



CALOGERO PIZZOLO

¿Ser “intérprete supremo” en una comunidad de intérpretes finales? De vuelta sobre una interpretación “creacionista” de los derechos humanos

SOMMARIO: I.- De frente a un escenario de fragmentación jurídica y pluralismo interpretativo: la necesidad de desarrollar una técnica de cohabitación para articular las relaciones interordinamentales. II.- Hechos que originan el presente comentario. III.- Al “rescate” del derecho a la última palabra. IV.- El control de “identidad constitucional” como técnica de cohabitación. V.- Una interpretación “creacionista” de los derechos humanos: ¿la CADH como un bosque petrificado por el tiempo? VI.- Consideraciones finales.

I. De frente a un escenario de fragmentación jurídica y pluralismo interpretativo: la necesidad de desarrollar una técnica de cohabitación para articular las relaciones interordinamentales

La trascendencia de la sentencia que anotamos¹ nos impone como necesidad metodológica explicar ante todo, aunque más no sea sumariamente, el contexto jurídico en que se inserta. Sucede que la época actual, que en suerte o en desgracia nos toca vivir, nada o muy poco mantiene de épocas pretéritas donde la figura del Estado-Nación concentraba la atención del escenario jurídico. Las fronteras del Derecho coincidían entonces con las fronteras nacionales

¹ Menem Carlos Saúl c. Editorial Perfil y otros, S.C.M. 368, LXXXIV. Los hechos que originan el presente comentario se inician con una sentencia de la Corte IDH contra la Argentina. En ella los jueces de San José difieren con los jueces nacionales –incluidos los jueces supremos– sobre la interpretación de derechos que convergen hacia normas interconectadas que entran en conflicto entre sí. La divergencia entre intérpretes se produce en la forma y el modo en cómo superar dicho conflicto que involucra a la libertad de expresión, por un lado, y el derecho a la intimidad por otro. La Corte IDH declaró entonces que, el Estado argentino, al condenar a dos periodistas violó el derecho a la libertad de expresión reconocido en el artículo 13 (Convención Americana sobre Derechos Humanos). Los jueces argentinos, por el contrario, entendieron que la difusión de ciertas notas periodísticas había lesionado en forma ilegítima el derecho a la intimidad de la persona objeto de la investigación periodística. En consecuencia con lo anterior, la Corte IDH ordenó un conjunto de medidas de reparación a favor de los periodistas entre las cuales se destaca que el Estado argentino debe: dejar sin efecto las sentencias civiles en todos sus extremos. La CSJN en la sentencia que comentamos rechaza lo dispuesto por la Corte IDH y resuelve llevar adelante un control de constitucionalidad de la sentencia en sede supranacional rechazando finalmente el carácter vinculante de la misma.



celosamente custodiadas por jueces supremos que aplicaban un sistema de fuentes caracterizado por la *unidad interpretativa* representada por la Constitución. La tutela de los derechos humanos, por ejemplo, entraba dentro del dominio reservado de los Estados y, por ende, cualquier “control externo” sobre la vigencia de los mismos era abiertamente rechazado como una injerencia sobre la soberanía nacional. No había ocasión ni lugar para la *interconexión* con sistemas jurídicos autónomos desarrollados *más allá* del Estado en el espacio supranacional.

Cruz Villalón escribió que, las constituciones nacionales, “no fueron pensadas para entenderse las unas con las otras”. Las constituciones nacieron con no pocos problemas y no pocas tareas, pero entre ellas no se encontraba la de generar pautas de convivencia interna. Por el contrario, las constituciones nacionales, como las entendemos hoy día, “se imaginaron como normas supremas de unidades políticas idealmente aisladas: normas organizativas y limitativas de los poderes del Estado”. Otra cosa no tenían que decir, pero ello era suficiente para afirmar su “posición única y su posición de supremacía”.² Al describir el espacio constitucional europeo actual –donde conviven dos tribunales supranacionales³ con los tribunales nacionales-, el antiguo presidente del Tribunal Constitucional español, señala que se trata de un ámbito en el cuál cada una de sus comunidades nacionales integrantes “no se rige exclusivamente por la respectiva Constitución nacional, sino en el que, junto a éstas, otras normas determinan materialmente su constitucionalidad”.⁴ En otras palabras, las constituciones nacionales devienen en “constituciones integradas”. Van a dejar de ser, “Constituciones enteramente autodeterminadas”.⁵

La *tensión interordinamental* generada a partir del pluralismo jurídico entre los ordenamientos involucrados, es propia de nuestro tiempo y asume la forma general de una *convergencia de interpretaciones*. El concepto de pluralismo jurídico –reflejo de la fragmentación apuntada-, en opinión de Bogdandy, no implica una estricta separación entre regímenes jurídicos; por el contrario, promueve la idea de que “existe una interacción entre los distintos ordenamientos jurídicos”. Este concepto conlleva además, afirma el mismo autor, importantes consecuencias para la concepción del derecho constitucional: “ninguna constitución es ya un universo en sí mismo, sino más bien un elemento de un «pluriuniverso» normativo”.⁶ En este

² Ver CRUZ VILLALÓN, Pedro, *La constitución inédita. Estudios ante la constitucionalización de Europa*, Editorial Trotta, Madrid, 2004, p. 134.

³ Nos referimos al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) con sede en Estrasburgo intérprete del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), y al Tribunal de Justicia intérprete del derecho de la Unión Europea (UE) donde destaca su propia Carta de Derechos Fundamentales (Carta de Niza).

⁴ CRUZ VILLALÓN, Pedro, *La constitución inédita (...)*, ya citado, p. 14.

⁵ *Id.*, p. 61.

⁶ BOGDANDY, Armin von, “Del paradigma de la soberanía al paradigma del pluralismo normativo. Una nueva perspectiva (mirada) de la relación entre el ordenamiento internacional y los derechos nacionales”, en *Internacionalización del derecho constitucional, constitucionalización del derecho internacional*, EUDEBA, Buenos Aires, 2012, p. 26.

contexto, se propone el concepto de “acoplamiento entre ordenamientos jurídicos” para explicar las relaciones normativas de tipo interordinamental.

La sentencia bajo análisis presenta una cuestión sumamente compleja por resolver: de frente a la *unidad interpretativa* propia de un orden jurídico estatal representado por la Constitución, se ha desarrollado un espacio jurídico *fragmentado*, donde los intérpretes de las normas constitucionales conviven con una pluralidad de *centros autónomos de interpretación* en sede supranacional interconectados entre sí, de modo que se influyen todo el tiempo. Esta fragmentación se impone *desde* el espacio supranacional –*hacia* donde la propia Constitución se abre tendiendo “puentes” a partir de diversos *mandatos de apertura* como el contenido en el artículo 75 inc. 22 CN. Todo ello en el marco de una *universalización* del derecho y una interacción de sistemas jurídicos cada vez más intensa, en especial en materia de derechos humanos.

Diversos *actores* –personas físicas, Estados y organizaciones internacionales– según Shany, se expanden e interactúan en el ámbito internacional, lo cual hace “necesario e inevitable que los sistemas legales en dicho nivel también experimenten un cierto crecimiento”. El citado autor habla en términos de *explosions*. Así Shany refiere a que, por ejemplo, en los últimos años el derecho internacional se ha expandido a zonas donde no existía previamente ninguna regulación internacional, proliferando a la vez sus respectivos centros de interpretación junto a sus sistemas de solución de controversias.⁷ Esta *explosions* o tendencia a la expansión [*trend of expansions*], ha contribuido a aumentar el riesgo de una mayor posibilidad de superposición jurisdiccional [*jurisdictional overlap*] entre los tribunales y cortes internacionales.⁸ Para Lavranos, entre los “problemas fundamentales” que han surgido producto de la *jurisdictional competition* se encuentra –en primer lugar–, las inconsistencias en la ley [*inconsistencies in law*] las cuales, o bien crean interpretaciones jurídicas conflictivas, o bien la imposibilidad de sacar el máximo provecho de la ley y la jurisprudencia de otros tribunales y cortes que pueden estar envueltos en una disputa. El resultado es, se concluye, un efecto de fragmentación que afecta a los sistemas legales involucrados.⁹

La principal consecuencia de esta *apertura* del derecho interno hacia el espacio jurídico supranacional fragmentado, ha sido el *pluralismo jurídico* –o bien la presentación del derecho como un espacio pluridimensional. La segunda –claro efecto de la primera–, la apuntada *pérdida de la unidad jurídica fundada en las constituciones decimonónicas*. Todo lo cual ha traído como consecuencia directa la *erosión* del monopolio en el ejercicio del control de constitucionalidad a cargo de un juez nacional que ostentaba, como una de sus principales

⁷ Se cita en este sentido a la Organización Mundial de Comercio y su sistema de paneles, el Acuerdo de Libre Comercio de América del Norte, o bien los procedimientos de investigación de los paneles de inspección del Banco Mundial.

⁸ SHANY, Yuval, *The Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals*, Oxford University Press, 2003, p. 10.

⁹ LAVRANOS, Nikolaos, “The Solange-Method as a Tool for Regulating Competing Jurisdictions among International Courts and Tribunals”, en *Loyola Marymount University and Loyola Law School*, vol. 30, 2008, p. 333.

competencias, el *derecho a la última palabra en la interpretación del orden jurídico*. La unidad jurídica se manifestaba, por lo tanto, en una *unidad interpretativa*. A los jueces se les reconocía la última palabra en la medida que ellos ocupaban la máxima instancia en la interpretación de un ordenamiento integrado por normas ordenadas jerárquicamente.

