechos humanos que ellos mismos han creado, y si un Estado viola su obligación de acatar lo resuelto por el único órgano jurisdiccional sobre la materia, se está quebrantando el compromiso asumido hacia los otros Estados de cumplir con las sentencias de la Corte”¹⁶. Dadas las referencias de *Min./Fontevecchia* al sistema de la CEuropea, dejemos constancia de que éste se ajusta a la misma concepción¹⁷.

I. De igual modo, procede destacar que, así como el cumplimiento de las sentencias nacionales está fuertemente ligado al derecho de acceso a la justicia (CAmericana, arts. 8 y 25), así también “[s]i el Estado responsable no ejecuta en el ámbito interno las medidas de reparación dispuestas por la Corte estaría negando el derecho de acceso a la justicia internacional”; “[e]l cumplimiento de las reparaciones ordenadas por el Tribunal en sus decisiones es la materialización de la justicia para el caso concreto y, por ende, de la jurisdicción”¹⁸. Sea dicho que tampoco en esto difiere el sistema de la CEuropea¹⁹.

¹⁵ Corte IDH, *Baena*, cit. n. 5, § 66.

¹⁶ Ídem, *Gelman*, cit. n. 10, § 47, asimismo, voto Ferrer Mac-Gregor Poisot, §§ 75/77.

¹⁷ *Vid.* LAMBERT, E., “La pratique récente de réparation des violations de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales: plaidoyer pour la préservation d’un acquis remarquable”, en *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, 2000, N° 42, p. 226. Es responsabilidad colectiva de las partes, CEuropea, preservar la autoridad de la Corte –y, por lo tanto la credibilidad y la eficacia del sistema de la Convención– frente a una parte que, según el Comité de Ministros, se niega a cumplir, expresamente o por medio de su conducta, con una sentencia dictada por la Corte en un caso en el cual es parte (*Rapport explicatif du Protocole N° 14 à la Convention de sauvegarde des Droits de l’Homme et des Libertés fondamentales, amendant le système de contrôle de la Convention*, 2004, § 98). *Vid.* texto *infra* 1.2.3, M.

¹⁸ *Vid.* para todo este párrafo: Corte IDH, *Baena*, cit. n. 5, §§ 72/83. “[L]a efectividad de las sentencias depende de su ejecución [...]. Lo contrario supone la negación misma del derecho involucrado” (Corte SJN, *Carranza Latrubesse*, 6/8/2013, § 9 c/cita de Corte IDH, *Mejía Idrovo vs. Ecuador*).

¹⁹ *Vid.* BÍRSAN, C., “Les aspects nouveaux de l’application des articles 41 et 46 de la Convention dans la jurisprudencia de la Cour européenne des droits de l’homme”, en *Trente ans de droit européen des droits de*

J. En suma: la facultad de revisar la competencia de la Corte IDH, que se atribuye la Corte SJN a la hora de ejecutar una sentencia dictada por aquélla, carece de todo asidero jurídico y, parafraseando al citado *Baena*, “atenta [...] contra la *raison d'être* de la operación del Tribunal [Corte IDH]”²⁰.

1.2. Los fundamentos de la revisión

La conclusión con la que hemos cerrado el punto precedente haría innecesario proseguir con nuestro examen. Sin embargo, bueno es continuarlo, con el fin de analizar los fundamentos y alcances bajo los cuales *Min./Fontevecchia* inauguró la práctica de esta inédita cuanto desventurada actividad escrutadora. Tres son las líneas centrales de la decisión que se impuso, dos de las cuales giran en torno del principio de subsidiariedad (1.2.1 y 1.2.2), mientras que la restante ataña a la interpretación del art. 63.1, CAmericana (1.2.3).

1.2.1. Principio de subsidiariedad y cuarta instancia

A. Dice bien la Corte SJN, cuanto más que transcribe el Preámbulo, CAmericana, que esta última ha creado “una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos” (§ 8; *vid. v.c.* § 7). También acierta al sostener que una de las manifestaciones de la aludida subsidiariedad es el requisito de agotamiento de los recursos internos, para acceder al régimen interamericano (§ 8). Sin embargo, yerra absolutamente cuando, tras afirmar que la Corte IDH “no actúa como una instancia más en los casos tratados por las cortes nacionales” (ídem), que no constituye una “cuarta instancia” (ídem), infiere de ello que San José no “revisa” decisiones jurisdiccionales estatales, sino que, siguiendo los principios estructurales recordados, es subsidiaria, coadyuvante y complementaria (ídem)²¹.

l'homme. Études à la mémoire de Wolfgang Strasser (H. Hartig, ed.), Bruselas, Nemesis - Bruylant, 2007, ps. 19/20.

²⁰ Cit. n. 5, § 72. “[L]as decisiones de un tribunal creado por un tratado de derechos humanos que reviste jerarquía constitucional no pueden ser revisadas por los tribunales internos, ni siquiera por nuestra propia [Corte SJN] (‘Fibraca Constructora S.C.A.’ [...]]; Diario de la Convención Nacional Constituyente 22, Reunión del 2 de agosto de 1994, Sarmiento García, Jorge H. y otros: ‘La Reforma Constitucional Interpretada’ [...]” (decreto 99/06, cit. n. 9, considerandos).

²¹ El *v. c.* no resulta ajeno a estos motivos pues, si bien comienza expresando que la orden en juego “parece ir más allá de las atribuciones –propias y específicas– de la Corte IDH (en especial respecto de lo dispuesto

B. Es evidente, a nuestro juicio, que, de enunciar que la Corte IDH “no actúa como una instancia más” y no constituye una “cuarta instancia”, no se sigue, ni formal ni sustancialmente, que aquélla esté inhabilitada para revisar decisiones jurisdiccionales internas²². Esas afirmaciones, si a algo conducen, no es a esta última conclusión, sino, y con necesidad, a la opuesta, toda vez que lo que están significando es, precisamente, la medida, los alcances de la revisión internacional, que dan por supuesta. La llamada fórmula de la “cuarta instancia”²³, que se originó en el sistema, CEuropea, tendió a expresar, lisa y llanamente, que Estrasburgo, especialmente la (ex) Comisión Europea de Derechos Humanos, no era una etapa más en el desarrollo regular de un litigio, esto es, una instancia de revisión amplia que normalmente tiene derecho a recorrer todo litigante que vea frustradas sus esperanzas ante los estrados nacionales²⁴. Y este principio es así, más allá de que, en su aplicación, la jurisprudencia de la Corte IDH muestre casos discutibles²⁵. Luego, en lugar de transcribir un párrafo de *Genie Lacayo*, y de manera parcial, ocultando la singularidad del caso (§ 9; *vid. u.c.* § 7)²⁶, *Min./Fontevecchia* debió

en el art. 63.1 de la CADH” (§ 4, itálica agregada), termina sosteniendo que reconocer a aquélla como “una instancia ‘revisora’ o ‘casatoria’ de decisiones jurisdiccionales estatales [...] excede el carácter coadyuvante y complementario de la jurisdicción internacional [...]” (§ 7).

²² “[U]na sentencia judicial puede y debe ser analizada por los órganos de control internacionales en tanto puede llegar a constituir *per se* una violación de los derechos reconocidos convencionalmente” (ALBANESE, S., “La fórmula de la cuarta instancia”, *Lexis* N° 0003/001051, 1997, p. 3).

²³ “Lo de ‘cuarta’ proviene del supuesto de que a nivel interno existirían tres instancias, lo cual usualmente no es el caso, y de allí lo desafortunado de la expresión” (GONZÁLEZ MORALES, F., “La Comisión Interamericana de Derechos Humanos: antecedentes, funciones y otros aspectos”, en *Anuario de Derechos Humanos 2009* [U. de Chile, Fac. de Derecho], p. 50).

²⁴ *Vid. GIALDINO, R. E., El sistema europeo de protección jurisdiccional de los Derechos Humanos. La nueva Corte Europea de Derechos Humanos* (tesis de doctorado), Buenos Aires, 2002, t. I, “la fórmula de la cuarta instancia”, ps. 85/88, disponible en las bibliotecas de la Corte SJN y de la Facultad de Derecho, UBA.

²⁵ *Vid. ZLATA DE CLÉMENT, D.*, “Corte Interamericana de Derechos Humanos: ¿Cuarto instancia?”, <https://revistas.unc.edu.ar/index.php/recordip/article/view/57>, 2009 (rec. 1.03.2017).

²⁶ “Finalmente de acuerdo con el derecho internacional general, la Corte Interamericana no tiene el carácter de tribunal de apelación o de casación de los organismos jurisdiccionales de carácter nacional; sólo puede en este caso, señalar las violaciones procesales de los derechos consagrados en la Convención que hayan perjudicado [al] afectado en este asunto, pero carece de competencia para subsanar dichas violaciones en el ámbito interno, *lo que corresponde hacer, según se ha expresado anteriormente, a la Corte Suprema de Justicia de Nicaragua al resolver el recurso de casación que se encuentra pendiente*” (*Genie Lacayo vs. Nicaragua*, fondo, rep. y costas, 29/1/1997, Serie C N° 30, § 94). Lo puesto en itálica es, precisamente, lo que *Min./Fontevecchia* omitió transcribir en su § 9. El *u. c.* (§ 7) suma una referencia al anodino § 64 de *Perozo y otros vs. Venezuela*, y con potente olvido de que en este caso, con implícito destino al Poder Judicial, la Corte IDH dispuso que el Estado “debe conducir eficazmente y dentro de un plazo razonable las investigaciones y procesos penales

consultar muchos otros pronunciamientos de la Corte IDH, en los cuales esta última rechazó rotundamente planteos de incompetencia introducidos por los Estados con base en la fórmula en juego y en argumentos análogos a los que ahora, resuelto internacionalmente el fondo del litigio y las reparaciones, esgrime la Corte SJN: la Corte IDH “no es un tribunal de alzada o de apelación para dirimir los *desacuerdos* que tengan las partes sobre algunos alcances de la valoración de prueba o de la aplicación del derecho interno *en aspectos que no estén directamente relacionados con el cumplimiento de obligaciones internacionales en derechos humanos*”²⁷; “si se pretendiera que la Corte ejerza como tribunal de alzada sobre los alcances de la prueba y del derecho interno, se le estaría sometiendo una materia sobre la cual, en virtud de la competencia subsidiaria de un tribunal internacional, no podría pronunciarse y es incompetente [...]. *Por el contrario, sí compete a la Corte verificar si en los pasos efectivamente dados a nivel interno se violaron o no obligaciones internacionales del Estado derivadas de los instrumentos interamericanos que le otorgan competencia al Tribunal. Por ello, la jurisprudencia reiterada de la Corte señala que la determinación de si las actuaciones de órganos judiciales constituyen o no una violación de las obligaciones internacionales del Estado, puede conducir a que la Corte deba ocuparse de examinar los respectivos procesos internos para establecer su compatibilidad con la Convención Americana*”²⁸. Y ello incluye, repetimos, “las decisiones de tribunales superiores” (*supra* 1.1, E). Los ejemplos, desde luego, podrían multiplicarse²⁹.

C. En la misma línea se inscribe la Comisión IDH: “[l]a premisa básica de esa fórmula [cuarta instancia] es que la Comisión no puede revisar las sentencias

abiertos a nivel interno que se encuentran en trámite, así como los que se abran en lo sucesivo [...]” (excep., fondo, rep. y costas, 28.01.2009, Serie C Nº 195, punto resolutivo 11).

²⁷ *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, excep., fondo, rep. y costas, 26.11.2010, Serie C Nº 220, § 16, itálicas agregadas.

²⁸ Ídem, §§ 19/20 y sus citas, itálicas agregadas.

²⁹ *Vid. Corte IDH: Nogueira de Carvalho y otro vs. Brasil*, excep. y fondo, 28.11.2006, Serie C Nº 161, § 80; *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*, fondo, 19.11.1999, Serie C Nº 63, § 222; *Garibaldi vs. Brasil*, excep., fondo, rep. y costas, 23.9.2009, Serie C Nº 203, §120; *Dacosta Cadogan vs. Barbados*, ídem, 24.09.2009, Serie C Nº 204, § 24/25; *Tarazona Arrieta y otros vs. Perú*, ídem, 15.10.2014, Serie C Nº 286, §§ 20/24; *Escher y otros vs. Brasil*, ídem, 6.07.2009, Serie C Nº 200, § 44; *González Medina y familiares vs. República Dominicana*, ídem, 27.02.2012, Serie C Nº 240, § 38; *Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs. Ecuador*, excep., fondo, rep. y costas, 21.11.2007, Serie C Nº 170, § 22; *Mémoli vs. Argentina*, ídem, 22.08.2013, Serie C Nº 265, §§ 140 y 147; *Palma Mendoza y otros vs. Ecuador*, excep. y fondo, 3.09.2012, Serie C Nº 247, §§ 16 y 18; *Mejía Idrovo vs. Ecuador*, excep., fondo, rep. y costas, 5.07.2011, Serie C Nº 228, §§ 18, 20 y 22, entre otros.

dictadas por los tribunales nacionales que actúen en la esfera de su competencia y aplicando las debidas garantías judiciales, *a menos que considere la posibilidad de que se haya cometido una violación de la Convención*³⁰. Llama la atención, y causa desasosiego, que la Corte SJN haya tergiversado, sino mutilado, *Marzoni* cuando lo reseña (§ 9), de modo análogo a lo que hizo con *Genie Lacayo* (*supra* B). Eso sí, tamañas desatenciones ya hemos detectado en otro y cercano pronunciamiento³¹.

