

## ARGENTINA: UNA CORTE DISTANTE A LOS ESTÁNDARES DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS. ANÁLISIS DE LA CAUSA FONTEVECCHIA & D'AMICO.

Carlos Daniel Muñoz Chamorro<sup>21</sup>

Fecha de recepción: 3 octubre de 2017

Fecha de aceptación: 28 de octubre de 2017

Referencia: MUÑOZ CHAMORRO, Carlos Daniel. *Argentina: una Corte distante a los estándares de protección de derechos humanos. Análisis de la causa Fontevecchia & D'Amico*. Universidad de Nariño: Revista Científica CODEX. Vol. 3. Núm 4. Págs. 17 a 44. Disponible en: [revistas.udenar.edu.co/index.php/codex](http://revistas.udenar.edu.co/index.php/codex)

**ABSTRACT:** This document deals with the study of the recent pronouncement of 14 February 2017 proffered by the Supreme Court of Argentina according to which it does not attend the order imposed by the Inter-American Court of Human Rights, regarding the nullification the civil sentence that in 2001 the highest Argentine court imposed on the victims of the contentious cause Fontevecchia & D'Amico v. Argentina. In the text we will make a breakdown schematic of the most important considerations contained in that ruling in order to analyze its adequacy and correspondence with international standards on: (i) the binding of the decisions of

<sup>21</sup> Abogado de la Universidad de Nariño, Especialista en Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de Colombia, cursante de Master en Derecho Constitucional en la Universidad de Valencia, España. Abogado litigante, docente de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario del programa de Derecho de la Universidad de Nariño (periodo 2017/2018). Código ORCID 0000-0003-1507-6414. Teléfono celular 3152600836. Correo electrónico [danielm1991@gmail.com](mailto:danielm1991@gmail.com).

a supranational judicial body, (ii) the formula of the fourth instance, (iii) the doctrine of *compétence de la compétence*, (iv) the principles of law of Argentina and (v) the margin of national appreciation.

**KEYWORDS:** *Fontevicchia & D'Amico v. Argentina*, binding of the decisions of the Inter-American Court of Human Rights, formula of the fourth instance, *compétence de la compétence*, margin of national appreciation.

**RESUMEN:** Este documento se ocupa del estudio del reciente pronunciamiento de 14 de febrero de 2017 proferido por la Corte Suprema de Argentina según el cual dispone no atender la orden impuesta por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, respecto a dejar sin efecto la condena civil que en el año 2001 el máximo tribunal argentino impuso a las víctimas de la causa contenciosa *Fontevicchia & D'Amico Vs. Argentina*. En el texto realizaremos un desglose esquemático de las consideraciones más importantes contenidas en dicho fallo con el fin de analizar su adecuación y correspondencia con los estándares internacionales sobre: (i) la vinculatoriedad de las decisiones de un órgano judicial supranacional, (ii) la fórmula de la cuarta instancia, (iii) la doctrina de la *compétence de la compétence*, (iv) los principios de derecho público de Argentina y (v) el margen de apreciación nacional.

**PALABRAS CLAVE:** *Fontevicchia & D'Amico Vs. Argentina*, vinculatoriedad de las decisiones de Corte Interamericana de Derechos Humanos, fórmula de la cuarta instancia, *compétence de la compétence*, margen de apreciación nacional.

## INTRODUCCIÓN

Hasta el 14 de febrero de 2017, la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina había tenido una postura constante acerca del efectivo y vinculante cumplimiento de los fallos que la Corte Interamericana de Derechos Humanos profiere en su contra, no obstante, en la citada fecha el tribunal doméstico, en un cambio rotundo de su línea jurisprudencial, decidió no acatar una orden de la Corte Supranacional respecto a dejar sin efecto una sentencia emanada en el 2001 que declaró la responsabilidad civil de los, ahora víctimas, Jorge Fontevicchia y Jorge D'Amico. Ante la imperante necesidad de conocer la motivación de la decisión del máximo tribunal de ar-

gentina hemos decidido analizar el citado fallo, a fin de determinar si su motivación se adecua a los estándares de derecho internacional en general y al Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, en particular. Para lograr desarrollar este planteamiento realizaremos un recorrido breve sobre los antecedentes del caso, de igual forma señalaremos los sucesos más relevantes que tuvieron lugar después de la sentencia de fondo y posteriormente haremos un desglose esquemático de la motivación de la citada sentencia, a fin de comparar su correspondencia con los postulados de derecho internacional. El análisis de la motivación de la providencia se dividirá en cinco apartados independientes, así: (i) la vinculatoriedad de las decisiones de un órgano judicial supranacional, (ii) la fórmula de la cuarta instancia, (iii) la doctrina de la competencia de la competencia, (iv) los principios de derecho público de Argentina y (v) el margen de apreciación nacional. Y finalmente sostendremos que el fallo de la CSJN de Argentina constituye, por su indebida y superficial motivación, un riesgo para la seguridad jurídica de la protección de derechos humanos dentro del mismo Estado, situación que podría extenderse a los demás países de las Américas.

La metodología de investigación utilizada en el presente artículo es la denominada hermenéutica interpretativa, puesto que nos encargaremos de comprender, clarificar e interpretar el fondo de un fenómeno jurídico complejo a través de la percepción y confrontación de los contenidos. El escenario de recolección de información para este texto es eminentemente documental ya que recolectaremos bibliografía doctrinal y jurisprudencial para lograr un análisis sistemático del objeto de estudio. Por su naturaleza, este producto está focalizado desde el ámbito cualitativo.

### 1. **Caso Fontevecchia y D'Amico Vs. Argentina: antecedentes del conflicto y decisión de fondo de la Corte IDH.**

Fontevecchia y D'Amico Vs. Argentina, como causa contenciosa, se originó en la remisión del caso que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) hizo a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), debido al incumplimiento del Estado de Argentina respecto a adoptar las recomendaciones contenidas en su informe de fondo No. 82/10 y a la consecuente necesidad de obtener justicia material y una justa reparación. El presente caso se relaciona con la violación del de-

recho a la libertad de expresión por parte del Estado argentino de los señores Jorge Fontevecchia y Héctor D'Amico, quienes eran director y editor respectivamente, de la Revista Noticias.

La plataforma fáctica del asunto comprende, como se anunció, la violación del derecho a la libertad de expresión en virtud de una condena civil que les fue impuesta por tribunales argentinos a los señores Jorge Fontevecchia y Héctor D'Amico como consecuencia de la publicación de dos artículos en 1995 en la citada Revista Noticias. Los artículos hicieron referencia, entre otras cosas a: a) la existencia de un presunto hijo natural del entonces presidente, Carlos Saúl Menem, con la diputada Martha Meza, nacido de una relación circunstancial entre ambos; b) la denuncia que la señora Meza habría hecho a fines del año 1994 respecto del robo de joyas por un valor de US\$ 230.000,00 que le fueron regaladas por el entonces Presidente de la Nación, según consta en el expediente que investigaba la sustracción; c) el encuentro que el señor Menem, la señora Meza y el hijo de ambos, Carlos Nair Meza, habrían tenido en la Casa de Gobierno, d) las visitas que el niño realizaba a su padre en la residencia oficial del presidente, en el complejo presidencial de verano y en la casa de gobierno, f) la existencia de amenazas contra el hijo de Menem, las cuales fueron denunciadas por la señora Meza, quien responsabilizó al gobierno nacional por su seguridad y que motivaron su pedido de asilo en Paraguay, g) la existencia de un acuerdo entre la señora Meza y el señor Menem por medio del cual este último le otorgaba una pensión por un monto de veinte mil dólares mensuales, creaba un fideicomiso a favor de Carlos Nair Meza por una cifra cercana al millón de dólares, y prestaba cobertura política en relación con una investigación que estaba enfrentando en aquel momento el esposo de la señora Meza por un supuesto desfalco millonario en la obra social de los jubilados.

