

LA CONVENCIONALIZACIÓN DEL DERECHO EN LA ENCRUCIJADA: REFLEXIONES EN TORNO A UNA RECIENTE SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ARGENTINA

Eloy ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA*

SUMARIO: I. *Sobre la relevancia de la convencionalización del derecho en un contexto como el latinoamericano.* II. *Los retos a enfrentar para la consolidación de la convencionalización del derecho a nivel jurisdiccional en América Latina.* III. *Algunas puntuales especificaciones sobre lo resuelto por la Corte Suprema frente a la sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Fontevecchia y D'Amico c. Argentina.* IV. *Breves apuntes a modo de conclusión.*

I. SOBRE LA RELEVANCIA DE LA CONVENCIONALIZACIÓN DEL DERECHO EN UN CONTEXTO COMO EL LATINOAMERICANO

Una de las más importantes tareas a cargo de un juez o jueza constitucional es hoy, qué duda cabe, la de la convencionalización del derecho. Y es que en contextos como el latinoamericano, en donde problemas a nivel mundial (crisis de respeto a los derechos, muy a despecho de su reconocimiento constitucional, legal o jurisprudencial; crisis por falta o por insuficiencia de reconocimiento y vigencia de la idea de “buen gobierno”, etcétera) se dan la mano con algunas limitaciones ya casi endémicas en nuestros países, la convencionalización del derecho ha sido, indudablemente, un importante elemento para proteger los derechos de las diferentes personas, y a la vez, para democratizar el ejercicio del poder que desempeñan las autoridades involucradas en esta dinámica.

* Magistrado del Tribunal Constitucional del Perú. Catedrático de las universidades Pontificia Católica del Perú, Nacional Mayor de San Marcos, de Lima, de Piura e Inca Garcilaso de la Vega. Profesor principal y ex director general de la Academia de la Magistratura (Escuela Judicial) del Perú.

Y es que frente a un escenario como el latinoamericano, en donde, además de lo que se encuentra a nivel mundial, nos encontramos, entre otros elementos planteados con mayor o menor intensidad en función de la condición de cada Estado en particular, a la constatación de una situación de debilidad institucional y de poca participación ciudadana en la toma de las decisiones más relevantes en una sociedad determinada. Junto a ello conviene anotar que el quehacer político estatal latinoamericano oscila entre democracias insuficientes (ubicadas entre los riesgos de “democracias elitistas excluyentes”¹ y diversas manifestaciones de populismo²) y autocracias más o menos desembozadas.

Y por si lo expuesto no fuera suficiente, si bien son importantes los logros tuitivos alcanzados básicamente en el ámbito de los derechos, necesario es anotar cómo muchas veces existe un reconocimiento más formal que real de algunos derechos, o nos encontramos ante situaciones donde la titularidad de ciertos derechos aparece como razonablemente restringido para ciertos colectivos. También hay cuestionamientos vinculados con la actuación de quienes desempeñan labores jurisdiccionales (carácter contramayoritario de la tarea jurisdiccional, legitimidad democrática de la labor emprendida, falta de familiaridad con las particularidades de la interpretación constitucional (riesgo de encontrarnos con interpretaciones hiperformalistas, o de ubicarnos ante comprensiones que demuestran serias deficiencias formativas a nivel argumentativo en el plano conceptual).

Incluso son cuestionables algunas disposiciones constitucionales o ciertas regulaciones o prácticas vinculadas con competencias asignadas a los juzgadores (sistemas de nombramiento, promoción, sanción y término de la carrera de juezas o jueces, o manejo de recursos económicos), y, finalmente, la hiperreglamentación de los derechos recogida en algunas Constituciones, la cual, por cierto, con intención o sin ella, recorta el ámbito de acción de quienes juzgan o interpretan. Frente a este contexto, adquiere

¹ Nombre que se otorga a posturas como las acogidas en su momento por Schumpeter, las cuales tienen el antecedente de posturas como las de la escuela del “Public Choice”, hoy predominantemente en la ciencia política norteamericana. Una estupenda explicación de los alcances y consecuencias de este elitismo excluyente lo encontramos en Salazar Ugarte, Pedro, *Política y derecho (derechos y garantías). Cinco ensayos latinoamericanos*, México, Fontamara, 2013, pp. 34 y ss.