En un escenario de fragmentación, por el contrario, compuesto por una diversidad de sistemas jurídicos autónomos pero interconectados entre sí y que se influyen recíprocamente, las relaciones interordinamentales refieren a las *relaciones* entre sus respectivos intérpretes finales que se integran en una comunidad. El “diálogo” entre las Cortes “es, por lo tanto, *in nuce* una comparación entre interpretaciones”.¹⁰

Dicha comunidad de intérpretes finales se forma y evoluciona como tal a partir de *normas interconectadas*. Al vincular entre sí un entramado normativo –en el presente caso sobre la regulación de la libertad de expresión y el derecho a la intimidad-, dichas normas lejos están de representar una simple y abstracta recopilación. Al mismo tiempo que se forman, se forma con ellas una *comunidad de intérpretes* que reclaman para sí la última palabra, en el ámbito propio de su competencia. Competencia que se ejerce en relación a una materia común, por lo tanto, no es difícil visualizar el núcleo problemático: se presentan varios directores de orquesta dispuestos a interpretar, en simultáneo, la misma partitura. ¿Qué pasaría si, al mismo tiempo, cada director decide imponer un ritmo distinto? ¿Qué separaría entonces a la interpretación de los derechos de una convergencia de sonidos caótica e indescifrable? Por último, ¿qué vigencia de los derechos queda garantizada con voces superpuestas que pretenden decirnos que significan?

Ahora bien, la comunidad de intérpretes finales se encuentra integrada ante todo por el intérprete de la *primera palabra*, esto es los jueces nacionales que ejercen de manera *exclusiva* la competencia de interpretar la voz –y los silencios- del constituyente.¹¹ Estos jueces nacionales, en la etapa de unidad interpretativa previa a la fragmentación, ostentaban también el monopolio de la interpretación de la *última palabra*. Pero ocurre que al integrarse en una comunidad de intérpretes finales, si bien no pierden esta segunda competencia pasan a ejercerla en superposición con los demás intérpretes que forman parte de dicha comunidad.

La posibilidad de escuchar un *coro de voces* sobre el contenido y alcance de los derechos humanos potencia el conflicto entre las partes. La salida al *bloqueo* de la eficacia de dichos derechos, lo cual acontecería frente a interpretaciones divergentes u opuestas de un mismo derecho –como en el caso que nos ocupa-, es profundizar en las *relaciones de cooperación no en la confrontación monologada*. Cada uno de los intérpretes finales que hacen parte de la comunidad, cooperan entre sí, si logran desenvolver un diálogo interjurisdiccional. Precisamente es este diálogo el instrumento idóneo para alcanzar los consensos mínimos que

¹⁰ RUGGERI, Antonio, “«Dialogo» tra le Corti e tecniche decisorie, a tutela dei diritti fondamentali”, n° 24/2013, <http://www.federalismi.it/document/03122013155424.pdf>, p. 7.

¹¹ Ver PIZZOLO, Calogero, “Las normas interconectadas: entre la primera y la última palabra en materia de derechos humanos”, en *Revista La Ley* de miércoles 8 de julio de 2015, p. 1

permita una cohabitación pacífica. Estos consensos, se expresan en técnicas de cohabitación practicadas por las partes y que, en esencia, implican un ejercicio de auto-contención o deferencia jurisdiccional.

Las relaciones entre intérpretes procuran ser, pues, de cooperación. Ello implica abandonar, como principio de las relaciones interordinamentales, el de *ordenación jerárquica*. Este principio es propio de la época clásica donde dominó la unidad interpretativa que hoy se ha perdido a manos de la fragmentación. Las relaciones entre los Tratados de la UE, las constituciones de los Estados y otras normas de relevancia a estos efectos, como es el CEDH –expone García Roca–, “no se basan en relaciones de jerarquía, de supremacía material y formal, sino que son un conjunto de fuentes cuya validez no deriva cada una de la otra, pero que se relacionan entre sí de manera interdependiente, y ordenada mediante un trabajo en red. Esta es la cuestión común a todas las relaciones fundadas en el diálogo”. La vieja pirámide de la teoría escalonada del derecho, construida en los años veinte y treinta por la escuela de Viena “ya no nos vale como visualización del nuevo fenómeno ni menos aún como explicación u ordenación de las relaciones y del funcionamiento del sistema”.¹²

En un modelo pluralista –según Torres Pérez–, coexisten un conjunto de ordenamientos jurídicos, distintos pero interdependientes, cuyas respectivas normas fundacionales-constitucionales no están jerárquicamente ordenadas. La falta de jerarquía entre las normas fundacionales de los sistemas jurídicos que interactúan en un mismo ámbito espacial “no es un defecto a superar, sino una característica básica del modelo”.¹³

Jacqué insiste en que, la visión fundada en la ordenación jerárquica que propone la pirámide de Kelsen, no permite explicar la realidad actual: si el análisis clásico conserva cierta utilidad en el estudio de la relación entre normas hacia el interior de un mismo orden jurídico, afirma este autor francés, aquél cede al momento de intentar explicar las relaciones complejas entre ordenamientos jurídicos.¹⁴ Gomes Canotilho, por su parte, defiende que la pirámide normativa está anticuada. En general, se decía y enseñaba –afirma el citado autor portugués– que la constitución representaba el vértice superior de un sistema de normas

¹² GARCÍA ROCA, Javier, “El diálogo entre el Tribunal de Derechos Humanos, los Tribunales Constitucionales y otros órganos jurisdiccionales en el espacio convencional europeo”, en *Diálogo jurisprudencial en Derechos humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales (In Memoriam Jorge Carpizo, generador incansable de diálogos...)*, Tirant lo Blanch, México D. F., 2013, p. 226 a 227. Las necesidades inherentes a la integración europea y latinoamericana “nos obligan a flexibilizar las categorías tradicionales y a comprenderlas de manera diversa y dinámica. Un tratado puede no ser una constitución, pero a veces ambas cosas se aproximan mucho como v.gr. ocurre en el origen de una constitución federal en un Estado federal clásico que proceda de la evolución de una Confederación” (*Id.*).

¹³ TORRES PÉREZ, Aída, “Principio fundamentales del poder público globalizado: comentarios desde la perspectiva europea”, en *Soberanía y Estado abierto en América Latina y Europa*, UNAM-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, México, 2014, p. 134. Sin resaltar en el original.

¹⁴ JACQUÉ, Jean-Paul, “«Droit constitutionnel national, Droit communautaire, CEDH, Charte des Nations Unies». L'instabilité des rapports de système entre ordres juridiques”, en *Revue française de droit constitutionnel*, 2007/1 n° 69, p. 5.

construido bajo la forma de una “pirámide jurídica” la cual, en su globalidad, formaba un orden jurídico. Este modelo, no tiene hoy virtualidades suficientes para explicar la relevancia del derecho internacional y el actual derecho de la UE: no existe solo una norma en la cúspide del ordenamiento, en el nivel superior se sitúan varios ordenamientos superiores – ordenamiento constitucional, ordenamiento internacional y ordenamiento comunitario (UE)- cuya articulación ofrece inequívocas dificultades, sobre todo cuando cualquiera de esos ordenamientos disputa la supremacía normativa o, por lo menos, la aplicación preferente de sus normas y principios.¹⁵

Lo característico de las situaciones de pluralismo como las descritas, afirma Bustos Gisbert, es que “ya no puede existir, por definición, una instancia última de solución de controversias jurídicas”. Existirán tantas instancias como ordenamientos constitucionales estén siendo aplicados simultáneamente. No hay ya, por tanto, “una clara unidad de interpretación, sino tantas unidades de interpretación como ordenamientos constitucionales componentes de ese pluralismo reconozcamos”. En tales casos, concluye Bustos Gisbert, existe un contexto de conflicto potencial entre distintos ordenamientos constitucionales que ha de resolverse de manera no jerárquica.¹⁶

La convergencia en una comunidad de intérpretes a partir de la formación de normas interconectadas, no implica una prevalencia declarada en virtud de la jerarquía de ningún intérprete sobre otro. La noción misma de pluralidad interpretativa, representativa de la actualidad jurídica, aparece como incompatible no solo con la idea de unidad sino de ordenación jerárquica que esta última defiende a partir del uso de un lenguaje absoluto e interpretaciones excluyentes no conformes.

Lo dicho hasta aquí, volviendo a García Roca, se proyecta en “un cambio revolucionario en la idea de jurisdicción constitucional, muy ligada desde el origen al «monopolio» para el control de las leyes del cual emana la misma idea de «valor de ley»”. Al igual que los tribunales constitucionales desplazaron como supremos a los tribunales supremos, las jurisdicciones constitucionales han comenzado a compartir esa superioridad con entidades supranacionales: “Nadie es totalmente supremo en una estructura judicial de trabajo en red”.¹⁷

¹⁵ GOMES CANOTILHO, J.J., *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Edições Almedina, Coimbra, séptima edición (undécima reimpresión), 2003, p. 695.

¹⁶ BUSTOS GISBERT, Rafael, “XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, núm. 95, mayo-agosto (2012), p. 22. En estos casos, por tanto, el diálogo –continúa Bustos Gisbert- “se producirá cuando exista una distorsión entre los distintos órganos encargados de interpretar con carácter supremo sus propias normas constitucionales. Distorsión consistente en alcanzar soluciones incompatibles entre sí a idénticos problemas. Esto es, el diálogo no viene impuesto por la diversidad de soluciones, pues la idea de diversidad es consustancial a la idea de pluralismo constitucional”. Lo esencial “es que esa diversidad no conduzca a situaciones de incompatibilidad absoluta” (*Id.*).

¹⁷ GARCÍA ROCA, Javier, “El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales en la construcción de un orden público europeo”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, UNED, Madrid, núm. 30, 2012, p. 215.

