

Corte y obligación*

Hernán G. Bouvier

CONICET-UNC

Introducción

1. De manera algo reciente la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha emitido una decisión controvertible. Se trata del fallo denominado de manera informal “Fontevicchia y D’Amico”.¹

Fontevicchia y D’Amico fueron condenados en sede civil por haber violado de manera ilegítima la intimidad de Carlos Saul Menem al publicar noticias referentes a su vida privada. La condena incluía indemnización a favor de Menem por la violación de sus derechos. La decisión fue confirmada por la Corte Suprema de Justicia argentina en el año 2001 lo que motivó que Fontevicchia y D’Amico recurrieran a la Corte Interamericana. Esta última falló en contra del Estado argentino indicando que en realidad se ha violado el derecho a la libertad de expresión e indicó las medidas que debían realizarse en Argentina.

Según el fallo de la Corte Interamericana, la Corte argentina debería: a. dejar sin efecto la condena civil y todas sus consecuencias, b. publicar un resumen oficial de su sentencia, c. entregar las sumas de dinero reconocidas en dicho fallo. Las últimas dos obligaciones no serían problemáticas pues la Corte Suprema ya publicó el fallo en cuestión y porque la entrega de dinero estaría fuera del alcance de su alcance y en vías de ejecución por otros órganos del Estado. Subsiste la discusión sobre el primer punto, sobre la obligación de “dejar sin efecto” la condena civil.

La Corte Suprema ha indicado en “Fontevicchia” que no tiene tal obligación, si por ella se entiende revocar sus propios fallos. Las razones genéricas para tal conclusión son múltiples. En primer lugar, que es inviable orgánicamente pues la Corte Suprema no tiene superiores jurisdiccionales. En segundo lugar, la reforma constitucional del 1994 no puede interpretarse como modificando cuestiones fundamentales de derecho público. En especial, no puede considerarse que tal reforma afectó a quién debe obedecer jurisdiccionalmente el órgano supremo del Poder Judicial argentino. Por último, que la revocación propiamente dicha o bien es imposible o bien normativamente inviable. Sería inviable revocar la sentencia de la Corte Suprema pues de seguirse la decisión de la Corte Interamericana, la sentencia transformaría a Menem en destinatario de una consecuencia jurisdiccional de la que no fue parte. Esto sería equivalente a obedecer a la Convención violando uno de sus principios. El derecho de defensa.

Con diferentes terminologías y declinaciones se ha declarado en la resolución involucrada - y en algunos comentarios doctrinarios - que está fuera de discusión el carácter obligatorio de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) y el carácter vinculante

* Una versión previa de este texto fue presentada en el Seminario de Teoría del Derecho dirigido por Pablo Navarro así como también en el *Coloquio Carlos Nino* en la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo, Buenos Aires, el 30 de Junio de 2017. Agradezco las útiles observaciones de los allí presentes

¹ 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, 14/2/2017). Para un grupo de discusiones al respecto véase La Ley, edición especial, Año LXXXI, nro 39, del 23/2/2017, con artículos de Garay, Gargarella, Gelli, Pizzolo, Santiago, Sola, González Tocci, Caminos, Zuppi y Dellutri.

de las decisiones de la Corte Interamericana dentro de su competencia. Sin embargo, lejos de estar fuera de todo entredicho pertenece al núcleo mismo de lo que está controvertido. Esto es así en la medida en que el punto en discusión es si la CADH impone o no la obligación jurídica de realizar lo que indica la Corte Interamericana para algún conjunto de autoridades locales y si la Corte Suprema pertenece a este grupo.

En el presente trabajo pretendo analizar algunas de las consecuencias normativas que se siguen del fallo “Fontevicchia” dictado por la Corte Suprema argentina en 2017. Salvo aclaración en contrario me referiré a la decisión de la mayoría que coincide en las razones y la conclusión (Lorenzetti, Rosenkrantz y Highton).