² Y es que en América Latina, mas no solamente allí, se ha tenido y se tiene manifestaciones del populismo que puedan ser definidas de “derecha” (invocan representatividad popular adscrita a perspectivas de fortalecimiento del *status quo* ante) o de “izquierda” (se reivindica un cambio del *status quo* ante y de las correlaciones del poder desde una perspectiva que se reclama progresista pero que, o mantiene la misma concentración del poder a otras manos pero, en el fondo, bajo las mismas prácticas).

innegable relevancia el aporte de la ya mencionada “convencionalización del derecho”.

Sinceramente creo que hay mucho a favor de la relevancia y utilidad de la “convencionalización del derecho” frente a la labor que hoy tocó asumir a jueces y juezas. En primer lugar, apostar por la configuración de un derecho común permite, desde la diversidad, construir o rescatar lo propio (que, por cierto, no es excluyente o peyorativo de lo distinto). En este sentido, facilita acoger y sistematizar aportes de la normativa y jurisprudencia de nuestros países, así como las buenas prácticas allí existentes, elementos de vital relevancia para enriquecer el quehacer jurisdiccional. Conviene entonces aquí resaltar que la convencionalización del derecho no implica la desaparición o el desconocimiento de lo propio; implica más bien su comprensión dentro de un escenario de diálogo multinivel, para así enriquecerlo y potenciarlo.

En segundo término, la convencionalización del derecho facilita una comprensión de los temas en la cual cuando a nivel interno no ha habido respuesta a alguna materia (o dicha respuesta ha sido deficitaria en términos de reconocimiento y protección de derechos), permite recurrir a una pauta para la configuración de una alternativa, pauta proveniente del texto de las convencionales suscritas por cada Estado, la interpretación vinculante de las mismas o aquello que hoy se nos presenta como normas de *ius cogens* (sin que ello, claro está, involucre reconocer la relevancia de lo propio, si existe, como elemento central para la configuración o el enriquecimiento —según fuese el caso— de un parámetro común).

Por otro lado, y en tanto y en cuanto parte de una idea de la interpretación de la Constitución y del derecho como “concretización”, la dinámica aquí descrita le permite al juez(a) constitucional desarrollar una perspectiva de su labor a la cual podemos calificar como “principalista”, o sustentada en la materialización de ciertos principios. Ello posibilita a los juzgadores(as) contar con una comprensión dinámica de su labor; comprensión no cerrada a una sola manera de entender las cosas para enfrentar los diferentes problemas existentes, problemas ante los cuales cada vez se le pide más una respuesta pronta y certera de estos juzgadores.

No debe además soslayarse que, muy a diferencia de lo que sucede con otras construcciones, donde la alegación de estar trabajando por buscar superar las limitaciones de un contexto de democracia formal o insuficiente muchas veces parece más bien encerrar la justificación de nuevas expresiones de un populismo bastante lejano al ideal que se dice querer propulsar, la convencionalización del derecho parte de una clara defensa de aquello que

inspira, orienta y regula (muy a despecho de innegables tensiones y dificultades) el quehacer de un Estado constitucional y democrático.

En ese sentido, esta dinámica ayuda a quienes interpretan y hasta juzgan, a encontrar o generar respuestas debidamente articuladas con los parámetros que por lo menos hoy acompañan al Estado constitucional y a la democracia constitucional. Con esto me estoy refiriendo a que permite construir, o por lo menos, potenciar opciones en donde se imponen límites y vínculos constitucionales de las decisiones de los órganos de gobierno democráticos. Ello con el objetivo de preservar el rol de los derechos fundamentales como centro no sólo de la acción estatal, sino del quehacer de todo aquel que cuenta con autoridad.

Entonces, y a modo de síntesis, bien puede señalarse que en un escenario tan complejo como el que toca enfrentar a los jueces y juezas, la apuesta por un derecho común deviene en un poderoso aliado para la configuración, el enriquecimiento y la validación de las respuestas a dar a determinados y graves problemas. Necesario es entonces anotar aquí, y ya frente a estas materias, que ha habido importantes avances construidos o potenciados desde sede jurisdiccional.