A causa de estas publicaciones, el ex presidente Carlos Saúl Menem inició, por derecho propio, una demanda por daños y perjuicios en contra de los señores Jorge Fontevecchia y Héctor D'Amico a fin de obtener un resarcimiento económico por el alegado daño moral causado por la supuesta violación del derecho a la intimidad, consecuencia de las publicaciones de la revista. En primera instancia judicial las pretensiones de la demanda fueron rechazadas por un juez civil, sin embargo, en segunda instancia la sentencia fue revocada por la Cámara Nacional de Apelaciones, y a su vez esta se confirmó por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante CSJN), aunque redujo el monto de la indemnización (CSJN, Fallo 324:2895). El juez

de segunda instancia y la CSJN consideraron que los señores Jorge Fontevecchia y Héctor D'Amico vulneraron el derecho a la intimidad del señor Menem como consecuencia de aquellas publicaciones.

Agotados todos los recursos internos, los señores Fontevecchia y D'Amico acudieron a la CIDH, donde se consideró que la condena civil impuesta a las víctimas como responsabilidad ulterior por la publicación de los referidos artículos de prensa no observó los requerimientos del artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH) (Organización de los Estados Americanos [OEA], 1969) mediante el cual se protege el derecho a la libertad de expresión. A pesar de que la CIDH formuló una serie de recomendaciones al Estado de Argentina para proteger los derechos en cuestión, este hizo caso omiso de ellas, dando pie a que el asunto se ventile en la sede de la Corte IDH.

Previo trámite de rigor la Corte IDH emitió Sentencia de fondo, reparaciones y costas el día 29 de noviembre de 2011 (Serie C No. 238), resolviendo el siguiente problema jurídico: ¿La medida de responsabilidad ulterior civil aplicada por la CSJN vulneró los derechos de libertad de pensamiento y expresión de los señores Jorge Fontevecchia y Héctor D'Amico, al no contemplar que la información divulgada por ellos era de interés público por razones democráticas? Se debe precisar que si bien el fallo se refirió a las dos sentencias internas, el análisis se centró principalmente en la decisión de la CSJN que dejó firme la condena civil y decidió de forma definitiva el reclamo de las víctimas (parr. 51).

En el curso de la Sentencia la Corte IDH precisa que debe encontrar un equilibrio entre los derechos a la intimidad del señor Carlos Saúl Menem y la libertad de expresión de los señores Jorge Fontevecchia y Héctor D'Amico que, sin ser absolutos, son dos derechos fundamentales garantizados en la Convención Americana de Derechos Humanos (parr. 50). Entonces, como *ratio decidendi*, la Corte procede a ponderar el respeto del derecho a la vida privada de un alto funcionario público (presidente), frente al derecho que tiene en una sociedad democrática el debate abierto sobre temas de interés o preocupación pública (parr. 66). En ese sentido, aseveró que para dar una respuesta al asunto *sub judice* se debe considerar que el umbral de protección a la vida privada del funcionario público con más alto cargo de elección popular del país (parr. 59) está directamente relacionado con su exposición voluntaria al escrutinio de la sociedad, no solo sobre sus actividades oficiales, sino también sobre aspectos que podrían estar vinculados a su vida pri-

vada pero que revelan asuntos de interés público, (parr. 60) en los cuales la sociedad tiene un legítimo interés de mantenerse informada (parr. 61). Para la Corte IDH la información difundida por los demandantes posee el carácter de interés público y su divulgación resultó en un llamado para ejercer el control social respecto de aquellos hechos (parr. 62).

Con lo anterior el Tribunal concluyó que no hubo una injerencia abusiva en la vida privada del señor Menem en los términos del artículo 11 de la CADH y que, por el contrario, las publicaciones cuestionadas constituyeron un ejercicio legítimo del derecho a la libre expresión reconocido en el artículo 13 del mismo tratado. En ese orden de ideas, la Corte IDH encontró responsable internacionalmente al Estado de Argentina, puesto que la medida de responsabilidad ulterior impuesta por la CSJN en el presente caso violó el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión de los señores Jorge Fontevecchia y Héctor D'Amico, reconocido en el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos (1969) (parr. 75), por cuanto excluyó de su motivación el adecuado análisis de los aspectos de interés público de la información divulgada por ellos (parr. 71).

En consecuencia, a título de reparación, de acuerdo con el artículo 63.1 de la CADH (1969), la Corte IDH ordenó: (i) dejar sin efecto la condena civil y todas sus consecuencias, impuestas mediante sentencia de la CSJN de 25 de septiembre del año 2001, (ii) publicar la Sentencia del Tribunal Internacional y su resumen oficial, y (iii) pagar ciertas sumas de dinero indemnizatorias. Se debe recordar que únicamente haremos referencia a la primera medida de reparación aquí señalada, por cuanto esta es la obligación que el Estado se ha rehusado a cumplir y la que ha generado mayor debate a nivel internacional.

## 2. Caso Fontevecchia y D'Amico Vs. Argentina: sucesos relevantes posteriores a la sentencia de fondo.

La notificación de la referida Sentencia tuvo lugar el día 15 de diciembre de 2011, fecha en la cual se empezó a contabilizar el término de un año para el cumplimiento de la misma. Este término se venció el día 15 de diciembre de 2012, cuyo transcurso no motivó al Estado de Argentina a cumplir con la orden entregada por la Corte IDH respecto a dejar sin efectos la condena civil proferida por la CSJN.

Siguiendo las instrucciones de la presidencia del Tribunal Internacional, la Secretaría instó al Estado a presentar un informe sobre el cumplimiento de la Sentencia mediante comunicados de 29 de enero y 12 de junio de 2013; y 3 de febrero de 2014. De las comunicaciones no se obtuvo respuesta alguna. La renuencia de Argentina sobre la implementación de la sentencia y posterior presentación del informe provocó la expedición, por parte de la Corte IDH, de la Resolución de supervisión de cumplimiento de 1 de septiembre de 2015 (Caso Fontevecchia & D'Amico), en la cual se recordó que los Estados Partes de la CADH tienen la obligación convencional de implementar tanto a nivel internacional como interno y de forma pronta e íntegra, lo dispuesto por la Corte IDH en las sentencias que a ellos conciernen, 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. Así mismo, esta Resolución dispuso que Argentina deberá adoptar en definitiva y a la mayor brevedad posible, las medidas que sean necesarias para dar efectivo y pronto cumplimiento a la reparación dispuesta en la Sentencia de fondo dictada en el citado caso, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 68.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (OEA, 1969) y le otorgó plazo hasta el 31 de marzo de 2016 para presentar un informe en el cual indique las medidas adoptadas para cumplir con la reparación.

Previa rendición de informes parciales de 1 y 20 de abril de 2016 presentados por el Estado de Argentina, el 22 de noviembre de 2016 la Corte IDH emitió una nueva Resolución de supervisión de cumplimiento (Caso Fontevecchia & D'Amico), esta vez se declaró que Argentina cumplió con las medidas de publicación contenidas en la Sentencia, en el entendido que la misma y su resumen oficial fueron publicados en el Boletín Oficial, en un diario de amplia circulación nacional y en la página web del Centro de Información Judicial, empero, se mantuvo abierto el procedimiento de supervisión respecto a las medidas de reparación sobre dejar sin efecto la condena civil impuesta a los señores Jorge Fontevecchia y Héctor D'Amico por la CSJN y respecto al pago de las medidas de reparación indemnizatorias a las víctimas.

La Procuración General de la Nación Argentina (26 de noviembre de 2014) envió su concepto a la CSJN en cuanto a la medida de dejar sin efecto la sentencia de sede interna se refiere. Su concepto manifestó que las sentencias proferidas en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante SIDH) son en estrictamente vinculantes para el Estado de

Argentina y en virtud de las obligaciones que dimanar de la CADH la Corte Suprema debe dejar sin efecto su fallo dictado el 25 de septiembre de 2001 en contra de los señores Fontevecchia y D'Amico. Destacó que la CSJN ya había reconocido en otros casos contenciosos internacionales la obligatoriedad de las sentencias proferidas por la Corte IDH (Fallos: 327:5668), e incluso en anterior oportunidad ha dejado sin efectos su propio fallo (Falos: 334:1504).