D. En nada mejora el discurso de *Min./Fontevecchia* al pretender encontrar apoyo en la Corte EDH en orden a lo que ésta entiende como “cuarta instancia”. Cita, sin mayor precisión, los casos *Schenk v. Switzerland* y *Tautkus v. Lithuania* (§ 10). Pero, con ello, desacredita lo que pretende probar, dado que ambos antecedentes, si algo expresan para lo que nos interesa, es que Estrasburgo considera (i) que no es su función juzgar errores de hecho o de derecho que se aleguen cometidos por una corte nacional, *salvo y en la medida en que pudieran infringir derechos y libertades protegidos por la Convención Europea de Derechos Humanos*³²; (ii) que resulta ajeno a su poder examinar los hechos que llevaron a una corte nacional a adoptar una decisión antes que otra, pero que esto es así, *como principio y sin perjuicio de sus atribuciones para juzgar la compatibilidad de una decisión nacional con la Convención*³³. Y también en esta plaza los ejemplos podrían multiplicarse³⁴.

³⁰ *Marzoni c. Argentina*, informe 39/96, caso 11.673, 15.10.96, § 50, itálicas agregadas. Y prosigue: “[l]a Comisión es competente para declarar admisible una petición y fallar sobre su fundamento cuando ésta se refiere a una sentencia judicial nacional que ha sido dictada al margen del debido proceso, o que aparentemente viola cualquier otro derecho garantizado por la Convención” (§ 51). Asimismo, del mismo órgano: informe N° 39/05, petición 792-01, *Carlos Iparraguirre y Luz Amada Vásquez Vásquez de Iparraguirre – Perú*, inadmisibilidad, 9.03.2005, §§ 54 y 55; también: §§ 40, 52 y 64.

³¹ *Vid. GIALDINO, R. E.*, “La Corte Suprema y la titularidad del derecho de huelga. El caso *Orellano*: un regreso al siglo XIX”, en *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social*, 2016, N° 17, p. 1734.

³² “According to Article 19 (art. 19) of the Convention, the Court’s duty is to ensure the observance of the engagements undertaken by the Contracting States in the Convention. In particular, it is not its function to deal with errors of fact or of law allegedly committed by a national court unless and in so far as they may have infringed rights and freedoms protected by the Convention” (*Schenk v. Switzerland*, Pleno, 12.07.1988, § 45).

³³ “[...] the Court also reiterates that, in principle, and without prejudice to its power to examine the compatibility of national decisions with the Convention, it is not the Court’s role to assess the facts which have led a national court to adopt one decision rather than another; otherwise, it would be acting as a court of fourth instance and would disregard the limits imposed on its action” (*Tautkus v. Lithuania*, 27.11.2012, § 57).

³⁴ *V.gr.*, Gran Sala, *García Ruiz c. Espagne*, 21.01.1999, § 28; *Syssoyeva et autres c. Lettonie*, 15.01.2007, § 89. *Vid. Corte Europea de Derechos Humanos, Guide pratique sur la recevabilité*, C. de Europa – CEuropea, 3^a ed., 2014, “quatrième instance”, ps. 86/87.

E. Repárese en que *Min./Fontevecchia* no endilga a la Corte IDH un exceso en el empleo de la fórmula de la cuarta instancia en lo atinente a la cuestión de fondo resuelta por aquélla en *Fontevecchia y D'Amico*, fallo este que, después de todo, la Corte SJN viene siguiendo puntualmente³⁵. Sólo cuestiona que dicha fórmula pueda conducir a la reparación que dispuso.

F. Más aún, el requisito del agotamiento de los recursos internos invocado por la Corte SJN (*supra A*), mal que le pese a ésta, concurre en apoyo de nuestra crítica, y da mentís a que la “subsidiariedad” sea el obstáculo que se pretende interponer. Tal como lo viene repitiendo San José desde sus primeras sentencias, ese recaudo “permite al Estado resolver el problema según su derecho interno *antes* de verse enfrentado a un proceso internacional, lo cual es especialmente válido en la jurisdicción internacional de los derechos humanos, por ser ésta ‘coadyuvante o complementaria’ de la interna (Convención Americana, Preámbulo)”³⁶. El “principio de complementariedad”, también llamado “de subsidiariedad”, inscribe San José, significa que “la responsabilidad estatal bajo la Convención sólo puede ser exigida a nivel internacional *después* de que el Estado haya tenido la oportunidad de declarar la violación y reparar el daño ocasionado por sus propios medios”; que el Estado “es el principal garante de los derechos humanos de las personas, de manera que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es el propio Estado quien tiene el deber de resolver el asunto a nivel interno y, [en su caso] reparar, *antes* de tener que responder ante instancias internacionales como el Sistema Interamericano, lo cual deriva del carácter subsidiario que reviste el proceso internacional frente a los sistemas nacionales de garantías de los derechos humanos”³⁷.

El recaudo del agotamiento de los recursos internos, en breve, constituye una regla procesal de repartición del orden de intervención *ratione temporis* de los jueces nacionales e internacionales³⁸. Por consiguiente, la vigencia absoluta de la cosa juzgada, definida en términos de derecho nacional, impediría de plano el desempeño de la jurisdicción internacional de derechos humanos, “comple-

³⁵ *Vid. Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c. Ejército Argentino*, 27.11.2012, § 12; *Quantín*, cit. n. 11, § 11, entre otros.

³⁶ Corte IDH, *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, fondo, 29.07.1988, Serie C Nº 4, § 61, itálica agregada, entre otros.

³⁷ Corte IDH, *Gelman*, cit. n. 10, § 70, itálicas agregadas, transcribiendo diversos antecedentes propios.

³⁸ LAMBERT, E., *Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme. Contribution à une approche pluraliste du droit européen des droits de l'homme*, Bruselas, Bruylant, 1999, p. 23 y sus citas.

mentaria” de la justicia doméstica, toda vez que la primera entra en movimiento cuando se han agotado los recursos internos, es decir, “cuando existe cosa juzgada acerca del tema en litigio”³⁹. Bien entendido, además, que el requisito “condiciona la implementación, pero no el surgimiento, de la responsabilidad [internacional del Estado], la cual se configura a partir de la ocurrencia de un acto (u omisión) internacionalmente ilícito (que puede tener su fuente, *v. gr.*, en una disposición legal de derecho interno, o en un acto administrativo, o también en una decisión judicial)”⁴⁰.

1.2.2. Principio de subsidiariedad y margen de apreciación nacional

A. Con lo anterior, sin embargo, no se cierran los infortunios para la Corte SJN, pues más que desencaminada se mostró al buscar sustento en el llamado “margen de apreciación nacional”, el cual, según aquélla, ha sido “abrazad[o] enfáticamente” por la Corte EDH (§ 10). En efecto, la doctrina así denominada, cuyo origen es pretoriano y se encuentra en el sistema de la CEuropea, si bien se inscribe en el campo de la subsidiariedad, nada tiene que ver con el punto que interesaba resolver en *Min./Fontevecchia*, según lo ponen en evidencia los antecedentes de la Corte EDH a los que remite, nuevamente sin mayores detalles, la Corte SJN (*ídem*)⁴¹.

Por dicha doctrina, Estrasburgo admite que las autoridades nacionales, en razón de su contacto directo y continuo con las fuerzas vivas de sus países, se encuentran, como principio, en mejor posición que el juez internacional para pronunciarse sobre el contenido de las exigencias del orden público y la necesidad

³⁹ GARCÍA RAMÍREZ, S., *La jurisdicción...*, cit. n. 12, ps. 221/222.

⁴⁰ Corte IDH, *Caso “La Última Tentación de Cristo” vs. Chile*, fondo, rep. y costas, 5.02.2001, Serie C Nº 73, voto Cançado Trindade, § 34.

⁴¹ “Margen de apreciación” no es un término que pueda encontrarse en la CEuropea ni en sus *travaux préparatoires*. Surgió por primera vez, en 1958, en un informe de la (ex) Comisión Europea de Derechos Humanos relativo a un caso planteado por Grecia contra el Reino Unido sobre violaciones a los derechos humanos en Chipre. Con todo, el Protocolo 15 (art. 1, 2013), CEuropea, no en vigor, introduce la cuestión por vía de un nuevo considerando hacia el final del Preámbulo. Mas, según lo señala el correspondiente *Rapport explicatif*, este margen va de la mano con el control implementado por el sistema de la Convención. En este sentido, el papel de la Corte EDH es examinar si las decisiones de las autoridades nacionales son compatibles con la Convención, teniendo en cuenta el margen de apreciación a los Estados (§ 9). *Vid.* SCHABAS, W. A., *The European Convention on Human Rights: A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2015, pp. 1954 y ss.

de una restricción a un derecho o libertad⁴². Mas, insistimos, ¿qué relación guarda todo ello con lo puesto en la liza, *i. e.*, si la Corte IDH tenía atribuciones para examinar una sentencia nacional y dictar la condena bajo estudio?

B. A todo evento, dejemos bien esclarecido, dado el mutismo de *Min./Fonte-vecchia*, que, de consumo con los antecedentes europeos a los que remite (§ 10), dicho margen europeo no confiere a los Estados un poder de apreciación “ilimitado”, por lo que Estrasburgo tiene atribuciones, por ser responsable de asegurar la observancia por los primeros de sus compromisos ante la CEuropea, para dar la decisión final al respecto: el margen nacional de apreciación, pues, “va de la mano con la supervisión Europea”⁴³.

C. Hacia un no mejor destino que con *Handyside* se dirigió la Corte SJN con la remisión (también en globo, § 10) a *Lautsi and Others v. Italy*, puesto que en esa oportunidad la Gran Sala, Corte EDH, reafirmó que el margen de apreciación nacional marcha a la par con el control de la Corte, a fin de asegurar que no resulten traspasados los límites del primero⁴⁴. Con agudeza lo ilustran M. Delmas-Marty y M.-L. Izorche: “margen”, la palabra sugiere la idea de una cierta posibilidad de dar un paso al costado, de separarse de alguna cosa, de beneficiarse de una cierta latitud. Pero la expresión también contiene la idea de medida: la separación es limitada, la distancia no es muy larga⁴⁵.

D. Más todavía: la amplitud de dicho margen europeo no es la misma en todos los casos y varía en función del contexto, de la naturaleza del derecho

⁴² *Handyside v. The United Kingdom*, 7.12.1976, § 48. La bibliografía es vasta: *vid. en general*, entre muchos otros: GREER, S., *The Margin of Appreciation: Interpretation and Discretion under the European Convention on Human Rights*, Human Rights File N° 17, Estrasburgo, Consejo de Europa, 2000 (hablando en sentido lato, el margen de discreción refiere al espacio de maniobra que Estrasburgo está dispuesto a acordar a las autoridades nacionales para cumplir con sus obligaciones ante la CEuropea, p. 5); CONSEJO DE EUROPA, *The Margin of Appreciation*, http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/lisbonnetwork/themis/echr/paper2_en.asp#P200_22745 (rec. 24/2/2017); SPIELMANN, D. (Presidente, Corte EDH), “Allowing the Right Margin: the European Court of Human Rights and the National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European Review?”, en *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2012, vol. 14, p. 381; ARAI-TAKAHASHI, Y., *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Antwerp/Oxford/Nueva York, Intersentia, 2001.

⁴³ *Handyside*, cit. n. anterior, § 49. Asimismo, entre otros: Gran Sala, *Perinçek c. Suisse*, 15.10.2015, § 198. En igual sentido: *Brighton Declaration*, High Level Conference on the Future of the European Court of Human Rights, 19-20.4.2012, § 11.

⁴⁴ 18.03.2011, § 70.

⁴⁵ DELMAS-MARTY, M. e IZORCHE, M.-L., “Marge nationale d’appréciation et internationalisation du droit. Réflexions sur la validité formelle d’un droit commun pluraliste”, en *Revue internationale de droit comparé*, 2000, N° 5, p. 754.

convencional en juego, de su importancia para el individuo y del género de las actividades en litigio⁴⁶. Se reduce y se vuelve más estricto ante un derecho característico de una sociedad democrática, como lo es, *v. gr.* (tal como ocurrió –agregamos– en *Fontevecchia y D'Amico*), la libertad de expresión, caso este en que el Estado no cuenta más que con un margen reducido, sumado a un control europeo más riguroso tanto sobre la ley como sobre su aplicación por las jurisdicciones internas⁴⁷. Al respecto, un precedente europeo que en buena medida se vincula con *Fontevecchia y D'Amico* es *Perinçek c. Suisse*, en el cual la Gran Sala, Corte EDH, examinó dos derechos convencionales: la libertad de expresión (CEuropea, art. 10) y el respeto de la vida privada (ídem, art. 8), y concluyó en que, mediante la condena dictada por su Tribunal Federal, Suiza había violado la primera de esas normas⁴⁸. Volveremos sobre este caso (*infra* 1.2.3, M).

E. Ahora bien, con prescindencia de las críticas que ha despertado la doctrina del margen de apreciación en el ámbito europeo⁴⁹, para *Min./Fontevecchia*,

⁴⁶ Corte EDH, Sala, *Buckley*, 25.09.1996, § 74.