Para ello se ha seguido, explícita o inconscientemente pautas como las reseñadas en este texto. Hay pues relevantes e innegables aportes en ese sentido. Sin embargo, tampoco puede soslayarse la subsistencia de significativos retos por enfrentar. Precisamente sobre estos aspectos pasaré a efectuar, siquiera a modo de puntual reseña, alguna referencia de inmediato.

II. LOS RETOS A ENFRENTAR PARA LA CONSOLIDACIÓN DE LA CONVENCIONALIZACIÓN DEL DERECHO A NIVEL JURISDICCIONAL EN AMÉRICA LATINA

Los retos considerados como más relevantes en una época donde la labor de interpretación y resolución de conflictos en sede jurisdiccional se ha potenciado decididamente, muy a despecho de eventuales cuestionamientos, es innegable reconocer cómo el quehacer jurisprudencial ha planteado importantes avances en esta misma dirección, los cuales, por cierto, no se han quedado en el ámbito de tutela de los derechos, sino que se ha proyectado también al escenario de la toma de las decisiones de gobierno y gestión más relevantes en un Estado en particular.³

³ Una explicación sobre los importantes avances alcanzados al respecto se encuentra en “Los retos de un(a) juez o juez(a) constitucional en un contexto de crisis y el aporte de la

Ahora bien, estos avances o aportes deben, en su caso, hacer frente a la presencia de algunos significativos retos, más allá de los problemas de contexto mundial y latinoamericano a los cuales he hecho mención en otra parte de este mismo texto. Mucho es lo que podría decirse al respecto, pero aquí, siquiera puntualmente, voy a referirme a tres temas que considero son de la mayor importancia.

El primero de ellos va dirigido a discutir qué y con cuál legitimidad algo es justiciable. El segundo, muy directamente relacionado con lo anterior, se vincula a si, por la particular configuración del quehacer jurisdiccional, todo es realmente justiciable. El tercero va referido a la comprensión de los alcances de la misma tarea de convencionalización asumida. Buscar proporcionar insumos acerca de cómo abordar estos temas es aquello a lo cual dirigiré mi atención a continuación.

1. *El reto sobre qué es justiciable y sobre con cuál legitimidad algo lo es*

No olvidemos que es parte de la premisa mediante la cual se afirma que en un Estado constitucional no deben existir zonas o actividades exentas de control, y que la lucha para evitar la inmunidad (que suele devenir en impunidad) en el ejercicio del poder no debe detenerse. También demos tener presente que el Estado constitucional se caracteriza por ser un Estado limitado, donde nadie tiene todo el poder, sino cuotas del mismo (competencias), las cuales son expresamente asignadas a cada quien en la Constitución, o en su caso, por la norma correspondiente dictada por la autoridad competente, o por lo que se desprenda razonablemente de esa normativa, aunque allí no se encuentre explícitamente señalada.

Además, en el Estado constitucional no solamente importa contar con la competencia para desempeñar una función (incluso la de interpretación vinculante y control de constitucionalidad). Importa también llegar a esa responsabilidad y ejercerla dentro de ciertos parámetros. Por ende, un juez o una jueza constitucional tienen tareas muy importantes a su cargo, pero no están habilitadas para hacerlo todo. Corresponde entonces siempre preguntarse no solamente por la legitimidad de su labor, así como de un tema muy vinculado con éste, el de los límites del quehacer de un juez constitucional.

Convencionalización del Derecho en esta labor jurisdiccional”, *Libro Homenaje a Lucio Pegoraro* (en prensa, 2011). También abordé el tema en *Derecho y Debate*, Lima, núm. 27, diciembre de 2016, disponible en: www.derechoydebate.com.

Mucho se ha dicho sobre la legitimidad del quehacer jurisdiccional, y con más detalle se ha hablado de la legitimidad de la labor de jueces y juezas constitucionales. Aun cuando el tema no se encuentra exento de polémica, en líneas generales se parte de reconocer que la Constitución es una norma jurídica con proyecciones para regular no solamente el quehacer jurídico, sino también el político, el social y el cultural. La interpretación de dicha Constitución no solamente busca tutelar la voluntad general, sino sobre todo una mejor protección de los derechos (y especialmente los de las minorías), garantizado ello con una limitación del poder que se traduce en la distribución de funciones y de mecanismos de control a esas funciones.