Defiende Ruggeri que para que el diálogo interjurisdiccional se revele un “instrumento precioso” en la tutela de los derechos, es *condicio sine qua non* abandonar un “*habitus mental*”, lamentablemente muy difundido entre los intérpretes tanto en el ámbito interno como externo, que lleva a “encerrarse como una almeja en sí mismos, no reconociendo que ordenamientos diversos al de pertenencia puedan ofrecer material normativo y jurisprudencial idóneo para aumentar el nivel de protección de los derechos y consentir por tanto dar una respuesta mayor a las demandas de justicia que las que podría encontrarse en el material disponible en el propio ordenamiento”. Las constituciones, o lo que es prácticamente lo mismo, las Cortes –concluye sobre este punto Ruggeri– “se exaltan en el mismo momento en que se humillan [*si esaltano nel momento stesso in cui si umiliano*]”. La ausencia de humildad, por el contrario, se vuelve en contra de sí mismas, porque a fin de cuentas, no consienten la óptima realización de los principios de libertad e igualdad: “un costo –no debe perderse nunca de vista– que viene pagado sobre la piel de los seres humanos, especialmente de aquellos que se encuentran más débilmente expuestos”.¹⁸

El diálogo interjurisdiccional será entonces la herramienta con la cual los jueces intentarán reconstruir o más bien recrear –en base a consensos– una nueva unidad interpretativa que limite las incertezas originadas en la fragmentación jurídica.

Ahora bien, para que el diálogo finalmente pueda expresarse es necesario entre los miembros intérpretes –como quedó expuesto– alcanzar consensos en torno a técnicas de cohabitación. El uso de una técnica de este tipo permite, en el contexto de un proceso deliberativo, que una parte *consienta* a la otra avanzar con su argumentación jurídica sin contradecirla, desconocerla o interfiriendo en sus argumentos. Estas técnicas no se alejan de un ejercicio de tolerancia, de deferencia, puesto de manifiesto en la aceptación –tácita o expresa– de interpretaciones sobre el contenido material de los derechos reconocidos formalmente y de modo concurrente por los distintos componentes normativos que forman la norma interconectada. Las técnicas de cohabitación, en síntesis, son las vías por donde discurre el diálogo. En este sentido, hacen a la vez de instrumentos *formadores* de consensos mínimos que encuentran en el principio *pro homine* su límite de actuación.

Cuando hablamos de consensos mínimos señalamos “soluciones de síntesis” centradas en evitar interferir sobre la *eficacia* de la norma interconectada. Alcanzar consensos mínimos, implica *articular* entre la comunidad de intérpretes finales una forma específica de lenguaje que comunique a sus integrantes y, a la vez, los represente. Dicho lenguaje se muestra necesariamente como un *lenguaje ambiguo*. A la cohabitación se arriba al costo de sacrificar certeza jurídica. La jurisprudencia, forma de expresión central dentro de la referida comunidad inicia, de este modo, la construcción de categorías jurídicamente indeterminadas tales como “identidad constitucional” –que se encuentra en cuestión en la sentencia anotada–, “tradiciones constitucionales comunes”, “protección equivalente”, “margen nacional de

¹⁸ RUGGERI, Antonio, “«Dialogo» tra le Corti e tecniche decisorie, a tutela dei diritti fondamentali”, n° 24/2013, <http://www.federalismi.it/document/03122013155424.pdf>, p. 27.

apreciación” o bien “interpretación conforme”. Estas categorías procurarían ser instrumentos para la adaptación de los contenidos de los derechos formalmente reconocidos, a un mosaico de realidades en algunos casos antagónicas entre sí.

Jacqué explica este proceso y sus consecuencias. El período posterior a la Segunda Guerra Mundial estuvo marcado, afirma, “por la multiplicación de sistemas, incluso, de órdenes jurídicos nuevos y yuxtapuestos”. Lo dicho, ha traído como consecuencia, que la potencialidad del conflicto entre sistemas “se ha multiplicado”. Se ha creado una “complejidad formidable” en la articulación de la relación entre órdenes jurídicos a punto tal que, la pluralidad de interpretaciones en materia de derechos, “perjudica la seguridad jurídica”.¹⁹ La “galaxia jurídica contemporánea”, concluye Jacqué, “está constituida de planetas que evolucionan los unos en relación con los otros y, cuyos recorridos, se cruzan en múltiples ocasiones”.²⁰

II. Hechos que originan el presente comentario

Los hechos que originan el presente comentario son un producto propio de la fragmentación jurídica que acabamos de describir. Se originan en una sentencia de la Corte IDH contra nuestro país.²¹ En ella los jueces de San José difieren con los jueces nacionales – incluidos los jueces supremos– sobre la interpretación de derechos que convergen hacia normas interconectadas que entran en conflicto entre sí. La divergencia entre intérpretes se produce en la *forma* y el *modo* en cómo superar dicho conflicto que involucra a la libertad de expresión, por un lado, y el derecho a la intimidad por otro.²² La Corte IDH declaró entonces que, el Estado argentino, al condenar a dos periodistas por difundir noticias referidas a un presunto hijo extramatrimonial del entonces presidente Carlos Saúl Menem, violó el derecho a la libertad de expresión reconocido en el artículo 13 (Convención Americana sobre Derechos Humanos, en adelante CADH). Los jueces argentinos, por el contrario,

¹⁹ Las referencias son a las Naciones Unidas y las “instituciones especializadas” y, más recientemente, a la OMC, a los sistemas regionales de protección de derechos humanos y la UE (Cfr. Jacqué, *Droit constitutionnel national, Droit communautaire, CEDH, Charte des Nations Unies. L'instabilité des rapports de système entre ordres juridiques*, “Revue française de droit constitutionnel”, n° 69, p. 3 a 4.

²⁰ JACQUÉ, Jean-Paul, “«Droit constitutionnel national, Droit communautaire, CEDH, Charte des Nations Unies». L'instabilité des rapports de système entre ordres juridiques”, en *Revue française de droit constitutionnel*, 2007/1 n° 69, p. 6.

²¹ Corte IDH. *Caso Fontevecchia y D'Amico c. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C No. 238.

²² A diferencia de los jueces nacionales, los jueces supranacionales interpretaron que no se produjo una injerencia arbitraria en el derecho a la vida privada, del señor Menem y que, por lo tanto, la medida de responsabilidad ulterior impuesta resultó innecesaria. En este rumbo, sentenciaron que el proceso judicial llevado adelante en la justicia argentina, la atribución de responsabilidad civil, la imposición de la indemnización, más los intereses, las costas y los gastos, así como la orden de publicar un extracto de la sentencia y el embargo trabado contra uno de los periodistas, vulneraron el derecho a la libertad de expresión de los señores Jorge Fontevecchia y Héctor D'Amico (Cfr. Corte IDH. *Caso Fontevecchia y D'Amico c. Argentina*, ya citada, párrafos 71 y 72).

entendieron que la difusión de ciertas notas periodísticas vinculadas con la presunta existencia de un hijo no reconocido de Menem había lesionado *en forma ilegítima* su derecho a la intimidad, tutelado no solo por el artículo 19 (CN) sino por los artículos 17, párrafos 1 y 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 11, párrafos 2 y 3 (CADH), entre otras normas.²³

En consecuencia con lo anterior, la Corte IDH ordenó un conjunto de medidas de reparación a favor de los periodistas. Dispuso que el Estado argentino debe: *dejar sin efecto las sentencias civiles en todos sus extremos*²⁴; publicar la sentencia del 29 de noviembre de 2011 en el Boletín Oficial, en un diario de amplia circulación nacional y en la página del Centro de Información Judicial (CIJ) de la CSJN, por el plazo de un año²⁵; y estableció, además, una indemnización compensatoria.²⁶

En lo que aquí interesa, el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto –en particular la Dirección General de Derechos Humanos– remite un oficio a la CSJN acompañando la citada sentencia de los jueces de San José y expresa que “en atención a lo solicitado por la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación, agencia con competencia primaria en la materia, se remite copia de la misma a fin de cumplimentar, en lo que corresponde de conformidad con su competencia, lo dispuesto en los párrafos 105 y 108 (c) de dicha resolución judicial”.²⁷ Esto es, se procura mediante la presentación citada dar cumplimiento por parte del Poder Judicial de la Nación, en lo que refiere al ámbito de su competencia, de lo resuelto por la Corte IDH en la citada sentencia condenatoria. Ello implica dejar sin efecto las sentencias de la misma CSJN²⁸ y de la Sala H de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, que, en su

²³ Cfr. CSJN, sentencia de 25 de septiembre de 2001 [*Menem, Carlos Saúl c. Editorial Perfil S.A. y otros*], Fallos: 324: 2895.

²⁴ En este punto la Corte IDH afirmó que el Estado argentino debe dejar sin efecto las sentencias dictadas en el proceso civil “en todos sus extremos, incluyendo, en su caso, los alcances que éstas tengan respecto de terceros; a saber: a) la atribución de responsabilidad civil de los señores Jorge Fontevecchia y Héctor D’Amico; b) la condena al pago de una indemnización, de intereses y costas y de la tasa de justicia; tales montos deberán ser reintegrados con los intereses y actualizaciones que correspondan de acuerdo al derecho interno y c) así como cualquier otro efecto que tengan o hayan tenido aquellas decisiones. A efectos de cumplir la presente reparación, el Estado debe adoptar todas las medidas judiciales, administrativas y de cualquier otra índole que sean necesarias, y cuenta para ello con el plazo de un año a partir de la notificación de la presente Sentencia” (Corte IDH. *Caso Fontevecchia y D’Amico c. Argentina*, ya citada, párrafo 105).

