El jardín de los senderos que se bifurcan. Comentario al fallo "Fontevecchia II" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Por Alejandro Medici

I-Introducción

En autos "Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/informe sentencia dictada en el caso "Fontevecchia y D´Amivo vs. Argentina" por la Corte Interamericana de Derechos Humanos", la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó el 14 de febrero pasado, uno de esos fallos que parecen destinados a tener consecuencias importantes y a generar discusiones en el futuro inmediato en el terreno judicial y en general, de los derechos humanos en Argentina. Infelizmente, no se trata en este caso de buenas noticias, por el contenido y potenciales consecuencias, que iremos desgranando.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CoIDH), en su sentencia del 29 de noviembre de 2011declaró que el estado argentino había violado el derecho a la libertad de expresión de los periodistas Jorge Fontevecchia y Héctor D´Amico (Art. 13 Convención Interamericana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Rica, en adelanta CADH) y en consecuencia dispuso:

> a- Que el estado debía dejar sin efecto la condena civil impuesta, así como todas sus consecuencias;
> b- Publicar un resumen oficial de su sentencia elaborado por la Corte Suprema, por una sola vez, en el Diario Oficial y en un diario de amplia circulación nacional, así como publicar la sentencia completa en la Corte Interamericana en la página del Centro de Información Judicial de la Corte Suprema; y
> c- Entregar las sumas reconocidas en dicho fallo, comprensivas del reintegro de los montos de condena oportunamente fijados en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, como de los correspondientes a las reparaciones admitidas en su decisión internacional (daño material, gastos derivados del trámite del proceso interno como del procedimiento internacional).

Es decir, la CoIDH estableció que el estado argentino al permitir la condena civil por daños y perjuicios violó la libertad de pensamiento y expresión prevista por el art. 13 de la CADH. E indicó a nuestro estado, que dicha sentencia (dictada por la CSJN en el año 2001), debía ser dejada sin efecto, diez años después que los afectados, agotada la instancia del derecho argentino, buscaran la protección del derecho conculcado en el sistema interamericano de protección de derechos humanos.

II- Discusión sobre los argumentos de la CSJN

La CSJN deslizó tres argumentos principales, a nuestro humilde entender, sumamente problemáticos desde la centralidad del paradigma de los derechos humanos, en el caso y para el futuro que se abre a partir de esta sentencia.

¿La CoIDH actuó exorbitando su competencia?
En el considerando 6, la CSJN (voto mayoritario) sostiene que "…se encuentra fuera de discusión que 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 que el Estado argentino se ha obligado internacionalmente a acatar las decisiones de la Corte Interamericana".

El primer argumento entonces es que la CoIDH no ha actuado dentro del marco de sus competencias, lo que significa que la CSJN se atribuye la interpretación de los alcances de las competencias establecidas por la CoIDH, sin ser el órgano habilitado al efecto.

Desde la convención constituyente de 1994, por decisión democrática, al jerarquizar instrumentos internacionales de derechos humanos y establecer el procedimiento para jerarquizar otros luego de la convención, dando a dichos instrumentos tienen jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22, p.2 CN), el Estado argentino ha devenido un estado constitucional y convencional de derecho.

Esta adjetivación no es una cuestión menor, sino que supone establecer la centralidad en el orden jurídico argentino del derecho de los derechos humanos, tanto del que establece la parte dogmática de la constitución, como de los instrumentos internacionales, desde entonces incorporados con jerarquía constitucional, los que deben interpretarse en forma complementaria.

El establecimiento de un "bloque de constitucionalidad" toma aquí en Argentina, como en otros casos del derecho constitucional regional, la peculiaridad de centrarse en el paradigma de los derechos humanos. La intención del constituyente fue el reforzamiento mutuo entre derechos humanos de los instrumentos internacionales y derechos constitucionales, que ya no pueden distinguirse en base a las divisiones usuales hasta entonces de constitucionalistas y/o internacionalistas, sino que forman un núcleo principiológico y normativo que debe siempre interpretarse y aplicarse por todas las instancias del estado desde la centralidad de los criterios interpretativos de los derechos humanos: pro persona, universalidad, indivisibilidad, interdependencia, progresividad/no regresividad, exigibilidad, etc.