⁴⁷ SUDRE, F., *Droit international et européen des droits de l'homme*, París, Puf, 6^a ed., 2003, p. 216, c/cita de Corte EDH, *Castells c. Espagne*, 23.04.1992, § 43. Asimismo: Corte EDH, *Karapetyan and Others v. Armenia*, 17.11.2016, § 45.

⁴⁸ Cit. n. 43, *v. gr.*: las Altas Partes contratantes gozan de un margen de apreciación en la materia, pero sólo si sus autoridades han llevado a cabo un equilibrio que cumple con los criterios de la jurisprudencia de la Corte, y si han sopesado cuidadosamente la importancia y el alcance de los derechos que están en juego (§ 274); si el balance de las autoridades fue realizado respetando los antedichos criterios, sólo serían razones permitirían sustituirlo por el de la Corte (§ 198, v); la Corte tiene competencia para decidir en último término si una restricción se concilia con la libertad de expresión (§ 196, ii); las expresiones del actor, relativas a un asunto de interés público, reclaman una protección reforzada del art. 10, por lo que las autoridades suizas sólo gozan de un margen de apreciación limitado para imponer una restricción (§§ 197 y 241); dado que el Tribunal Federal suizo no examinó la cuestión debidamente al rechazar el recurso contra la condena, la Corte considera que le corresponde a ella efectuar dicho balance (§§ 278/279). *Vid.* asimismo: §§ 196, i y iii, y 198, i/iv. El litigio giró en torno de la condena penal y a una indemnización económica a favor de la reclamante, Asociación Suizo-Armenia, impuesta a un político turco que había expresado en Suiza, públicamente, la opinión de que las deportaciones masivas y las masacres sufridas por los armenios en el seno del Imperio Otomano no constituyan un genocidio.

⁴⁹ *Vid.* SUDRE, F. et al., *Les grands arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, París, Puf, 2003, p. 79. La doctrina del margen de apreciación introduce un elemento de relatividad en la interpretación uniforme de la CEuropea (MACDONALD, R. St. J., “The Margin of Appreciation”, en *The European System for the Protection of Human Rights* [Macdonald R. St. J., Matscher, F y Petzold, H. eds.], Dordrecht/Boston/Londres, M. Nijhoff, 1993, p. 83), y atenta contra el sentido autónomo de los términos convencionales: “son los regímenes locales los que deben adecuarse al tratado y no éste a aquéllos” (GIALDINO, R. E., *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Principios, fuentes, interpretación y obligaciones*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2013, p. 403).

más importante que ese panorama, que desdibujó, era el interamericano, que ignoró, por cuanto la Corte IDH ha resultado refractaria a dicha doctrina⁵⁰. Incluso en alguna oportunidad en que la mencionó, sólo con motivo de citar a la Corte EDH y a otros efectos, dejó en claro que, para Estrasburgo, dicho margen “no es ilimitado” y está sometido a supervisión en punto a “si la interferencia constituye un equilibrio justo de los intereses contradictorios involucrados”⁵¹. Dado que A. A. Cançado Trindade sostiene que el mentado margen presupone, *inter alia*, la existencia de Estados verdaderamente democráticos, “con un Poder Judicial indudablemente autónomo”⁵², es oportuno memorar que el Estado argentino, en *Fontevecchia y D'Amico*, “resaltó las reformas institucionales ocurridas en [la Corte SJN] cuya composición en la época de la presidencia del señor Menem ‘comprometía la independencia y estabilidad judicial’” (§ 27).

Aconseja S. García Ramírez “que es preciso entender –aunque a veces nos desconcierten– ciertos datos característicos de otras travesías, que en ellas asumen la mayor importancia y que para nosotros resultan todavía lejanos, e incluso muy inquietantes y riesgosos --desde nuestra propia perspectiva–, como ocurre con el margen de apreciación del sistema europeo”⁵³.

⁵⁰ “No se puede legítimamente esperar que un tratado de derechos humanos se ‘adapte’ a las condiciones prevalecientes al interior de cada país, por cuanto debe, *a contrario sensu*, tener el efecto de perfeccionar las condiciones de ejercicio de los derechos por él protegidos en el ámbito del derecho interno de los Estados Partes” (Corte IDH, *Caballero Delgado y Santana vs. Colombia*, rep. y costas, 29.01.1997, Serie C Nº 31, voto Cançado Trindade, § 5). El margen de apreciación “no puede, en ningún caso, entenderse como una autorización para que los órganos del Estado interpreten libremente las disposiciones de la Convención, o como una autorización para interpretar la Convención de modo que tenga efectos diferentes en los distintos Estados” (FAÚNDEZ LEDESMA, H., *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procesales*, IIDH, 3^a ed., 2004, pp. 63 y 64).

⁵¹ *Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica*, excep., fondo, rep. y costas, 28.11.2012, Serie C Nº 257, § 239. Bien podría entenderse, además, que el § 316 entraña el desapego de San José a la doctrina del margen de apreciación.

⁵² *Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el siglo XXI*, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2006, p. 388.

⁵³ “El futuro del sistema interamericano de los derechos humanos”, documento de trabajo Nº 3, The Center for Civil & Human Rights, U. de Notre Dame, 2014, p. 5. “[L]os sistemas europeos y latinoamericanos difieren en ese aspecto [margen de apreciación], por su evolución histórica, razones culturales, políticas, idiosincrasia de sus pueblos, comunidades y naciones, etcétera” (PALACIO DE CAEIRO, S. B., “El cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, 2017, AR/DOC/498/2017, p. 16). “La doctrina de la ‘cuarta instancia’ debe distinguirse de la del ‘margen de apreciación’ [...] que no ha sido recogida por el Sistema Interamericano” (GONZÁLEZ MORALES, F., cit. n. 23, p. 50, nota 26).

1.2.3. El art. 63.1, CAmericana

A. *Min./Fontevecchia* sostiene que el requerimiento al Estado de dejar sin efecto una sentencia nacional es un “mecanismo restitutivo que no se encuentra previsto por el texto convencional” (§ 12); “el tenor literal de la norma [CAmericana, art. 63.1] no contempla la posibilidad de que la Corte Interamericana disponga que se deje sin efecto una sentencia dictada en sede nacional” (§ 13)⁵⁴. Esta hermenéutica, por más que se cite a la CViena DT (§ 12), no se ajusta a ese instrumento (esp. al art. 31), menos aún a la especificidad de los tratados de derechos humanos, cuyo “objeto y fin” son, en definitiva, la protección y realización de los derechos humanos⁵⁵. La mención del “tenor literal” (§ 13), del “análisis textual” (§ 12), más bien parece indicar que lo pretendido por la Corte SJN es que la medida que cuestiona se encuentre mencionada *expressis verbis* en la CAmericana. La Escuela de la Exégesis del siglo XIX y el Decano Aubry, agradecidos. No se comprende, sin embargo, por qué la Corte SJN cumplió la manda de publicar el fallo *Fontevecchia y D'Amico*, cuando tampoco es arbitrio mentado en el art. 63.1 cit. (§ 4).

B. Pero continuemos. El precepto citado, en primer lugar, “refleja una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del derecho internacional contemporáneo sobre la responsabilidad de los Estados. Al producirse un hecho ilícito imputable a un Estado surge de inmediato la responsabilidad internacional de éste por la violación de una norma internacional, con el consecuente deber de reparación y de hacer cesar las consecuencias de la violación [...]. Las reparaciones, como el término lo indica, consiste en las medidas que tienden a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas. Su naturaleza y su monto dependen del daño ocasionado en los planos tanto material como moral”⁵⁶. “La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (*restitutio in integrum*), que consiste en el restablecimiento de la situación anterior. De no ser esto factible, como ocurre en la mayoría de los casos de violaciones a derechos humanos, el Tribunal determinará medidas para garantizar los derechos conculcados, reparar las consecuencias que las infracciones produjeron y establecer

⁵⁴ Para el *v. c.*, *vid. supra* n. 21.

⁵⁵ *Vid. GIALDINO, R. E., Derecho Internacional...,* cit. n. 49, pp. 397 y ss.

⁵⁶ Corte IDH, *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala*, rep. y costas, 26.05.2001, Serie C Nº 77, §§ 62/63, citas omitidas.

una indemnización que compense los daños ocasionados. Por tanto, la Corte ha considerado la necesidad de otorgar diversas medidas de reparación, a fin de resarcir los daños de manera integral, por lo que además de las compensaciones pecuniarias, las medidas de restitución, satisfacción y garantías de no repetición tienen especial relevancia por los daños ocasionados”⁵⁷.

C. Más allá de los términos que emplea la Corte IDH⁵⁸, la jurisprudencia que acabamos de señalar se adecua cumplidamente al art. 63.1, CAmericana, el cual concede a la primera un amplio poder en materia de reparaciones⁵⁹, un “dilatado campo”⁶⁰, un poder formal más extenso que el concedido a cualquier otro órgano⁶¹, al prescribir, en “generoso texto”⁶², que, de haber comprobado una violación de un derecho o libertad: a. dispondrá que se *garantice* al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados y, asimismo, si ello fuera procedente, b. (i) que se *reparen* las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y (ii) el pago de una justa indemnización a la parte lesionada. El art. 63.1, por ende, “agrega a las indemnizaciones otras medidas de reparación resultantes del deber de garantizar el goce de los derechos conculcados”, diferenciándose del correspondiente art. 50 (actual art. 41), CEuropea, por un lado, en que “no hace remisión al derecho interno, facultando así a la Corte Interamericana proceder a la fijación de las medidas de reparación con base –autónomamente– en la propia Convención Americana y en los principios

⁵⁷ Corte IDH, *Atala Ríffo e hijas vs. Chile*, fondo, rep. y costas, 24.02.2012, Serie C Nº 239, § 241; asimismo *Caso del Penal Miguel Castro vs. Perú*, fondo, rep. y costas, 25.11.2006, Serie C Nº 160, § 415, entre muchos otros.

⁵⁸ En todo caso, advirtamos que reparación “es el término genérico que comprende las diferentes formas como un Estado puede hacer frente a la responsabilidad internacional en que ha incurrido” (Corte IDH, *Blake*, cit. n. 8, § 31).

⁵⁹ CASSEL, D., “The Expanding Scope and Impact of Reparations Awarded by The Inter-American Court of Human Rights”, en *Out of the Ashes. Reparation for Victims of Gross and Systematic Violations* (K. De Feyter *et al.*, eds.), Antwerpen/Oxford, Intersentia, 2005, p. 191.

⁶⁰ ZLATA DE CLÉMENT, D., “Claroscuros del aporte de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos al desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos”, <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00531616/document>, 2010, p. 2198 (rec. 28.02.2017).

⁶¹ PASQUALUCCI, J. M., *The Practice and Procedure of the Inter-American Court of Human Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p. 233.

⁶² AGUIAR, A. A., “La responsabilidad internacional del Estado por violación de Derechos Humanos (Apreciaciones sobre el Pacto de San José)”, en *Estudios Básicos de Derechos Humanos I*, San José, IIDH, 1994, p. 144. Y añade: “[e]l artículo 63.1 felizmente acusa una construcción normativa suficientemente amplia como para dar cabida a todo intento de progresividad jurisprudencial” (p. 145).

generales del Derecho Internacional aplicables” y, por el otro, en que “no se limita a disponer sobre ‘satisfacción equitativa’ (*just satisfaction/satisfaction équitable*); la Convención Americana va más allá, al disponer tanto sobre ‘justa indemnización’ como medida de reparación, como, asimismo, sobre el deber de garantizar el goce de los derechos protegidos”⁶³.

D. Lo antedicho vuelve de imperioso recordatorio el renombrado precedente de la Corte Permanente de Justicia Internacional, *Factory at Chorzów (Jurisdiction) (Germany v. Poland)*, de 1927: “es un principio de derecho internacional que la violación de un compromiso entraña la obligación de reparar de manera adecuada. La reparación, por consiguiente, es el complemento indispensable de la falta de aplicar una convención, sin que sea necesario que ello esté previsto en la convención misma”⁶⁴. De entidad no menor resulta apuntar que, en la sentencia de fondo que dictó la Corte Permanente en esa controversia, por un lado, reiteró los anteriores conceptos y el enunciado de dicho “principio de derecho internacional”, calificando a este último como una “concepción general del derecho” (*general conception of law / conception générale du droit*). Y, por el otro, juzgó que el principio esencial que deriva de la noción misma de acto ilícito, y que se desprende de la práctica internacional, “es que la reparación [*reparation/reparation*] debe, de ser posible, borrar [*wipe out/effacer*] todas las consecuencias de dicho acto y restablecer la situación que verosímilmente habría existido si éste no hubiera sido cometido”⁶⁵. Dejemos constancia, a cualquier evento, que no sólo la Corte IDH ha seguido a la letra estos precedentes⁶⁶, también lo han hecho la Corte Internacional de Justicia⁶⁷ y la Corte EDH⁶⁸.

E. Por consiguiente, al haber considerado la Corte IDH a la reparación “principio de derecho internacional”, “concepción general de derecho”, siguiendo la

⁶³ Corte IDH: *Caballero Delgado y Santana*, cit. n. 50, voto Cançado Trindade, §§ 2 y 12; asimismo: § 20; *Vélásquez Rodríguez vs. Honduras*, rep. y costas, 21.07.1989, Serie C N° 7, §§ 30/31. Del “rico mandato” del art. 63.1, CAmericana, “carecen el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Africana de Derechos del Hombre y de los Pueblos” (ZLATA DE CLÉMENT, D., “Claroscuros…”, cit. n. 60, p. 2198).