²⁵ Cfr. Corte IDH. *Caso Fontevecchia y D’Amico c. Argentina*, ya citada, párrafo 108. Obligación esta última que fuera cumplida por la CSJN.

²⁶ Corte IDH. *Caso Fontevecchia y D’Amico c. Argentina*, ya citada, párrafos 114 a 123.

²⁷ Cfr. Dictamen de la Procuración General de la Nación de 26 de noviembre de 2014 en la causa “Menem, Carlos Saúl c. Editorial Perfil y otros”, párrafo 1.

²⁸ CSJN, sentencia de 25 de septiembre de 2001 [*Menem, Carlos Saúl c. Editorial Perfil S.A. y otros*], Fallos: 324: 2895. La misma confirma la sentencia de la Sala H de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil que había hecho lugar a la demanda de daños y perjuicios promovida por el ex Presidente Carlos Saúl Menem. Confirmó de este modo la condena pecuniaria dispuesta por la cámara, reduciendo los montos de condena.

oportunidad, les atribuyeron responsabilidad civil a Jorge Fontevicchia y Héctor D' Amico y los condenaron al pago de una indemnización, con intereses y costas.

III. Al “rescate” del derecho a la última palabra

Como ya observamos, la cuestión detrás de la sentencia que analizamos presenta un núcleo problemático ineludible: ¿quién tiene la última palabra sobre la interpretación de derechos que aparecen regulados en diversos niveles de protección? La Corte IDH reclama para sí la última palabra en la interpretación de la CADH, la cual converge hacia derechos que también se encuentran reconocidos por normas constitucionales nacionales. En consecuencia, los jueces supranacionales, establecen –ejerciendo un control de convencionalidad en sentido estricto- si los Estados partes cumplen o no cumplen con las obligaciones internacionales asumidas al ratificar dicho instrumento sobre derechos humanos.

Delante a esta superposición de competencias, la CSJN defiende para sí una *autoridad interpretativa absoluta y dogmática*. En un escenario de fragmentación jurídica que ha enterrado la unidad interpretativa, la CSJN va al rescate de la última palabra pero no solo sobre la interpretación de las normas constitucionales. Invocando la defensa abstracta de la Constitución, avanza de igual modo en la interpretación de los instrumentos internacionales con interpretaciones *voluntaristas* y *excluyentes* que, como ocurre en el presente, colisionan abiertamente con la interpretación del intérprete directo de la norma convencional en este caso los jueces de San José. El resultado de este rescate –que encuentra en el diccionario de la Real Academia Española una herramienta de socorro sustancial²⁹- no podría ser otro que la violación por parte del Estado argentino de sus obligaciones internacionales y la consiguiente responsabilidad internacional con la obligación de reparar.

En efecto, los jueces supremos desconocen la competencia de sus pares de San José en la interpretación final de la CADH. Consiguientemente, inauguran un *filtro* al cumplimiento de sus sentencias y resoluciones. En otras palabras, invocando el carácter de intérpretes finales de la Constitución se auto-conceden la prerrogativa de decidir qué sentencias de la Corte IDH cumplir o –como en el presente- incumplir, haciendo caso omiso a la responsabilidad internacional que dicho incumplimiento genera para el Estado argentino e invocando como único argumento la sacralidad de la constitución y su defensa. En palabras de los propios jueces supremos: “las sentencias de la Corte Interamericana, dictadas en procesos contenciosos contra el Estado argentino son, en principio, de cumplimiento obligatorio para este (art. 68.1, CADH). Dicha obligatoriedad, sin embargo, alcanza únicamente a las sentencias dictadas por el tribunal internacional dentro del marco de sus potestades remediales. En efecto, es con ese alcance

²⁹ Ver CSJN, sentencia de 14 de febrero de 2017 [“Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/informe sentencia dictada en el «caso Fontevicchia y D'Amico vs. Argentina» por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”], considerando 11.

que el Estado argentino se ha obligado internacionalmente a acatar las decisiones de la Corte Interamericana”.³⁰

¿Quién decide si los jueces de San José ejercieron su competencia *ultra vires*? Los propios jueces supremos y, con ello, privan a la misma Corte IDH –en sentido opuesto a su constante jurisprudencia- de la competencia para definir el alcance de su jurisdicción (cfr. art. 62.3, CADH).³¹

Los jueces supremos parecen censurar a sus pares de San José por no respetar la normas constitucionales nacionales –conforme a la interpretación que legítimamente ellos hacen de las mismas-, pero olvidan que dichos jueces no están para interpretar el derecho interno de ninguno de los Estados partes sino para determinar si éstos cumplen con las obligaciones internacionales que surgen de la CADH –que han ratificado en ejercicio de su soberanía- según es interpretada por la Corte IDH. En otras palabras, los jueces de San José llevan a cabo un “control externo” para determinar la conformidad de la actuación de los poderes públicos argentinos con la CADH, y lo hacen porque en ello radica su razón de ser como organismo internacional de control. Si se privara a la Corte IDH de dicha función, ¿cuál sería la razón de su existencia?

La CSJN pretende oponer su interpretación constitucional a la interpretación convencional que debe y corresponde hacer a la Corte IDH.³² Claramente que la protección internacional sea *subsidiaria* no implica atropellar a la CADH y sus órganos de control como la Corte IDH y la CIDH. Tamaña conducta es difícil de justificar en una comunidad de intérpretes finales condenados a entenderse mediante el diálogo interjurisdiccional para generar consensos mínimos.

Como es notorio, esta actitud de la CSJN implica un cambio radical de su jurisprudencia. Se debe prestar atención a la incongruencia –cuanto menos- que presenta este viraje jurisprudencial para los jueces supremos que han acompañado en el presente el voto de la mayoría y que –durante los años precedentes- sentenciaron a favor de “revocar” sus sentencias inclusive desterrado del vocabulario jurídico cortesano la expresión “cosa juzgada”. Los casos “Derecho II”³³ y “A.D.D.”³⁴ presentan dos ejemplos irrefutables difíciles de defender a tenor de la argumentación que ahora pretende imponer la CSJN. El primero de los casos citados presenta hechos similares a los del caso que anotamos. En una primera sentencia³⁵, la CSJN debía resolver el alcance de la prescripción penal a pedido del recurrente. A pesar que hacía

³⁰ *Id.*, considerando 6. Sin resaltar en el original.

³¹ *id.*, considerando 7.

³² Ello surge con claridad al afirmar la CSJN que: “Corresponde analizar en esta instancia, entonces, si la orden contenida en la parte resolutive de la sentencia [de la Corte IDH] (...) ha sido dictada dentro del marco de atribuciones previsto por la CADH y puede ser cumplida por esta Corte a la luz del ordenamiento constitucional nacional” (CSJN, sentencia de 14 de febrero de 2017 [“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”], considerando 7). Sin resaltar en el original.

³³ CSJN, sentencia de 29 de noviembre de 2011 [“Rene Derecho II”].

³⁴ CSJN, sentencia de 5 de agosto de 2014 [“A.D.D., s. homicidio agravado”].

³⁵ CSJN, sentencia de 11 de julio de 2007 [“Rene Derecho”].

dos meses la Corte IDH había sentenciado la responsabilidad del Estado argentino por los mismos hechos³⁶, compartiendo los argumentos del Procurador General, la CSJN rechaza la presentación. En una segunda sentencia³⁷, la misma CSJN resuelve una *acción aclaratoria* – interpuesta por el querellante conforme al art. 166.2 y 3 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación–, para que, “en esencia, el Tribunal indique el auténtico alcance jurisdiccional de la antedicha resolución (la confirmación de la sentencia recurrida) a la luz del fallo de la Corte Interamericana en el caso *Bueno Alves vs. Argentina*”. La CSJN interpretó, en su segunda intervención en el caso, que el nuevo planteo implica un *recurso de revocatoria* y que “el presente es uno de esos casos por el cual las sentencias del Tribunal pueden ser *excepcionalmente corregidas*”.³⁸ A continuación, la CSJN afirmaba que la nombrada sentencia de la Corte IDH se aplica al caso en cuestión remitiendo, como fundamento, a lo resuelto en el caso *Espósito* (2004)³⁹. Que por tanto, concluyó la CSJN, “con el objeto de dar *estricto cumplimiento a lo ordenado* por la Corte Interamericana de Derechos Humanos –en la sentencia «*Bueno Alves c. Argentina*», notificada a este Tribunal el 21 de septiembre de 2007– corresponde hacer lugar al recurso de revocatoria articulado, *dejar sin efecto el pronunciamiento apelado* y devolver las actuaciones a la instancia anterior para que, por quien corresponda, se cumplimenten las pautas fijadas en dicho fallo”.⁴⁰

Resulta claro que, conforme a su jurisprudencia anterior, las sentencias de la máxima instancia jurisdiccional argentina –o bien una instancia inferior–, en la medida que se relacionen con las obligaciones internacionales dispuestas en la CADH, no disfrutaban de los beneficios de la *cosa juzgada*, si eran cuestionadas directamente por alguna sentencia de la Corte IDH. Con lo cual dicha Corte –como llama la atención el juez Maqueda en su solitario voto en disidencia– pasaba, según razonaban entonces los jueces supremos, a ser la última autoridad interpretativa en la materia de referencia.

La nueva jurisprudencia nos enfrenta ahora a un posible aislamiento internacional como en el caso de Venezuela, cuyos jueces supremos, con argumentos similares, desconocieron el efecto vinculante de las sentencias de la Corte IDH como paso previo a la denuncia de la CADH.⁴¹ Pero, además de denostar el diálogo⁴², abre las puertas a un contencioso de consecuencias impredecibles en la relación de la CSJN con la Corte IDH. Actitud esta

³⁶ Corte IDH. Caso *Bueno Alves c. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 164.

