

La teoría de los contra-límites y el derecho argentino: ¿a dónde vamos?

POR **JORGE ALEJANDRO AMAYA**(*)

Sumario: I. Formulación inicial de la teoría de los contra-límites.- II. Contra-límites e identidad constitucional.- III. Los contra-límites internos en la jurisprudencia más reciente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: el caso “Schiffrin”.- IV. Los contra-límites externos en la jurisprudencia más reciente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: el caso “MREyC” y los diálogos inter-jurisdiccionales con la Corte IDH.- V. ¿A dónde vamos?

Resumen: en este trabajo se analiza la relación existente entre la teoría de los contra-límites originada en el derecho italiano y las identidades constitucionales de los países, a la luz de la jurisprudencia de la Corte Constitucional Italiana y de la Corte Suprema de la República Argentina. El autor clasifica la teoría de las contra-limitaciones en internas y externas. Las internas se vinculan con los límites expresos e intrínsecos al poder constituyente reformador y las externas con limitaciones a la aplicación interna de las decisiones de los tribunales internacionales. Se identifican y analizan ambas contra-limitaciones en la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema Argentina, interrogándose sobre el futuro y la extensión de esta teoría.

Palabras claves: contra límites internos y externos - identidad constitucional - Corte Constitucional italiana - Corte interamericana de Derechos Humanos - Corte Suprema de Justicia de la República Argentina

(*) Doctor en Derecho, Universidad de Buenos Aires (UBA). Dir. del Curso Intensivo y de Doctorado de Control de Constitucionalidad y Convencionalidad de los Derechos, Universidad de Buenos Aires (UBA). Dir. para Latinoamérica del programa de posdoctorado en Derecho de la Universidad de Bolonia (Alma Mater), Italia. Presidente de la Asociación Argentina de Derecho Procesal Constitucional (AADPC).

The contra-limits theory and the Argentine law. Where are we going?

Abstract: *this paper analyzes the relationship between the theory of contra-limits originated in Italian law and the constitutional identity of countries, in the jurisprudence of the Italian Constitutional Court and the Supreme Court of the Argentine Republic. The author classifies the theory of contra-limitations into internal and external. The internal ones are linked to express and intrinsic limits to the reforming power; the external ones with limitations to the internal application of the decisions of the international tribunals. Both limitations are identified and analyzed in the recent jurisprudence of the Argentina Supreme Court, asking about the future and the extension of this theory.*

Keywords: *internal and external contra-limitations - constitutional identity - Italian Constitutional Court - Inter-American Court of Human Rights - Supreme Court of Justice of the Argentine Republic*

I. Formulación inicial de la teoría de los contra-límites

Según la opinión de Giuseppe Ferrari (1) y de Simona Polimeni, la teoría italiana de los contra-límites encontró una de sus primeras acepciones en 1973 en Italia, cuando Paolo Barile utilizó la expresión de “*contra-limitaciones*” para referirse a los instrumentos con los cuales el orden constitucional italiano habría protegido sus *principios fundamentales* ante la apertura del ordenamiento jurídico italiano al renovado sistema de relaciones entre los Estados después de la Segunda Guerra Mundial.

Los *contra-límites* operan en dos sentidos. Por un lado, como límites expresos o implícitos a las reformas constitucionales. En este sentido, los artículos 139 de la Constitución Italiana y 79, párrafo 3 de la Constitución Alemana son un ejemplo.

Los *contra-límites* en Europa también han operado sobre las decisiones de órganos internacionales, es decir, sobre las decisiones que surgen del ordenamiento legal de la Unión Europea.

En Italia, el caso *Frontini*, relacionado con la potestad reglamentaria de la Comunidad Económica Europea y donde se reconoció la primacía del derecho comunitario, fue un punto de inicio. En esta decisión se afirmó que debía excluirse

(1) Ponencia presentada por Giuseppe Ferrari de la Universidad Bocconi de Milán en el marco de la Comisión 2 “El derecho Constitucional frente al derecho internacional” del Congreso Iberoamericana de Derecho Constitucional, realizado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, del 21 al 23 de mayo de 2019, con quien compartimos la mesa de autoridades de la subcomisión sobre Contra-límites.

que las limitaciones a la soberanía que se derivan del Tratado de Roma de 1957 “todavía podrían conllevar a los órganos de la CEE un poder inadmisibles para violar los principios fundamentales de nuestro orden constitucional, o los derechos inalienables de la persona humana”. Este razonamiento terminó especificando que en caso de verificarse una hipótesis de este tipo *siempre estará garantizada la revisión judicial de esta Corte sobre la compatibilidad en el tiempo del Tratado con los principios fundamentales antes mencionados*.

Una década más tarde, en el caso *Granital*, los jueces constitucionales reiteraron que “la ley de ejecución del Tratado puede estar sujeta a su control, con referencia a los principios fundamentales de nuestro orden constitucional y los derechos inalienables de persona humana”. En 1989 en el caso *Fragd* la Corte volvió sobre la cuestión reiterando su competencia para verificar a través del control constitucional, “si alguna norma del Tratado, como está interpretada y aplicada por las instituciones y por los órganos de la comunidad, no es en contraste con los principios fundamentales de nuestro orden constitucional o no pone en riesgo los derechos inalienables de la persona humana”.

Pero en los casos citados, la Corte Constitucional italiana esbozó la teoría sin aplicarla. Dejó sentada su potestad *obiter dictum*. Hasta que en la sentencia N° 238/2014 pasó de la advertencia a la acción.

El caso trató de un episodio que involucró a algunos ciudadanos italianos, quienes reclamaron una compensación por los daños sufridos durante la Segunda Guerra Mundial como deportados y obligados a trabajos forzados por el Tercer Reich y el Estado alemán en calidad de continuador formal del primero.

En 2012 la sentencia de la Corte Internacional de Justicia “*Jurisdictional Immunities of the State Germany v Italy: Greece Intervening*”, relativa a este caso, había considerado que el principio de inmunidad de la jurisdicción civil de los Estados era aplicable a sus propios actos, privando así al juez italiano de la facultad de decidir la controversia.