⁶⁴ 26.07.1927, Serie A, N° 9, p. 21.

⁶⁵ *Factory at Chorzów*, fondo, 13.09.1928, Serie A, N° 17, ps. 29 y 47.

⁶⁶ *Vid.*, entre otros: *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, fondo, rep. y costas, 31.08.2001, Serie C N° 79, § 163; *Blake*, cit. n. 8, § 33.

⁶⁷ *V. gr. LaGrand (Germany v. United States of America)*, 27.06.2001, Reports 2001, p. 485, § 48; *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, 31.03.2004, Reports 2004, §§ 34 y 119.

⁶⁸ Gran Sala, *Chypre c. Turquie*, rep., 12.05.2014, § 41.

doctrina *Chorzów*, enseña D. Zlata de Clément, la primera “hace presente que la obligación de reparar no sólo surge de la norma convencional, sino también de norma consuetudinaria y principio general de derecho, lo que le permite dar al art. 63.1 una amplia apertura interpretativa, que trasciende el significado literal de sus términos”⁶⁹. Más que sorprendente, entonces, resulta la desmemoria de la Corte SJN en *Min./Fontevecchia*, por cuanto, en *Álvarez c. Cencosud S.A.*, había hecho suyo, transcribiéndolo, el párrafo del fallo de mérito de *Chorzów* que acabamos de destacar (““[e]l principio esencial...””)⁷⁰.

F. Disponer que el Estado deje sin efecto una sentencia local violatoria de la CAmericana, pues, calza a la perfección como una forma de *garantizar* al lesionado en el goce del derecho o libertad que conculcó dicha sentencia. También como una forma de *reparar* las consecuencias de esta última. Abunda la doctrina al respecto⁷¹. La medida, además, establece una exacta “equivalencia de la reparación con el perjuicio”⁷².

G. Robustecen esta posición, a su turno, los Principios y Directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, los cuales, tras un proceso de elaboración que insumió 16 años, fueron aprobados por la Asamblea General, ONU (en adelante Principios y Directrices básicos)⁷³. En efecto, este relevante instrumento pone en cabeza de los Estados dispensar reparaciones a las víctimas de violaciones de normas del derecho internacional de los derechos humanos (y del derecho internacional humanitario), las cuales pueden asumir las formas de restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de

⁶⁹ “Las reparaciones en el derecho internacional de los derechos humanos”, <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/las-rep.-en-el-derecho-internacional-de>, p. 2 (rec. 28.02.2017).

⁷⁰ 7.12.2010, § 8.

⁷¹ El alcance del poder de la Corte IDH para ordenar al Estado que tome medidas para remediar una violación es lo suficientemente amplio como para permitirle requerir a este último la adopción, modificación o derogación de leyes o sentencias nacionales (PASQUALUCCI, J. M., cit. n. 61, p. 245; asimismo: ps. 250/251 y 338). Las medidas restitutorias podrían contemplar “que el Estado responsable modifique un acto legislativo o deje sin efecto una decisión judicial interna con autoridad de cosa juzgada, por considerarse ello necesario a la restitución de los derechos o libertades de la víctima consagrados en la [CAmericana]” (AGUIAR, A. A., cit. n. 62, p. 143).

⁷² *Vid. MONROY CABRA, M. G., Derecho Internacional Pùblico*, Bogotá, Temis, 5^a ed., 2002, p. 523.

⁷³ Resolución 60/147, A/RES/60/147. *Vid.* en general: GIALDINO R. E., “Derechos de las víctimas a acceder a la justicia, a reparaciones y a la verdad: Principios y Directrices básicos de las Naciones Unidas”, en prensa.

no repetición. Y resaltemos que la primera modalidad mencionada, restitución, la cual, a nuestro juicio, privilegian los Principios y Directrices básicos, consiste en “devolver a la víctima a la situación anterior a la violación” (ppio. 19)⁷⁴. Dos circunstancias se yuxtaponen en el marco de estos Principios y Directrices básicos. Primero, según reza su Preámbulo, “no entrañan nuevas obligaciones jurídicas internacionales o nacionales, sino que indican mecanismos, modalidades, procedimientos y métodos para el cumplimiento de las obligaciones jurídicas existentes conforme a las normas internacionales de derechos humanos y al derecho internacional humanitario [...]”. En suma, están destinados a reafirmar y recoger el derecho y la práctica existentes, no a hacer derecho nuevo⁷⁵. Segundo, se asientan, *inter alia*, en la jurisprudencia única e innovadora de la Corte IDH en la materia (en particular, las diferentes formas de reparación), la cual se constituyó entre 1998 y 2004, suscitando entre los comentaristas un interés que no ha cesado de crecer en el curso de los últimos tiempos⁷⁶. La Corte IDH, incluso, se ha afirmado en los Principios y Directrices básicos⁷⁷; también lo ha hecho la

⁷⁴ Sería materia de reflexión si, en el marco de los Principios y Directrices básicos, la orden de la Corte IDH en juego no podría constituir una medida de “satisfacción”, dado que, entre éstas, se encuentra una “decisión judicial que restablezca la dignidad, la reputación y los derechos de la víctima [...]” (ppio. 22.d). E. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA y A. TANZI señalan como satisfacción la declaración (*declaration*) judicial del carácter ilícito de un acto (“International State Responsibility”, en *International Law: Achievements and Prospects* [M. Bedjaoui, ed.], Dordrecht/Boston/Londres, Unesco – M. Nijhoff, 1991, § 83, p. 370).

⁷⁵ ROHT-ARRIAZA, N., “Reparations Decisions and Dilemmas”, en *Hastings International and Comparative Law Review*, 2004, Nº 27, ps. 162/163. La definición de restitución no es innovadora en manera alguna. SHELTON, D., “The United Nations Principles and Guidelines on Reparations: Context and Contents”, en *Out of the Ashes...*, cit. n. 59, pp. 19 –nota 29– y 22.

⁷⁶ Corte Internacional de Justicia, *Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo)*, rep., 19.06.2012, Recueil 2012, opinión separada Cançado Trindade, § 56; también: §§ 53 y 55. Asimismo: NEUMAN, G. L., “Bi-Level Remedies for Human Rights Violations”, en *Harvard International Law Journal*, 2014, vol. 55, Nº 2, p. 324.

⁷⁷ V. gr. *Osorio Rivera y familiares vs. Perú*, interpretación, 20.11.2014, Serie C Nº 290, § 26; *Rochac Hernández y otros vs. El Salvador*, fondo, rep. y costas, 14.10.2014, Serie C Nº 285, § 177; *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*, excep., fondo, rep. y costas, 28.08.2014, Serie C Nº 282, § 461; *Luna López vs. Honduras*, fondo, rep. y costas, 10.10.2013, Serie C Nº 269, § 234; *Pacheco Teruel y otros vs. Honduras*, ídem, 27.04.2012, Serie C Nº 241, § 92; *Salvador Chiriboga vs. Ecuador*, excep. y fondo, 6.05.2008, Serie C Nº 179, § 96; *Hermanos Landaeta Mejías y otros vs. Venezuela*, excep., fondo, rep. y costas, 27.08.2014, Serie C Nº 281, § 242.

Corte EDH⁷⁸, entre otras instituciones⁷⁹. Quien los ha olvidado es la Corte SJN en *Min./Fontevecchia*, no obstante que los había aplicado en *Carranza Latrubesse*, claro está que para fortalecer el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, al expresar nada menos que no era “casual” que el ppio. 14 comprendiera entre “[I]os recursos adecuados, efectivos y rápidos contra las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos [...] todos los procedimientos internacionales disponibles y apropiados a los que tenga derecho una persona [...]” (cit. n. 18, § 9).

H. Además, la Corte SJN bien pudo (*rectius*: debió) releer su sentencia *Álvarez c. Cencosud S.A.*: “[e]l objetivo primario de las reparaciones (*remedies*) en materia de derechos humanos, es preciso destacarlo, debería ser la *rectificación o restitución* en lugar de la compensación; esta última sólo proporciona a la víctima algo equivalente a lo que fue perdido, mientras que las primeras reponen precisamente lo que le fue sacado o quitado. El intercambio de violaciones de derechos humanos con dinero, además, entraña un conflicto con el carácter inalienable de aquéllos (aun cuando no puede ser descartado cuando la pérdida ha ocurrido y es irreparable)”⁸⁰. En todo caso, le correspondía memorar su propia doctrina: “[...] los tratados de derechos humanos [...] constituyen una serie de limitaciones a la soberanía de los Estados, por lo que se requiere adoptar una actitud amplia en materia de hermenéutica de las obligaciones estatales [...]”⁸¹.

I. En este orden de ideas, es más que apropiado que el criterio de la Corte IDH consista en que “la más efectiva forma de restitución viene en medidas

⁷⁸ *Al Nashiri v. Poland*, 24.07.2014, § 212. En el mismo marco de Estrasburgo, el juez Pinto de Albuquerque, en su voto concurrente, al que acompañó el juez Vučinić, hizo referencia al pcio. 6, en *Mocanu and Others v. Romania* (Gran Sala, 11.09.2014, § 7).

⁷⁹ V.gr. Asamblea General, OEA, AG/RES. 2231 (XXXVI-O/06), sobre personas desaparecidas y asistencia a sus familiares.

⁸⁰ Cit. n. 70, § 9, itálicas agregadas, c/cita de D. Shelton; asimismo: *Ledesma, Florencio c. Citrus Batalla S.A.*, 9.09.2014, § 6.

⁸¹ *Carranza Latrubesse*, cit. n. 18, § 14. En materia de derechos humanos no rige la tesis del Derecho Internacional clásico, según la cual, en caso de duda, debe prevalecer una lectura restrictiva de las obligaciones estatales (MATSCHER, F., “Les contraintes de l’interprétation juridictionnelle. Les méthodes d’interprétation de la Convention européenne”, en *L’interprétation de la Convention européenne des droits de l’homme* (Sudre, F., dir.), Bruselas, Nemesis – Bruylants, 1998, ps. 20/21 y la jurisprudencia de la Corte EDH que cita). Asimismo: COHEN-JONATHAN, G., “Conclusions générales. La protection des droits de l’homme et l’évolution du droit international”, en *La protection des droits de l’homme et l’évolution du droit international. Colloque de Strasbourg*, París, Pedone, 1998, p. 328.

de revisión judicial”⁸². En *Loayza Tamayo vs. Perú* ordenó que la víctima fuese liberada⁸³, al tiempo de establecer como nulo e inválido el proceso penal al que aquélla había sido sometida⁸⁴. A su vez, en *Castillo Petrucci y otros vs. Perú*, añadió que la legitimidad de una sentencia descansa en la legitimidad del proceso en su totalidad y que, por lo tanto, si el proceso tiene serios defectos, la sentencia debe ser anulada⁸⁵. Abundan, por cierto, decisiones como la de *Fontevecchia y D'Amico*, esto es, que ordenaron al Estado dejar sin efecto sentencias violatorias de la CAmericana⁸⁶. Es explícito *Fontevecchia y D'Amico* en el intitulado con el que abre, a partir del § 103, el capítulo que aquí examinamos: “1. *Medida de restitución 1.1. Dejar sin efecto la sentencia civil*”⁸⁷.

J. Viene en sazón, incluso, dirigir la mirada hacia los Artículos sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, adoptados por la Comisión de Derecho Internacional, ONU, después de largos años de estudio (en adelante Artículos CDI)⁸⁸. Esto es así, pues disponen: a. que el Estado responsable “está obligado a reparar íntegramente el perjuicio causado por el hecho internacionalmente ilícito” (art. 31.1), lo cual acusa el peso que ejercieron sobre

⁸² ROJAS BÁEZ, J. J., “La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de reparaciones y los criterios del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos”, en *American University International Law Review*, 2007, vol. 23, Nº 1, p. 100.

⁸³ Fondo, 17.09.1997, Serie C Nº 33, § 84.

⁸⁴ Rep. y costas, 27.11.1998, Serie C Nº 42, § 122.

⁸⁵ Fondo, rep. y costas, 30.05.1999, Serie C Nº 52, § 219. *Vid.* asimismo: *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, excep., fondo, rep. y costas, 26.09.2006, Serie C Nº 154, § 147, entre otros.

⁸⁶ *V. gr. Kimel vs. Argentina*, fondo, rep. y costas, 2.05.2008, Serie C Nº 177, § 123 y punto resolutivo 7; *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, excep., fondo, rep. y costas, 2.07.2004, Serie C Nº 107, § 195 y punto resolutivo 4; *Tristán Donoso vs. Panamá*, ídem, 27.01.2009, Serie C Nº 193, § 195 y punto resolutivo 14; *Almonacid Arellano y otros*, cit. n. anterior, §§ 147/147 y punto resolutivo 2.

⁸⁷ “Más reparadora aún, porque en lo sustancial avanza sobre los efectos de la cosa juzgada, es la medida de la [Corte IDH] que obliga al Estado a dejar sin efecto un proceso, poner en libertad a las víctimas y cancelar los antecedentes del registro de reincidencia, tal como ocurrió en el caso ‘Kimel’” (KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., “Las medidas de reparación en las sentencias en las que la Argentina resultó condenada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Jurisprudencia Argentina. Número especial. Derecho Internacional de los Derechos Humanos* [R. E. Gialdino, coord.], JA 2013-I, fasc. Nº 10, p. 84).