Más adelante, la Dirección General de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la Nación de Argentina remitió a la Corte Suprema de Justicia de la Nación un oficio haciéndole saber el pedido formulado por la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación para que la Corte Suprema cumpla en lo que le corresponde y de conformidad con su competencia con la sentencia dictada por la Corte IDH respecto a dejar sin efecto la condena civil ya referida. Con esta causa la CSJN profiere un pronunciamiento el día 14 de febrero de 2017 (Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso Fontevecchia y D'Amico Vs. Argentina) en la que, con voto disidente del Magistrado Juan Carlos Maqueda, se dispuso que no procedería a dejar sin efecto la condena civil impuesta a las víctimas, con argumentos que los hemos clasificado en 4 categorías, y que se estudiarán detenidamente en el siguiente apartado: (i) la Corte IDH no puede actuar como una instancia adicional a la jurisdicción interna, (ii) ordenar dejar sin efecto un fallo interno sobrepasa la competencia del tribunal supranacional, (iii) acatar la decisión de la Corte IDH estaría en contra de los principios constitucionales de derecho público del Estado y (iii) el margen de apreciación nacional le permite al Estado cumplir con sus obligaciones de acuerdo con sus condiciones particulares.

El Magistrado Juan Carlos Maqueda (14 de febrero de 2017) en su voto disidente del caso Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso Fontevecchia y D'Amico Vs. Argentina, señaló que constitucional y convencionalmente el Estado de Argentina tiene la obligación de cumplir con el fallo de la Corte IDH y en consecuencia es obligación también de la CSJN ejecutar lo que corresponde a su competencia. Recordó que el cumplimiento de los fallos de la Corte IDH responde al principio básico del derecho internacional del Estado: *pacta sunt servanda*, según el cual los estados parte deben cumplir con sus obligaciones convencionales de buena fe conforme a lo dispuesto en el Tratado de Viena (Organización de las Naciones Unidas [ONU], 1969) y no pueden por razones de orden interno dejar de cumplir las obligaciones ya asumidas.



Posterior a esto se llevó a cabo una audiencia de cumplimiento de sentencia el día 21 de agosto de 2017, citada por la Corte IDH en su 119vo periodo ordinario de sesiones. En esta audiencia se desveló total el desinterés de Argentina sobre acatar la orden de dejar sin efecto el fallo de 2001, los Agentes del Estado dejaron saber que no había recurso que la rama del poder ejecutivo pudiera usar para exigir a la rama judicial el cumplimiento de la sentencia, como si en un proceso internacional la personería del Estado se pudiera fraccionar en las ramas del poder público. Respecto al pago de las sumas dinerarias expresó que es un trámite que se ha demorado por asuntos administrativos, que esperan que hasta diciembre de 2017 ya se haya resuelto.

### **3. Caso Fontevecchia y D'Amico Vs. Argentina: el incumplimiento de la sentencia a la luz de los estándares del derecho internacional de los derechos humanos.**

En este espacio realizaremos un breve recorrido por la doctrina internacional sobre la vinculatoriedad general de los pronunciamientos surgidos en el seno de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, posteriormente haremos un desglose esquemático de las consideraciones más importantes contenidas en el fallo de 14 de febrero de 2017 proferido por la Corte Suprema de Justicia de Argentina, la cual será abordada en 5 categorías independientes, que al paso de su exposición serán evaluadas conforme a su correspondencia con los estándares internacionales en la materia.

### **4. Vinculatoriedad de los pronunciamientos de la Corte IDH**

Hasta hace algún tiempo atrás se consideraba impensable para los cultores de la doctrina jurídica en general, y del derecho internacional en particular, que un pronunciamiento emitido por un organismo judicial supranacional tenga el alcance de hacer una intromisión legítima dentro de un estado soberanamente constituido (Hitters, 2008). Hoy en día en virtud de sendos tratados internacionales se han configurado sistemas judiciales internacionales de protección de derechos humanos, que obligan saber, al abogado y al juez, que en un asunto de violación de estos derechos no culmina en las fronteras propias de una determinada jurisdicción nacional.

En el marco del fortalecimiento de la cooperación internacional y de la defensa de los intereses mutuos, los estados americanos buscaron crear el Sistema Interamericano de Derechos Humanos cuyo objetivo es reducir los desbordes del estado en una sede judicial supranacional, caracterizada principalmente por su imparcialidad, el cumplimiento de las garantías judiciales y la idoneidad, eficiencia y eficacia de sus recursos. Una de las piedras angulares del SIDH es la Convención Americana de Derechos Humanos (OEA, 1969), la cual de conformidad con sus artículos 1.1 y 2, obliga a estados parte a respetar los derechos y libertades contenidos en ella, y a garantizar su libre y pleno ejercicio; debiendo adoptar las respectivas disposiciones para adecuar su ordenamiento interno a los estándares internacionales de protección. Estas disposiciones son las referentes a: dictar normas concordantes con la Convención (Corte IDH, Sentencia del Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú, 2004) y suprimir las prácticas de cualquier naturaleza que entrañen una violación de garantías de derechos humanos (Corte IDH, Sentencia del Caso Yatama vs. Nicaragua, 2005). Lo anterior por cuanto el acceso a la justicia constituye una norma imperativa de derecho internacional y, como tal, genera obligaciones *erga omnes* para los estados de adoptar las medidas que sean necesarias para no dejar en impunidad ninguna violación (Corte IDH, Sentencia del Caso La Cantuta Vs. Perú, 2006).

Una vez el estado ratifica la CADH y acepta voluntariamente la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se somete al escrutinio internacional de ese Tribunal, de tal manera que si resultare vencido en un juicio de responsabilidad por la violación de los derechos consagrados en la Convención, debe obligatoriamente cumplir con la sentencia emitida por la Corte, tal como lo estipula el artículo 68.1 del mencionado tratado. En este sentido la Corte IDH ha recalcado de manera reiterada que los órganos del poder público de los estados deben asegurar la implementación a nivel interno de lo dispuesto por el Tribunal en sus decisiones (Resolución de supervisión de cumplimiento, Caso Bulacio Vs. Argentina, 2004) y que de conformidad con el artículo 67 de la CADH los fallos son definitivos e inapelables, debiendo el estado cumplirlos de forma íntegra (Resolución de supervisión de cumplimiento, Caso Kimel Vs. Argentina, 2010).

Es preciso acotar que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (OEA, 1969) dispuso que según el principio *pacta sunt servanda* los tratados son de obligatorio cumplimiento para las partes (artículo 26), impidiendo que los estados puedan invocar razones de orden interno como

justificación del incumplimiento del mismo (artículo 27) y que las obligaciones contenidas en ellos deben interpretarse de buena fe (artículo 31.1). En ese orden de ideas, la obligación de cumplir lo dispuesto en las decisiones de la Corte IDH corresponde al principio básico del derecho internacional: *pacta sunt servanda*, según el cual los estados deben acatar sus obligaciones convencionales de buena fe y esas obligaciones vinculan a todos sus poderes y órganos públicos (Corte IDH, Resolución de supervisión de cumplimiento, Caso Bulacio Vs. Argentina, 2004). Incluso se ha llegado a considerar que los pronunciamientos de la Corte tienen efectos inmediatos y vinculantes *ipso iure* de tal forma que entran a formar parte del derecho interno del estado receptor desde el mismo momento de su expedición (Corte IDH, Caso La Cantuta Vs. Perú, 2006).

Una vez concretado el marco legal sobre el cumplimiento de los pronunciamientos de la Corte IDH, se debe aclarar que Argentina es Estado Parte de la Convención Americana de Derechos Humanos desde el 5 de septiembre de 1984 (Congreso de la República de Argentina, Ley No 23.054 de 1984), fecha en la cual también reconoció la competencia contenciosa de la Corte IDH, de suerte que tiene la obligación convencional de acatar e implementar sus pronunciamientos, así como también está obligado a presentar informes sobre las medidas adoptadas para el cumplimiento de ellos.