³⁷ CSJN, sentencia de 29 de noviembre de 2011 [“*Rene Derecho II*”].

³⁸ *Id*, considerando 3.

³⁹ CSJN, sentencia de 23 de diciembre de 2004.

⁴⁰ CSJN, sentencia de 29 de noviembre de 2011 [“*Rene Derecho II*”], considerando 5. Sin resaltar en el original.

⁴¹ Ver AYALA CORAO, Carlos, “Comentario a la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela (Nr. 1939) de fecha de 18.12.08”, en *Estudios Constitucionales*, Año 7, Nr. 1, 2009, pp. 391-395.

⁴² Solo el juez ROSATTI en su voto particular hace referencia a la necesidad de desarrollar un “diálogo jurisdiccional”.

inconciliable con la tradición argentina, afianzada en el último tiempo, de cumplimiento de sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos.

IV. El control de “identidad constitucional” como técnica de cohabitación

En el presente caso, mantienen los jueces supremos, dejar sin efecto su propia sentencia “pasada en autoridad de cosa juzgada” –sentencia como vimos considerada por la Corte IDH como violatoria de la CADH- “resulta jurídicamente imposible a la luz de los principios fundamentales del derecho público argentino” consagrados en el art. 27 (CN). Estos principios, entre los que la CSJN ubica –vía interpretación constitucional- su derecho a la última palabra, “se traducen en el modo en que deben ser interpretadas las obligaciones asumidas por el Estado argentino. El constituyente ha consagrado en el art. 27 una *esfera de reserva soberana*, delimitada por los principios de derecho público establecidos en la Constitución Nacional, a los cuales los tratados internacionales deben ajustarse y con los cuales deben guardar conformidad”.⁴³

El problema como vemos a continuación, no es tanto la cerrada defensa de los principios de derecho público establecidos en la constitución –que hasta cierto punto podemos compartir-, sino que lejos de utilizar tal defensa como técnica de cohabitación se la usa para justificar el incumplimiento de una obligación internacional en franca violación del art. 27, no ya de la CN, sino de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (1969) que prohíbe expresamente una práctica similar por parte de los Estados.

Como intérprete de la primera palabra expuesta en las normas constitucionales la CSJN procura preservar, de cualquier injerencia supranacional, a su autoridad interpretativa sobre todo el ordenamiento jurídico argentino, incluida la CADH. El carácter absoluto de esta afirmación potencia el conflicto en las relaciones interordinamentales que involucran directamente a la CSJN desde el momento que *excluye* la posibilidad de desarrollar cualquier tipo de técnica de cohabitación. Ello con el fin de mantener un “equilibrio” dentro de la comunidad de intérpretes finales. “Revocar” la sentencia firme dictada por este Tribunal expresa la CSJN, “implica privarlo de su carácter de órgano supremo del Poder Judicial argentino y sustituirlo por un tribunal internacional, en clara transgresión a los arts. 27 y 108 de la Constitución Nacional”.⁴⁴

No nos hallamos de frente a un hallazgo de la dogmática constitucional promovida por la CSJN. El Tribunal Constitucional Federal Alemán (en adelante TCFA) fue y es pionero en la delimitación de un área de reserva constitucional, inmune a las interpretaciones supranacionales. Con eje en la llamada “cláusula de eternidad” del art. 79. Inc. 3 de la Ley

⁴³ CSJN, sentencia de 14 de febrero de 2017, ya citada, considerando 16. Sin resaltar en el original.

⁴⁴ *Id.* considerando 17.

Fundamental de Bon (LFB)⁴⁵ y el carácter indisponible de su contenido –aún para cualquier reforma constitucional-, batallan en una cerrada defensa de la identidad constitucional. Con este fin, los jueces de Karlsruhe se auto-concedieron el derecho a la última palabra, el cual sería ejercido en un *hipotético control de identidad constitucional*.

La famosa sentencia *Lisboa* (2009)⁴⁶, por citar solo uno de los antecedentes más notorios, donde el TCFA desarrolla un control de constitucionalidad *a priori* del tratado homónimo⁴⁷ dejó en evidencia el valioso uso que permite hacer la invocación de la “identidad constitucional” como técnica de cohabitación para regular los conflictos interordinamentales.⁴⁸ Lo dicho al punto de permitirle al TCFA presionar a los jueces de Luxemburgo con un “control de identidad constitucional” que, en sentencias posteriores – como la sentencia *Honeywell* (2010)⁴⁹ –, se irá *dilatando*. O bien, encerrado como el Minotauro, dentro del laberinto -propio de la dogmática constitucional- para nunca ser hallado. Mientras tanto, invocando la posible realización de dicho control, el TCFA puede seguir administrando la conflictividad que en el derecho nacional generan muchas de las interpretaciones del Tribunal de Justicia de la UE. Los jueces de Karlsruhe, sin embargo, pese al tono tenso y estricto de sus palabras, nunca cuestionaron la competencia de sus pares tanto en Estrasburgo como en Luxemburgo con quienes integran una compleja comunidad de intérpretes finales: el llamado triángulo judicial europeo.

Un buen ejemplo del uso de la noción de “identidad constitucional” como técnica de cohabitación, en la relación del TCFA con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y su interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), lo constituye la sentencia *Görgülü* (2004).⁵⁰ El TCFA, en la solución del conflicto de derechos

⁴⁵ La norma citada dice: “No está permitida ninguna modificación de la presente Ley Fundamental que afecte la organización de la Federación en Länder, o el principio de la participación de los Länder en la legislación, o los principios enunciados en los artículos 1 y 20”.

⁴⁶ STCFA, 30/06/09, BVerfGE 123, 267; asuntos 2 BvE 2/08, 5/08, 1010/08, 1022/08, 1259/08 y 182/09. Versión española por la cual se cita en Lopez Castillo - Menéndez (coord.), *Sentencia Lisboa del Tribunal Constitucional alemán*.

⁴⁷ Este tratado que entró en vigor el 1 de diciembre de 2009 permitió superar la crisis desatada a partir del naufragio del llamado Tratado Constitucional luego de su rechazo electoral en Francia y Holanda. El mismo reforma el TUE y crea el TFUE como marco de organización y funcionamiento de la UE.

⁴⁸ La LFB, expone el TCFA, permite al legislador “una extensa transferencia de derechos de soberanía” a la UE. Dicha habilitación queda, no obstante, supeditada al requisito de que en dicho proceso “se preserve la estatalidad constitucional soberana sobre la base de un programa de integración acorde con el *principio de atribución singular y restringida de competencias*, y desde el *respeto a la identidad constitucional* de los Estados miembros, y que al mismo tiempo los Estados miembros *no pierdan* su capacidad de organización autónoma política y social de las condiciones de vida” (STCFA, 30/06/09, apartado 226). Sin resaltar en el original.

⁴⁹ STCFA, 6/07/10. Véase Corti Varela, - Porras Belarra - Román Vaca, *El control ultra vires del Tribunal Constitucional alemán. Comentario de la Decisión de 06.07.2010 (2 BVR 2661/06, Honeywell)*, “Revista de Derecho Comunitario Europeo”, n° 40, p. 828 a 829.

⁵⁰ STCFA, 14/10/04, “Görgülü”. Dos comentarios a la sentencia citada pueden encontrarse en Hoffmeister, *Germany: Status of European Convention on Human Rights in domestic law*, “International Journal Constitutional Law”,

aquí planteado, debe resolver una compleja trama judicial.⁵¹ Ello se va a dar en un escenario de fuertes fricciones entre el TCFA y el TEDH.⁵² Sin embargo, la citada sentencia del TCFA es otro buen ejemplo de cómo la defensa de la identidad constitucional considerada intangible funciona como técnica de cohabitación en un plano dialéctico. Palermo califica en este sentido la intervención del TCFA como la de un “perro que ladra pero no muerde [*Can che abbaia, ma non morde*]”.⁵³ En efecto, luego de una larga y pormenorizada reconstrucción de las relaciones entre el ordenamiento interno alemán y el CEDH resaltando la primacía del primero, el TCFA llega a la conclusión que, en el caso bajo análisis, no se presentan las condiciones que hagan necesario hacer prevalecer el derecho nacional, pero alza la guardia respecto a hipótesis futuras.⁵⁴

vol 4, n° 4 p. 722 a 731; y Hartwig, *Much Ado About Human Rights: The Federal Constitutional Court Confronts the European Court of Human Rights*, “German Law Journal”, vol. 6, n° 5, p. 869 a 894.

⁵¹ Dicha trama involucra a un ciudadano turco residente en Alemania. El Tribunal Regional Superior [Oberlandesgericht] había negado a éste la custodia de su propio hijo nacido fuera del matrimonio y dado en adopción, por la madre –ciudadana alemana-, al momento del nacimiento e inmediatamente entregado a una familia adoptiva. Luego que el propio TCFA había rechazado sin fundamentos un primer recurso de inconstitucionalidad [Verfassungsbeschwerde] del padre, éste presentó una demanda ante el TEDH. Los jueces de Estrasburgo resolvieron que la decisión final de los tribunales alemanes de negar, incluso en vía provisoria, no solo la guarda sino el derecho del padre de ver a su propio hijo, constituía una violación de la vida privada y familiar conforme al artículo 8 (CEDH, ver STEDH, 26/02/04, “Görgülü c. Alemania” [n° 74969/01]).