⁸⁸ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, quincuagésimo sexto período de sesiones, Suplemento Nº 10* y correcciones (A/56/10 y Corr. 1 y 2). La Asamblea General, ONU, en su resolución 68/104 (16.12.2013) reconoce que hay cada vez más decisiones de cortes, tribunales y otros órganos internacionales que refieren a los artículos CDI.

esta norma las dos sentencias pronunciadas en *Chorzów (supra D)*⁸⁹; y b. que el perjuicio “comprende todo daño, tanto material como moral, causado por el hecho internacionalmente ilícito del Estado” (art. 31.2). Prevén, asimismo, como forma de reparación, la restitución (“restablecer la situación que existía antes de la comisión del hecho ilícito”), y sólo cuando ésta sea “materialmente imposible” o entrañe una carga “totalmente desproporcionada”, remiten a la indemnización y a la satisfacción (arts. 35/37)⁹⁰. Dicha restitución puede tomar la forma, entre otras, de revocación de determinado acto jurídico, *v. gr.*, la anulación o reconsideración de una medida administrativa o judicial adoptada ilegalmente con respecto a la persona o propiedad de una persona⁹¹. Además, en clave de los artículos CDI, podría pensarse en que la condena *sub examine* se vincula con la obligación de cesación del art. 30: “[e]l Estado responsable del hecho internacionalmente ilícito está obligado: a) A ponerle fin, si ese hecho continúa [...].” Por cierto, este deber está encarado desde una perspectiva que difiere de la seguida por los Principios y Directrices básicos⁹². Con todo, la cesación suele encontrarse estrechamente

⁸⁹ *Vid.* Comisión de Derecho Internacional, “Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries 2001”, *Yearbook of the International Law Commission 2001*, vol. II, parte 2, p. 91.

⁹⁰ La Segunda Parte de los Artículos CDI, no la Primera Parte, ataúe sólo a las obligaciones del Estado responsable con relación a otro Estado, a varios Estados o a la comunidad internacional en su conjunto (art. 33.1). Mas esto es así “[...] sin perjuicio de cualquier derecho que la responsabilidad internacional del Estado pueda generar directamente en beneficio de una persona o de una entidad distinta de un Estado” (*íd*em, inc. 2º). *Vid.* GIALDINO, R. E., “Derechos de las víctimas...”, cit. n. 73.

⁹¹ “Restitution may take the form of material restoration or return of territory, persons or property, or the reversal of some juridical act, or some combination of them” (Comisión de Derecho Internacional, “Draft Articles...”, cit. n. 89, p. 97, § 5).

⁹² En cuanto a las obligaciones del Estado responsable de un hecho internacionalmente ilícito, los Artículos CDI distinguen, por un lado, la de ponerle fin, si ese hecho continúa (cesación) y, por el otro, la de “reparar” íntegramente el perjuicio causado por el mencionado hecho (art. 31). Por lo contrario, los Principios y Directrices básicos consideran los dos primeros elementos como integrantes de la reparación (pcios. 18, 22.a, 23). La separación entre el cese y la reparación, que exhiben los Artículos CDI, representa un cambio de enfoques más tempranos, que pensaron que ambas medidas eran formas de reparación conocidas como satisfacción. Ahora, sin embargo, la cesación es entendida como inherente a la *rule of law* de las obligaciones del Estado responsable, independiente de la noción de reparación (ANTKOWIAK, T. M., “Remedial Approaches to Human Rights Violations: The Inter-American Court of Human Rights and Beyond”, en *Columbia Journal of Transnational Law*, 2008, Nº 46, p. 360, *c/cita de* D. Shelton). En sentido análogo: VAN BOVEN, T., “Victims’ Rights to a Remedy and Reparation: the New United Nations Principles and Guidelines”, en *Reparations for Victims of Genocide, War Crimes and Crimes against Humanity* (C. Ferstman; M. Goetz, y A. Stephens, eds.), Leiden, M. Nijhoff, 2009, ps. 24/25 y 38. Incluir la cesación dentro de la noción de reparación parecería implicar que, en ausencia de víctima, no existiría la primera obligación (SHELTON, D., “The United Nations Principles...”, cit. n. 75, p. 22). La dicho en torno de la cesación es extensible a la

ligada a la reparación y, en particular, a la restitución, a punto tal que el resultado de la primera es, a veces, imposible de distinguir de la restitución, p. ej., en el caso en que esta última implica la liberación de una persona detenida arbitrariamente. Empero, conviene distinguirlas, puesto que la cesación, contrariamente a la restitución, no está sometida a las limitaciones impuestas por el criterio de proporcionalidad, del art. 35.b, Artículos CDI⁹³. La primacía de la restitución, eso sí, no entraña la exclusividad: si la restitución no puede –o no del todo– reparar el daño infligido, las otras formas de reparación pueden emplearse complementariamente (*vid. Artículos CDI, art. 34*).

K. Acotemos, asimismo, que pretender “confirmar” la antojadiza hermenéutica que formula *Min./Fontevecchia* del art. 63.1, en que “este mecanismo restitutivo no fue siquiera considerado en los trabajos preparatorios de la Convención Americana” (§ 14), carece del menor sostén pues, al margen de las críticas que pueden dirigírsele con arreglo a la CViena DT, sobre los medios de interpretación complementarios (art. 32), lo determinante es que probaría en exceso: la rehabilitación, la satisfacción y las garantías de no repetición, en rigor, tampoco fueron mencionadas. Si tanto le interesaban los *travaux préparatoires*, la Corte SJN debió haber observado que: 1. el “Anteproyecto”, CAmericana, preparado por la Comisión IDH, que el Consejo, OEA, adoptó “con el carácter de documento de trabajo para la Conferencia Especializada Interamericana”, preveía: “[c]uando reconozca que hubo violación de un derecho o libertad protegido en esta Convención, la Corte tendrá competencia para determinar el monto de la indemnización debida a la parte lesionada” (art. 52.1), y 2. que, sucesivamente, fueron propuestos nuevos textos por la República Dominicana (art. 52.1), por Guatemala (art. 39) y por la Comisión II (art. 64), marcando un itinerario que, visto su punto de llegada (art. 63.1, CAmericana), no hizo más que ir ampliando y reforzando la materia de reparaciones del resorte de San José, quizás resumido en las palabras finales del Presidente, Conferencia Especializada Interamericana: “[e]l documento que hoy firmamos consagra no sólo los derechos fundamentales de la

seguridades y garantías adecuadas de no repetición (Artículos CDI, art. 30.b). “La obligación de *cesar en la comisión del ilícito* –al igual que la *garantía de no repetición* – no es *per se* una forma de ‘reparación’, ya que la obligación de no violar las normas internacionales de derechos humanos está ínsita en el sistema regulatorio y la obligación de observarlo. Ello, no cesa nunca” (DRNAS DE CLÉMENT, Z., “Las reparaciones...”, cit. n. 69, p. 9, la bastardilla reemplaza la negrita del original).

⁹³ Comisión de Derecho Internacional, “Draft Articles...”, cit. n. 89, pp. 89 y 98. Asimismo: SHAW, M.N., *International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 5^a ed., 2004, p. 717.

persona humana, *sino también garantías eficientes y satisfactorias para la conservación de esos derechos y medios prácticos para reclamar cualquier violación contra los mismos, para su restablecimiento y justa reparación al ofendido, en caso necesario*⁹⁴.

L. En el presente contexto, por cuanto, para *Min./Fontevecchia*, la Corte EDH ha “abrazad[o] enfáticamente” las doctrinas de la “cuarta instancia” y del “margen de apreciación nacional” (§ 10), se torna imprescindible para mientes en que no por las diferencias que hemos apuntado en la comparación entre la CAmericana (art. 63.1) y la CEuropea (art. 41, anterior art. 50; *vid. supra* C), Estrasburgo se ha visto impedido de afirmar, tras señalar la obligación jurídica de los Estados a cumplir con las sentencias de aquélla en los litigios en que son parte (CEuropea, art. 46, anterior art. 53), que cuando sus pronunciamiento comprueban una violación de la Convención dichos Estados tienen el deber de poner término a la violación y borrar sus consecuencias, de manera de restablecer, en la medida de lo posible, la situación anterior a aquélla. El citado art. 41 debe ser leído a la luz de la norma general, art. 46 (anterior art. 53), que impone la obligación de la *restitutio in integrum* cuando la justa satisfacción no asegurara esta última reparación, caso en el cual se imponen medidas individuales no pecuniarias de tipo casatorio⁹⁵. Y dejemos registro, con cita de *Papamichalopoulos et autres c. Grèce*, que si bien los Estados tienen un poder de apreciación para elegir los medios para conformarse a las sentencias de condena, si la naturaleza de la violación permite dicha *restitutio in integrum*, les corresponde realizarla y, por lo contrario, si el derecho nacional no lo permite, o lo hace imperfectamente, el art. 50 (actual art. 41), CEuropea, habilita a la Corte EDH, de proceder, a dar a la parte lesionada “la satisfacción que juzgue apropiada”⁹⁶. También son de traer a colación las causas en que Estrasburgo condenó a un Estado a liberar a una persona arbitrariamente

⁹⁴ *Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica 7-22 de noviembre de 1969, Actas y Documentos*, OEA/Ser.K/XVI/1.2, pp. 12 y 31, 84, 119, 392 y 468, respectivamente, itálicas agregadas.

⁹⁵ LAMBERT, E., “La pratique...”, cit. n. 17, p. 223. El término casatorio implica una rectificación (supresión, modificación) y, por lo tanto, la inaplicabilidad de una medida interna (ídem, p. 201, nota 7).

⁹⁶ Sala, 31.10.1995, § 34. En el caso, Estrasburgo impuso al Estado, entre otras reparaciones, la devolución a los actores de los terrenos litigiosos (punto resolutivo 2). Esa restitución –sostuvo– es lo que emplazaría a los demandantes, de la mejor manera posible, en una situación equivalente a la que se encontraban si no se hubieran incumplido las exigencias del art. 1, Protocolo 1, CEuropea (§ 38). Asimismo, entre otros: Gran Sala, *Iatridis c. Grèce*, rep., 19.10.2000, §§ 32/33.

detenida⁹⁷, o a la reapertura de procedimientos judiciales, tanto en cuestiones penales⁹⁸, cuanto en patrimoniales⁹⁹.

M. Pero hay más, mucho más, proveniente de un ángulo que *Min./Fonte-vecchia* no debió haber ignorado bajo ningún concepto si deseaba hollar, como lo hizo, el terreno europeo, por cuanto ello le habría dado la oportunidad de conocer una relevante diferencia que lo separa del Sistema Interamericano y, por ende, de comprender un motivo más de por qué este último, necesariamente, habilita y requiere de la Corte IDH, en su caso, el dictado de condenas como la de *Fontevecchia y D'Amico*. Aludimos a la función del Comité de Ministros (en adelante CMinistros), Consejo de Europa, encargado de velar, desde siempre, por la ejecución de las sentencias de Estrasburgo (CEuropea, art. 46.2), el cual, así como impulsa y comprueba la corrección de ese proceso, participa en la “concreción” de los fallos en el orden interno, en el pasaje del “deber ser” al “ser”¹⁰⁰. En efecto, cuando el CMinistros recibe una sentencia a los fines del mentado art. 46.2, en la cual la Corte EDH decidió que se había configurado una violación de la CEuropea (o de sus protocolos) y/o concedió a la víctima una justa satisfacción (ídem, art. 41), invita al Estado interesado a que le informe sobre las medidas que hubiese adoptado, o se proponga adoptar, conforme su obligación de acatar las sentencias definitivas del tribunal en los litigios en que sea parte (ídem, art. 46.1). Y, al supervisar esta ejecución, considerará, por cierto, si fue pagada, de haber sido dispuesta, la justa satisfacción. Pero, acentuémoslo con vigor, también examinará, en su caso y habida cuenta del margen de discreción del Estado para escoger los medios destinados a cumplir con la sentencia, si aquél adoptó las “medidas individuales” necesarias para la cesación de la violación y para poner a la parte perjudicada, en la medida de lo posible, en la misma situación en que se hallaba antes de dicha violación. Sólo después de tener por comprobada la toma de todas las medidas necesarias para acatar la sentencia, el CMinistros entenderá concluidas sus funciones¹⁰¹. Así ocurrió, *v. gr.*, en *Perinçek c. Suisse*, análogo en

⁹⁷ Gran Sala, *Assanidzé c. Géorgie*, 8.04.2004, §§ 202/203, y punto dispositivo 4.

⁹⁸ Gran Sala, *Salduz v. Turkey*, 27.11.2008, § 72.

⁹⁹ *Lungoci c. Roumanie*, 26.01.2006, punto resolutivo 3, a (también impuso el pago de una suma de dinero) y § 56.

¹⁰⁰ LAMBERT, E., “La pratique …”, cit. n. 17, ps. 209/210.

¹⁰¹ Rules of the Committee of Ministers for the supervision of the execution of judgments and of the terms of friendly settlements, reglas 6.1 y 2, y 17. La regla 6.2.b.i cita la Recomendación No. R (2000) 2 que veremos seguidamente en el texto. La sentencia dictada contra un determinado Estado por la Corte EDH

los méritos a *Fontevecchia y D'Amico* (*supra* 1.2.2, D), cuando le fue comunicado que el Tribunal Federal suizo, en seguimiento del fallo, Corte EDH, declaró nula la condena que había dictado¹⁰². Valga reiterar que dicho fallo se limitó a resolver que el Estado, al condenar al actor, había violado el art. 10, CEuropea (*ídem*).