El juez o jueza constitucional se legitima en esa delicada labor en función a que asume y justifica sus competencias en mérito a parámetros establecidos conforme a derecho, en la imparcialidad que debe caracterizar a su quehacer jurisdiccional, y al desarrollo de sus tareas con base en su conocimiento del derecho y lo jurídico (que es precisamente lo que debe aplicar). Ahora bien, justo es anotar que muchas veces estos argumentos son más fáciles de formular que de materializar.

Es importante entonces tener presente el tema de los límites a la labor del juez o jueza constitucional. Conviene allí entender que estos juzgadores y juzgadoras tiene un punto de partida y, por ende, un límite a su quehacer: la Constitución (más que su lectura literal, en su comprensión sistemática o convencionalizada) y lo que puede inferirse razonablemente de lo previsto en ella. También debe comprenderse que estamos ante autoridades, y por ende, frente a personas que en las tareas a su cargo deben respetar parámetros de racionalidad, razonabilidad, corrección funcional o deber de motivación.

Por último, y en tanto son autoridades con labores de carácter jurisdiccional, no corresponde a esos jueces y juezas efectuar juicios con base en consideraciones de calidad o de oportunidad. En estos casos también operan como límites al quehacer del juez los alcances de las pretensiones puestas en su conocimiento, frente a las cuales puedan actuar en aplicación del *Iura Novit Curiae* o de la suplencia de queja deficiente, mas no romper una indispensable congruencia funcional, la especialidad de las materias decididas, la misma “convencionalización del derecho”, pues deja de lado y sin sustento algunas posibilidades interpretativas para los diferentes juzgadores y juzgadoras, y finalmente, por no seguir con un largo etcétera, cuenta también la complejidad de los casos puestos en conocimiento de una jueza o juez (fáciles, intermedios, difíciles y hasta trágicos⁴ como elemento a tomar en cuenta para limitar su accionar.

⁴ En este sentido, conviene revisar el importante trabajo de Atienza, Manuel, “Los lími-

Sin embargo, no son estas materias las únicas que generan algunas interrogantes. Cabe también preguntarse, tomando en cuenta las especiales características de ciertos temas, si es posible que puedan ejercerse sobre ellas eficientemente las labores de interpretación y control que se le piden a los jueces y juezas. Cabe entonces cuestionarse por si realmente todo es justiciable. En el fondo de ello hay una pregunta clave dentro del Estado constitucional, uno de cuyos aspectos básicos es el de la necesidad de limitar y organizar el poder: la pregunta sobre quién se encarga de qué en un Estado en una sociedad en particular. Corresponde entonces pasar a dar algunos apuntes al respecto.

2. El reto sobre si todo es realmente justiciable

Centraré el análisis en un tema en particular a modo de ejemplo de lo que queremos plantear: el electoral. ¿Acaso todo lo conflictivo en lo electoral (materia sobre cuyos alcances por cierto no necesariamente coincide el análisis de todos) es canalizable en sede jurisdiccional? La dificultad de lo que debe resolverse en tan poco tiempo, la real utilidad de la labor de algunas autoridades electorales, en función a sus actuales configuraciones y diseños o el riesgo de politización de los espacios jurisdiccionales específicamente previstos para atender lo electoral (o que deben efectuar una interpretación constitucional con competencia en lo electoral) son algunos de los factores que por lo menos ponen en entredicho la pertinencia de judicializar cualquier materia, aun cuando dicha judicialización sea confiada a jueces y juezas constitucionales.

Bien podrá decirse que la especial sensibilidad que genera el tema electoral, en donde se encuentra en juego precisamente cómo alguien llega o se mantiene en el ejercicio de los espacios que habilitan a un ejercicio legitimado de las mayores cuotas de poder en un Estado o en una sociedad en particular. Confiar a políticos el control del quehacer político puede sin duda causar ciertos resquemores; sin embargo, y como acertadamente plantea Diego Valadés, existen casos ante los cuales las garantías de carácter jurisdiccionales devienen en francamente ineficientes, siendo oportuno analizar la conveniencia de recurrir en estos casos a lo que el reconocido jurista mexicano denomina “garantía política”.⁵

tes de la interpretación constitucional. De nuevo sobre los casos trágicos”, *Isonomía*, México, núm. 6, 1997.