Podriamos decir, recurriendo a la hermenéutica analógica, a la manera de los iusfilósofos mexicanos Mauricio Beuchot y Jesús Antonio de la Torre Rangel, que ya no puede reducirse este, como también se ha llamado, "núcleo ideológico" del bloque de constitucionalidad a un univocismo de derecho internacional, ni al equivocismo del dualismo que separa el derecho público nacional del derecho internacional de los derechos humanos. Se trata de una zona de convergencia por analogía donde el

analogado principal es la persona humana en su dignidad y derechos, a cuyos fines se instrumentalizan de la forma más favorable según los casos, las fuentes de derecho.

Se trata de una analogía de atribución en relación a esa zona de convergencia, donde el criterio de evaluación e interpretación del resto del derecho argentino pasa por su adecuación a la misma, lo que en la doctrina se ha denominado el test de constitucionalidad y convencionalidad, donde predominan los criterios y las normas que sean más acordes o favorables a los principios del derecho de los derechos humanos, independientemente que sean de fuente internacional, nacional, o de derecho público provincial, según los casos y las competencias, fuentes que deben entenderse "complementarias", e interpretarse "en las condiciones de su vigencia" (75 inc. 22 p.2 CN). Cabe mencionar, para reforzar esta argumentación, que la CADH también establece en su art. 29 b y c, una norma de remisión, que abre la comprensión y aplicación de los derechos humanos consagrados en la misma a la interpretación más favorable, sea que provenga de otros instrumentos internacionales de derechos humanos, o del derecho constitucional y público de los estados parte del sistema interamericano.

Es decir, que la retroalimentación que supone el bloque de constitucionalidad no va solamente en el sentido del derecho internacional de los derechos humanos al derecho público de los estados, como suele entenderse, sino que también puede ir, y lo ha hecho, en el sentido inverso. De lo contrario, por citar sólo un ejemplo, nunca la textualidad del art. 21 de la CADH, en lo que hace al derecho de propiedad, hubiera permitido que la CoIDH reconociera el derecho a la posesión y propiedad comunitaria inalienable e imprescriptible de los pueblos originarios, como lo viene haciendo desde su sentencia en el caso Comunidad Mayagma Awas Tingni contra Nicaragua.

En consecuencia, el estado constitucional y convencional de derecho se caracteriza, o debería, por generar un espacio de diálogo y retroalimentación, donde la regla procedimental implícita es el respeto por la fuente y la interpretación que cada órgano con competencia constitucional y convencional para ello, realiza de las mismas, como parte del nexo vincular que es el bloque de constitucionalidad entre estado y derecho.

La CSJN interpreta en la sentencia que comentamos, a nuestro entender, reductivamente el p.2 del 75 inc. 22 al enfatizar que los instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional "no derogan artículo alguno de la primera parte de esta constitución…", omitiendo el valor interpretativo de los principios del derecho de los derechos humanos que integra un bloque de constitucionalidad donde las fuentes deben ser aplicadas "en las condiciones de su vigencia".

Este "en las condiciones de su vigencia", significa que cada fuente respeta la lógica de funcionamiento de la otra sin poder realizar injerencias rectificadoras. Cuando los convencionales constituyentes de 1994 resolvieron, haciéndose cargo del mandato democrático de una sociedad con un historial de décadas de sufrir graves, reiteradas

y sistemáticas violaciones de derechos humanos, dar jerarquía constitucional a los instrumentos internacionales de derechos humanos, lo hicieron respetando la lógica de validez, funcionamiento e interpretación de dichas fuentes, que podríamos decir, dejó de ser meramente "externa" al derecho nacional. En ese sentido, el argumento del considerando 6 de la sentencia de marras, exorbita la competencia de la CSJN. La Corte Suprema no tiene ningún tipo de habilitación convencional para interpretar los alcances del Pacto de San José de Costa Rica.

III- ¿La Corte Interamericana de Derechos Humanos actuó como una cuarta instancia?

El segundo argumento de la CSJN es que el sistema interamericano de protección de los derechos humanos tiene carácter subsidiario y no constituye "una cuarta instancia" (c.8). Tanto es así que los afectados por la sentencia de la Corte de 2001, una vez agotada la vía del derecho argentino, pudieron obtener una sentencia favorable de la CoIDH diez años después en el sistema interamericano.

Dicha sentencia indica al estado argentino que debe dejar "sin efecto" la anterior por afectar el art. 13 de la CADH , y desde la perspectiva del bloque de constitucionalidad como núcleo normativo y principiológico, también el art. 14 CN y otras normas análogas que tutelan el derecho conculcado en los instrumentos internacionales (PIDCyP, etc.).