Recordando, una vez más, que los principios fundamentales del orden constitucional y los derechos inalienables de la persona actuaban como un límite a la entrada de las normas de otros sistemas, ya que representan “los elementos identificables e inalienables del orden constitucional”, los jueces constitucionales Italianos declararon la ilegitimidad constitucional del artículo 3 de la l. n. 5/2013 (adhesión de la República a la Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados de 2004) y del artículo 1 de la l. n. 848/1957 (Ejecución del Estatuto de la ONU de 1945) con referencia al artículo 94 de la Carta de las Naciones Unidas “en la parte en la que obliga al juez italiano a cumplir con la decisión de la Corte Internacional de Justicia (CIG) de 3 de febrero de 2012,

denegando su jurisdicción con respecto a los actos de un Estado extranjero que consisten en delitos de guerra y contra la humanidad, dañando los derechos inviolables de la persona”.

Finalmente, el caso *Taricco* constituyó una nueva aplicación concreta de la teoría. El problema nació cuando el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ordenó al juez italiano (ante una consulta) no aplicar los artículos 160 y 161 del Código de Procedimiento Penal italiano relativos a la prescripción de la acción penal por considerarlos contrarios a la legislación de la Unión Europea (2).

El acatamiento de la decisión del Tribunal internacional conducía al juez italiano a apartar las reglas de su derecho interno sobre la interrupción del plazo de prescripción. El efecto inmediato de esta decisión se proyectaba en la extensión de los plazos de prescripción previstos en el momento de la comisión del hecho evaluado por el juez penal. Este efecto se enfrentaba con la naturaleza sustantiva, según el enfoque tradicional del derecho penal italiano, de las normas sobre prescripción, violentándose el principio constitucional de legalidad en materia penal consagrado en el artículo 25 de la Constitución Italiana.

La Corte Constitucional Italiana propuso inicialmente una cuestión preliminar de interpretación del derecho de la Unión Europea al Tribunal de Justicia. Posteriormente, obtenida la sentencia, rechazó la cuestión planteada inicialmente.

El auto de la Consulta pidió al Tribunal de Justicia que volviera a la interpretación del Tratado, con el fin de verificar si realmente se impone o no aplicar las reglas sobre la prescripción con referencia a los fraudes que afectan a los intereses financieros de la Unión.

A finales de 2017, la Gran Sala del Tribunal de Justicia reiteró, por un lado, la obligación del juez interno de no aplicar su propia legislación nacional, en el aspecto que dificulta la imposición de sanciones penales efectivas por los fraudes que afectan a la UE, pero, por otro, limitó esta no aplicación a la hipótesis en la que esto no “implique una violación del principio de legalidad de los delitos y las penas, debido a la falta de precisión de la ley aplicable o debido a la aplicación retroactiva de una legislación que impone condiciones de exigencia de responsabilidad penal más severas que las vigentes en el momento de la comisión de la infracción”.

(2) Los jueces del Tribunal de Justicia habían dispuesto la no aplicación de la normativa italiana en relación con la prescripción en razón que era considerada como causa de la ineficacia del sistema italiano en la lucha contra los fraudes del IVA en la Unión (un porcentaje de los ingresos del IVA de los diversos Estados constituye una fuente importante e indispensable de financiación de la UE).

El resultado final quedó definido en la sentencia de la Corte Constitucional Nº 115/2018, donde, por un lado, la Corte Constitucional reclamó el papel exclusivo como único órgano jurisdiccional competente para llevar a cabo el control exigido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea; por otro, reconoció la primacía del derecho de la Unión Europea, pero a condición que se observen “los principios supremos del orden constitucional italiano y los derechos inalienables de la persona”. Si no fuera así “sería necesario declarar la ilegitimidad constitucional de la ley nacional que autorizó la ratificación e hizo que los Tratados fueran ejecutivos, por la única parte en la que permite realizar esa hipótesis normativa”.

Sostuvo que el principio de legalidad en el derecho penal italiano se identifica como un “principio supremo del ordenamiento, puesto en defensa de los derechos inviolables del individuo”, incluida la prohibición de la efectividad retroactiva de las leyes penales (como las relacionadas con la prescripción). Afirmó que, si hipotéticamente, por la aplicación del artículo 325 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante TFUE) pudiese derivar una violación del principio anterior, sería un deber para la Corte Constitucional intervenir para que esto no suceda. De hecho, “el derecho de la Unión y las sentencias del Tribunal de Justicia que especifican su significado, a los efectos de una aplicación uniforme, no pueden interpretarse en el sentido de imponer al Estado miembro la renuncia a los principios supremos de su orden constitucional”.

II. Contra-límites e identidad constitucional

Ahora bien, sin olvidar que en el modelo del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) la actuación del sistema internacional es subsidiaria, queremos centrar el foco de análisis en dos puntos: a) por un lado, en la aspiración jurisprudencial del SIDH de construir un derecho común para todos los países signatarios de la región: un “*ius commune*” interamericano; b) por otro, en la tarea cotidiana del juez nacional en el ejercicio del control de constitucionalidad y convencionalidad de la normativa interna sobre el cual se proyecta dicha aspiración jurisprudencial.

¿Es factible dicha aspiración? ¿Es factible total o parcialmente? ¿Tiene límites? En este último caso ¿Cuáles son? ¿Son equiparables en un todo las Constituciones Latinoamericanas? ¿Existen elementos que distinguen una Constitución de otra? ¿Los derechos deben tener igual protección en todos los países del SIDH? ¿Es legítimo pretender diferentes reconocimientos y grados de protección?

Si bien es cierto que existen rasgos clásicos del Constitucionalismo, que se caracteriza por procurar la limitación del poder público a través de la consagración de un texto escrito o consuetudinario supremo que divide el poder y constitucionaliza derechos como limitaciones, lo cierto es que los procesos de consagración

del constitucionalismo y la construcción de las constituciones en cada país responden a razones históricas, sociales, institucionales y hasta económicas propias, que depositan además una impronta o idiosincrasia particular en el ejercicio del poder constituyente originario y también en el derivado.