⁵ Recomiendo ver al respecto Valadés, Diego, “La garantía política como principio cons-

Como fácilmente puede apreciarse, la misma pertinencia de acudir al escenario jurisdiccional es lo que muchas veces se encuentra cuestionada. Ante la dificultad de dar respuesta a tan difíciles materias y mirando los temas desde una perspectiva positiva, adquiere entonces especial significación contar con perspectivas interpretativas como la de la convencionalización del derecho para así preservar o potenciar aspectos tan relevantes como aquellos a los cuales he hecho mención en otros apartados de este texto, muy a despecho de si eventualmente la aplicación de esta propuesta es o no finalmente confiada a organismos de naturaleza jurisdiccional.

3. *El reto sobre la comprensión de los alcances de las tareas de convencionalización del derecho*

Como se ha dicho en más de una ocasión, se entiende por “convencionalización del derecho” a esa apuesta por la configuración de un derecho común (que no descuida lo propio, sino que busca potenciarlo en un escenario más tuitivo y generalizado), dentro del cual la comprensión del derecho y de los derechos debe hablarse de acuerdo con lo señalado en los diferentes tratados suscritos por los distintos Estados, o, en su caso, conforme a lo que se desprende de dichos tratados, o de acuerdo con aquella normativa que ya ha adquirido carácter de *ius cogens*.

Ahora bien, necesario es anotar que los alcances de esta convencionalización (máxime en el escenario latinoamericano, donde se ha optado por un control de convencionalidad y no por un margen de apreciación estatal; la misma Corte Interamericana apuesta por un sistema de reparaciones integrales, y, finalmente, la Corte de San José de Costa Rica ha establecido su propio sistema de audiencias y sentencias para asegurar la ejecución y el cumplimiento de sus sentencias) también han admitido lecturas distintas.

Así, por ejemplo, hay quienes hacen una lectura literal de lo previsto, por ejemplo, en la Convención de Viena sobre los Tratados, y alegan sin más que no cabe alegar derecho interno para desconocer el parámetro convencional. Frente a esta postura extrema, hay quienes alegan un carácter subsidiario de la convencionalización frente a lo existente en el derecho interno, y sobre todo a nivel constitucional. En ese tenor, lo convencional sólo se cumple si no afecta el parámetro constitucional interno, correspondiendo en principio a los organismos competentes de cada país (en líneas

tutucional”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 132, septiembre-diciembre de 2011, pp. 1259-1291.

generales, las altas cortes de cada país, responsabilidad que incluso podría compartirse con otros órganos jurisdiccionales) determinar si es aplicable lo convencional o no.

Es más, hay quienes alegan que la comprensión en clave convencional de estos temas debe entenderse en una dinámica de estándar mínimo: prima lo convencional mientras no sea que lo estatal no sea más tuitivo. Si lo previsto en un Estado en particular fuese más tuitivo que el parámetro convencional, primará la solución estatal en esa situación en particular. Esta postura es interesante, pero tiene la dificultad de determinar qué es lo más tuitivo y a quién corresponde esa determinación.

Corresponde entender que la configuración de la convencionalización del derecho se da, como bien ha indicado calificada doctrina,⁶ comprendiendo que hoy nos encontramos en un escenario de fragmentación jurídica, y por ende, de pluralismo interpretativo: alguien va a tener que dar la última palabra en un caso en particular, la solución de dicho caso; sin embargo, ello no va a ser consecuencia de la decisión unilateral de un supremo intérprete sobre los eventuales pareceres de otros intérpretes que en ciertos contextos pueden ser calificados como finales.

Y es que el tantas veces invocado “diálogo multinivel” no implica que alguien decide y el resto acata. Involucra más bien el uso de técnicas de cohabitación para así articular unas no siempre sencillas relaciones interordinamentales. La necesaria convergencia de interpretaciones en un escenario de varios intérpretes que se reclaman como finales va a llevar a la generación de consensos mínimos que encuentran en el principio *pro homine* su límite de actuación.⁷

Estos consensos mínimos, como bien se ha explicado,⁸ son “soluciones de síntesis”, centradas en evitar interferir sobre la eficacia de la norma interconectada. Alcanzar estos 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. La obtención de una respuesta común consensuada, añadido ya a nivel personal, sin desconocer con ello, añadido también, lo ya previsto en el parámetro convencional.