Resulta evidente que esta vía subsidiaria no significa cuarta instancia, ni revocación de la sentencia de la CSJN. Pero igualmente evidente resulta que si el derecho o los derechos humanos afectados en el caso son conculcados por la sentencia, hay que dejarla "sin efecto".

Es claro que la CoIDH no es, ni pretende ser, un tribunal de casación ni de alzada de las sentencias de los estados parte de la CADH, ella no se pronuncia sobre errores de hecho ni de derecho de los órganos judiciales de los miembros, pero sí garantiza la observancia de las obligaciones asumidas por los mismos, y por todas sus instancias y órganos, incluso sus tribunales superiores.

Como lo ha explicado claramente Eugenio Zaffaroni en su crítica a este mismo fallo, no se trata de revocar ninguna sentencia, sino de que el poder judicial como parte del estado, haga perder eficacia a la sentencia, con la forma que quiera darle en el derecho nacional, para evitar que el estado sea sancionado internacionalmente. Es decir, que incluso el órgano superior y jerárquico del poder judicial federal del estado, está obligado convencionalmente.

A más abundamiento, vistas las cosas desde el derecho "adjetivo", el proceso ante el sistema interamericano de derechos humanos es un nuevo juicio, distinto al interno.

Por eso la CoIDH se limita a ordenarle al estado que aporte las medidas necesarias para dejar sin efecto o revisar la sentencia que afecta el derecho humano conculcado.

Todas las instancias del estado, incluso la CSJN, están obligadas por la convención, en la esfera de su competencia, a dar cumplimiento de buena fe, de acuerdo a los arts. 2 y 68 de la CADH, ello previo agotamiento de los procedimientos internos, que hace al papel subsidiario del sistema interamericano de derechos humanos.

Hablando de derecho de los derechos humanos, y de la centralidad del mismo en el bloque de constitucionalidad, esta sentencia sienta un precedente peligroso: pretender que la cosa juzgada por la Corte Suprema sea inmodificable, implica que los sistemas internacionales de protección de derechos humanos, en este caso el que establece la CADH, se limite a reparar pecuniariamente derechos una vez que fueron reiterada y extensamente violentados en sede estatal, sin tener, en los casos en que es posible, capacidad de restituir el ejercicio y goce de dichos derechos a las víctimas. Esta pretensión surge del argumento más problemático de "Fontevecchia", que discutimos a continuación.

IV- *¿Los principios de derecho público establecidos por la Constitución son distintos y superiores a los principios del derecho de los derechos humanos?*

Entramos entonces al argumento más cuestionable de esta sentencia, desde nuestra perspectiva: el que interpreta el art. 27 CN, que dice: "El gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que están en conformidad con los principios de derecho público establecidos por esta Constitución". Según la CSJN (c.16) el constituyente ha consagrado en esta norma una "esfera de reserva soberana" y agrega (c.17) "entre dichos principios inconmovibles, se encuentra, sin duda alguna, el carácter de esta Corte como órgano supremo y cabeza del poder judicial, conforme surge del art. 108 de la Constitución Nacional".

He aquí uno de los párrafos más potencialmente peligrosos como precedente para el futuro, no sólo pensando en la jurisprudencia de la propia Corte, sino en el sistema judicial argentino en materia de derechos humanos, teniendo en cuenta el carácter difuso de nuestro sistema de control de constitucionalidad y convencionalidad. En efecto, si tras más de 25 años de consolidación de una jurisprudencia de la CSJN donde se afirmó la idea de la obligatoriedad de la convencionalidad, en las "condiciones de su vigencia", para todos los órganos del estado argentino, incluidos sus jueces, aún en el nivel local e incluso federal, muchas veces el mismo era resistido, el panorama que se abre a partir de esta interpretación de la CSJN es preocupante.

Pudiera ser que este significante ambiguo y vago que es el amplio continente de los principios del derecho público argentino fueran considerados superiores incluso a

los principios del derecho de los derechos humanos que integran el bloque de constitucionalidad, empezando por el pro persona, siguiendo con progresividad/no regresividad, etc.

Evidente debería resultar que dichos principios del derecho público argentino, por procedimiento democrático legítimo del constituyente del año 94, no pueden pensarse al margen de la centralidad operativa de las normas y principios de derechos humanos del bloque de constitucionalidad. El problema es que el argumento de la Corte en "Fontevecchia", aplana o iguala hacia abajo los instrumentos internacionales de derechos humanos que tienen jerarquía constitucional, equiparándolos con los tratados y otros instrumentos internacionales que, siendo superiores a las leyes, son inferiores a la constitución.