Si asumimos esta tesis, cada Constitución de un país soberano tendría su propia *identidad constitucional*. Por supuesto que delinear la *identidad constitucional* es un reto para la teoría constitucional moderna, ya que siempre encierra el riesgo de que sirva para justificar una nueva era de fuertes nacionalismos, por lo cual no debe confundirse la identidad constitucional que se enmarca dentro de la teoría constitucional con la identidad nacional que se encuadra en la ciencia política y en la sociología jurídica.

Por ejemplo, Heinz (2000) refiere que la identidad constitucional surge de una manera dialógica y representa una mezcla de aspiraciones políticas y compromisos que son expresión del pasado de una nación, así como la determinación de aquellos escollos que la sociedad busca trascender de dicho pasado.

Por su parte, Ackerman (2015) entiende que la identidad constitucional se halla en la dialéctica de los valores defendidos en el pacto fundacional y los valores que han ido abrigando los ciudadanos a través del tiempo. Se construye a través de un camino dialógico entre los valores del pasado con los principios del presente.

Por estas razones, la identidad constitucional está compuesta por los principios y los valores fundacionales, a los que se les otorga un contenido histórico y político que determinó la existencia misma de las Constituciones, y que se reconstruyen en el trayecto histórico y sociológico de un país.

Se entabla una dialéctica entre los principios fundantes y los presentes para poseer una identidad constitucional. No se pretende que la Constitución zanje las controversias sociales fundamentales, porque si bien representa valores fundantes también contiene acuerdos teóricos incompletos.

En este contexto podemos advertir que la noción de identidad constitucional tiene íntima relación con la teoría de los contra-límites. La identidad constitucional sería el fondo, la sustancia; y la teoría de los contra-límites la forma o la herramienta procesal y argumentativa para su reconocimiento y protección.

Como sentamos de inicio, los contra-límites han actuado principalmente con dos efectos limitantes de los sistemas jurídicos constitucionales, *uno interno y otro externo*.

Los límites internos han operado sobre las reformas constitucionales; los externos, sobre decisiones de los órganos internacionales frente a principios

constitutivos de la identidad constitucional de los países, o ante la presencia de tensiones competenciales en el marco de los sistemas jurídicos integrados. Los llamados diálogos inter-jurisdiccionales entre tribunales internos e internacionales pertenecientes a dichos sistemas jurídicos integrados han sido tanto la forma de evidencia como de pacificación de dichos conflictos jurídico políticos.

III. Los contra-límites internos en la jurisprudencia más reciente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: el caso “Schiffrin”

La identidad de la Constitución como límite interno a sus reformas está directamente relacionada con la estabilidad jurídico política de los Estados y remite a la temática de los límites materiales e internacionales y al control de constitucionalidad y convencionalidad de las reformas constitucionales. Se parte de sostener la existencia de un núcleo intangible, tema que ha sido muy estudiado por el constitucionalismo alemán e italiano, y otros países como Colombia o la India.

La identidad constitucional como límite al poder de reforma implica la aceptación de una constitución material y la inexistencia de poderes absolutos en un modelo de Estado Constitucional. Es, parcialmente, el viejo debate sobre las cláusulas pétreas.

Podemos clasificar los límites al poder constituyente reformador en temporales, formales, y materiales, y dentro de los materiales dividirlos en expresos, implícitos e internacionales. Los límites temporales se refieren al tiempo en que debe efectuarse la reforma. Así como existen constituciones que prevén la revisión periódica de sus normas, otras prohíben su revisión durante determinado lapso, tal el caso de nuestra constitución originaria de 1853, que impedía su reforma hasta después de diez años de jurada por los pueblos. La reforma de 1860, justificada en la integración de la Nación, dio por tierra con esta limitación temporal.

Los límites formales son los relativos al procedimiento, o a la competencia del órgano reformador en las constituciones denominadas rígidas.

En estos casos, los límites están expuestos en el propio texto constitucional, como por ejemplo el procedimiento del artículo 30 de la Constitución Federal Argentina que establece un órgano especial para el ejercicio de la competencia constituyente (Convención Constituyente) y una mayoría calificada para la declaración de la necesidad de la reforma (2/3 partes de los miembros del Congreso).

Los límites materiales o de fondo son los que despiertan mayores debates. Algunas Constituciones establecen límites expresos a la reforma constitucional como los artículos 79 de la Constitución Alemana respecto de la forma de gobierno federal, democrático y social, y los principios de participación de los estados

en la legislación, el de soberanía popular, dignidad humana, resistencia y los derechos fundamentales; o el artículo 139 de la Constitución Italiana respecto de la forma republicana de gobierno, ambos citados al inicio del trabajo.

Un sector importante de la doctrina admite la existencia de límites implícitos a la reforma, es decir, la existencia de normas y principios dentro de una Constitución que, perteneciendo a su identidad constitucional, son irreformables tanto para el legislador ordinario como para el constituyente.

El problema, desde el punto de vista jurídico, es determinar cuáles son los límites y quién los determina originalmente, ¿El propio poder constituyente como en el caso de Alemania e Italia?; ¿El órgano que tiene la última palabra constitucional?; ¿Cómo ha sucedido en Colombia?

Que los tratados internacionales puedan establecer límites al poder constituyente no plantea, en definitiva, especiales dificultades. Se trata de obligaciones voluntariamente aceptadas por los Estados.

Esto es particularmente intenso y frecuente en materia de derechos humanos. El conocido caso y sentencia de la Corte IDH, *La última tentación de Cristo*, luego del cual Chile reformó su constitución es un buen ejemplo.

La doctrina y jurisprudencia argentina ha aceptado los límites formales, más allá de los debates en torno a su interpretación (3) y, seguramente, aceptaría los materiales expresos si existieran normativamente. Pero nuestra constitución no los contiene, ya que el artículo 30 CN afirma que la constitución puede ser reformada en todo o en parte.

Esta situación centra el debate en los límites materiales implícitos e internacionales, considerando la jerarquía constitucional de los Tratados de Derechos Humanos luego de la reforma de 1994 (4) y la consideración de la Carta Democrática Interamericana dentro del *corpus iuris* interamericano (5).