Bien podría cuestionarse la relativa pérdida de certeza a la cual puede llevar la construcción de este tipo de respuestas. Esto, por lo demás, no es en

⁶ Véase, al respecto, Pizzolo, Calógero, “¿Ser «intérprete supremo» en una comunidad de intérpretes finales?”, *La Ley*, Buenos Aires, febrero de 2017, año LXXXI, núm. 39, t. 2017-A.

⁷ En este mismo sentido, Pizzolo, *op. cit.*

⁸ Sobre el particular, Pizzolo, *op. cit.*

rigor ni nuevo ni cierto. Es lo que ya ocurre en la práctica en muchos países donde ya a nivel jurisdiccional coexisten varios intérpretes finales (o por lo menos, que reclaman esa condición), para así evitar un “choque de trenes”, o, dicho con otras palabras, inconvenientes y hartos perjudiciales conflictos interinstitucionales.

Ahora bien, tampoco debe perderse de vista que la certeza de un pronunciamiento vinculante (entre los cuales destacan nítidamente las resoluciones emitidas por órganos con competencias jurisdiccionales) no solamente está marcada por la pulcritud de su redacción y motivación. Aquello, sin duda indispensable, debe darse en un contexto en que asegure el cumplimiento de lo planteado. Eso es precisamente lo que busca conseguirse generando consensos mínimos entre la pluralidad de intérpretes vinculados.

III. ALGUNAS PUNTUALES ESPECIFICACIONES SOBRE LO RESUELTO POR LA CORTE SUPREMA FRENTE A LA SENTENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN EL CASO *FONTEVECCHIA Y D'AMICO C. ARGENTINA*

Hace algunos años, cuando Carlos Menem era presidente de la Argentina, corrió el rumor que tenía un hijo al cual no reconocía públicamente. La revista *Noticias* investigó el hecho y no solamente hizo una serie de notas al respecto, sino que dedicó alguna tapa de esa publicación a este tema. El entonces presidente argentino demandó planteando que la revista *Noticias* habría violado su derecho a la intimidad.

Luego de haberse rechazado la demanda en primer grado, tanto la Cámara de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal como la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina más bien proceden a condenar a la editorial que emite “Noticias” como a los ciudadanos Jorge Fontevecchia y Hector D’Amico a pagar una indemnización. Este caso es llevado a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), la cual, en 2011, consideró, para plantearlo aquí muy puntualmente, que en este caso la revelación hecha por “Noticias” estaba justificada, al ser Menem una figura pública, y que la condena aplicada en Argentina constituía una violación a la libertad de expresión. Por ello, condena al Estado argentino en este proceso en particular.

Cabe destacar que la condena al Estado argentino, en la lógica de reparación integral que aplica la Corte IDH, incluía tomar las siguientes acciones:

- 1) Dejar sin efecto la condena impuesta a Fontevecchia y D'Amico, así como todas sus consecuencias.
- 2) Publicar completa la sentencia de la Corte IDH en la página del Centro de Información Judicial de la Corte Suprema, así como un resumen oficial de lo resuelto por la Corte IDH (elaborado por la Corte Suprema) en el *Diario Oficial* y en un diario de amplia circulación.
- 3) Devolver a Fontevecchia y a D'Amico lo que habían pagado por la condena, y además, los gastos que tuvieron que hacerse durante el proceso ante la judicatura argentina.

El Estado argentino ya había cumplido con las publicaciones mencionadas en el punto dos, y estaba ya tramitando las devoluciones incluidas en el punto tres. Es en ese contexto que el Ministerio de Relaciones Exteriores le pide a la Corte Suprema de su país que cumpla con el punto 1 al cual acabo de hacer mención.