Espero poder mostrar que el fallo de la Corte Suprema no es todo lo claro ni obvio que se supone. Esto implica analizar sus diferentes interpretaciones intentando suspender en lo posible el mero entusiasmo o desazón. Intentaré basarme en lo que pueden llamarse “interpretaciones razonables” del fallo de la Corte. Es decir, interpretaciones basadas en razones. Como se verá, algunas de esas interpretaciones implican que nadie tiene la obligación jurídica de hacer lo que indica la Corte Interamericana. Otras no tienen semejante consecuencia, pero fuerzan a decidir en términos de cuál sería el escenario, supuesto o interpretación menos perjudicial de acuerdo al declarado interés por los principios básicos del derecho público.

Instancia, jerarquía, subsidiariedad y obligación

2. Uno de los argumentos en los que se invierte alguna extensión es el relativo a si la Corte Interamericana es una instancia jurisdiccional superior (puntos 8 y 9).

No es claro en esos apartados cuál es la relación entre los conceptos de jerarquía, instancia jurisdiccional y obligación jurídica. Por un lado, el argumento según el cual la Corte Interamericana no es una ulterior instancia jurisdiccional no es suficiente para mostrar que sus decisiones no son vinculantes u obligatorias. Por el otro, la superioridad jerárquica jurisdiccional tampoco es una condición necesaria para concluir que un órgano tiene que hacer lo que indica otro.

En efecto, lo que sanciona el Congreso en las leyes dentro de sus competencias y lo que indica la Constitución Nacional es considerado obligatorio jurídicamente, sin que pueda decirse que el Congreso o las Asambleas Constituyentes son superiores jerárquica y jurisdiccionalmente con respecto a los tribunales y la Corte Suprema. He aquí un caso de obligación genérica o abstracta sin jerarquía o subordinación jurisdiccional.

El nombramiento de jueces luego de la propuesta del ejecutivo y el procedimiento parlamentario es obligatorio para los tribunales y la Corte dado que no pueden rechazar que la persona designada ocupe su lugar so pena de desobediencia. Sin embargo, no se trata estrictamente de una ley general y abstracta, sino de una obligación individual para un caso concreto. Esto es un caso de obligación individual sin jerarquía jurisdiccional.

Existen supuestos de decisiones de segunda o tercera instancia que no son obligatorios genéricamente para el resto de tribunales, como sucede en cualquier sistema de control difuso de constitucionalidad de las leyes. Esto es equivalente a decir que del hecho que un tribunal sea una instancia jerárquica superior no se sigue la obligatoriedad genérica de sus decisiones. Se

trata de un supuesto de jerarquía jurisdiccional sin obligación genérica para los tribunales inferiores.

A su vez existen supuestos de decisiones de segunda o tercera instancia que no son obligatorios individualmente para los tribunales jerárquicamente inferiores en la medida en que no indican al tribunal inferior hacer o dejar de hacer algo, pues el tribunal superior resuelve el fondo de la cuestión. Esto sucede en los supuestos de casación cuando el tribunal jerárquicamente superior no renvía la causa al inferior para un nuevo juicio sino que falla sobre el fondo de la controversia. En tales casos el tribunal inferior no tiene obligación individual alguna con respecto a la causa sobre la que ya falló y que ahora está fuera de su competencia. Se trata de un supuesto de jerarquía jurisdiccional sin obligación individual para el tribunal inferior, en la medida en que no se le manda a hacer nada más. Esto es equivalente a decir que un tribunal puede ser superior jerárquicamente, decidir sobre una cuestión que ya decidió un inferior, y de eso no se sigue que imponga obligaciones individuales al órgano inferior.

Por último, nadie considera a un tribunal de primera instancia como jerárquicamente superior a la Corte Suprema, pero una resolución de aquél que no ha sido recurrida y queda firme, es obligatoria para las partes y es oponible a terceros, incluida la Corte. Esto es equivalente a sostener que un fallo de instancia inferior puede ser obligatorio para un órgano jerárquicamente superior.