## 5. Fórmula de la cuarta instancia

La vulneración de la teoría de la cuarta instancia es uno de los principales argumentos de la sentencia de 14 de febrero de 2017 proferida por la CSJN, para no cumplir con la orden supranacional. Lo anterior por cuanto afirma que el funcionamiento de la Corte IDH es de carácter subsidiario, en tanto que no actúa como una instancia más en los casos tratados por las cortes nacionales, quedándole vedada la facultad para revisar o anular fallos internos. Según las CSJN el dejar sin efecto su propio fallo, que es sinónimo de revocarlo, implicaría transformar al Tribunal Internacional efectivamente en una cuarta instancia (consideraciones 8, 9, 10, 11, 14).

Para analizar este argumento en primera medida debemos deslindar qué es y qué contempla la teoría de la cuarta instancia en la doctrina y en la jurisprudencia internacional: la fórmula de la cuarta instancia supone que un tribunal internacional no es una instancia judicial adicional a las cortes

internas, impidiendo que esta revise hechos, mecanismos de investigación y pruebas llevados a cabo en la sede nacional, a menos que su realización resulte contraria a pautas objetivas, razonables o convencionales de modo manifiesto. Desde el preámbulo de la CADH (OEA, 1969) se definió que la protección convencional es de naturaleza coadyuvante o complementaria a la que ofrece el derecho interno de los estados americanos y este es el argumento base que ha permitido la formulación del principio de la cuarta instancia. En ese orden de ideas ha sido reconocido ampliamente por la Corte IDH desde sus primeros pronunciamientos que su función es de carácter complementario, lo que guarda lógica con la obligación de las víctimas de agotar los recursos internos y con la obligación de los estados de proveer garantías judiciales y protección judicial frente a violaciones de derechos (Sentencia del Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, 1988).

Con base en lo sentado, la cuarta instancia es un límite al SIDH para que el tribunal internacional no se arrogue facultades revisoras y usurpe las funciones de un tribunal interno. En la doctrina se afirma que la fórmula de cuarta instancia significa que “the international forum is not to act as a quasi-appellate court as to the correctness of a national court’s judgment under its national law<sup>3</sup>” (Dahlberg, 2014, p. 81), así mismo, el tribunal no debe analizar si hubo desacuerdo entre las partes sobre la apreciación de la pruebas (Robles, 2014), ni tampoco puede estudiar los presuntos errores de hecho o de derecho del tribunal interno (Tribunal Europeo de Derechos Humanos [TEDH], Judgment Tomić and Others Vs. Montenegro, 2012).

En todo caso y sin perjuicio de lo anterior, parece necesario precisar que el derecho al acceso a la justicia, a la tutela efectiva de los derechos y a un juicio justo, han permitido que la regla general de la fórmula de la cuarta instancia admita una excepción que, por su naturaleza, no desborda la competencia de una corte internacional de derechos humanos. En ese sentido se puede precisar que “if the Court considers the domestic court failed to consider certain factors when assessing the legal nature of the case, it risks going beyond its competence and acting as a court of fourth instance<sup>4</sup>” (TEDH, Voto concurrente del Juez Dedov, Caso Brežec Vs. Croacia, 2013), de tal manera que el tribunal internacional no viola la fórmula si nota que el tribunal doméstico, mediante un proceso interno o mediante una providencia judicial, está vulnerando derechos protegidos en la CADH (Corte IDH, Sen-

3 El tribunal internacional no está llamado a fungir como tribunal cuasi-apelativo que corrige las sentencias de un tribunal nacional bajo la ley interna.

4 Si la Corte considera que el tribunal nacional no tuvo en cuenta determinados factores al evaluar la naturaleza jurídica del caso, corre el riesgo de extender su competencia y actuar como órgano jurisdiccional de cuarta instancia

tencia del Caso Favela Nova Brasilia Vs. Brasil, 2017), en esos casos le está autorizado legítimamente a la Corte tomar determinaciones respecto de esos procesos y de esas providencias, pues de no hacerlo, su función última, la de proteger derechos humanos frente a arbitrariedades del estado, se volvería ilusoria. Como lo señala Antonio Cançado Trindade y Germán Albar (1998):

No se trata en verdad de revisar las sentencias de los tribunales domésticos, sino de una función más importante e imprescindible dentro de un mecanismo que se jacta de ser protector de los derechos humanos, puesto que la Comisión y la Corte como únicos órganos de supervisión, pueden y deben determinar la compatibilidad o no con el Pacto de San José de cualquier acto u omisión en que incurran los estados, a través de algunos de sus poderes, órganos o agentes. (p. 21)

En ese sentido al valorarse el cumplimiento de ciertas obligaciones internacionales, puede darse una intrínseca interrelación entre el análisis de derecho internacional y los sucesos en la jurisdicción interna. Por lo tanto, 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 legítimamente deba ocuparse de examinar los respectivos procesos internos y sus decisiones para establecer su compatibilidad con la CADH, y en caso de considerarlo, emitir las respectivas medidas reparativas.

Ahora bien, en el caso *Fontevéchia & D'Amico Vs. Argentina* la Comisión y los representantes de las víctimas solicitaron a la Corte IDH la protección de sus derechos convencionales frente a las vulneraciones del Estado y no la revisión del fallo local. Sin embargo, en el transcurso del caso contencioso la Corte evaluó el fallo proferido por la CSJN como acto estatal generador de responsabilidad internacional desde la óptica de la CADH. Y en virtud de este argumento se encontró que, en efecto, el fallo en sí mismo había vulnerado el artículo 13 de la Convención en perjuicio de los demandantes, pues este no se ajustaba a los estándares de protección internacional del derecho a la libertad de expresión, con los argumentos ya explicados. De suerte que, al ordenar dejar sin efecto el fallo interno, la fórmula de la cuarta instancia quedó incuestionada, en el entendido que esta decisión se dio en ejercicio de la excepción del principio y en función de la misma competencia natural de la Corte IDH, de proteger derechos humanos, y no como consecuencia de actuar como una instancia adicional a los tribunales internos. La esencia del principio de la cuarta instancia en este caso no fue quebrantada ya que previo trámite contencioso se determinó, que la sentencia interna

vulneraba derechos humanos y en consecuencia, dejarla sin efecto, constituía una de las formas de reparar los derechos vulnerados por el Estado. En ese orden de ideas, los argumentos esbozados por la CSJN sobre la vulneración de la fórmula de la cuarta instancia para rehusarse al cumplimiento del fallo de la Corte IDH han quedado despojados de autoridad a través de las precisiones realizadas en este texto. Se ha demostrado que doctrinal y jurisprudencialmente existe una excepción legítimamente aceptada para que el tribunal internacional tome medidas sobre un fallo interno, que ocurre cuando este contraviene disposiciones convencionales, y en ese caso la Corte no se convierte en un tribunal de apelaciones.

## 6. Doctrina de la compétence de la compétence

Sigue, en el pronunciamiento de 14 de febrero de 2017 el argumento de la CSJN respecto a que las medidas remediales que puede tomar la Corte IDH deben estar enmarcadas en un cuadro potestativo previamente diseñado. Según la CSJN el ordenar dejar sin efecto un fallo interno excede la competencia del Tribunal Internacional puesto que este mecanismo restitutivo no se encuentra en el texto de la CADH. Afirmar que la competencia de la corte supranacional está limitada a los instrumentos que la han constituido y que carecen de una jurisdicción inherente e inalterable para seleccionar los remedios que quieran aplicar (consideraciones 6, 12, 14, 15).