Mientras tanto el recurrente había empezado un segundo procedimiento paralelo con el objeto de obtener, en vía cautelar, el reconocimiento del derecho de visita lo cual le fue nuevamente denegado por el Tribunal Regional Superior. En el ámbito de este segundo proceso, el juez de primera instancia reconoce –inmediatamente después de la sentencia del TEDH– el deber de conferirle al recurrente la custodia exclusiva del hijo, así como concederle de oficio una medida cautelar para asegurarle un limitado derecho de visita. Esta última resolución es recurrida por la familia adoptiva y el tutor de oficio del menor y finalmente anulada por el Tribunal Regional Superior por motivos procesales y de mérito. El citado Tribunal argumenta –en lo que aquí interesa– que la adopción de la cautelar no estaría justificada ni siquiera por el contenido de la sentencia del TEDH. Esta, en su opinión, obligaría directamente solo a Alemania como sujeto de derecho internacional, pero no a sus órganos y oficinas, ni a sus tribunales los cuales en tanto órganos independientes de la jurisdicción (cfr. art. 97.1, LFB). Contra esta última decisión viene presentado un nuevo recurso de inconstitucionalidad [Verfassungsbeschwerde] –en lo que aquí interesa– contra la violación por parte del Tribunal Regional Superior del derecho internacional a causa del incumplimiento de la sentencia del TEDH.

⁵² Apenas unos meses antes, el TEDH había desarrollado una interpretación sobre el alcance del derecho a la intimidad y la protección de la personalidad (cfr. art. 8, CEDH) muy diversa a la interpretación precedente hecha por el TCFA. Ello en el marco del conflicto que involucraba a Carolina de Mónaco –junto a su familia– en contra de la prensa sensacionalista alemana. Mientras el TCFA mantenía que, respetando ciertos criterios, la publicación de imágenes sin consenso serían admisibles en razón de la popularidad de la persona (TCFA, ordenanza de 26 de abril de 2001 mediante la cual se rechaza el recurso presentado por la recurrente), el TEDH había decidido en modo diverso haciendo prevalecer en la ponderación el derecho a la personalidad sobre el derecho a la crónica periodística. El TEDH actuando así, desconocía o bien desmentía en sus interpretaciones al TCFA.

⁵³ Ver Palermo, *Il Tribunale costituzionale federale e la teoria selettiva dei controlimiti*, http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/pre_2006/107.pdf

⁵⁴ Para el TCFA, las garantías previstas en el CEDH “influyen” en la interpretación de los derechos fundamentales y los principios constitucionales de la LFB. El texto del CEDH junto a la jurisprudencia del TEDH, en opinión del TCFA, “sirven, en el plano del derecho constitucional, como *guías de interpretación* para determinar el contenido y

Como recuerda Di Martino, el TCFA retoma y desarrolla en *Görgülü* (2004) un precedente anterior en la materia donde los jueces de Karlsruhe habían ya precisado que una sentencia del TEDH, que declare la violación del CEDH por parte de un tribunal o juez alemán, no tiene eficacia idónea para remover lo ya resuelto por la instancia nacional.⁵⁵ Sin embargo, el TCFA afirma que la comparación con las sentencias del TEDH es cuanto menos “debida [*gebührend*]” y, por lo tanto, debe ser “reconocible” en el sentido que una conclusión opuesta a lo dispuesto por los jueces de Estrasburgo *deberá ser atentamente motivada*. Lo dicho implica, que los jueces, en la “consideración” de las sentencias del TEDH deberán tener en cuenta sus repercusiones hacia el interior de los ordenamientos nacionales. Sobre todo cuando se trata de “un sistema parcial de derecho interno y ponderado en sus consecuencias jurídicas”, en el que varios derechos fundamentales se ponderan recíprocamente. Corresponde, entonces, según el TCFA, a los jueces nacionales “adecuar una sentencia del TEDH a los sistemas jurídicos parciales de los ordenamientos nacionales involucrados en cada caso”, adaptación que no puede ser hecha directamente por los jueces de Estrasburgo.⁵⁶

En ningún pasaje de la sentencia citada se devalúa el valor de la jurisprudencia del TEDH y la trascendencia de un sistema de protección internacional de derechos humanos que –al igual de la CADH– inaugura el CEDH.

Los jueces constitucionales alemanes, pasaron a la historia por promover el llamado *método Solange* como regulador de las relaciones interordinamentales.⁵⁷ Dicho método, lejos de inflamar el conflicto con interpretaciones voluntaristas y excluyentes, intenta alcanzar los consensos mínimos necesarios para superar el conflicto a través del diálogo interjurisdiccional.⁵⁸

el alcance de los derechos fundamentales y los principios constitucionales de la Ley Fundamental, *siempre que* [el CEDH y la jurisprudencia del TEDH] *no den lugar a una restricción o reducción de la protección de los derechos fundamentales de la persona en virtud de la Ley fundamental situación que la misma Convención no desea*” (STCFA, 14/10/04, “Görgülü”, párrafo 32, sin resaltar en el original).

⁵⁵ STCFA, 11/10/85, “Pakelli-Beschluß”. Se trataba aquí una cuestión que con el tiempo resultaría vital en la relación del CEDH y la interpretación que de éste hace el TEDH con el derecho interno: la reapertura de un proceso penal luego que los jueces de Estrasburgo constataran la violación del artículo 6 (CEDH). El TCFA precisó los límites subjetivos, objetivos y temporales de una sentencia del TEDH, excluyendo la obligación específica de activar la reapertura del procedimiento penal. En 1998 el remedio invocado por el TCFA finalmente fue introducido por el legislador en el Código Procesal penal alemán.

⁵⁶ Di Martino, *Il Tribunale costituzionale tedesco delimita gli effetti nel diritto interno delle sentenze della Corte Europea dei diritti dell'uomo*, http://archivio.rivistaaic.it/cronache/estero/germania_e_diritti_uomo/index.html

⁵⁷ La sentencia *Solange I* (1974) produce un giro en la jurisprudencia seguida hasta ese momento por el TCFA a punto tal que puede afirmarse que marca un *antes* y un *después* en lo que concierne a las competencias de los jueces de Karlsruhe en relación con el hoy derecho de la UE. Los orígenes del caso, y sus consecuencias posteriores, tienen que ver con la defensa cerrada que de la primacía absoluta del entonces derecho comunitario hace el Tribunal de Justicia en su jurisprudencia.

⁵⁸ STCFA, 29/05/74 “Solange I”. En este caso en particular, la técnica de cohabitación permitió preservar la cohesión dentro de la comunidad de intérpretes finales reconociendo de manera positiva la interpretación de una de las partes –sobre el derecho supranacional– como *equivalente* a la interpretación que otra de las partes hacen de las normas constitucionales en una materia común como los derechos.

Los jueces del TCFA proclamaron y declamaron a quienes quisieran escucharlos –y de hecho muchos lo hicieron ya que el *método Solange*⁵⁹ es seguido por la mayoría de los jueces nacionales e internacionales en las relaciones interordinamentales-, que existen valores constitucionales que solo el TCFA interpreta y, por ende, tiene la misión de defender frente a cualquier injerencia externa.⁶⁰ En palabras de Cano Montejano: “No se puede renunciar a la soberanía en el núcleo duro de la estructura constitucional, porque de otro modo se vaciaría de contenido la configuración del Estado mismo”.⁶¹ No cabe la menor duda, añade el citado autor, de que al recomendar el TCFA la interposición de un recurso promoviendo la cuestión de inconstitucionalidad, para llevar a cabo una confrontación a nivel constitucional, de los que se haya afirmado por los jueces de Luxemburgo, no admite otra interpretación que la de que el TCFA *no renunciaba a su posición de última instancia respecto a lo que al derecho que se va a aplicar en el territorio alemán se refiere*. Con independencia que haya sido dictado por el legislativo alemán o lo haya sido por una institución de carácter supranacional.⁶²

Sin embargo, tales consideraciones *nunca superaron el plano discursivo, el enfrentamiento dialéctico*. Los jueces de Karlsruhe al día de hoy jamás desconocieron una sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, aún en casos de extrema tensión como los mecanismos propuestos por el Banco Central Europeo para combatir la crisis del Euro y que fueran cuestionados por el TCFA por ser considerados contrarios al derecho mismo de la UE y al derecho constitucional nacional.⁶³

El *equilibrio* en las relaciones interordinamentales alcanzado por el TCFA constituye una de las mejores muestras de diálogo entre Cortes en una relación vertical que a la fecha pueda presentarse.

⁵⁹ En el caso *Solange II* (1986) el TCFA –en relación a su precedente- cambia *parcialmente* los términos de su pronunciamiento. Esta sentencia es un buen ejemplo de lo productivo que puede ser el *diálogo* entre los jueces de Luxemburgo y sus homólogos constitucionales de los Estados miembros. Luego de la “advertencia” en la sentencia *Solange I* que hiciera sentir el TCFA, el Tribunal de Justicia inicia una etapa de reconocimiento jurisprudencial de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico comunitario.

⁶⁰ En palabras del TCFA: “*Mientras tanto* el proceso de integración de la Comunidad [hoy UE] no se encuentre tan avanzado que el derecho comunitario contenga un catálogo de derechos fundamentales formulado, aprobado por el Parlamento y en vigor, que además resulte asimilable al catálogo de la [LFB], *es lícito y obligado, tras obtener la sentencia del Tribunal Europeo de Justicia exigida por el art. 177 del Tratado* [sobre la CEE, actual art. 267 TFUE que refiere a la cuestión prejudicial], *plantear una cuestión de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional Federal por parte de un Tribunal de la República Federal de Alemania*, cuando éste considere que la norma de derecho comunitario de aplicación al caso resulta inaplicable en la interpretación dada por el Tribunal de Justicia Europeo a causa de y en la medida en que entra en colisión con uno de los derechos fundamentales de la [LFB]”. STCFA 29/05/74, “Solange I”. Versión castellana de este párrafo por el cual se cita en Stern, *Derecho del Estado de la República Federal alemana*, p. 892 a 893.