Ahora bien, ¿nos ha dejado algún parámetro la última jurisprudencia de la CSJN sobre el control de constitucionalidad de las reformas constitucionales? Me refiero lógicamente al caso *Schiffirin*.

(3) Nos referimos a la interpretación sobre la mayoría calificada de dos terceras partes prevista en el artículo 30 Constitución Nacional (CN).

(4) Constitución Nacional, artículo 75 inciso 22.

(5) Aprobada el 11 de septiembre de 2001 en sesión especial de la Asamblea de la OEA en Lima, Perú.

El caso *Schiffrin*, al igual que el caso *Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto*, que revisaremos en el punto siguiente, constituyen importantes cambios de posicionamiento en dos temáticas de mayor trascendencia institucional. En ambos casos podemos vislumbrar, con mayor o menor intensidad, la presencia de la teoría de los contra-límites. Los contra-límites internos en el primero, los externos en el segundo.

Recordemos que el ex juez Schiffrin dedujo demanda contra el Estado Nacional a los efectos de obtener la nulidad e inaplicabilidad del tercer párrafo introducido por la Convención Reformadora de 1994 en el artículo 99 inciso 4º de la Constitución que establece la necesidad respecto de los jueces federales de un nuevo nombramiento —precedido de igual acuerdo— para mantenerse en el cargo una vez cumplidos los setenta y cinco años de edad. Cláusula con vigencia a partir de los cinco años de sancionada la reforma (cláusula transitoria undécima de la reforma).

A dicho fines, argumentó que la ley 24.309, declarativa de la reforma, no había autorizado la modificación de la garantía de inamovilidad de los jueces establecida en el artículo 110 CN, alterando así la independencia judicial, y desbordando los límites que el artículo 30 CN fija a la Convención Constituyente, la cual se encuentra acotada por los temas establecidos por el Congreso Nacional, que, en el caso, no había sido habilitado.

Tanto el tribunal de Primera Instancia como la Cámara de Apelaciones le dieron razón siguiendo el precedente *Fayt*, señalando, asimismo, —la Cámara de Apelaciones— que los jueces designados al amparo del régimen anterior a la reforma no podían ser alcanzados por la norma impugnada pues ello implicaría afectar *derechos adquiridos*.

Llegado el tema a la Corte Suprema por concesión del REF interpuesto por el Poder Ejecutivo, el mismo se declaró procedente revocándose la misma y rechazándose las pretensiones del juez Schiffrin, al considerarse que debía modificarse el precedente *Fayt*.

Recordemos que en *Fayt* la Corte había declarado la *nulidad absoluta* de la reforma introducida por la convención de 1994 en el artículo 99 inciso 4º párrafo tercero y en la disposición transitoria undécima por contravenir el artículo 110 de la Constitución Nacional (6).

(6) El fallo fue suscripto por los Ministros Nazareno, Moliné O'Connor; Belluscio, López, Vázquez, y Bossert, estos dos últimos según su propio voto y con disidencia parcial respectivamente.

La doctrina fijada en el caso *Fayt* había significado, por primera vez en la historia de la jurisprudencia de la Corte, la realización de un juicio de constitucionalidad en plenitud sobre disposiciones normativas creadas por una Convención Nacional Constituyente que reformó la Carta Magna. La sentencia de la Corte en el caso *Fayt* constituyó una verdadera declaración de política judicial, no solo porque efectuó control jurisdiccional sobre el procedimiento de la reforma constitucional, sino porque al efectuar el examen y alcance de la inamovilidad de los jueces sesgó el control hacia los aspectos sustantivos de la reforma, aunque el tribunal lo negara expresamente en el considerando 16° (7).

Fiel reflejo del intensivo control que significó el caso *Fayt* lo constituyó la parte resolutoria de la sentencia al disponer la *nulidad absoluta* de la disposición normativa, cuando el modelo de control de constitucionalidad argentino extiende por naturaleza los efectos de la sentencia al caso concreto. Sin embargo en *Fayt* las intenciones del Tribunal fue expulsar del sistema las reglas enjuiciadas (8).

Como era de esperar, ante un fallo tan discutido, el mismo se constituyó como centro de debate de la doctrina y como un precedente abierto, habiéndose constituido como un punto de referencia jurídico y político en torno a las facultades de control del Poder Judicial sobre el poder político de tal magnitud que impulsó a algunos tribunales de provincia a declarar inválidas capítulos completos de reformas constitucionales.

En *Schiffirin*, la Corte vuelve sobre sus pasos y en un fallo excesivamente extenso, producto en gran parte de la natural dispersión que produce edificar una sentencia de un tribunal colegiado con votos individuales, practica *overruling* respecto de la doctrina de *Fayt*.

La Corte sostiene en *Schiffirin* que la Convención Constituyente de 1994 no excedió los límites de la norma habilitante del artículo 30 CN al incorporar la cláusula cuestionada de los 75 años, ya que encuadraba dentro de la “habilitación dada en el art. 3° punto e) de la ley declarativa cuando dispuso actualizar las atribuciones del Congreso y del Poder Ejecutivo contenidas en la Constitución Nacional”.

(7) En los considerandos 6° y 8° se había preanunciado una expresa referencia sobre el control judicial al proceso de reforma y se referenció a que la característica de la Convención reformadora era la de contar con poderes limitados. En el considerando 16°, la Corte sostiene que la sentencia no comporta un pronunciamiento sobre aspectos de naturaleza sustancial que conciernen a la conveniencia o inconveniencia de la norma impugnada —juicio que no está en las atribuciones propias del Poder Judicial— sino en la comprobación de que aquella es fruto de un ejercicio indebido de la limitada competencia otorgada a la Convención reformadora.

(8) La disidencia parcial del juez Gustavo Bossert propuso la confirmación de lo resuelto por la Cámara de Apelaciones en cuanto hacía lugar a la acción declarativa para el caso concreto.

Sostiene también que la norma no vulnera derechos adquiridos de quienes habían sido designados como magistrados con anterioridad a la reforma, pues es consolidada y reiterada la doctrina del Tribunal de que nadie tiene derecho al mantenimiento de leyes o reglamentos ni a su inalterabilidad, lo que se ve ahondado cuando se trata de una reforma constitucional. Tampoco la norma altera, a criterio del Alto Tribunal, el principio de independencia judicial en tanto el límite de edad (75 años) modifica únicamente el carácter vitalicio del cargo, pero no la garantía de inamovilidad.