La CSJN ha tocado el tema de la competencia que tiene la Corte IDH para diseñar las medidas de reparación que debe adoptar el estado en su paso hacia la protección de derechos humanos. Para desarrollar este asunto, debemos recordar primero, que la Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de la CADH, siempre que los estados parte en el caso hayan reconocido su competencia (artículo 62, CADH). En caso de verificar la existencia de una violación de un derecho protegido convencionalmente, la Corte IDH dispondrá, según el artículo 63 de la CADH: (i) que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados, (ii) que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y (iii) el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

Parece necesario, en este punto, recordar que el Estado de Argentina reconoció la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de De-

rechos Humanos desde el día 5 de septiembre de 1984, cuya consecuencia lógica deductiva nos permite concluir que el Tribunal puede conocer y decidir los asuntos contenciosos provocados por sus violaciones de derecho humanos, así como también tiene la facultad de declarar la responsabilidad internacional y ordenar medidas de reparación e indemnizaciones que crea adecuadas. Órdenes emitidas dentro del ámbito de sus facultades convencionales de conformidad con los artículos citados en el párrafo anterior.

Empecemos el análisis de este apartado con la competencia dispositiva de la Corte en materia de medidas de reparación. Como se observó el artículo 63 de la CADH (OEA, 1969) no realizó un listado taxativo de medidas de reparación que la Corte IDH puede tomar en casos determinados. El artículo se redactó en sentido amplio para que el Tribunal, en ejercicio de su facultad jurisdiccional autónoma disponga dentro de su competencia cuáles son esas medidas reparativas a ordenar en casos específicos. En ese sentido la competencia de la Corte para adoptar medidas de reparación es general, amplia e implícita puesto que el artículo 63 de la CADH no ha limitado de ninguna manera su campo de acción en materia de medidas de reparación; por el contrario, la redacción literal del texto le permite al Tribunal acoplarse e interpretar las medidas de acuerdo a las necesidades de cada caso concreto y al contexto en el que se desarrolló la infracción. Las medidas pueden variar abismalmente de un caso a otro. En consecuencia la lógica del Estado de Argentina según la cual la Corte no puede ordenar dejar sin efecto un fallo interno por cuanto esta medida específica no está contemplada en el artículo 63 de la CADH, no se encuentra ajustada a la naturaleza misma de la convención y sus medios de protección, pues se está desconociendo sin base normativa las facultades amplias que la Convención le ha otorgado a la Corte en virtud del citado artículo. De aceptarse la interpretación de Argentina, se aceptaría también la afirmación de que la Corte IDH no puede ordenar ninguna medida de reparación por cuanto ninguna de ellas se encuentra contemplada expresamente en el artículo 63 de la CADH y de ser así, no habría justificación, entonces, para la existencia de un Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, pues las medidas de reparación nunca podrían ordenarse por no estar expresas, ni mucho menos hacerse materiales, porque esa sería la excusa general de todos los estados para el incumplimiento de sus obligaciones convencionales.

Acertadamente la doctrina ha aseverado que: “when the international court contemplates the performance of pre or postarbitral supervisory roles,

it must still consider whether the tasks presented to it are within its competence<sup>5</sup>” (Reisman, 1996, p. 9). Esta visión de la competencia de las cortes internacionales contiene un principio de acción fundamental en el gobierno de la actividad jurisdiccional internacional: el principio de la compétence de la compétence. Esta es una expresión de origen francés (Kompetenz-Kompetenz en alemán), “(which) refers to the power of an international court or tribunal to define the limits of its own jurisdiction<sup>6</sup> (Boisson de Chazournes, 2010, p. 28)”, sin llegar a desbordar el consenso inicial de los estados parte. La aplicación del principio de la compétence de la compétence es un prerrequisito para el ejercicio pleno de la jurisdicción internacional. Los estados parte, que de manera consensuada, otorgaron competencia a una corte supranacional, también le conceden la facultad de definir los límites de su propia competencia, en virtud de la autonomía, independencia e imparcialidad internacional; pues no tendría sentido ceder una jurisdicción más allá de las fronteras nacionales si esta estaría sujeta a las interpretaciones locales.

La compétence de la compétence es un fenómeno jurídico propio del derecho judicial internacional, que ha sido codificado en tratados multilaterales, en particular en el artículo 48 de la Convención No. I de la Haya de 1899 y el artículo 43 de la Convención No. II de la Haya de 1907, los dos tratados se refieren a la solución pacífica de disputas internacionales; así mismo el principio ha sido desarrollado por los pronunciamientos de los tribunales internacionales, donde ha quedado expreso que “as a general rule, any body possessing jurisdictional powers has the right in the first place itself to determine the extent of its jurisdiction<sup>7</sup>” (Corte Internacional de Justicia, Advisory Opinion, Interpretation of the Greco-Turkish Agreement, 1928, p. 20)”. En el ámbito interamericano, ya en varias sentencias se ha hecho referencia a este principio. En ese sentido, en casos como Furlán y familiares Vs. Argentina (2012) la Corte IDH recordó que, como todo órgano con funciones jurisdiccionales internacionales, tiene el poder inherente a sus atribuciones de determinar el alcance de su propia competencia. Y en casos como Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú (Competencia, 1999) la Corte IDH recalcó que:

Su competencia no puede estar condicionada por hechos distintos a sus propias actuaciones. Los instrumentos de aceptación de la cláusula

5 Cuando el tribunal internacional realiza el desempeño de sus funciones de supervisión pre o pos arbitrales, debe también tener en cuenta si las tareas que se le presentan están dentro de su competencia.

6 Que se refiere al poder que tiene una corte o tribunal internacional para definir los límites de su propia jurisdicción.

7 Como regla general, todo órgano que tenga competencias jurisdiccionales tiene el derecho, en primer lugar, de determinar el alcance de su jurisdicción



facultativa de la jurisdicción obligatoria (artículo 62.1 de la Convención) presuponen la admisión, por los estados que la presentan, del derecho de la Corte a resolver cualquier controversia relativa a su jurisdicción. Una objeción o cualquier otro acto interpuesto por el Estado con el propósito de afectar la competencia de la Corte es inocuo, pues en cualesquiera circunstancias la Corte retiene la competencia de la competencia, por ser maestra de su jurisdicción (p. 34).

Hoy en día se entiende que la competencia de la competencia es un poder inherente a los tribunales internacionales y por lo tanto es un principio general de procedimiento internacional, que permite que el tribunal considere su competencia como la establecida bajo sus propias determinaciones (Boisson de Chazournes, 2010). Acercándonos al caso analizado, demostramos que la decisión de la Corte IDH sobre dejar sin efecto la providencia de 25 de septiembre de 2001 proferida por la CSJN se expidió de conformidad con su facultad de poder definir los propios límites de su competencia, sin llegar a desbordar el consenso inicial que Argentina le otorgó a través de la aceptación de su competencia contenciosa. Queda claro que de acuerdo con la naturaleza de la jurisdicción internacional la Corte IDH es juez única de su propia competencia, y en ese sentido tiene a autonomía de definir, sin extralimitarse en su competencia, cuáles medidas de reparación ordena en cada caso en concreto, quedándole prohibido a los tribunales internos interpretar el alcance jurisdiccional de dichas órdenes. En conclusión las consideraciones realizadas por la CSJN respecto a que la competencia de la Corte IDH se encuentra limitada por la CADH se tornan contradictorias con lo aquí confirmado, puesto que desconoce que por la naturaleza del derecho internacional, es esa misma Convención Americana de Derechos Humanos, la que le permite fungir como tribunal autónomo, imparcial e independiente, capaz definir su propia competencia, e idóneo para determinar los medios de reparación que estime necesarios con base en el contexto infractor que el caso en concreto provea.

## 7. La CADH y los principios del derecho público de Argentina

La siguiente clasificación argumentativa del fallo de 14 de febrero de 2017 es la relativa a la imposibilidad de cumplir con el fallo *Fontevicchia & D'Amico* a la luz de los principios de derecho público de Argentina (consideraciones 7, 16, 17, 18, 19, 20). Fundamenta su motivación en el artículo 27 de

la Constitución Política (1853) la cual reza “el Gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución”. La CSJN asume que este artículo constitucional la faculta para interpretar las obligaciones asumidas por el Estado respecto al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, así mismo supone que el ordenamiento interno se encuentra blindado por una reserva soberana que permite interpretar los fallos de los tribunales internacionales. Finalmente afirma que dejar sin efecto la sentencia de 25 de septiembre de 2001 implica privarse de su carácter de órgano supremo del poder judicial y en consecuencia estaría alterando el sentido de la Constitución y violando los principios generales del derecho público de Argentina.