⁶¹ CANO MONTEJANO, José Carlos, *La integración europea desde el Tribunal Constitucional alemán*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, p. 59.

⁶² *Id.*, p. 63.

⁶³ Ver la primera cuestión prejudicial planteada ante el Tribunal de Justicia de la UE por el TCFA mediante resolución de 14 de enero de 2014, así como las Conclusiones del Abogado General Pedro Cruz Villalón presentadas el 14 de enero de 2015 en el asunto C 62/14 y la respuesta de los jueces de Luxemburgo (STJ), 16/06/15, “Gauweiler”, asunto C-62/14).

Un “potencial choque de jurisdicciones”, producto de la superposición de competencias en materia de derechos –característica distintiva de las normas interconectadas-, entre los Tribunales constitucionales, el TEDH, el Tribunal de Justicia, y demás tribunales y organizaciones internacionales se ha resuelto, en opinión de Sabel y Gerstenberg, con la creación de un “nuevo orden de constitucionalismo coordinado [*novel order of coordinate constitutionalism*]” donde cada uno de sus promotores “acuerdan respetar los unos las decisiones de los otros, siempre que dichas decisiones respeten mutuamente acuerdos esenciales”.⁶⁴

Dichos principios hacen referencia a que, cada “orden legal”, acepta las decisiones de los “otros órdenes”, incluso si otra decisión podría haber sido más coherente con la tradición constitucional nacional, “«siempre que [*so long as*]» dichas decisiones no signifiquen una sistemática violación de contenidos constitucionales entendidos como esenciales”. La doctrina *Solange*, sentencian Sabel y Gerstenberg, convierte a cada orden jurídico en “monitor” de la jurisprudencia de los otros ordenamientos involucrados, y subordina la aceptación de posibles “desviaciones” de las preferencias nacionales a un continuo encuentro de “equivalencias” en las cuestiones fundamentales. Estaríamos, por tanto, de frente a un *overlapping consensus* [consenso entrecruzado]. Esto es, un acuerdo sobre compromisos y principios fundamentales donde, esencialmente, cada orden jurídico requiere a los otros que respeten sus decisiones a condición de respetar sus diferencias. Cada parte, en este tipo de consenso, sabe que ha llegado a un acuerdo en lo *esencial* –como la defensa de la democracia en tanto sistema de gobierno o el respeto por el individuo como una condición de la libertad y la justicia-, a través de distintas, o bien de “sólo parcialmente concordantes” interpretaciones de tales ideas. Es precisamente porque las partes de dicho consenso reconocen estas diferencias, y su influencia continua sobre la interpretación de principios compartidos, que se “reservan el derecho de interpretar los principios esenciales”, dentro de límites amplios y compartidos, como mejor les parezca, y el acuerdo de este derecho a las otras partes. Todo ello permitiría crear “un mecanismo institucional para articular e ir ajustando el significado práctico de estos ideales compartidos”.⁶⁵

La apuntada convergencia –advierten Pollicino y Martinico- no significa, evidentemente, una coincidencia perfecta [*perfect coincidence*], pero describe un proceso de acercamiento mutuo entre “entes jurídicos” que se caracterizan por objetivos diferentes en sus orígenes. A pesar de los conflictos que a veces existen entre los actores judiciales, nuestra impresión –afirman los citados autores- es que estamos tratando con una especie de “clima de cooperación” entre los jueces quienes prefieren garantizar la coherencia entre los sistemas legales (en nombre de la protección de los derechos fundamentales que representan un campo

⁶⁴ SABEL Charles F. y GERSTENBERG, Oliver, “Constitutionalising an Overlapping Consensus: The ECJ and the Emergence of a Coordinate Constitutional Order”, en *European Law Journal*, Vol. 16, Nr. 5, septiembre 2010, p. 511 a 550.

⁶⁵ *Id.*, p. 511 a 550.

axiológico común en un contexto de múltiples niveles). Especialmente a través del desarrollo de modos informales de diálogo [*informal ways of dialogue*], las cuales recuerdan la experiencia de cortesía judicial propia del derecho internacional público y la deferencia judicial. Refiriéndose en particular a la integración europea, Pollicino y Martinico recuerdan que el denominado *método Solange* –inspirado en la doctrina homónima del TCFA– implica el reconocimiento de una “reserva de jurisdicción” para los tribunales nacionales y el reconocimiento al derecho de la UE de una especie de “primacía limitada”: esto es, tal primacía estaría garantizada “siempre y cuando [*as long as*]” no afecte los principios fundamentales de las constitucionales nacionales [*the “counter-limits”*]. En lo que hace a la relación entre los tribunales constitucionales y supremos con el Tribunal de Justicia, se hace notar que el *método Solange* es una manera de encontrar una solución a la situación inducida por la fragmentación del derecho. Consiguientemente, Pollicino y Martinico definen el *método Solange* como una “herramienta” para determinar el *alcance* de la reserva de jurisdicción de un tribunal en relación con la competencia existente de otro tribunal. Su aplicación tiene, como consecuencia, la *abstención* [*refrain*] por parte de un Tribunal del ejercicio de su jurisdicción en favor de la jurisdicción de otro Tribunal.⁶⁶

El *método Solange* permite, entonces, *articular* la relación jurisdiccional vertical [*vertical jurisdictional relationship*] entre intérpretes finales que pertenecen a sistemas jurídicos diferentes, pero también se aplica a una relación jurisdiccional horizontal [*horizontal jurisdictional relationship*] como la que mantiene el TEDH con el Tribunal de Justicia. Por lo tanto, dicho método –propio de las técnicas de cohabitación– es una propuesta para superar los conflictos entre “jurisdicciones que compiten [*competing jurisdictions*]” siendo considerado como un ejemplo de “cortesía judicial [*judicial comity*]”.

La citada cortesía, establece Shany, puede crear un “marco para la interacción jurisdiccional que permita a los juzgados y tribunales aplicar reglas originadas en otras instituciones judiciales”. Ello, a su vez, “estimulará la fertilización cruzada [*cross-fertilization*]” y puede resultar en un aumento de la legitimidad de las sentencias internacionales a causa de la utilización de la autoridad de otros tribunales y cortes internacionales.⁶⁷

Las relaciones interordinamentales se expresan en relaciones entre intérpretes reunidos en una comunidad formada alrededor de competencias comunes expuestas en normas interconectadas. El *método Solange* actúa, por lo tanto, sobre dichas relaciones con el objetivo primario de regular el conflicto evitando un *choque* de jurisdicciones [*judicial clash*].

⁶⁶ MARTINICO, Giuseppe y POLLICINO, Oreste, *The Interaction between Europe’s Legal Systems Judicial. Dialogue and the Creation of Supranational Laws*, Edward Elgar Publishing Limited, Cheltenham (Reino Unido)-Northampton (EE.UU), 2012 p. 16.

⁶⁷ SHANY, Yuval, *The Competing Jurisdictions of International Courts and Tribunals*, Oxford University Press, 2003, p. 261.

V. Una interpretación “creacionista” de los derechos humanos: ¿la CADH como un bosque petrificado por el tiempo?

La sentencia que comentamos afecta, por otra parte, directamente el *carácter progresivo* reconocido a los derechos humanos tanto en sede nacional como supranacional. Es bien sabido que tanto el TEDH como la Corte IDH –entre tantos– apelan como método de interpretación al *método evolutivo* que ve en los instrumentos internacionales de derechos humanos *instrumentos vivos*. Ello, básicamente, implica interpretarlos no por lo que quisieron decir en el tiempo que fueron redactados –como pretenden los jueces supremos al defender un “análisis textual” de la CADH⁶⁸– sino conforme al presente en que deben ser aplicados.

El “creacionismo” que promueve la nueva CSJN –que lleva a aferrarse a los trabajos preparatorios de la CADH como dogma de fe–, deja al intérprete encerrado –o perdido– en la literalidad de los instrumentos y la formalidad de los debates. Todo lo cual conlleva sacralizar el momento de la creación, a pretender detener en ese preciso instante el tiempo. ¿Qué hubiera sido en el sentido anterior de la protección contra la desaparición forzada de personas? Esta no se encuentra ni en la letra de la CADH ni de sus trabajos preparatorios, sino que es producto de una interpretación dinámica de los jueces de San José en los llamados “casos hondureños”.

El pulso del tiempo no se detiene por la mera voluntad de sus intérpretes por más supremos que sientan que las constituciones los honran. La evolución del derecho internacional de los derechos humanos en la presente centuria lo demuestra.

Como marca claramente Cançado Trindade, la interpretación de los tratados relativos a la protección internacional de los derechos humanos ha sido objeto de una construcción jurisprudencial, tanto en el ámbito europeo como americano, que ha tenido como función y objeto último la protección de los derechos de las personas humanas la cual “no puede ser interpretada restrictivamente a la luz de la soberanía estatal”.⁶⁹ En la actualidad, “difícilmente se podría sostener que la protección de los derechos humanos recae sobre el llamado dominio reservado de los Estados”. Para concluir el autor brasileño en que, en el proceso de

⁶⁸ Ver CSJN, sentencia de 14 de febrero de 2017, “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”, considerando 12. Para los jueces supremos pareciera significar lo mismo una corte arbitral que decide sobre obligaciones contractuales que un tribunal supranacional especializado en la protección de los derechos humanos como el TEDH y la Corte IDH. En este sentido la CSJN, siguiendo para interpretar la constitución nacional autorizada doctrina en lengua anglosajona, sentencia que “la letra de los tratados –en el contexto de sus términos y teniendo en cuenta su objeto y fin (art. 31, Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados)– determina los límites de la competencia remedial de los tribunales internacionales. Por definición, los tribunales internacionales son órganos con competencia limitada de la manera prescripta en los instrumentos que los han constituido”.