Por último, también establece como regla que, dentro de los límites de la competencia habilitada, la Convención Constituyente es libre para determinar si lleva a cabo la reforma y, en su caso, para definir el contenido de las disposiciones constitucionales que modificará.

Para el pensamiento actual de la Corte, el nivel de escrutinio del control judicial de la actuación de una Convención Constituyente debe adoptar la máxima deferencia hacia el órgano reformador, acorde al alto grado de legitimidad y representatividad que tiene la voluntad soberana del pueblo expresada a través de la Asamblea; y, en caso de duda, debe optarse por la plenitud de poderes de la Convención Constituyente.

Ahora bien, sentada la tesis en nuestro procedimiento de reforma constitucional bicéfalo (Congreso y Convención) que afirma que corresponde a la Convención la mayor extensión soberana ¿cuáles son las atribuciones y límites de la Convención Constituyente? ¿Existen límites implícitos para la jurisprudencia en revisión?

Se ha destacado siempre que la Convención Constituyente, una vez reunida, tiene poderes explícitos e implícitos. Los explícitos son los que le han sido conferidos por la ley de declaración de la reforma y consisten —esencialmente— en el estudio, tratamiento y decisión de los puntos sometidos a su voluntad reformadora. Los implícitos son los propios de todo órgano de poder, principalmente dictar su reglamento interno, elegir sus autoridades, establecer su sistema de votación, decidir sobre la validez de los títulos de sus miembros, etc.

En torno a las atribuciones explícitas de la Convención Constituyente, también se han edificado distintas discusiones académicas y políticas. Una antigua discusión, hoy superada tanto por la doctrina *Fayt* como *Schiffrin*, refería a si la Convención Constituyente estaba atada a los límites que le marcaba la ley declarativa de la reforma, o si por el contrario podía considerarse o declararse soberana y abocarse a temas no previstos en la ley de convocatoria. Sentada la tesis de la fortaleza soberana de la Convención en el marco flexible de los puntos habilitados ¿qué posición

nos trajo *Schiffrin* respecto de los límites materiales implícitos a la reforma? ¿Hay en el fallo alguna referencia a los contra-límites internos?

La mayoría se construye cuantitativamente con los votos individuales de los Ministros Lorenzetti, Maqueda y Rosatti. De los tres jueces, solo identificamos en el voto del Dr. Lorenzetti la afirmación contundente de la existencia de límites materiales implícitos a la reforma (contra-límites internos), al sostener la posibilidad del órgano de control de descalificar la actividad de la Convención Constituyente cuando “lo decidido por la Convención afectara, de un modo sustantivo y grave, el sistema republicano como base del estatuto del poder constitucional; o los derechos fundamentales inderogables que forman parte del contenido pético de la Constitución”.

Con extensas citas entre la relación existente entre moral y derecho, el Ministro afirma que la jurisprudencia de la Corte Suprema ha sostenido que los derechos humanos forman parte del bloque de constitucionalidad y constituyen un límite, en tanto resultan inderogables, sea mediante una ley o incluso mediante una Convención Constituyente:

La Constitución Nacional no admite la validez de una voluntad popular expresada sin respetar los principios del Estado de Derecho ni permite que las mayorías puedan derogar los principios fundamentales sobre los que se basa la organización republicana del poder y la protección de los ciudadanos. El escrutinio judicial de los procedimientos resulta esencial para robustecer las prácticas democráticas. Estas normas constituyen un presupuesto para que la decisión mayoritaria sea válida (...).

Estas intensas afirmaciones, no exentas de controversia académica y política, parecen no ser compartidas por los otros jueces del Tribunal que hacen mayoría cuantitativa (al menos con esta intensidad).

La mayoría, consciente de la dispersión argumentativa producto de la edificación de la sentencia con votos individuales, unificó criterios denominándolos “reglas y conclusiones comunes” sobre el final de cada uno de los votos (9).

Adviértase que, para el Juez Lorenzetti, el respeto por un estándar amplio de control con especial deferencia hacia la convención constituyente (órgano de máxima soberanía popular) (regla c) de reglas y conclusiones) permitiría el control de constitucionalidad de las reformas en dos casos: ante una “grave, ostensible y concluyente discordancia sustancial que haga absolutamente incompatible la

(9) Considerando N° 27, voto del Dr. Lorenzetti; 47° voto del Maqueda; y 25° voto del Dr. Rosatti.

habilitación conferida y la actuación llevada a cabo por la Convención Constituyente”; o “cuando lo decidido por la Convención afectara, de un modo sustantivo y grave, el sistema republicano como base del estatuto del poder constitucional; o los derechos fundamentales inderogables que forman parte del contenido pético de la Constitución” (10).

En cambio, para el Dr. Maqueda,

(...) solo podrá invalidarse la actuación del poder constituyente en el marco de un proceso de reforma constitucional si se corrobora una clara, manifiesta violación de las facultades que le fueron atribuidas. Es decir que debe existir una inconcebible incompatibilidad entre la habilitación conferida y la actuación del constituyente que de manera indudable desconozca la voluntad que tuvo el Congreso al declarar la necesidad de la reforma (11).

A su vez para el Juez Rosatti, el control de constitucionalidad sobre el ejercicio del poder constituyente derivado “(...) oscila entre la imposibilidad y la excepcionalidad” (12), pudiéndose efectuar (en el marco y extensión de la doctrina de *Soria de Guerrero*) un control procedimental (13) y un control sustancial de razonabilidad y sistematicidad (14) (la apertura de ambos principios de interpretación constitucional desborda a nuestro criterio los conceptos de imposibilidad y excepcionalidad).

Como puede observarse, detrás de una misma regla o conclusión se encuentran argumentos diferentes que concederían una intensidad distinta al control y, por consiguiente, un universo de casos mayor o menor bajo la revisión de la Corte.