*Prima facie* los argumentos de la CSJN pueden resultar, en cierta medida, convincentes. Para determinarlo tenemos que formularnos dos preguntas, a saber: (i) cual es la jerarquía de los tratados internacionales dentro del ordenamiento interno argentino y (ii) si le es permitido a la CSJN decidir si un tratado internacional de derechos humanos, ya ratificado, se acopla a los principios de derecho público internos.

Para resolver la primera cuestión citaremos el artículo 75, inciso 22 de la Constitución Política de Argentina, según el cual expresamente se manifiesta que la Convención Americana de Derechos Humanos, siendo un tratado que versa sobre la protección de derechos humanos, hace parte de la jerarquía constitucional y por lo tanto es superior a las leyes de Argentina. Recordemos que, como se señaló, la Convención Americana de Derechos Humanos ingresó al sistema legal de Argentina con la ratificación del poder ejecutivo y la aprobación por parte del Congreso (Ley No 23.054 de 1984), de suerte que, por ser protectora de derechos humanos, no es una ley de rango ordinario, sino constitucional. Además, en pronunciamientos que en otrora la CSJN expidió sobre este tema se dijo que resultaría un contrasentido aceptar que la Constitución Nacional de Argentina que, por un lado, confiere rango constitucional la mencionada Convención, permita interpretaciones que releguen su vinculatoriedad frente a las disposiciones internas (Fallos: 335:2333, 2012). Queda claro que por disposición del mismo sistema legal argentino la CADH, al ser un tratado de derechos humanos, forma un bloque constitucional con la Carta Política Argentina, bloque que debe ser entendido como un solo cuerpo jurídico que está conformado por documentos del mismo nivel jerárquico: el texto superior y la CADH. Esta situación

no puede ser desconocida por ninguno de los poderes estatales, y eso incluye, por supuesto, a la CSJN. Luego de resolver esta sencilla pero sustancial pregunta, que a propósito la CSJN no toca en su pronunciamiento de 14 de febrero, abrimos el paso a resolver la segunda cuestión.

Compete ahora razonar si le es permitido, o no, a la CSJN decidir si un tratado internacional de derechos humanos, ya ratificado, se acopla a los principios de derecho público internos de la Nación. La Corte Suprema de Justicia de Argentina es el órgano judicial de cierre dentro del Estado, de ello no hay duda. A eso hay que sumarle que después de los trámites en el ejecutivo y en el legislativo, en ejercicio del artículo 27 constitucional ya citado, se ratificó la CADH y se aceptó la competencia contenciosa de la Corte IDH desde 1984 (Ley No 23.054 de 1984). Lo anterior supone que con el ingreso de este nuevo documento al sistema constitucional, todo el estado de Argentina (no solo el poder judicial) se somete al escrutinio internacional y a la posibilidad de estar bajo la jurisdicción de una Corte que, de cierto modo, va a fiscalizar sus actuaciones en caso de vulneración de derechos humanos, y en caso de comprobarse una de estas vulneraciones, podrá tomar las medidas tutelares y reparatorias respectivas. Las medidas que puede ordenar la Corte IDH, vinculantes como ya se demostró, *per se* afirman la idea que un órgano supranacional se ubica por encima de los tres poderes públicos del estado, situación que no se deriva de la vulneración de la fórmula de la cuarta instancia, si no de la naturaleza propia de la supervisión internacional a la cual se somete el estado voluntariamente.

Ahora bien, de la semántica del artículo 27 constitucional se deduce que el deber del gobierno de afianzar las relaciones de paz y comercio obliga al mismo tiempo a verificar que los tratados están acorde a los principios de derecho público constitucionales. Para el caso que nos ocupa, esta verificación se agota en el instante en que el ejecutivo hizo posible el hecho de afianzar las relaciones de paz por medio de la firma de la CADH, y se concretó cuando el legislativo la aprobó mediante la Ley No 23.054 de 1984, pues de lo contrario el tratado internacional no podría hacer parte del rango constitucional del Estado, como hoy en día lo es. En ese orden de ideas le queda vedado a la CSJN entrar a afirmar que la Convención Americana se contrapone a los principios de derecho público argentinos, puesto que los órganos encargados constitucionalmente de esta verificación, fueron: el ejecutivo, mediante la orden contenida en el artículo 99 inciso 11 de la Constitucional y el legislativo con la Ley No 23.054 de 1984 (Congreso de la República de

Argentina), aprobada según el artículo 75 inciso 22 constitucional.

Es sensato alegar, entonces, que la Convención Americana de Derechos Humanos se ajusta a los principios de derecho público de Argentina, pues además de que este examen se depuró cuando los órganos ejecutivo y legislativo dieron vía libre para su implementación, también se puede verificar que el tratado no altera la supremacía de la constitución, no cambia la forma de gobierno, no suprime una provincia, no incorpora nuevas, no desintegra social o políticamente el Estado, no restringe los derechos civiles, políticos, sociales ni culturales reconocidos por la Constitución, no suprime o disminuye las garantías constitucionales, como el mismo fallo de 14 de febrero lo afirma en la consideración 18. En consecuencia, la negativa a aplicar el fallo internacional no es bien recibida a la luz de lo explicado, porque el admitirla, implica que también se acepta que las disposiciones dogmáticas constitucionales internas tienen un conflicto irreparable, permitiéndole al Máximo Tribunal Nacional inaplicar adrede disposiciones de rango constitucional, que eventualmente desembocaría en la ilegitimidad de su ejercicio.

Aunado a lo anterior se debe recordar que el dejar sin efecto un fallo nacional no hace eco en que la CSJN se priva de carácter de órgano supremo del poder judicial nacional, por el contrario, es una señal de una genuina aplicación de un tratado internacional de rango constitucional. La CSJN carece de jurisdicción para determinar si el fallo internacional es aplicable o no, pues esto excede sus competencias originarias y derivadas. En todo caso, no se debe dejar de lado, que el fallo *Fontevicchia & D'Amico* no se causó en una intromisión ilegal de una entidad supranacional, sino en la ineffectividad estatal comprobada al momento de proteger derechos humanos dentro de su propia soberanía, en ese orden de ideas, el cumplir con el fallo internacional es una forma constitucional de reparar derechos a sus ciudadanos.

Para finalizar este apartado, debemos recordar que es la Corte IDH quien tiene la competencia para interpretar la CADH (artículos 62.3 y 64 de la CADH) y sus sentencias (artículo 67 de la CADH), y que ningún estado miembro puede argumentar razones de orden interno para incumplir con las disposiciones del órgano internacional (artículo 27 de la convención de Viena, 1969), por lo que todo conflicto entre el derecho internacional y el derecho interno que pueda producir un incumplimiento de una obligación internacional, implicará la responsabilidad del Estado (Virally, 2010). De suerte que Argentina debe sujetarse a la jurisprudencia interamericana, del mismo modo que al texto de la CADH, y en conclusión, solo le resta abstenerse

de hacer interpretaciones forzadas del texto constitucional y reconsiderar el cumplimiento del fallo *Fontevicchia & D'Amico* en el orden interno.

## 8. Margen de apreciación nacional

Finalmente, una última categoría en la que hemos clasificado la providencia de 14 de febrero de 2017 es el argumento sobre el margen de apreciación nacional que según señala (consideración 10) es una manifestación material del carácter subsidiario que tiene la Corte IDH respecto al Estado de Argentina y por lo tanto no es viable acatar su decisión. La CSJN no hace un desarrollo específico de este postulado, sólo se limita a mencionarlo superficialmente, no obstante, para que no haya dudas sobre si esta doctrina aplica o no en el caso en concreto, procederemos a analizarlo.

El margen de apreciación nacional es una doctrina desarrollada principalmente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y por la doctrina del viejo continente. Esta teoría:

Means that states are allowed a certain margin for discretion in order to take into account the special circumstances of each state. It has been stated that in order to maintain its institutional credibility, the court must refrain from interfering with the margin of appreciation granted to Contracting States<sup>8</sup> (Dahlberg, 2014, p. 78).