A consideraciones análogas puede llegarse explorando la larga doctrina de los “actos no justiciables” que incluyen en algunos de sus supuestos decisiones de órganos administrativos. En estos casos, los órganos administrativos de ninguna manera se consideran jerárquicamente superiores a la Corte o los tribunales pero los vinculan en la medida en que, según se asume, estos tienen prohibido inmiscuirse.

Estas breves observaciones alcanzan para caer en la cuenta de que en el lenguaje jurídico el concepto de jerarquía y obligación (genérica o individual) son utilizados como independientes. Es decir, que uno no implica necesariamente al otro. En consecuencia, probar que un tribunal es superior a otro no es suficiente por sí solo para mostrar que el inferior está obligado a hacer lo que le manda aquél. A la inversa, mostrar que un órgano es un tribunal es inferior (o que no es un tribunal en absoluto) no es suficiente para mostrar que no puede imponer obligaciones.

Estas consideraciones son suficientes, entiendo, para disminuir el peso de una de las inferencias involucradas en “Fontevicchia” según la cual “la Corte interamericana no impone obligaciones a la Corte Suprema *porque* no es jerárquicamente superior”.

Como jerarquía y obligación resultan para algunos casos dos cuestiones independientes debe mostrarse de manera suficiente uno de los dos siguientes supuestos: o bien que no hay ni jerarquía ni obligación; o bien mostrar - más allá de toda circularidad o mera suposición - que estamos efectivamente en un caso de ausencia de obligación porque no hay jerarquía. Esta tarea puede emprenderse de múltiples maneras. Una de ellas es apelar a los antecedentes de la normativa, o a jurisprudencia de las Cortes involucradas, tal cual lo hizo la Corte Suprema.

Cortes y antecedentes

3. Puede intentar mostrarse que no hay obligación porque no hay superioridad jerárquica apelando a la inestable línea de “fallos anteriores, razones subyacentes, exposición de motivos,

interpretación auténtica". Esta línea podría ser fructífera pero de hecho no lo es. Por un lado conduce a una encrucijada en virtud de que hay pareceres, antecedentes y jurisprudencia contradictorios. Por el otro, para solucionar tal contradicción compromete con un principio o idea que puede amenazar algunas de las pretensiones vertidas en "Fontevécchia".

Según el punto 9 de "Fontevécchia" la propia Corte Interamericana ha indicado que no es ni un tribunal de apelación ni de casación y que carece de competencia para subsanar las violaciones que de por verificadas. Alternativamente se realiza en el fallo consideraciones acerca de las competencias "remediales".

En primer lugar, esta consideración tampoco es suficiente para descartar la obligación de hacer que tendría la Corte Suprema. El Poder Legislativo no tiene competencias para tomar juramento a los jueces y sin embargo el Poder Judicial está obligado a designar a quien le indique aquél. Un tribunal superior que entiende en una casación y que manda a realizar nuevamente el procedimiento -supongamos, penal- carece de competencia para subsanar el error "in procedendo" de que se trate y sin embargo no excluye que tenga competencia para ordenar un nuevo juicio. Se trata aquí de distinguir entre obligar a hacer algo y tener la capacidad normativa de implementarlo.

Dejando de lado esta posible confusión, subsisten algunas citas propias de la Corte Interamericana en las que ella misma excluye su competencia para ordenar lo que ordena. Sin embargo, el fallo "Fontevécchia" también indica que la Corte Interamericana a veces se ha considerado como competente para ordenar la revocación de los fallos que considera violatorios de la Convención (véase "Fontevécchia", punto 15). De modo tal que a falta de un argumento ulterior que indique por qué habría que tomar un precedente y no otros no puede tomarse como concluyente lo que la Corte Interamericana "piensa" de sí misma. Esto deja en el oscuro la respuesta sobre qué hacer para el caso bajo análisis salvo razón ulterior que permita eliminar algunas de las resoluciones que generan la contradicción. Una carga argumental para nada sencilla y bastante empinada.