IV. Los contra-límites externos en la jurisprudencia más reciente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: el caso “MREyC” y los diálogos inter-jurisdiccionales con la Corte IDH

Este fallo de la Corte, que despertó fuertes adhesiones y críticas en la doctrina, bien puede ser considerado uno de los primeros y más elocuentes diálogos entre la CSJN Argentina y la Corte IDH; y un caso pleno de “*identidad constitucional*” y “*contra-límites externos*”.

(10) Considerando N° 16, voto del Dr. Lorenzetti.

(11) Considerando N° 26, voto del Dr. Maqueda.

(12) Considerando N° 8, voto del Dr. Rosatti.

(13) Considerando N° 10, voto del Dr. Rosatti.

(14) Considerando N° 11, voto del Dr. Rosatti.

El 14 de febrero de 2017 la CSJN falló en los autos *Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ Informe sentencia dictada en el caso Fontevecchia y D'Amico v. Argentina por la Corte IDH*, desestimando la presentación de la Dirección de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto por la cual se solicitaba que, como consecuencia del fallo de la Corte IDH dictado en la causa *Fontevecchia*, se dejara sin efecto una sentencia firme de la CSJN.

La posición mayoritaria fue conformada por el voto conjunto de los jueces Lorenzetti, Highton y Rosenkrantz, y el voto concurrente del juez Rosatti, habiendo disentido el juez Maqueda.

El voto conjunto de la mayoría consideró que no correspondía hacer lugar a lo solicitado en tanto ello supondría transformar a la Corte IDH en una “cuarta instancia” revisora de los fallos dictados por los tribunales nacionales, en contraposición con la estructura del sistema interamericano de derechos humanos; de los principios de derecho público de la Constitución Nacional Argentina (artículo 27 CN) y de su propia y reiterada jurisprudencia.

En este sentido, entendió que el texto de la Convención no atribuye facultades a la Corte IDH para ordenar la revocación de sentencias nacionales (artículo 63.1, Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH)). Asimismo, consideró que revocar su propia sentencia firme, lo que según la CSJN surgía de lo dispuesto por la sentencia de la Corte IDH, al evaluar que eso parecía pretender el Tribunal Internacional al utilizar la frase “dejar sin efecto”, implicaba privarla de su carácter de órgano supremo del Poder Judicial Argentino y sustituirla por un tribunal internacional, en violación a los artículos 27 y 108 de la Constitución Nacional.

A criterio del Alto Tribunal Nacional, los principios de derecho público a los que refiere el artículo 27 CN constituyen una esfera de reserva soberana, que habilita un *escrutinio* del derecho internacional.

El juez Rosatti en su fundamentos identificó la llamada esfera de reserva soberana (los principios del derecho público a los que alude el artículo 27 CN) a la que alude el voto mayoritario, con un *margen de apreciación nacional* de la Corte Suprema en la aplicación de las decisiones internacionales (con base en los artículos 75 inc. 22 y 27 de la Constitución Nacional). Asimismo, referenció al “diálogo jurisprudencial” para maximizar la vigencia de los derechos en juego sin afectar la institucionalidad, afirmando que la Corte IDH es la máxima intérprete de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Corte Suprema de Justicia de la Nación es la máxima intérprete de la Constitución Nacional, por lo que hay que lograr que sus criterios —en cada caso concreto— se complementen y no colisionen.

En la disidencia, el juez Maqueda mantuvo la postura fijada en sus votos en los casos “*Cantos*” (2003), “*Espósito*” (2004), “*Derecho*” (2011), “*Carranza Latrubesse*” (2013) y “*Mohamed*” (2015), según la cual —a partir de la reforma constitucional de 1994— las sentencias de la Corte IDH dictadas en causas en que la Argentina es parte deben ser cumplidas y ejecutadas por el Estado y, en consecuencia, son obligatorias para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, resolviendo dejar sin efecto la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de 2001 que había condenado a los periodistas Jorge Fontevicchia y Héctor D’Amico por publicaciones realizadas en la prensa, dado que la Corte IDH había resuelto en 2011 que esa sentencia constituía una violación al derecho a la libertad de expresión reconocido en el Pacto de San José de Costa Rica (artículo 13).

La reciente doctrina del Alto Tribunal Argentino podría resumirse de la siguiente forma.

IV.1. Voto de la mayoría

- 1) Las sentencias dictadas contra el Estado Argentino por la CIDH son, *en principio*, obligatorias, *siempre y cuando estén dictadas dentro del marco de sus potestades*.
- 2) El sistema interamericano es subsidiario. La Corte IDH no es una *cuarta instancia*, por lo cual no puede *revisar las decisiones de los tribunales internos*.
- 3) Ordenar *dejar sin efecto* una sentencia de la CSJN pasada en autoridad de cosa juzgada *implica recurrir a un mecanismo restitutivo no previsto en la CADH* conforme lo establecido en el artículo 63.1 CADH.
- 4) *Dejar sin efecto* la sentencia de la CSJN sería un supuesto de *restitución jurídicamente imposible* a la luz de los *principios del derecho público argentino* (artículo 27 CN) que constituyen una *esfera de reserva soberana*. Esta cláusula habilita un *escrutinio* del derecho internacional.
- 5) Entre dichos principios se encuentra el *carácter supremo y cabeza del Poder Judicial de la CSJN*. Revocar su sentencia firme implicaría privarla de ese carácter y desplazarlo al tribunal internacional.
- 6) Esta interpretación del artículo 27 ha sido ratificada por la reforma de 1994 al disponer que los TDH poseen *jerarquía constitucional* y no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución.

IV.2. Voto concurrente del juez Rosatti

- 1) El constituyente consagró en el artículo 27 CN una esfera de reserva soberana (*margen de apreciación nacional*) a los cuales los tratados internacionales deben ajustarse. Esta cláusula habilita un *escrutinio* del derecho internacional.
- 2) En un contexto de *diálogo jurisprudencial* entre los órganos con competencia nacional e internacional (*CIDH último intérprete de la CADH* y *CSJN último intérprete de la CN*) la reparación ordenada por la sentencia internacional encuentra adecuada satisfacción mediante la concreción de las medidas ejecutadas, no siendo posible la revocación formal del decisorio nacional (si ello es lo que se pretende).