Ante ese requerimiento, la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina, el 14 de febrero de 2017, en mayoría, señala lo siguiente:

- 1) Si bien se reconoce que el cumplimiento de las sentencias de la Corte IDH es en principio obligatorio, esa obligatoriedad puede discutirse si la Corte IDH no cumple con ciertas condiciones y entre ellas, ceñirse a sus propias competencias.
- 2) La Corte Suprema argentina se autohabilita la competencia de determinar si la Corte IDH, al momento de emitir *Fontevecchia y D'Amico c. Argentina*, está en el ejercicio de sus atribuciones o se encuentra actuando al margen de ella. En este caso en particular, considera que la Corte IDH ha ido más allá de sus propias competencias.
- 3) Se alega que la protección internacional de los derechos tiene un carácter subsidiario (entendido aquí como que son los organismos nacionales los que deben cesar y reparar internamente las violaciones a dichos derechos, correspondiendo al plano internacional solamente participar cuando no se había conseguido la protección interna), y, por ende, no constituye una cuarta instancia o grado destinado a revisar o anular decisiones jurisdiccionales tomadas, en este caso, por la judicatura ordinaria argentina.
- 4) Se invoca una aplicación de la teoría del margen de apreciación estatal.
- 5) Finalmente, la Corte Suprema argentina hace una invocación del artículo 27 de la Constitución de su país (por cierto, no comprendida

sistemáticamente con lo prescrito en el artículo 75 inciso 22 de esa misma Constitución). Con base en ello señala la existencia de unos principios de derecho público provenientes de la Constitución (y, a tal caso, de los tratados sobre derechos humanos con jerarquía constitucional), los cuales están por encima de lo dispuesto en los diferentes tratados, a los que se les reconoce un rango supralegal pero infraconstitucional. La invocación de esos principios, junto a las otras consideraciones ya aquí invocadas en este texto, le permite a la Corte Suprema argentina, a la vez, preservar su sentencia y no materializar lo planteado en su momento por la Corte IDH.

Mucho es lo que se podría señalar al respecto, tema que abordaré con detalle en otros trabajos. Sin duda, como ya se ha invocado en algún texto reciente, siempre es necesario conversar sobre cuáles debieran ser los alcances y efectos de una sentencia de la Corte IDH. Además, se añade, conviene siempre construir respuestas que sean producto de un diálogo interinstitucional multinivel; sin embargo, ello no puede hacerse de cualquier manera.

Explico los alcances de esta última afirmación. Sin duda alguna siempre puede discutirse si un órgano jurisdiccional pasa, si de tutela de derechos se trata, de, lo que bien señalaba Augusto Morello, de un necesario activismo a un riesgoso hiperactivismo en la comprensión de sus competencias; sin embargo, no puede desconocerse que, en aplicación del principio *Kompetenz-Kompetenz*, es a la Corte IDH a quien le corresponde determinar cuál es su margen de competencias. El resultado debe consensuarse, pero con base en un parámetro ya establecido (el convencional) y con respeto a las competencias reconocidas a los diferentes intérpretes involucrados.

Además de lo expuesto, debe mencionarse que la invocación al principio de subsidiariedad es muy respetable, pero errónea, pues en rigor no guarda relación con las medidas de reparación que puede fijar la Corte IDH, escenario en el cual precisamente se desenvuelve esta controversia. Como bien conviene tener presente, este principio de subsidiariedad busca asegurar que la alegada violación de algunos derechos tenga una respuesta adecuada a nivel interno antes de eventualmente ir al escenario de la protección internacional de derechos. Una medida de reparación decidida por la Corte IDH es la consecuencia de un momento posterior: ya lo debatido escapó del conocimiento a nivel nacional. Ya tiene un pronunciamiento supranacional, acompañado de una serie de medidas destinadas a asegurar el cabal cumplimiento de dicho pronunciamiento.

También, con todo respeto, es equivocada la comprensión de la Corte IDH como una cuarta instancia o grado. La Corte IDH no hace evalua-

ciones en función al cumplimiento de respetables ordenamientos jurídicos nacionales. La Corte IDH evalúa si lo que se ha cumplido son los parámetros convencionales, previstos en la Convención Interamericana o en la interpretación contenciosa o consultiva que la misma Corte haya hecho de la misma Convención. No es pues un organismo de revisión de un ordenamiento jurídico estatal con base en las pautas de ese mismo ordenamiento jurídico estatal.