En otras palabras, lo podríamos definir, también, como la facultad de los estados que les permite un ámbito de discreción o espacio de maniobra respecto a la forma en la que cumplen con las obligaciones o estándares contenidos en las convenciones de derechos humanos, tomando en cuenta sus propias circunstancias y condiciones particulares (Saul, 2015). Esta técnica también ha sido compartida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto a la forma en la que los estados parte conciben y limitan los derechos contenidos en la Convención Americana de Derechos Humanos, a lo que ha adicionado que: esas limitaciones deben guardar correspondencia estricta entre el medio empleado y el fin perseguido, y en definitiva, no pueden suponer la negación misma de ningún derecho (Caso Cantos Vs.

<sup>8</sup> El margen de apreciación nacional significa que se permite a los estados un cierto margen de discrecionalidad a fin de tener en cuenta las circunstancias especiales de cada estado. Se ha afirmado que, para mantener su credibilidad institucional, la corte debe abstenerse de interferir con el margen de apreciación otorgado a los Estados Contratantes.

Argentina, 2002).

La base doctrinal de esta teoría puede condensarse en los siguientes sub principios de derecho internacional (Spielman, 2014): (i) Subsidiariedad, que hace referencia a que antes de llegar a un proceso contencioso internacional, los estados tienen la posibilidad de asegurar la protección interna de los derechos convencionales en primera oportunidad. Esto sucede porque las cortes domésticas pueden observar e interpretar mejor la plataforma fáctica de cada caso en concreto dentro del país (TEDH, Caso Diamant SALIHU and others Vs. Suecia, 2016). (ii) Proporcionalidad, que se refiere a que para restringir derechos humanos con base en el margen de apreciación debe existir una necesidad social apremiante, cuidadosa y de buena fe (TEDH, Caso Morice Vs. Francia, 2015), que además, implica el razonamiento de un parámetro gradual y escalonado entre los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad *stricto sensu* (Stone & Mathews, 2013). (iii) Consenso, que indica que la presencia o ausencia de consenso internacional sobre la interpretación de un derecho específico determina la aplicación o no del margen de apreciación nacional. “(This margin) is concerned with whether there is a consensus between the states, or not. If there is consensus, then the margin will be narrower and when there is no consensus, then the margin afforded to the states is wider<sup>9</sup> (Dahlberg, 2014, p. 80)”. Por ejemplo en la causa Schalk and Kopf Vs. Austria (TEDH, 2010), se concluyó que no podía endilgarse responsabilidad internacional a Austria por no haber promulgado legislación que permitiera el registro de parejas del mismo sexo, teniendo en cuenta que para la época no existía un consenso europeo sobre la materia, de ahí que ante la ausencia del referido consenso, el Estado disfrutaba de un amplio margen de apreciación nacional.

El análisis de las tres bases mencionadas, constituyen la procedencia de la aplicación de margen de interpretación nacional. De forma que el hecho que el estado alegue la aplicación de esta teoría tendrá la obligación argumentativa tendiente a demostrar el cumplimiento de estos supuestos. Ahora bien, de la lectura de providencia de 14 de febrero de 2017 no se conoce sobre qué situación específica la CSJN argumenta el uso de la doctrina del margen de apreciación nacional, no obstante, de la lectura podríamos plantear dos posibles hipótesis: (i) la CSJN podría estar interesada en argumentar esta doctrina respecto a la garantía del derecho a la libertad de expresión contenido en el artículo 13 de la CADH, razonando que puede garantizar ese

<sup>9</sup> Se refiere a si hay consenso entre los estados o no. Si hay consenso, entonces el margen de apreciación será reducido, y cuando no hay consenso el margen de apreciación dado a los estados será más amplio.

derecho dentro de su jurisdicción de acuerdo a sus condiciones específicas y (ii) la CSNJ podría pretender usar esta doctrina para argumentar que el incumplimiento en sí mismo del fallo de la Corte IDH se debe a las especiales circunstancias internas de su propio Estado.

Si nos guiamos por la primera hipótesis tendríamos que hacer hincapié en que en el estado actual del proceso contencioso no hay lugar a usar la teoría del margen de apreciación nacional sobre el artículo 13 de la Convención, puesto que dicho argumento debió usarse mediante las instancias procesales internacionales pertinentes, como: la contestación, las excepciones, los alegatos, etc. Actualmente el proceso ya cuenta con sentencia, situación que no da pie al uso de ese argumento, pues el mismo es una defensa que ya resultó vencida en el transcurso del trámite internacional. Es una cuestión de procedimiento. Siguiendo ahora con la segunda hipótesis, y adicional al anterior argumento sobre el mal uso procesal de la figura, también es oportuno señalar, que aun cuando el margen de interpretación nacional procediera al momento de acatar el fallo internacional, este debe cumplir con la procedencia de los sub principios de subsidiariedad, proporcionalidad y consenso. Después de un somero análisis de estos principios podríamos aseverar que (i) si se dio la oportunidad al Estado de Argentina para proteger derechos en sede interna<sup>10</sup>, razón por la cual la Corte IDH está legitimada para actuar, sin vulnerar el principio de subsidiariedad, además, se debe dejar claro que el que hecho de que el tribunal doméstico esté en una mejor posición para valorar los presupuestos fácticos de un caso en concreto, no supone que tenga idoneidad para interpretar sus obligaciones convencionales, ni tampoco la aplicabilidad de los fallos de la Corte IDH; (ii) para restringir los derechos el Estado de Argentina debe determinar que la medida de inaplicar el fallo internacional es idónea, necesaria y proporcional *stricto sensu*; identificando que no existe otra medida alternativa que permita conseguir fines análogos y con un menor sacrificio a los afectados. La providencia aquí estudiada carece del análisis del principio de proporcionalidad, dejando plasmados conceptos abstractos sin lograr argumentar el cumplimiento de este presupuesto; y (iii) no existe ausencia de consenso de los países de las Américas sobre la vinculatoriedad de las decisiones proferidas por la Corte IDH, incluso la misma Corte Suprema de Justicia de Argentina, desde la aceptación de la competencia contenciosa de la Corte hasta antes de 14 de febrero de 2017, había sido enfática en afirmar que los pronunciamientos internacionales eran de obligatorio cumplimiento, en observancia de los principios de buena fe

10 Ver antecedentes del conflicto, parte inicial del presente texto.

y *pacta sunt servanda*, so pena de verse comprometido en una nueva causa de responsabilidad internacional (fallos: 326:2968, 327:5668, 334:1504, 336:1024, 315:1492, 318:373, 334:1504). Por lo tanto, se demuestra que no es viable usar el principio del consenso para aplicar la teoría del margen de apreciación nacional.

Como se señaló, la CSJN apenas mencionó el margen de interpretación nacional sin argumentar las causales, presupuestos, o procedencia del criterio. De forma que el fallo de 14 de febrero contiene un quebranto hermenéutico en su motivación que, en el fondo, revela una decisión caprichosa por parte del Máximo Tribunal Argentino y no un estudio juicioso sobre la aplicación constitucional y convencional de los fallos de la Corte IDH. Lo anterior produce una inseguridad jurídica en el derecho interno de Argentina respecto a la protección de los derechos humanos protegidos en la Convención de San José. Inseguridad que se eventualmente puede extenderse hacia los demás países de la región, puesto que es costumbre en nuestros sistemas judiciales, que la jurisprudencia de otros países sea usada como criterio de interpretación para fallar causas propias.

## CONCLUSIONES

Los estados parte de la Convención Americana de Derechos Humanos tienen la obligación convencional de implementar tanto a nivel internacional como interno y de forma pronta e íntegra, lo dispuesto por la Corte IDH en las sentencias que a ellos conciernen, obligación que, vincula a todos los poderes y órganos estatales y que, de no cumplirse, se incurre en un ilícito internacional. Al producirse este ilícito internacional surge la responsabilidad del estado por violación de una norma internacional, dándose así origen a una relación jurídica nueva que consiste en la obligación de reparar.