IV.3. Voto disidente del juez Maqueda

1) El deber de cumplir la decisión de la Corte IDH responde a un principio básico del derecho internacional: los Estados deben acatar sus obligaciones convencionales de buena fe (*pacta sunt servanda*) y conforme la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (1969) no pueden, por razones de orden interno, dejar de cumplir las obligaciones ya asumidas, so pena de verse comprometida su responsabilidad.

La síntesis de la sentencia deja expuesta con claridad (a nuestro modo de ver) la presencia en la argumentación del Tribunal de institutos y principios que podríamos encuadrar dentro del concepto de “identidad constitucional”:

- a) los principios de derecho público que refiere el artículo 27 CN que constituyen —al decir de la Corte— una “esfera de reserva soberana” frente al derecho internacional, autorizando un escrutinio del mismo y de las decisiones de los órganos internacionales tomadas en su consecuencia;
- b) La Corte *Suprema* de Justicia como cabeza del Poder Judicial Argentino (artículo 108 CN) y su relación (agregamos nosotros) con el principio de división de poderes en el sistema Constitucional argentino, que impide el desplazamiento de sus decisiones internas a un Tribunal Internacional en un sistema internacional de derechos humanos subsidiario.

Definidos elementos de la “identidad constitucional” (sin decirlo expresamente) la sentencia de la CSJN activó —según nuestra mirada— contra-límites externos a la pretensión de la Corte IDH (si esa hubiera sido) de revocar la sentencia firme de la CSJN en el marco del caso de autos, por los argumentos sintetizados precedentemente.

Posteriormente a este importante fallo de la CSJN, la Corte IDH, en fecha 18/10/2017, dictó su tercera resolución de supervisión de cumplimiento de la causa “Fontevicchia” (primera posterior a la sentencia de la CSJN), muy esperada por la doctrina nacional, expectante sobre la respuesta que el Tribunal Internacional daría a los nuevos rumbos marcados por el Alto Tribunal Nacional.

Dijo la Corte IDH en la sentencia de supervisión en lo que refiere al tema específico de análisis:

- 1) El tribunal dispuso que el Estado debe dejar sin efecto dichas sentencias en todos sus extremos, incluyendo, en su caso, los alcances que estas tengan respecto de terceros; a saber: a) la atribución de responsabilidad civil de los señores Jorge F. y Héctor D.; b) la condena al pago de una indemnización, de intereses y costas y de la tasa de justicia 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.
- 2) Para dar cumplimiento a esa reparación (“dejar sin efectos”) los Estados han adoptado diferentes tipos de medidas o acciones y lo han comunicado a la Corte, la cual realiza una valoración en cada caso concreto.
- 3) En el presente caso, al tratarse de una sentencia civil que no queda constando en registros de antecedentes de delincuentes, el Estado podría adoptar algún otro tipo de acto jurídico, diferente a la revisión de la sentencia, para dar cumplimiento a la medida de reparación ordenada, como por ejemplo la eliminación de su publicación en las páginas web de la Corte Suprema de Justicia, o que se mantenga su publicación pero se le realice algún tipo de anotación indicando que esa sentencia fue declarada violatoria de la CADH por la Corte IDH.

Esta puerta “dialogal” que el Máximo Tribunal del Sistema Interamericano abrió a la jurisdicción nacional fue rápidamente aceptada por la CSJN, que en fecha 05/12/2017 dictó una resolución disponiendo “ordenar que se asiente junto a la decisión registrada en Fallos 324:2895 la siguiente leyenda: Esta sentencia fue declarada incompatible con la CADH por la Corte IDH” (sentencia del 29 de noviembre de 2011).

Un nuevo capítulo en este diálogo entre tribunales internos e internacionales se abrió en estos días, cuando la Corte IDH en fecha 11 de marzo de 2020 dictó una nueva resolución en el marco del proceso de supervisión de la sentencia *Fontevicchia*.

En el considerando 10 de la resolución afirmó:

(...) En ese sentido, esta Corte considera, a la luz de lo resuelto en la Resolución de octubre de 2017 (*supra* considerando 6.a) y de la información brindada por el Estado y las correspondientes observaciones de los representantes y la Comisión (*supra* considerando 8), que la anotación hecha en la sentencia civil condenatoria de 25 de septiembre de 2001 **es suficiente para declarar el cumplimiento del componente de la reparación relativo a dejar sin efecto** la atribución de responsabilidad civil a los señores Fontevecchia y D'Amico (el destacado es propio).

Por consiguiente, en la parte dispositiva afirmó "(...) 1. Declarar, de conformidad con lo señalado en los Considerandos 10, 11 y 15 de la presente Resolución, que el Estado ha dado cumplimiento parcial a la medida de reparación ordenada en el punto dispositivo segundo de la Sentencia, relativa a dejar sin efecto la condena civil impuesta a los señores Jorge Fontevecchia y Héctor D'Amico (...) así como todas sus consecuencias". Ello debido a que Argentina cumplió con el componente de la reparación relativo a dejar sin efecto la atribución de responsabilidad civil de los señores Jorge Fontevecchia y Héctor D'Amico, quedando pendiente que el Estado cumpla con reintegrar las sumas pagadas por las víctimas como consecuencia de la condena civil, en los términos de los párrafos 105 y 131 a 136 de la sentencia.

De esta forma, a través del fructífero diálogo entre los altos tribunales, quedó zanjada una cuestión que, en su momento, generó enormes críticas de un sector de la doctrina nacional, llegándose incluso a afirmar que la sentencia de la CSJN *in re* "Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto" (en adelante MREyC) implicaba situar al país en responsabilidad internacional.

Cabe preguntarnos si la forma en que fue resuelta la tensión entre ambos Tribunales constituye desde la Corte IDH una apertura hacia la doctrina del margen de apreciación nacional (MAN) en reconocimiento de las identidades constitucionales nacionales, por medio del diálogo entre tribunales internacionales e internos. Seguramente este interrogante, encontrará respuesta en futuros diálogos de la Corte IDH con las Cortes Supremas y Tribunales Constitucionales de Latinoamérica.