Sin embargo, las apreciaciones más preocupantes son aquellas vinculadas a la invocación del margen de apreciación estatal y a los principios de derecho público incluidos en el artículo 27 de la Constitución argentina. Con cargo, repito, a volver a este tema en posteriores trabajos, la lógica del margen de apreciación estatal —por cierto muy cuestionada en el escenario europeo donde habitualmente se ha aplicado— va en un sentido muy distinto de la configuración del control de convencionalidad que se ha venido siguiendo en los países inscritos en el sistema interamericano de protección de derechos.

Y es que una cosa es tomar en cuenta las especiales características de lo que ocurre en un país para un mejor resolver, y otra condicionar la respuesta o su ejecución a la voluntad de organismos pertenecientes al Estado sancionado (o posible de sanción por violación de parámetros convencionales). Lo segundo, con todo respeto, conspira contra el sentido último de la convencionalización del derecho, el de la construcción de un derecho común. Un derecho común no es pues el producto de lo que se quiera aceptar o se admita ejecutar. Debe ser más bien, como ya se ha adelantado en otro apartado de este mismo texto, el producto de consensos interpretativos mínimos.

Es precisamente en mérito a esto último que la invocación hecha a los principios de derecho público en la sentencia en comentario no solamente es incompleta, sino también preocupante. Incompleta, en primer lugar, pues, como bien anotan algunos autores,⁹ el artículo 27 de la Constitución debe leerse de acuerdo con lo señalado en el artículo 75 inciso 22 de esa misma Constitución, y, sobre todo, con el segundo párrafo de ese inciso, en el cual se consagra la vigencia de un Estado constitucional y convencional. La consagración de un Estado convencional queda despojada de sentido y contenido si el plano convencional es desconocido o entendido como un elemento subordinado.

⁹ En este sentido destaca nítidamente lo trabajado por Gil Domínguez, Andrés, *La Corte Suprema de Justicia y un inexplicable retroceso en materia de Derechos Humanos*, disponible en: <http://underconstitucional.blogspot.pe/2017/02/la-corte-suprema-de-justicia-y-un.htm>.

Y es que el diálogo no implica que alguien tenga la razón *per se*, o que resuelva en función no solamente a cómo entiende sus propias competencias, sino también aquellas que son propias de los demás intérpretes involucrados. Menos aun que, en función de ese respetable razonamiento unilateral, se irrogue tener la última palabra en lo referido a la tutela de diversos derechos. Aquello, sensiblemente, no es generación de un derecho común con una lógica tuitiva de los derechos ciudadanos, que es precisamente a lo que todo juez(a) constitucional (sin importar si es parte de la judicatura ordinaria o de un tribunal constitucional) debería apuntar, máxime si tomamos en cuenta el actual contexto mundial en general, y latinoamericano en particular, salvo mejor parecer.

IV. BREVES APUNTES A MODO DE CONCLUSIÓN

A pesar de la desconfianza (en América Latina tradicional, cuando no endémica) en la labor de jueces y juezas, precisamente en mérito a un contexto difícil a nivel mundial y latinoamericano al respecto, las ventajas de la convencionalización del derecho son a todas luces ostensibles. Ahora bien, esta convencionalización tiene (y seguramente tendría) que hacer frente a una serie de retos. El recientemente pronunciamiento de la Corte Suprema argentina a propósito de *Fontevicchia y D'Amico* nos demuestra cuáles son algunos de estos retos, presentando algunos de ellos bajo nuevas justificaciones.

Bienvenido entonces el análisis crítico e incluso la discrepancia, materia que analizaré con más detalle en otros trabajos. Ahora bien, creo que este caso corresponde discrepar respetuosamente con lo señalado con la mayor parte de los jueces supremos argentinos, e ir, en esa lógica de generación de consensos mínimos, procesando algunas eventuales imprecisiones (alcances de la convencionalización; configuración del escenario de diálogo; pautas de nombramiento, promoción y salida de los juzgadores(as) nacionales y supranacionales) vinculadas. Lo ya obtenido gracias a la convencionalización del derecho y la relevancia de los objetivos que apunta conseguir así lo reclaman, por lo menos en nuestro escenario latinoamericano.