Parece, entonces, “irrealista” en nuestros días querer sostener que la única obligación derivada de una sentencia, Corte EDH, consiste en el pago de la justa satisfacción¹⁰³. Destaquemos, pues, la ya indicada Recomendación No. R (2000) 2 del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre el reexamen o reapertura de determinados casos a nivel interno, como consecuencia de sentencias de la Corte Europea de Derechos Humanos¹⁰⁴. En ésta, es recordado que la práctica, CMinistros, en la supervisión de la ejecución de las sentencias, Corte EDH, acredita que, en circunstancias excepcionales, el reexamen de un caso o la reapertura del procedimiento han demostrado ser el medio más eficiente, “si no el único”, de lograr la *restitutio in integrum*. Luego, después de invitar a los Estados Parte a asegurarse de que existan en sus órdenes internos adecuadas posibilidades de realizar, en la medida de lo posible, dicha *restitutio*, los alentó, especialmente, a garantizar las posibilidades adecuadas de reexaminar el caso, incluida la reapertura de los procedimientos, en los supuestos en que la Corte EDH hubiese comprobado una violación de la CEuropea, y (a) la parte perjudicada continuara sufriendo graves consecuencias negativas debido al resultado de la decisión interna en litigio que no se remediaran adecuadamente por la justa satisfacción y no pudieran ser rectificadas salvo mediante un nuevo examen o reapertura, y (b) la sentencia de la Corte EDH condujera, *inter alia*, a la conclusión de que la decisión nacional impugnada resulta, en sus méritos, contraria a la CEuropea (arts. I y II). El Memorando Explicativo que integra la Recomendación, tras mencionar la doctrina de *Papamichalopoulos* (*supra* L), pone de manifiesto que el propósito de aquélla

tiene que ser ejecutada en ese Estado. Esto es una obligación que resulta del art. 46.1, CEuropea. Para el Estado demandado, la sentencia es “cosa juzgada”. Todos los órganos de ese Estado, incluidos los tribunales, están obligados por la sentencia (LEMMENS, P. [juez, Corte EDH], en “Subsidiarity: A Two-Sided Coin? Dialogue Between Judges”, Corte EDH, Estrasburgo, 2015, p. 40).

¹⁰² Resolution CM/ResDH(2016)326, *Perinçek against Switzerland*, 9.11.2016. *Vid.* asimismo la información elevada por Suiza: Communication de la Suisse concernant l'affaire Perinçek contre Suisse (Requête Nº 27510/08), DH-DD(2016)1066, 29.09.2016, § 3.

¹⁰³ LAMBERT, E., “La pratique...”, cit. n. 17, p. 222.

¹⁰⁴ Recommendation Nº R (2000) 2 of the Committee of Ministers to member states on the re-examination or reopening of certain cases at domestic level following judgements of the European Court of Human Rights, 19.01.2000.

es identificar las situaciones excepcionales en las cuales los objetivos de garantizar los derechos del individuo y la aplicación efectiva de las sentencias, Corte EDH, “prevalecen [*prevail / l'emporte*] sobre los principios que fundamentan la doctrina de la *res judicata*, en particular el de seguridad jurídica [*legal certainty/ sécurité juridique*], no obstante la indudable importancia de estos principios”¹⁰⁵.

Dejemos esclarecidos, además, tres aspectos. Primero, el mencionado margen de discreción de los Estados para elegir los medios destinados a acatar el fallo, Corte EDH, “va de la mano” con el control del CMinistros¹⁰⁶. Segundo, la jurisprudencia de Estrasburgo ha venido evolucionando, como lo hemos adelantado renglones antes, en el sentido de señalar, en un creciente número de casos, cuáles serían las medidas reparadoras individuales que los Estados vencidos en un litigio deberían tomar¹⁰⁷. Y, tercero, el régimen de la CEuropea, mediante las reformas introducidas por el Protocolo 14 (2004) en punto a la ejecución de las sentencias, Corte EDH, se basó en que dicha ejecución es “una parte integrante del sistema” y en que la “autoridad de la Corte y la credibilidad del sistema dependen ampliamente, ambas, de la eficacia de ese proceso de ejecución”¹⁰⁸. De consiguiente, habilitó al CMinistros, por un lado, a requerir a la Corte EDH un pronunciamiento cuando considere que la ejecución se ve entorpecida por una dificultad en la interpretación de la sentencia y, por el otro, a plantearle lo que estima una inobservancia del Estado a conformarse a la sentencia en juego (CEuropea, art. 46.3 y 4). En suma, si algo se persiguió con esta reforma, fue el fortalecimiento del régimen de supervisión de una obligación estatal ya vigente¹⁰⁹.

¹⁰⁵ § 10. El Memorando también advierte que: a. “reexamen” se emplea como término general, siendo la “reapertura del procedimiento” una especie (§ 5); se dirige principalmente (pero no exclusivamente) a los procesos jurisdiccionales, ya que es en ese terreno en el que el derecho interno puede plantear los obstáculos más importantes (§ 6); es de aplicación en materia penal y no penal (§ 10); que un número creciente de Estados ya ha adoptado normas especiales en la materia, mientras que en otros las soluciones han sido desarrolladas por los tribunales nacionales y otras autoridades, con base en el derecho existente (§ 3). *Vid.* asimismo: *Supervision of the execution of judgments of the European Court of Human Rights: procedure and working methods for the Committee of Ministers' Human Rights meetings*, 30.03.2016, regla 6.2, c/cita de la Recomendación No. R (2000) 2.

¹⁰⁶ *Supervision of the Execution of Judgments and Decisions of the European Court of Human Rights. 9th Annual Report of the Committee of Ministers – 2015*, C. de Europa, 2016, p. 248, § 16.

¹⁰⁷ Ídem, p. 252, § 36.

¹⁰⁸ *Rapport explicatif du Protocole N° 14*, cit. n. 17, § 16.

¹⁰⁹ *Vid.* GIALDINO, R. E., “Las nuevas reformas a la Convención Europea de Derechos Humanos”, en *La Ley*, 2011-C, III, 1.

N. Por lo contrario, y lo pasa de largo *Min./Fontevecchia*, en el cuadro de la CAmericana no se previó órgano alguno análogo al CMinistros. Todo el peso y la imperiosa necesidad de “concretar” las reparaciones, y la ingente labor de supervisar su cumplimiento, recayó y recae sobre las espaldas de la Corte IDH, que no dará por concluida una causa mientras el Estado no haya dado cabal satisfacción a lo dispuesto en las decisiones de aquélla¹¹⁰.

2. La aptitud de la Corte SJN para dar cumplimiento a la condena

A. “[D]esar 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”, derivados del art. 27, CN (§ 16), entre los cuales se encuentra, “sin duda alguna, el carácter de esta Corte como órgano supremo y cabeza del Poder Judicial, conforme surge del art. 108 [CN]” (§ 17; *v. c.* § 6). Luego, “[r]evocar la sentencia firme dictada por este Tribunal implica [...] sustituirlo por un tribunal internacional, en clara transgresión a los arts. 27 y 108 [CN]” (§ 17, itálica agregada)¹¹¹. Y continúa: “[e]sta comprensión del art. 27, lejos de haber sido alterada por la reforma de 1994, ha sido reafirmada con ella. Así lo ha entendido el constituyente argentino cuando al otorgar jerarquía constitucional a la [CAmericana] –entre otros tratados internacionales sobre derechos humanos– ha establecido expresamente que sus

¹¹⁰ *Vid.* Corte IDH: *Baena*, cit. n. 5; Reglamento, art. 69.

¹¹¹ Las normas, CN, citadas, prescriben: “[e]l Gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución” (art. 27); “[e]l Poder Judicial de la Nación será ejercido por una Corte Suprema de Justicia, y por los demás tribunales inferiores que el Congreso estableciere en el territorio de la Nación” (art. 108). Mas, tal como lo juzgó la Corte Constitucional de Colombia, “los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos en manera alguna desconocen la Constitución o vulneran la soberanía colombiana; por el contrario, son una proyección en el campo internacional de los mismos principios y valores defendidos por la Constitución” (*Sentencia C-251*, 28.05.1997, § 24). “Un punto relevante en el desempeño de esta tutela internacional es el cumplimiento de las resoluciones de la Corte Interamericana, que ciertamente no es facultativo, sino imperativo para los Estados que han admitido la jurisdicción contenciosa de aquélla. Lo es, con sustento en la voluntad soberana de quienes ratifican la Convención Americana y reconocen la jurisdicción de la Corte, y como expresión natural de esa voluntad. Este hecho desvanece la antigua antinomia entre soberanía y jurisdicción internacional y contribuye a poner en evidencia que la tutela nacional de los derechos humanos prosigue a través de la tutela internacional, complementaria de aquélla: ambas pendientes de una sola convicción y un mismo designio protector del ser humano” (GARCÍA RAMÍREZ, S., “Prólogo”, en *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un cuarto de siglo: 1979-2004*, San José, Corte IDH, 2005, p. vi).

normas ‘no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución’, reafirmando la plena vigencia de los principios de derecho público establecidos en la norma fundamental como valladar infranqueable para los tratados internacionales (doctrina de Fallos: 317:1282)” (asimismo: *v. c.* § 5).

B. Pero ¿qué nos dice lo precedentemente transcripto de interés para la cuestión en juego? Por un lado, demasiado (2.1), por el otro, poco o nada (2.1).

2.1. *La demasía*

El pasaje en estudio prueba demasiado, toda vez que, si entre los “principios fundamentales del derecho público argentino” se hallara que la Corte SJN, por ser órgano supremo del Poder Judicial, estaría impedida de observar la condena *sub examine*, y si “supremo” significara lo que no tiene superior en su línea, deberíamos concluir en que, por ser no menos “supremos” en la esfera de sus respectivas atribuciones, igual obstáculo recae sobre el Congreso de la Nación (“investido del Poder Legislativo de la Nación”, CN, art. 44) y el Poder Ejecutivo de la Nación (ídem, arts. 87 y 99.1: el Presidente de la Nación “[e]s el jefe supremo de la Nación [...]”), frente a sentencias, Corte IDH, cuya ejecución requiriera actividades que les sean propias, p. ej., modificar la legislación, o aquellas de las que da cuenta el varias veces citado decreto 99/2006.

2.2. *La poquedad*

A. El trozo *sub examine*, a la par de lo anterior, expresa, desde otro ángulo, poco o nada, pues aun cuando el eje del asunto pasa, ciertamente, por el citado pasaje: las normas de la CAmericana “no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución”, esto es así, no porque ello implique la reafirmación de un “valladar infranqueable”, sino porque 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”; “que la armonía o concordancia entre los tratados y la Constitución es un juicio constituyente”; que “así lo han juzgado [los constituyentes] 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”; que “debe interpretarse 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". Y esta doctrina ha sido tan reiteradamente aplicada por la Corte SJN¹¹², como acallada en el *sub examine*, incluso por el *v. c.* (esp. § 5). Peor aún: ha sido contradicha.

B. Ya de visita por el art. 75.22, CN, es imprescindible sumar un obstáculo que *Min./Fontevecchia* pasó por alto, con atlética ligereza, no obstante su espesor y elevación: la "jerarquía constitucional" de la CAmericana ha sido establecida por voluntad expresa de la aludida reforma, "en las condiciones de su vigencia". Y ello equivale a decir "tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación"¹¹³.

C. No es fortuito, entonces, que al "jurídicamente imposible" de *Min./Fontevecchia* (§ 16; *vid. v. c.* § 8) le salgan al cruce los Artículos CDI en cuanto hacen ceder el deber de restitución si resultara "materialmente imposible" (art. 35, *supra* 1.2.3, J), lo cual es corolario de su art 32, y tuvo como modelo el art. 27, CViena DT. Y esto ocurre, según lo advierte la Comisión de Derecho Internacional, aun cuando puedan surgir dificultades prácticas para un órgano estatal que se enfrenta con un obstáculo al cumplimiento, derivado de las normas internas que regulan su actividad¹¹⁴.

D. Por otra parte, la referencia de *Min./Fontevecchia* a la llamada "fórmula argentina" del arbitraje (§ 18) es del todo inconducente, pues, en definitiva, aquélla consistía en una cláusula que se incorporaba al acuerdo. Invocarla por considerarla implícita, en caso de haber sido omitida –enseña E. J. Rey Caro– resultaría, desde la perspectiva jurídico-internacional, contraria al art. 27, CViena DT, además

¹¹² *Vid. GIALDINO, R. E., Derecho Internacional...,* cit. n. 49, ps. 388/389.

¹¹³ Corte SJN: *Giroldi, Horacio David y otro s/ recurso de casación*, 7.04.1995, § 11; *Acosta, Claudia Beatriz y otros s/ habeas corpus*, 22.12.1998, § 10.