La Corte Suprema de Justicia de Argentina, en la decisión contenida en el fallo de 14 de febrero de 2017, toma una distancia considerable respecto a los estándares internacionales de cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y se separa de su línea jurisprudencial que hasta ese momento había imperado en sus pronunciamientos.

La Corte Suprema de Justicia de Argentina está llamada, en lo su-



cesivo, a hacer su esfuerzo máximo para armonizar sus decisiones con los pronunciamientos judiciales internacionales, y dentro de lo posible, reconsiderar el cumplimiento de la sentencia *Fontevéchia & D'Amico*. O en su defecto, realizar una argumentación mejor lograda jurídicamente, al momento de cambiar su línea jurisprudencial, de tal manera que convenza a las víctimas y a los órganos internacionales que no hay otra solución posible a ese problema jurídico.

Como se anunció, la inseguridad jurídica nacional en materia de derechos humanos, en este corto tiempo ya se vio afectada. Es así como un reciente fallo de septiembre de 2017 proferido por la Cámara de Apelaciones de la ciudad San Salvador de Jujuy de Argentina, negó las medidas cautelares de las Comisión Interamericana de Derechos Humanos, puesto que haciendo una interpretación extensiva del fallo de 14 de febrero de 2017 de la CSJN afirmó que le queda claro a la Cámara de Apelaciones que las opiniones o recomendaciones de la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos, no son vinculantes para el Estado Argentino, como tampoco revisten el carácter de obligatorios los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. (Expediente N° C-172/17, 2017).

## BIBLIOGRAFÍA

Argentina, Cámara de Apelaciones de la ciudad San Salvador de Jujuy (septiembre de 2017). Decisión del recurso de apelación interpuesto por Paula Álvarez y otros para el cumplimiento de las medidas cautelares No. 25/16 proferidas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Expediente N° C-172/17.

Argentina, Congreso de la República (1 de marzo de 1984). Ley No 23.054 de 1984 mediante la cual se aprueba la Convención Americana de Derechos Humanos.

Argentina, Congreso General Constituyente (1 de mayo de 1853). Constitución Política de Argentina. Buenos Aires, Argentina.

Argentina, Corte Suprema de Justicia de la Nación (14 de febrero de 2017). Sentencia del Caso Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso “*Fontevéchia y D'Amico vs. Argentina*”, M 368/1998.

Argentina, Corte Suprema de Justicia de la Nación (14 de febrero de 2017).

Voto disidente del Magistrado Juan Carlos Maqueda, Caso Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso “Fontevecchia y D’Amico Vs. Argentina”, M 368/1998.

Argentina, Corte Suprema de Justicia de la Nación (25 de septiembre de 2001). Sentencia del caso Carlos Saúl Menem Vs. Jorge Fontevecchia y otros, M 368/1998, Fallo 324:2895.

Argentina, Corte Suprema de Justicia de la Nación (27 de noviembre de 2012). Sentencia del Caso Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/ el Ejército Argentino s/ daños y perjuicios. Fallos: 335:2333.

Argentina, Procuración General de la Nación (26 de noviembre de 2014). Concepto en el caso Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso Fontevecchia & D’Amico Vs. Argentina, M 368/1998.

Boisson de Chazournes, L. (2010) The Principle of Compétence de la Compétence in International Adjudication and its Role in an Era of Multiplication of Courts and Tribunals. En: M. Arsanjani, J. Cogan & S. Weissner. Looking to the Future: Essays in Honor of W. Michael Reisman. Leiden, Holanda: Martinus Nijhoff. 1027-1064.

Cançado Trindade, A. & Albar, G. (1998) Reflexiones sobre el futuro del sistema interamericano de derechos humanos. San José, Costa Rica: Cox Editores, 1998.

Corte IDH (29 de julio de 1988). Sentencia de fondo, Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, Serie C No. 04.

Corte IDH (24 de septiembre de 1999). Decisión de competencia, Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú.

Corte IDH (28 de noviembre de 2002). Sentencia de fondo, reparaciones y costas, Caso Cantos Vs. Argentina, Serie C No. 97.

Corte IDH (17 de noviembre de 2004). Resolución de supervisión de cumplimiento, Caso Bulacio Vs. Argentina.

Corte IDH (25 de noviembre de 2004). Sentencia de fondo, reparaciones y costas, Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú, Serie C No. 129.

Corte IDH (23 de junio de 2005). Sentencia de excepciones preliminares,

fondo, reparaciones y costas, Caso Yatama vs. Nicaragua, Serie C No. 127.

Corte IDH (29 de noviembre de 2006). Sentencia de fondo, reparaciones y costas, Caso La Cantuta Vs. Perú, Serie C No. 162.

Corte IDH (15 de noviembre de 2010). Resolución de supervisión de cumplimiento, Caso Kimel Vs. Argentina.

Corte IDH (29 de noviembre de 2011). Sentencia de fondo, reparaciones y costas, Caso Fontevecchia & D'Amico Vs. Argentina, Serie C No. 238.

Corte IDH (31 de agosto de 2012). Sentencia de fondo, reparaciones y costas, Caso Furlán y familiares Vs. Argentina, Serie C No. 246.

Corte IDH (21 de agosto de 2014). Resolución de supervisión de cumplimiento, Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala.

Corte IDH (1 de septiembre de 2015). Resolución de supervisión de cumplimiento, Caso Fontevecchia & D'Amico Vs. Argentina.

Corte IDH (22 de noviembre de 2016). Resolución de supervisión de cumplimiento, Caso Fontevecchia & D'Amico Vs. Argentina.

Corte IDH (16 de febrero de 2017). Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Caso Favela Nova Brasilia Vs. Brasil, Serie C No. 333.

Corte Internacional de Justicia (28 de agosto de 1928). Advisory Opinion, Interpretation of the Greco-Turkish Agreement of Dec. 1st, 1926 (Final Protocol, Article IV). Ser. B. No. 16.

Dahlberg, M. (2014). Is not its task to act as a court of fourth instance, *European Journal of Legal Studies*. Vol. 7, No. 2, 84-118.

Hitters, J. C. (2008). ¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de derechos humanos?, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, N° 10. 131-155.

Organización de los Estados Americanos, (22 de noviembre de 1969). Convención Americana sobre Derechos Humanos. Conferencia especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (B-32). San José, Costa Rica.

Organización de Naciones Unidas (23 de mayo de 1969). Convención de Viena, Derecho de los Tratados. Doc A/CONF.39/27, 1155 U.N.T.S. 331.

Reisman, M. (1996) The supervisory jurisdiction of the International Court of Justice: international arbitration and international adjudication. La Haya, Holanda: Recueil des cours.

Robles, R. (2014). La fórmula de la cuarta instancia y su relativización en el ámbito del Sistema Interamericano. Buenos Aires, Argentina: Universidad de Buenos Aires.

Saul, M. (2015). The European Court of Human Rights, Margin of appreciation and the Processes of National Parliaments, *Oxford Human Rights Law Review*. Vol. 15, No. 4. 745-774.

Spielman, D. (2014). Current Legal Problems, *Oxford Academic Review*. Vol. 67, No. 1. 49-65.

Stone, A. & Mathews, J. (2013) Proporcionalidad y constitucionalismo: un enfoque comparativo global. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (24 de junio de 2010). Sentencia de fondo, Caso Schalk and Kopf Vs. Austria.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (17 de abril de 2012). Sentencia de fondo, Caso Tomić and Others Vs. Montenegro.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (18 de julio de 2013). Voto concurrente del Juez Dedov, Caso Brežec Vs. Croacia.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (23 de abril de 2015). Sentencia de fondo, Caso Morice Vs. Francia.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (10 de mayo de 2016). Sentencia de fondo, Caso Diamant SALIHU and others Vs. Suecia.

Virally, Michel (2010). Fuentes del derecho internacional, en Sorensen, Max (Ed.), Manual de derecho internacional público. México DF., México: Fondo de Cultura Económica.