V. ¿A dónde vamos? (15)

El poder constituyente reformador puede encontrar sustento teórico para producir enormes cambios en una sociedad, y hasta lograr el consenso comunitario.

(15) El interrogante rememora el cuadro de Paul Gauguin de diciembre de 1897 titulado ¿De dónde venimos? ¿Quiénes somos? ¿Adónde vamos? pintado durante su segunda estancia en Tahití, que se conserva en el Museo de Bellas Artes de Boston.

Cambios en su sistema de gobierno y en la forma de distribuir los derechos en el marco social.

Pero desde la perspectiva del modelo democrático constitucional resultan ineludibles ciertos límites al poder de reforma constitucional, contra-limitaciones internas a esta facultad y al órgano encargado de ejercerla. Estos límites pueden provenir del propio constituyente derivado, como el caso de Alemania e Italia, que han perfilado una identidad constitucional en forma expresa. Esto claramente no elimina la actuación de las Cortes en la interpretación de la temática, pero limita su actuación. En el caso argentino, ante la inexistencia de límites expuestos, la interpretación se dificulta, pero los derechos fundamentales; la forma de gobierno democrática, republicana y federal, y el principio de soberanía popular, parecen constituir un núcleo duro de principios de derecho público, donde se asienta la identidad constitucional en consideración a nuestra historia jurídica y política.

En lo que hace a los contra-límites externos, Italia no ha sido el único país en Europa en aplicar restricciones al ingreso de normas externas. Alemania, a través de la llamada doctrina *Solange*, ha utilizado también el instrumento de los contra-límites.

En Latinoamérica “MREyC” constituye un fallo rico para el debate y los interrogantes, ya que un tema que sin duda sigue abierto es el relativo al catálogo de los contra-límites.

La jurisprudencia italiana se ha ocupado principalmente de cuestiones relacionadas con la aplicación de las garantías del proceso penal. La Corte Argentina en MREyC recaló en el amplio marco de los principios de derecho público de la Constitución Nacional para rescatar su supremacía interna.

Se advierte, entonces, que existe un espacio de considerable y riesgosa discreción para los tribunales en la medida de la amplitud de los contra-límites, sobre lo cual son fundamentadas las reservas y preocupaciones en un momento histórico mundial que se debate entre las retracciones y el afianzamiento de las identidades constitucionales; y la intensidad de los órganos internacionales en la primacía por la regulación de los derechos.

VI. Bibliografía

Ackerman, B. (2015). *We the people, V.1, Fundamentos de la historia constitucional estadounidense*. Madrid: Traficantes de Sueños.

Amaya, J. A. (2008). Democracia vs. Constitución. Cuando los jueces vienen marchando. *Revista jurídica La Ley*. Buenos Aires.

Amaya, J. A. (2015). El diálogo inter-jurisdiccional. En L. Mezzetti y L. Arcaro Conci (coords.), *Diálogo entre Cortes*. Brasilia: AB Nacional.

Amaya, J. A. (2016). Diálogos entre tribunales internacionales y tribunales internos. Tensiones e interrogantes en materia de derechos políticos que surgen de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En C. Pizzolo y L. Mezzetti (coords.), *Diálogos desde la Diversidad. Tribunales supranacionales y tribunales nacionales - América* (pp. 17/46). Buenos Aires: Astrea.

Amaya, J. A. (2017). *Overruling* en la Corte o los dilemas del control judicial de una reforma constitucional. *Revista Jurídica La Ley*, suplemento especial, jueves 6 de abril de 2017.

Amaya, J. A. (2019). El debate sobre la última palabra. Un complejo equilibrio entre identidades constitucionales y diplomacia judicial. *Diario La ley*, 28 de marzo.

Barile, P. (1973). Il cammino comunitario della Corte. *Giur. cost.*, (pp. 2416 y ss.).

Colombo Murua, I. (2011). *Límites a las reformas constitucionales (teoría de las cláusulas pétreas)*. Buenos Aires: Astrea.

Heinz, D. (2000). *Identidad Nacional y globalización, la tercera vía*. México: Nuestro tiempo.

Polimeni, S. (2018). *Controlimiti e identità costituzionale nazionale. Contributo per una ricostruzione del "dialogo" tra le Corti*. Nápoles: Editoriale Scientifica.

Jurisprudencia

Corte Constitucional Italiana, sentencia N° 232/1989 caso Fragd, 21 de abril 1989. En *Giur. cost.*, 1989 (pp. 1001 y ss.), anotada por L. Daniele, Costituzione italiana ed efficacia nel tempo delle sentenze della Corte di giustizia comunitaria, en *Il Foro Italiano*, 1990 (pp. 1855 y ss.).

Corte Constitucional Italiana, sentencia N° 238/2014 del 22 de octubre 2014. Recuperado de giurcost.org

Corte Constitucional Italiana, sentencia N° 170/1984 caso Granital, del 8 de junio 1984. En *Giur. cost.*, 1984 (pp. 1098 y ss.).

Corte Constitucional Italiana, sentencia N° 115/2018 del 31 de mayo 2018. En *Giur. cost.*, 2018 (pp. 1296 y ss.).

Corte Constitucional Italiana, sentencia N° 183/1937 caso Frontini del 27 diciembre 1973. En *Giur. cost.*, 1973 (pp. 2401 y ss.).

Corte Internacional de Justicia, caso *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v Italy: Greece Intervening)*, 3 de febrero de 2012.

Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de la Unión Europea, C105/14 caso Taricco del 8 de septiembre 2015.

Corte IDH, sentencia C-7 caso Olmedo Bustos y otros *vs.* Chile (La Última Tentación de Cristo), 5 de febrero de 2001.

CSJN, Schiffrin, Leopoldo Héctor c/Poder Ejecutivo Nacional s/ acción meramente declarativa, sentencia del 29/03/2017.

CSJN, Fayt Carlos Santiago s/acción declarativa de inconstitucionalidad, Fallos 322:1616 (1999).

CSJN, Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso 'Fontevicchia y D'Amico *vs.* Argentina' por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, CSJ 368/1998 (34-M)/CS1, 14 de febrero de 2017.

Fecha de recepción: 26-03-2020

Fecha de aceptación: 17-05-2020