¹¹⁴ "Draft Articles...", cit. n. 89, p. 94. El art. 32, Artículos CDI, tuvo como modelo el art. 27, CViena DT, y asienta un principio respaldado por la práctica de los Estados y las decisiones internacionales (ídem). La Corte IDH "es consciente de que las autoridades internas [...] están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte en un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces [...] también están sometidos al tratado, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, de modo que decisiones judiciales [...] no hagan ilusorio el cumplimiento total o parcial de las obligaciones internacionales" (Corte IDH, *Gelman*, cit. n. 10, § 66 y sus citas).

de constituir una hipótesis extraña a su art. 46¹¹⁵. Empero, lo especialmente destacable (y perturbador) de ese fundamento, por encima de lo anterior, es que pone al desnudo la impensable posición asumida por la Corte SJN. Revela, sin disculpas posibles, que el *thema decidendi*, a su juicio, atañe a un tratado que, por parafrasear *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*, reglamenta intereses recíprocos entre los Estados Parte y son aplicados por éstos, con todas las consecuencias jurídicas que de ahí derivan en los ordenamientos jurídicos internacional e interno. Mas la CAmericana es un tratado, sí, pero de derechos humanos, cuyo objeto y fin son, no los antedichos, sino la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, y por cuyo intermedio los Estados se someten a un orden legal dentro del cual, por el *bien común*, asumen varias obligaciones, *no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción*. La CAmericana “no puede ser vista sino como lo que ella es en realidad: un instrumento o marco jurídico multilateral que capacita a los Estados para comprometerse, *unilateralmente*, a no violar los derechos humanos de los individuos bajo su jurisdicción”¹¹⁶.

E. De otro lado, si el “constituyente” consagró en el art. 27, CN, una esfera de “reserva soberana (margen de apreciación nacional)”, como lo quiere el *v. c.* (§ 5), más le valió al Estado haber intentado volcar esa prevención por vía del art. 75, CAmericana, supuesto (más que dudoso) que fuera compatible con el objeto y fin del tratado¹¹⁷, o con motivo de la aceptación de la competencia contenciosa, Corte IDH, aun cuando no encuadraría en las hipótesis previstas, taxativamente, en el art. 62.2, CAmericana (*supra* n. 6). Una “reserva” de esa índole, claro está, acarrearía una fragmentación del orden jurídico internacional de protección de los derechos humanos y haría ilusorios el objeto y fin de la CAmericana¹¹⁸. Repárese, en paralelo, que dicha soberanía estatal, al parecer sólo ostentada por la Corte

¹¹⁵ “El arbitraje en la tradición jurídico-internacional argentina”, en *Liber amicorum. Colección de estudios jurídicos en homenaje al Prof. Dr. D. José Pérez Montero*, Oviedo, U. de Oviedo, 1988, vol. 3, pp. 1190/1191 y 1192/1193. *Vid. infra* n. 126. Según la llamada “fórmula argentina” del arbitraje, acuñada a fines del siglo XIX, se sometían a la solución arbitral “todas las controversias de cualquier naturaleza que por cualquier causa surgieran entre ellas, en cuanto no afecten a los principios de la Constitución de uno u otro país y siempre que no puedan ser solucionadas mediante negociaciones directas” (FERRARI, G., *Esquema de la política exterior argentina*, Buenos Aires, Eudeba, 1981, p. 26).

¹¹⁶ *Vid. Corte IDH, Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*, cit. n. 6, § 41, itálica agregada.

¹¹⁷ Corte IDH, *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-2/82, Serie A Nº 2, § 35.

¹¹⁸ *Vid. Corte IDH, Constantine y otros vs. Trinidad y Tobago*, excep., 1.09.2001, Serie C Nº 82, §§ 76/84.

SJN (*supra* 2.1), lleva, en *Min./Fontevecchia*, a negar la protección de derechos humanos, no dejando espacio, siquiera, al principio *pro persona*¹¹⁹.

F. No menos inexplicable es el recuerdo de Joaquín V. González, lo cual puede resumirse en la primera emisión de lo que *Min./Fontevecchia* transcribe de aquél: “[u]n tratado no puede alterar la supremacía de la Constitución Nacional” (§ 18; *v. c.* § 5). Si al pensamiento del “divino Joaquín” quiso acudir, la Corte SJN debió leer otras páginas, las apropiadas: la Constitución “está sujeta a las leyes de renovación y de cambio inherentes a los hombres que ha de regir y gobernar [...]. Como obra humana, debe seguir, pues, las alternativas de la sociedad que le diera existencia; y el pueblo argentino, influyendo por el sufragio, de modo permanente, en el espíritu de la legislación, contribuirá también a que su carta fundamental se modifique ‘en el todo o en cualquiera de sus partes’, por los procedimientos regulares que ella ha establecido”¹²⁰.

No es, sin más, un tratado lo que está en el debate, como lo ensaya *Min./Fontevecchia* en su extravío, sino una reforma constitucional que dio a un tratado, la CAmericana, “jerarquía constitucional”, en las “condiciones de su vigencia” (CN, art. 75.22). ¿Acaso la Corte SJN intenta hoy horadar, cuando no desmoronar, el “bloque de constitucionalidad federal” que fue laboriosamente levantado?¹²¹. ¿El acceso efectivo a la justicia interamericana de las víctimas de violaciones de derechos humanos ha dejado de ser una garantía “complementaria” de las que enuncia la CN, tal como ésta lo manda (*ídem*)?

3. Otras consideraciones

A. La fundamentación de la Corte SJN en *Min./Fontevecchia* surge, sin atenuantes, incompatible no sólo con la del precedente *Espósito* que cita (*vid. supra* 1.1, A), sino también con la que había seguido, poco tiempo antes, en el caso del

¹¹⁹ “Si nos preguntáramos con qué amplitud o intensidad deben protegerse estos derechos [humanos], más allá de la literalidad expresa e inequívoca de los tratados incorporados en nuestra propuesta, el criterio debe ser el de *pro hominem* [...]. Es decir que deben ser siempre interpretados en el sentido de permitir la mayor intensidad de tutela [...] incumbe a todos y al poder público en particular remover los obstáculos que de hecho turben o menoscaben el legítimo ejercicio de los derechos reconocidos a nivel internacional” (Convencional Rosatti, *Convención Nacional Constituyente*, 23^a Reunión-3^a Sesión Ordinaria, 3.08.1994, versión taquigráfica, p. 3001).

¹²⁰ GONZÁLEZ, J. V., *Manual de la Constitución Argentina (1853-1860)*, Buenos Aires, A. Estrada, 1897, p. 721.

¹²¹ *Vid. GIALDINO, R. E., Derecho Internacional...*, cit. n. 49, pp. 383 y ss.

Sr. Mohamed con motivo del fallo de la Corte IDH *Mohamed vs. Argentina*: la Corte SJN “como uno de los poderes del Estado argentino conforme lo previsto en el art. 68.1 [CAmericana], *debe cumplir* la sentencia [Corte IDH] y ordenar a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal Correccional que, por intermedio de quien corresponda, designe una nueva sala de ese tribunal para que proceda a la revisión de la sentencia [de la Sala Primera] en los términos del artículo 8.2.h [CAmericana]”¹²². Y puntualicemos que la aludida sentencia, Sala Primera, había alcanzado el grado de cosa juzgada, pues fue impugnada por el condenado mediante recurso extraordinario, cuya denegación originó un recurso de queja ante la Corte SJN, que ésta rechazó (19.09.1995), a la par que también desestimó la solicitud de revocatoria del antedicho rechazo (9.10.1995).

B. Tampoco *Min./Fontevecchia* se aviene con el criterio que presidió *Derecho, René Jesús*, que cita el *v. d.* (§ 3), en el cual la Corte SJN, previo haber confirmado la sentencia apelada, hizo lugar al pedido de “revocatoria” y dejó sin efecto su propio pronunciamiento “con el objeto de dar estricto cumplimiento a lo ordenado por la [Corte IDH] –en la sentencia ‘Bueno Alves vs. Argentina’, notificada a este Tribunal el 21 de septiembre de 2007– [...]” (29.11.2011). Adviértase que esto fue así, frente a una disidencia que refirió a la temática de la cosa juzgada (§ 7). Otro tanto puede decirse de *Arce, Diego Daniel s/homicidio agravado* (5.08.2014).

C. Un nuevo descuido significativo de *Min./Fontevecchia*, por cuanto menciona más de una vez la CViena DT (§§ 12 y 14), es no haberse hecho cargo, como sí lo hace el *v. d.* (§ 4), del art. 27 de ese tratado: “[u]na parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”. Norma convencional, desde luego, pero que, por lo pronto, codifica derecho consuetudinario, que responde a añosa jurisprudencia internacional, tal como lo revela la de la Corte Permanente de Justicia Internacional, desde su primera sentencia: *Case of the S.S. “Wimbledon”*, de 1923, y que implica que un Estado no pueda válidamente alegar ni siquiera su propia Constitución con vistas a evadir las obligaciones que le corresponden bajo el Derecho Internacional o los tratados en vigencia. Ciertamente, han mantenido análoga posición la Corte

¹²² Resolución N° 477/15, expediente N° 4499/13, 25.03.2015, § VI y punto resolutivo 2, itálicas agregadas, jueces Lorenzetti, H. de Nolasco y Maqueda. “Que a partir de la reforma constitucional de 1994, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 75, inc. 22º, de la norma fundamental, las sentencias de la Corte [IDH] pronunciadas en causas en las que el Estado argentino sea parte deben ser cumplidas por los poderes constituidos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, son obligatorias para la [Corte SJN]” (ídem, § VI). *Mohamed*, por cierto, es citado en el *v. d.* (§ 3).

Internacional de Justicia, la Corte IDH, la Corte EDH¹²³. También el Poder Ejecutivo nacional (decreto 99/06, cit. n. 9, considerandos).

El art. 27, CViena DT, además, es consistente con el régimen de responsabilidad de los Artículos CDI: si bien estos últimos prevén determinadas circunstancias que excluyen la responsabilidad estatal por incumplimiento de un tratado (arts. 20/25), los requerimientos del derecho interno no figuran entre aquéllas¹²⁴.

No soslayamos que el citado precepto vienesés, como sus propias términos lo expresan, es aplicable “sin perjuicio de lo previsto en el artículo 46”. Tampoco que nuestro J. A. Barberis sostiene una solución matizada, al entender que esta última norma (sólo) permite a un Estado alegar su derecho interno como argumento para no cumplir con un tratado internacional “si se trata de una violación manifiesta de una norma de importancia fundamental”, con lo cual se establece una compatibilidad de ese precepto con el art. 27, CN¹²⁵. Sin embargo, dados los cuestionamientos que se oponen a dicha solución¹²⁶ y, sobre todo, insistimos, a que la jurisprudencia de la propia Corte SJN había descartado la aludida incompatibilidad (*supra* 2.2, A), *Min./Fontevecchia* no pudo pretermitir la cuestión.

D. La práctica internacional revela que al derecho internacional le resulta indiferente el medio interno por el que es cumplido un compromiso internacional, pero no el resultado, y que, respecto de lo primero, supone una suerte de reenvío al derecho nacional¹²⁷. Luego, le correspondió a la Corte SJN tener presente, con toda responsabilidad, que “de acuerdo con la distribución constitucional de

¹²³ *Vid.* GIALDINO, R. E., *Derecho Internacional...*, cit. n. 49, ps. 372/376. Tampoco el Estado podría esgrimir su normativa interna con el fin de negar la caracterización de su acto como un ilícito internacional (*vid.* SCHAUS, A., “Article 27. Convention of 1969”, en *The Vienna Conventions on the Law of Treaties: A Commentary* [O. Corten y P. Klein, eds.], Oxford, Oxford University Press, 2011, vol. 1, ps. 691/692; Artículos CDI, art. 3.

¹²⁴ SCHMÄLENBACH, K., “Article 27. Internal Law and Observance of Treaties”, en *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary* (O. Dörr y K. Schmalenbach, eds.), Heilderberg/Dordrecht/Londres/Nueva York, Springer, 2012, p. 456.

¹²⁵ BARBERIS, J. A., “La Convención de Viena sobre el Derechos de los Tratados y la Constitución Argentina”, en *Prudentia Iuris*, XVII-XVIII, diciembre 1985/abril 1986, p. 194.

¹²⁶ *Vid.* BARBOZA, J., *Derecho Internacional Público*, Buenos Aires, Zavalía, 2004, p. 76. *Vid. supra* el texto correspondiente a la n. 115. El art. 46, CViena DT, sólo se vincula con normas internas procesales relativas “a la competencia para celebrar tratados”. Es inaplicable, dada la claridad de su texto, a conflictos entre normas constitucionales sustantivas y un tratado. Esto último está regido, simplemente, por el principio de supremacía del derecho internacional (BOTHE, M., “Article 46. Convention of 1969”, en *The Vienna Conventions...*, cit. n. 123, vol. 1, p. 1094).

¹²⁷ GIALDINO, R. E., *Derecho Internacional...*, cit. n. 49, pp. 328/329 y su cita.

competencias entre los distintos poderes del Estado” (§ 4), ninguna otra autoridad tenía la atribución de dejar sin efecto su sentencia (*vid. v.d. § 6*).