⁶⁹ CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto, “A evolução doutrinária e jurisprudencial da proteção internacional dos direitos humanos nos planos global e regional: as primeiras quatro décadas”, en *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Año 23, Núm. 90, abril-junio 1986, p. 263.

interpretación de los instrumentos de protección de derechos humanos, “no ha habido – como no podría haber- lugar para la invocación del dogma de la soberanía”.⁷⁰

Dicha transformación ha sido documentada por la Corte IDH la cual ha expresado, en ocasión de establecer los efectos jurídicos de la Declaración Americana de Deberes y Derechos del Hombre (DADDH)⁷¹, que la evolución registrada en el derecho internacional impone caracterizar los instrumentos internacionales sobre derechos humanos atendiendo a su contenido, y no tanto a su forma o denominación jurídica, pues sólo en razón de aquél generan obligaciones específicas.⁷²

Anteriormente, la Corte IDH ya había aclarado que “los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana [CADH], no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción”.⁷³ ¿Considerará en un futuro la CSJN, en base a su “creacionismo”, a la DADDH como una “obligación moral” conforme al sentido que se le asignó a la misma en 1949?

⁷⁰ *Id.*, p. 287.

⁷¹ Concretamente se preguntaba si la DADDH podía ser objeto de interpretación por la Corte IDH. Algunos Estados miembros de la OEA, en el marco de aquel proceso consultivo, se mostraron contrarios a reconocerle a la DADDH el status jurídico de un tratado. Esta interpretación fue abiertamente rechazada por los jueces de San José (ver Corte IDH, opinión consultiva OC-10/89 del 14/07/89, Serie A n° 10 (1989), *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*).

⁷² A tal fin los jueces de San José consideraron necesario establecer que no es a la luz de lo que en 1948 se estimó que era el valor y la significación de la DADDH como la cuestión del status jurídico que debe ser analizada, sino que es preciso determinarlo en el momento actual, ante lo que es hoy el sistema interamericano, habida consideración de la evolución experimentada desde la adopción de la DADDH. La evolución del “derecho americano” en la materia, continúa la Corte IDH, es una expresión regional de la experimentada por el derecho internacional contemporáneo y en especial por el de los derechos humanos, que presenta hoy algunos “elementos diferenciales” de alta significación con el derecho internacional clásico. Es así como, por ejemplo, “la obligación de respetar ciertos derechos humanos esenciales es considerada hoy como una obligación *erga omnes* (...) Puede considerarse entonces que, a manera de interpretación autorizada, los Estados Miembros han entendido que la Declaración contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta se refiere, de manera que no se puede interpretar y aplicar la Carta de la Organización en materia de derechos humanos, sin integrar las normas pertinentes de ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración, como resulta de la práctica seguida por los órganos de la O.E.A.” (cfr. Corte IDH, opinión consultiva OC-10/89 ya citada, párrafos 37-43).

⁷³ Corte IDH, Opinión consultiva OC-2/82 del 24/09/82, Serie A N° 2 (1982), *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos* (arts. 74 y 75 CADH), párrafo 29. Sin resaltar en el original.

La jurisprudencia de los jueces de San José ve en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos *instrumentos vivos* y los interpreta de manera teleológica conforme a su objeto y fin de modo de garantizar el *efecto útil* de sus disposiciones.⁷⁴ En palabras de la Corte IDH, el derecho internacional de los derechos humanos, “ha avanzado mucho mediante la interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección (...) los tratados de derechos humanos son *instrumentos vivos*, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales (...) El *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones). Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el Derecho Internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones”.⁷⁵

Esta línea argumental, venía siendo acompañada hasta la sentencia que anotamos por la CSJN, la cual al establecer en el caso *Carranza Latrubesse* (2013)⁷⁶ el carácter obligatorio de las recomendaciones del artículo 51.2 (CADH) contenidas en los Informes de la CIDH⁷⁷ sostuvo que, 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, a la inversa de la enseñanza clásica en materia de Derecho Internacional”.

Retomando el análisis de Cançado Trindade, éste concluye en que son ampliamente conocidas y reconocidas, las profundas transformaciones por qué ha pasado el derecho internacional, en las cinco últimas décadas, bajo el impacto del reconocimiento de los derechos humanos universales. A lo que agrega: “Ya no se sostienen el antiguo monopolio estatal de la titularidad de derechos, ni los excesos de un positivismo jurídico degenerado, que excluyeron del ordenamiento internacional el destinatario final de las normas jurídicas: el ser humano. Se reconoce hoy día la necesidad de restituir a este último la posición central -como *sujeto del derecho tanto interno como internacional*- de dónde fue indebidamente desplazado, con consecuencias desastrosas, evidenciadas en los sucesivos abusos cometidos en su contra en las

⁷⁴ Ver al respecto CIPPITANI, Roberto, *Interpretación y derecho de la integración*, Astrea, Buenos Aires, 2016, p. 188.

⁷⁵ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-16/99 de 1/10/99, Serie A n° 16, *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, párrafos 114 y 115. Sin resaltar en el original.

⁷⁶ CSJN, sentencia de 6 de agosto de 2013, “Carranza Latrubesse Gustavo c/ Estado Nacional-Ministerio de Relaciones Exteriores-Provincia del Chubut”, Fallo 336:1024.

⁷⁷ Los jueces supremos argentinos argumentaron que “dicho resultado es el que impone el «sentido» que debe atribuirse a los términos del citado precepto tanto en el «contexto» específico cuanto en el general en el que están insertos, atendiendo al «objeto y fin» del régimen de peticiones y de la Convención Americana en su integralidad. Es, a la par, el que mejor responde al principio de «buena fe» y al «efecto útil» de dicho régimen, evitando así el «debilitamiento» del sistema, cuando no, por así decirlo, del propio ser humano al cual está destinado a servir. El derecho de petición individual «abriga [...] la última esperanza de los que no encontraron justicia a nivel nacional» (CSJN, sentencia de 6 de agosto de 2013, considerando 18).

últimas décadas. Todo esto ocurrió con la complacencia del positivismo jurídico, en su subserviencia típica al autoritarismo estatal”.⁷⁸

VI. Consideraciones finales

La “supremacía constitucional”, entiende Sagüés, alude actualmente, a la luz del derecho contemporáneo, a una idea que puede ser (en algunos aspectos) diferente a la manejada en el siglo XIX, en tren de amalgamarla con un derecho internacional –por cierto ahora más exigente-, también reconocido por la Constitución. No se trata de extinguirla, afirma el reconocido maestro, sino de reciclarla útil y legítimamente. Supremacía constitucional implica que, *in suo ordine* (para utilizar una añeja expresión medieval), la constitución predomina sobre las normas internas; y que, con relación al derecho internacional de los derechos humanos, la constitución “debe amalgamarse, compatibilizarse, y de haber oposición, incluso triunfar (si la regla constitucional es más generosa para el individuo, conforme al principio *pro persona*), o ceder, si la cláusula constitucional es menos favorable para el habitante”.⁷⁹

En el sentido anterior, refiriéndose al sistema interamericano, Sagüés comenta que la interpretación conforme del derecho nacional con relación a la CADH, y a la interpretación dada a ésta por la Corte IDH, “significa una seria disminución de las competencias de los operadores locales para interpretar el derecho doméstico, comenzando por el constitucional”. Asumir tal situación, sostiene más adelante Sagüés, “puede no resultar fácil a juristas de viejo cuño, o a otros embebidos de una visión demasiado fuerte del principio de supremacía constitucional. Más todavía: El compromiso que demanda la doctrina del control de convencionalidad es posible que exija, ocasionalmente, sacrificios ideológicos, como ser interpretar la regla constitucional nacional no según el techo ideológico que campea en la Constitución, sino de acuerdo con la ideología que anima al Pacto de San José [CADH] y a la Corte Interamericana cuando lo interpreta. Esta transmutación espiritual (si se acepta que la ideología es el alma de la constitución y del Pacto) es, tal vez, el segmento más difícil de transitar en la aplicación del «control de convencionalidad»”.⁸⁰

La sentencia que anotamos destaca por su vocación de ruptura respecto al pasado. Es fundacional, pretende así generar una nueva época en las relaciones interordinamentales. Lamentablemente abandonando una tradición y oscureciendo una reforma constitucional – en ningún pasaje del voto de la mayoría aparece mención alguna al artículo 75 inc. 22 CN y el mandato de apertura hacia el derecho internacional de los derechos humanos que éste

⁷⁸ Corte IDH. El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16. Voto concurrente del juez Cançado Trindade, párrafo 12.

⁷⁹ SAGÜÉS, Néstor Pedro, *La interpretación judicial de la Constitución. De la constitución nacional a la constitución convencionalizada*, Editorial Porrúa, México D.F, p. 336.

⁸⁰ Sagüés, “Dificultades operativas del «control de convencionalidad» en el sistema interamericano”, *LL* tomo 2010-D, p. 1245.



promueve-, que había colocado al país a la vanguardia de una jurisprudencia dinámica y activa en el cumplimiento de las obligaciones internacionales y la tutela de los derechos humanos.⁸¹

Pretender que nada ha cambiado, encerrándose en la erudición de autores clásicos a los que se les reconoce la lucidez de interpretar la constitución en el contexto de la época que les tocó vivir, nos pone frente al desafío mayor de pensar la constitución interpretándola en el contexto de nuestra época.

⁸¹ Solo el juez ROSATTI en su voto particular hacen mención al artículo 75 inc. 22 CN.