Por un lado se puede decir lisa y llanamente que en presencia de tal contradicción la cuestión central no puede decidirse por lo que la Corte interamericana sostiene, pues sostiene dos ideas contrapuestas.

La segunda vía es acomodar la argumentación presuponiendo alguna premisa implícita no prevista por la Corte Interamericana que podría subsanar la supuesta contradicción. Cierta terminología vigente en alguna teoría llama a apelar a la lectura "caritativa" de cualquier idea sospechosa de contradicción o estupidez. Llamemos mejor a este esfuerzo un "intento de lectura cooperativa". Hay al menos una forma de transitar esta vía que devuelve la discusión al punto de partida.

Bajo la suposición de que la Corte Interamericana no ha sido contradictoria sin más, en conjunción con que no es una cuarta instancia jurisdiccional y que algunas de sus decisiones son obligatorias, todavía puede decirse que sus decisiones son obligatorias *aunque* no puedan ser tomadas como una decisión jurisdiccional de instancia superior. La consecuencia es que la Corte Interamericana no puede ser vista como un órgano jurisdiccional superior pero no obstante impone obligaciones, lo cual no es un contrasentido alguno si se toma en cuenta las distinciones de más arriba entre superioridad, jerarquía y obligación. Esta interpretación cooperativa de lo que ha dicho -con tensiones- la Corte interamericana todavía abona la idea según la cual,

concedido que no es una instancia de apelación ni casación, puede imponer obligaciones a otros órganos. Que tal consecuencia sea sorprendente no muestra que sea implausible.

Otro tanto vale para la Corte Suprema argentina dado que en repetidas ocasiones y con otra integración ha indicado sin más que lo que indica la Corte Interamericana se debe hacer incluso cuando manda a revocar.²

Es el propio tenor y transcripciones disponibles en el fallo “Fontevicchia” lo que muestra que apelando a lo que ha dicho la Corte Interamericana y la Corte Suprema en sus frondosas y extensas decisiones no se llega a ningún lugar claro. Por la vía de tomar de manera frontal los hechos institucionales (lo que han dicho los sujetos relevantes sin mayores aditamentos) no se obtiene agua para ningún molino y el aspa del problema sigue girando.

Por su parte, si para eliminar las contradicciones o poner en equilibrio los pareceres en tensión se realizan ajustes caritativos o cooperativos, se debe asumir algún tipo de compromiso con una idea, estándar o principio.

Cualquiera de las vías que se elija para eliminar las contradicciones entre afirmaciones de un mismo sujeto de imputación jurídica o política (Cortes, Comisión de expertos, sociedades, comunidades etc.) debe asumir alguna variante de la idea según la cual el ámbito de injerencia de una institución política o jurisdiccional puede no ser transparente para los propios agentes que ejercen la función o llevan adelante esa práctica. Esta es además la idea o principio implícito que comporta afirmar - como suele hacerse - que “nos” encontramos en una práctica colectiva cuyos contornos están esperando exploración, descubrimiento o desarrollo. La idea genérica aquí es que para una institución pueden no ser transparentes sus propios ámbitos de incumbencia. Es claro que en este tipo de afirmaciones suele estar involucrada alguna que otra idealización antropomórfica. Ella atribuye a órganos colectivos y cambiantes en el tiempo un horizonte de preferencias o expectativas tendencialmente opacas para el propio sujeto que, por imputación, se decide como único. No voy a objetar aquí esta manera de presentar la cuestión. Pretendo más bien devolvérsela a quien la presupone o implica.

La supuesta opacidad de los propósitos para los propios actores involucrados en la institución o práctica también tiene que aplicarse a los informes de los años 60 del siglo pasado y a las ideas vertidas por todo “padre” o “madre” fundadora del sistema institucional.³ Esto, sin olvidar que la institución de la que hablamos fue sancionada con carácter Constitucional por la Asamblea Constituyente en el año 1994 y varios de sus integrantes (a saber, dos) forman parte de la actual Corte Suprema y tienen una visión parcial (Rossatti) o diametralmente opuesta (Maqueda). Sin argumento adicional no puede aceptarse que aquellos actores vieron el punto pues están más allá de toda miopía o autodecepción, pero estos o los de más allá no.