E. Vienen a cuenta los juicios del juez Cançado Trindade, por un lado, en su esperanza de que “[u]na nueva mentalidad emergerá, en lo que concierne al Poder Judicial, a partir de la comprensión de que la aplicación directa de las normas internacionales de protección de los derechos humanos es benéfica para los habitantes de todos los países, y que, en vez del apego a construcciones y silogismos jurídico-formales y a un normativismo hermético, lo que verdaderamente se requiere es proceder a la correcta interpretación de las normas aplicables a fin de asegurar la plena protección del ser humano, sean ellas de origen internacional o nacional”. Por el otro, en su orientación: “la existencia de víctimas provee el criterio decisivo para distinguir un examen *in abstracto* de una norma de derecho interno, de una determinación de la incompatibilidad *in concreto* de dicha norma con el tratado de derechos humanos en cuestión”¹²⁸.

Min./Fontevecchia, de tal manera, repudió ver el caso tal como debía verlo, *i. e.*, “desde la perspectiva de la integralidad de la personalidad de la víctima y teniendo presente su realización como ser humano y la restauración de su dignidad”¹²⁹. Sólo le interesaron sus propias prerrogativas, supremas, altas y eminentes (§ 17; *v. c. § 6*)¹³⁰.

F. Duele comprobar que *Min./Fontevecchia* también ha hecho trizas un antecedente de la valía del ya recordado *Carranza Latrubesse*, precursor en escala regional, fortalecedor del Sistema Interamericano, el cual, no sin una copiosa y detenida fundamentación en el Derecho Internacional general y en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, juzgó vinculantes las recomendaciones que la Comisión IDH dirige al Estado Parte en un proceso, expedidas con arreglo al art. 51.2, CAmericana.

G. Por lo antedicho, y por los muchísimos otros apartamientos de *Min./Fontevecchia* respecto de jurisprudencia consolidada de la Corte SJN que ya hemos puntualizado, estamos tentados de recuperar la censura con la cual el *justice* Roberts reconvino a la mayoría al disentir en *Smith v. Allwright*: la doctrina de

¹²⁸ Corte IDH, *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros)*, cit. n. 40, voto, §§ 37 y 40, sexto.

¹²⁹ Corte IDH, *Loayza Tamayo vs. Perú*, rep. y costas, 27.11.1998, Serie C Nº 42, voto Cançado Trindade y Abreu Burelli, § 17.

¹³⁰ *Vid.* asimismo: ABRAMOVICH, V., “La autoridad de las sentencias de la Corte Interamericana y los principios de derecho público argentino”, <http://nohuboderecho.blogspot.com.ar/2017/02/victor-abramovich-sobre-el-caso.html> (rec. 20.03.2017).

un tribunal no puede ser equiparada a los boletos de ferrocarril, válidos sólo para el día y el viaje que indican¹³¹.

No pretendemos, con lo antedicho, propiciar la inmutabilidad de la jurisprudencia. Pero sí afirmar que sus mudanzas, cuando de la protección de derechos humanos se trata, sólo pueden estar movidas, válidamente, por el principio de progresividad, reconocido por la Corte SJN como “principio arquitectónico”¹³², el cual, así como impide al permanente mejoramiento del grado de protección alcanzado en materia de derechos, libertades y garantías del ser humano, prohíbe, como regla, toda medida regresiva al respecto, toda “progresividad reaccionaria”¹³³. Y entre esas medidas, inequívocamente, se encuentran las sentencias judiciales¹³⁴. En este sentido, valga hacer presente que la necesidad de mantener una interpretación “dinámica y evolutiva” de la CEuropea ha sido invocada por Estrasburgo como uno de los “motivos válidos” para apartarse de sus propios precedentes, no obstante que el seguimiento de éstos interesa a la seguridad jurídica, a la previsibilidad y a la igualdad ante la ley¹³⁵. Con análogo basamento se expidió la Corte IDH en *Artículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*¹³⁶.

H. El “diálogo jurisprudencial” que procura (en soledad) el *v. c.* (§ 7), con todo, si algo configura es un verdadero monólogo, puesto que, al modo de la mayoría –con la que se vincula en los diversos aspectos ya indicados–, hace oídos sordos a la Corte IDH, al Derecho Internacional general y al Derecho Internacional de los Derechos Humanos¹³⁷. El juicio crítico sobre el ejercicio de su competencia

¹³¹ Suprema Corte de los Estados Unidos, 321 *U.S.* 649, 669 (1944). Recordaron esta metáfora los jueces Petracchi y Belluscio, en Corte SJN, *Rossi Cibils*, 1992, aun cuando, *calamo currenti*, llamaron al antecedente norteamericano *Grovey v. Townsed*.

¹³² “[N]o sólo es un principio arquitectónico del Derecho Internacional de los Derechos Humanos sino también una regla que emerge de las disposiciones de nuestro propio texto constitucional en la materia” (*Registro Nacional de Trabajadores Rurales y Empleadores*, 24.11.2015, § 6 y sus citas).

¹³³ *Vid.* GIALDINO, R. E., *Derecho Internacional...*, cit. n. 49, p. 97 y ss., cl/cita de jurisprudencia, Corte SJN. Asimismo: Corte IDH, *Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú*, excep., fondo, rep. y costas, 1.07.2009, Serie C N° 198, §§ 102/103.

¹³⁴ *V. gr.* Corte SJN: *Ekmeđiјan c. Sofovich*, Fallos 315:1492, 1515 –1992–; asimismo p. 1513; *García Méndez*, Fallos 331:2691, 2702 –2008–; *Carranza Latrubesse*, cit. n. 18, § 14.

¹³⁵ *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, 11.07.2002, §§ 74/75 y sus citas; asimismo, entre otros: *Vilho Eskelinen et autres c. Finlande*, Gran Sala, 19.04.2007, § 56.

¹³⁶ Opinión Consultiva OC-20/09, 29.09.2009, Serie A N° 20, §§ 52/53.

¹³⁷ Del hecho de que “no es posible hacer prevalecer automáticamente, sin escrutinio alguno, el derecho internacional –sea de fuente normativa o jurisprudencial– sobre el ordenamiento constitucional” (*v. c.* § 5), se

por la Corte IDH, que puede llevar al sistema interamericano incluso a rever en el futuro su actuación, no puede conducir al extremo de negar fuerza obligatoria a la condena¹³⁸.

H. Nogueira Alcalá ha sido más que preciso: “[u]n tribunal nacional ordinario o constitucional puede diferir del alcance o interpretación dado por la CIDH en un caso determinado resuelto por ésta. En tal sentido, la jurisdicción interna del Estado sostiene que la resolución de la CIDH constituye una interpretación que considera incorrecta, ya que no evaluó adecuadamente la norma de derecho interno u olvidó ponderar adecuadamente otro derecho o un atributo determinado de otro derecho que debe considerarse. El tribunal nacional, en un nuevo caso sobre la misma materia, expresa su desacuerdo con la CIDH razonadamente, explicando los motivos del desacuerdo en el respectivo fallo, concretando un diálogo ascendente con la CIDH. La Corte Interamericana podrá reexaminar la cuestión controvertida si el caso llega a la jurisdicción interamericana o en otro fallo sobre una materia similar, concretándose así un nuevo diálogo franco, leal y de buena fe. *Sin embargo, la resolución del caso por la Corte Interamericana vinculará al tribunal nacional en forma obligatoria*”¹³⁹.

Más aún, el *v. c.*, al ubicar a la Corte IDH como “último intérprete” de la CAmericana y a la Corte SJN como “último intérprete” de la CN (§ 8), termina separando, tabicando, aislando, irremediablemente, lo que la reforma constitucional de 1994 ha unido y comunicado¹⁴⁰. Mas que monólogo, antidiálogo¹⁴¹.

Mucho de esto, en definitiva, trasunta la mayoría al considerar que, si la Corte SJN ejecutara la decisión de la Corte IDH, se vería “sustituida” por un tribunal

seguiría que tampoco es asunto de invertir este sentido haciendo prevalecer automáticamente, sin escrutinio alguno, el derecho nacional sobre el ordenamiento internacional.

¹³⁸ ABRAMOVICH, V., “La autoridad...”, cit. n. 130.

¹³⁹ “El control de convencionalidad y el diálogo interjurisdiccional entre tribunales nacionales y Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 2013, Nº 19, p. 258, itálicas agregadas.

¹⁴⁰ “[L]a vocación aperturista del sistema jurídico argentino hacia el sistema jurídico internacional, se encaminó a privilegiar claramente la jerarquización de los derechos humanos...” (ROSATTI, Horacio D., ‘Los tratados bilaterales de inversión, el arbitraje internacional obligatorio y el sistema constitucional argentino’, *La Ley*, 15.10.03) (decreto 99/06, cit. n. 9, considerandos).

¹⁴¹ “El diálogo implica una mentalidad que no florece en áreas cerradas, autárquicas. Éstas, por el contrario, constituyen un clima ideal para el antidiálogo. Para la verticalidad de las imposiciones” (FREIRE, Paulo, “Sociedad cerrada e inexperiencia democrática”, en *La educación como práctica de la libertad*, Siglo XXI, 53^a ed., 2007, p. 63).

internacional (*supra* 2, A). Cuánto provecho y cuánta fidelidad a la mencionada reforma y a la protección de los derechos humanos habría reportado que, en lugar del término entrecomillado, se hubiese puesto, como correspondía, “subsidiada”, “complementada” o “coadyuvada”.

I. De esta manera, *Min./Fontevecchia* se interna, con notoria imprudencia, en las ya conocidas borrascas levantadas por sentencias de altos tribunales de Perú y de Venezuela, que declararon “inejecutables” fallos de la Corte IDH. En el caso peruano, respecto de *Loayza Tamayo* (rep.) y de *Castillo Petrucci y otros*¹⁴². Y, en el venezolano, en punto a *Apitz Barbera y otros*, el cual, según la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, “al no limitarse a ordenar una indemnización por la supuesta violación de derechos, utilizó el fallo analizado para intervenir inaceptablemente en el gobierno y administración judicial que corresponde con carácter excluyente al Tribunal Supremo de Justicia, de conformidad con la Constitución”, y “pretende desconocer la firmeza de decisiones administrativas y judiciales que han adquirido la fuerza de la cosa juzgada”¹⁴³. La Corte SJN tenía otros ejemplos regionales de análoga jerarquía, pero serenos, por cierto¹⁴⁴.

J. Las teorías que pretenden establecer una excepción al principio de responsabilidad del Estado para el supuesto de los órganos jurisdiccionales en virtud de la independencia de éstos o de la autoridad de *res judicata* de sus decisiones, pertenecen al “pasado distante”, alertaba el Relator Especial, Comisión de Derecho Internacional, Roberto Ago, ya para 1971¹⁴⁵.

4. Conclusiones

La decisión impuesta por mayoría en *Min./Fontevecchia* resulta, a todas luces, un acto internacionalmente ilícito, que compromete la responsabilidad internacional del Estado argentino.

¹⁴² *Vid.* Corte IDH: *Loayza Tamayo vs. Perú*, supervisión, 17.11.1999, a la que siguieron otras; *Castillo Petrucci y otros vs. Perú*, *íd*, 17.11.1999, a la que siguieron otras.

¹⁴³ *Vid.*: TSJ-SC (1939), 18.12.2008; Comisión IDH, *Informe Anual 2008*, §§ 323/328; Corte IDH, *Apitz Barbera y otros vs. Venezuela*, supervisión, 18.12.2009 y 23.11.2012; GIALDINO, R.E., “Independencia del Poder Judicial y de los jueces”, en *La Ley*, 2009-C, p. 834. Venezuela denunció la CAmericana el 10.9.2012.

¹⁴⁴ *Vid.*: *supra* n. 3; *Apitz Barbera*, cit. n. anterior, §§ 27/37, c/cita, incluso, de la Corte SJN.

¹⁴⁵ Third Report on State Responsibility, by Mr. Roberto Ago, Special Rapporteur, *Yearbook of the International Law Commission*, 1971, vol. II, primera parte, p. 246, § 144; asimismo, §§ 145/149. Los Artículos CDI, en tal sentido, son concluyentes (art. 4.1).

Mediante un discurso huero y autista, dogmático, carente de matices e inflexiones, falto de apego a las particulares circunstancias de la causa, y en cuya sustancia el ser humano no ocupó lugar alguno, ha renegado, anacrónicamente, de principios inconcusos y de normas centrales del Derecho Internacional general y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, constitucionalizado, cercenando, así, el régimen de garantías de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de jerarquía constitucional. A la par, ha ignorado, de manera supina, la letra y el espíritu, el objeto y el fin, de uno de los mayores hitos de la reforma constitucional de 1994 y de la historia de la Constitución Nacional: su nuevo art. 75.22. También ha echado tierra, cuando no sal, sobre la consiguiente, rica y trabajosa elaboración jurisprudencial de la propia Corte SJN, en torno del significado y alcances de dicha norma.

Sus consecuencias, amén de la señalada dos párrafos antes, son: un mayúsculo retroceso en materia de protección de los derechos humanos, violatorio del principio arquitectónico de progresividad, que impide la “progresividad reaccionaria”, y, entre otros, del derecho de acceso efectivo de la persona a la justicia interamericana; un grave resquebrajamiento del bloque de constitucionalidad federal, y una profunda herida al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, del cual, además, nos separa, con agravio a la Corte Interamericana de Derechos Humanos y a los restantes Estados Parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

¿Puede ser válido, nos preguntamos, que a esta situación nos conduzcan el “órgano supremo y cabeza del Poder Judicial” y los “principios de derecho público” de la Constitución Nacional, uno de cuyos objetos, según reza el Preámbulo desde siempre, reside en “afianzar la justicia”?

Buenos Aires, 30 de agosto de 2017.