Las obligaciones del estado con, por ejemplo, fondos financieros especulativos tenedores de títulos de la deuda externa argentina, o con los laudos de instancias arbitrales del comercio y de las inversiones internacionales a favor de empresas extranjeras, son equiparadas, hacia abajo, con las obligaciones del estado en materia de derechos humanos.

El argumento es equívoco y abre una zona de inseguridad jurídica en términos de derechos humanos. En el contexto actual de ataque neoliberal en la región a las políticas públicas de contenido social y democrático, la centralidad del bloque de constitucionalidad que integra todos los derechos humanos en igualdad, interdependencia e indivisibilidad, progrevidad/ no regresividad, es uno de los últimos reaseguros jurídicos para pensar un programa democrático de resistencia frente a los diseños globales.

El argumento del voto personal del Ministro Rosatti, concurrente con el de la mayoría de la Corte, (Lorenzetti, Highton de Nolasco, Rosenkrantz), tiene este efecto cuando argumenta: "…no es posible hacer prevalecer automáticamente, sin escrutinio alguno, el derecho internacional…sobre el derecho nacional".

Por una parte, hay que reconocer que se trata de un punto importante de debate, teniendo en cuenta la liviandad y apresuramiento con que gran parte de la doctrina jurídica argentina se posiciona, asumiendo el predominio automático de todo derecho internacional, sin ponderación, razonabilidad, ni equilibrio algunos.

Frente a esta postura que podemos llamar univocista, propia del monismo jurídico "ingenuo", es necesario distinguir, como lo hace la propia constitución. El derecho de los derechos humanos a través de sus fuentes internacionales ya no puede considerarse en el plano sustancial de sus contenidos de validez como "externo", al integrar el núcleo analógico principal o bloque de constitucionalidad de nuestro estado constitucional y convencional de derecho, y por lo tanto debe considerarse eje de los principios del derecho público nacional. Es decir, invirtiendo la fórmula de la sentencia que comentamos, el 27 y 108 de la CN deben interpretarse a la luz del 75 inc.22 p.2.

Distinto es el caso de los instrumentos internacionales que no integran el bloque de constitucionalidad, especialmente cuando ponen al estado en cualquiera de sus instancias, en obligaciones contrarias a la centralidad del derecho de los derechos humanos del bloque de constitucionalidad y sus principios de interpretación.

Entonces la invocación en el voto de Rosatti del "diálogo jurídico", es puramente declamatoria, toda vez que dicho diálogo debe darse en el marco establecido por el bloque de constitucionalidad, dentro de la complementariedad y subsidiariedad de sus órganos y procedimientos, con la orientación de la deliberación hacia el fin principal del reforzamiento de los derechos humanos. Lo que es exactamente contrario a debilitarlos desde una interpretación dualista y equívoca de los principios de derecho público, que aparecen en adelante, en función de este precedente, potencialmente disociables y superiores respecto a los derechos humanos del bloque de constitucionalidad.

V- Final abierto

La CSJN debió, por los medios de derecho argentino que entendiera más pertinentes, dejar sin efecto su sentencia anterior en el caso "Fontevecchia", no porque la CoIDH sea una "cuarta instancia", sino porque al haberse desenvuelto subsidiariamente la protección regional en este caso, se solucionó, a través de la aplicación de la facultad convencional remedial de dicho tribunal, una violación de derechos humanos que integran el bloque de constitucionalidad.

Si de exorbitancia competencial se trata, la autoatribución por parte de la CSJN de la competencia para juzgar cuando los órganos de la CADH ejercen correctamente sus facultades convencionales remediales, es un ejemplo. La invocación de autores e interpretaciones del art. 27 CN en términos "originalistas", es preocupante, pensando que se interpretaba otra constitución (la de 1853…).

Las críticas no deben extenderse, ni al solitario voto en minoría del Ministro Maqueda, ni al dictamen previo de la Procuradora General de la Nación, que son consistentes y coherentes con los importantes precedentes que desarrolló la CSJN, en sus conformaciones anteriores, en las últimas dos décadas y media en materia de control de convencionalidad y obligatoriedad del cumplimiento de las sentencias de la CoIDH para todos los órganos del estado argentino.