Pero sea como sea, el fallo Fontevicchia otorga - mirado con espíritu cooperativo - alguna razón para creer que la Corte Interamericana no fue pensada como una cuarta instancia jurisdiccional de cierta clase. Como se recordará (véase apartado 2) esto no es suficiente para

² Véase al respecto el análisis que hace María Angélica Gelli en “Los alcances de la obligatoriedad de los fallos de la Corte Interamericana y la reivindicación simbólica de la Corte Argentina” en Edición Especial, La Ley, Año LXXXI, número 39, 23/2/2017, p. 5 y ss. En especial lo referente a “Derecho, René” y “Bueno Alves vs. Argentina”. Véase además “Simón” y “Espósito”.

³ Según el fallo son relevantes las manifestaciones de Joaquín V. González y las consideraciones del apartado 18.

mostrar que la Corte Interamericana no tiene competencia para ordenar lo que ordenó y la Corte Suprema no está obligada a realizar lo que se le indicó.

Como el ámbito de incumbencia de la Corte Interamericana no puede ser relevado tan sólo apelando a sus decisiones, pues ha dicho cosas contradictorias, y como la Corte Suprema se encuentra una situación semejante pues con otras integraciones ha reconocido que debe revocarse la decisión cuando se lo requiere, puede ser algo más fructífero evaluar cuál es el ámbito de incumbencia que le correspondería a la Corte Interamericana según lo ve la actual conformación de la Corte Suprema que votó en mayoría en *Fontevicchia*. Esto es una escuela casi obligada en la medida en que no se llega lejos viendo cómo se han concebido los actores involucrados en una práctica llena de voces disonantes y algo discordantes.

Derecho público y última instancia jurisdiccional

4. En “*Fontevicchia*” la Corte Suprema entiende que no está obligada a hacer lo que la Corte Interamericana le indica. La razón invocada es que la realización de tal acto (revocación) implicaría abdicar a su supremacía jurisdiccional la cual vendría impuesta por la Constitución Nacional en su parte inderogable que alude a principios del derecho público (punto 16).

Ya se ha visto en el apartado 2 que no toda obligación individual impuesta de un órgano a otro supone que el órgano que ordena es una instancia superior jurisdiccional, de lo cual se sigue que es posible al menos conceptualmente realizar lo que otro órgano no jurisdiccional indica sin abdicar a la “supremacía jurisdiccional”.

Asúmase no obstante y por hipótesis que se ha mostrado lo que pretende la actual Corte Suprema más allá de toda circularidad o selección sesgada de antecedentes institucionales. Es decir, que no hay obligación para la Corte Suprema de realizar lo que le indicó la Corte Interamericana pues de lo contrario supondría violar principios de derecho público fundamentales. Evaluar esta hipótesis supondría, como mínimo, hacer distinciones sobre derecho público e indicar en qué sentido se vería resentida “nuestra estructura” constitucional si se aceptase lo que pretende la Corte Interamericana.

La tarea de distinguir y aclarar los sentidos posibles en que se usa “estructura” y “derecho público” es una tarea que -entendiendo- le corresponde a la Corte Suprema. En especial para evaluar, en el futuro, la coherencia interna de las soluciones a las que se arribe con la actual conformación. En vez de distinguir todos los sentidos posibles de derecho público y estructura indicaré algunas interpretaciones razonables del fallo “*Fontevicchia*” que implican que nadie tiene la obligación de hacer lo que indica la Corte Interamericana.

Bajo el supuesto de que los ciudadanos, funcionarios y magistrados están vinculados por lo que dice la Constitución nacional, las leyes nacionales y los fallos de autoridades competentes cuya máxima autoridad jurisdiccional es la Corte Suprema, nos encontramos en el siguiente supuesto.

La Corte Suprema no debe revocar su fallo de 2001, según su propia interpretación. Tampoco debe hacerlo la Cámara que falló en su momento pues está orgánicamente vinculada por su superior jerárquico que ha fallado en contra de *Fontevicchia*. Como en esta lectura la sentencia en contra de *Fontevicchia* se encuentra firme, la “obligación” de entregar el dinero (punto c. de los requerimientos) no es oponible a Menem. Se puede sostener que el “Estado” tiene la obligación de restituir el dinero, pero como el Estado está atado a los principios del

derecho público que según la interpretación de la Corte Suprema indican que sus fallos son superiores y definitivos, el Estado no puede restituir el dinero sin violar un principio básico del derecho público según el cual los órganos del Estado están subordinados a la Constitución y sus poderes constituidos. Como la Corte Suprema en ejercicio de su poder constituido ha dicho que Fontevecchia no tiene derecho a indemnización - sino por el contrario obligación de indemnizar - no subsiste aquí obligación alguna de acuerdo al derecho para ningún agente estatal frente a Fontevecchia. Bajo esta lectura Fontevecchia no tiene causa legítima para pedir el dinero que la Corte Interamericana le reconoce en la medida que no hay derecho vulnerado alguno declarado por sentencia de los tribunales "internos". Pero como la Corte Interamericana no es una instancia jurisdiccional superior, el Estado debe atenerse a lo que ha dicho la Corte Suprema. Dado que la Corte Suprema ha dicho en su único fallo subsistente sobre el tema que no ha habido violación de ningún derecho, el Estado no tiene justificación normativa para pagar en ausencia de sentencia que así lo indique. Así que si Menem devuelve el dinero se trata de una obligación natural, si la Cámara civil manda a devolver el dinero se trata de un caso de prevaricato pues ha violado la constitución y las leyes que indican que debe atenerse a lo que indica la Corte. Si el "Estado" devuelve el dinero sin que la Corte Suprema haya revocado un fallo firme ha desatendido a la Corte y por tanto a la Constitución. Eventualmente se trataría de algún tipo de administración imprudente o fraudulenta de fondos públicos y un caso de enriquecimiento sin causa por parte de Fontevecchia. Bajo esta interpretación, no sólo la Corte no debe revocar su sentencia. *Nadie* tiene la obligación de hacer lo que le dice la Corte Interamericana.

Una segunda hipótesis es que el "Estado" (mas no la Corte Suprema) tiene la obligación de hacer lo que ha dicho la Corte Interamericana y que la Sentencia condenatoria de Fontevecchia no excluye obligaciones posteriores del Estado frente a Fontevecchia. Esta lectura es del todo razonable. Supone desdoblar el universo de obligaciones sosteniendo que del hecho que la Corte Suprema haya dicho que Fontevecchia tiene la obligación de pagarle a Menem no se sigue que Fontevecchia no tenga derecho a que otra persona le pague posteriormente. Este supuesto puede ser dejado en suspenso hasta el apartado siguiente. Por el momento corresponde evaluar las razones que da la Corte Suprema para la ausencia de su obligación de seguir a la Corte Interamericana.

De acuerdo al tenor del fallo "Fontevecchia" cualquier obligación del tipo relevante debe mostrar: a. que la existencia de la obligación fue incorporada por la reforma de 1994, b. que la existencia de tal obligación no colisiona con los principios básicos del derecho público.

En esta lectura la obligación que indica la Corte Interamericana sólo podría ser satisfecha o bien por el Poder Legislativo o bien el Poder Ejecutivo en la medida que esa obligación no subvierta (derogue) principios básicos. El fallo de la Corte Suprema implica que ella no tiene la obligación, pero que subsiste alguna obligación para el Estado, de lo cual se sigue entonces que el Poder Legislativo o el Ejecutivo están "subordinados" a la Corte Interamericana, donde "subordinados" no es más que un sinónimo de que tienen la obligación de hacer lo que ella indica. Como en la doctrina clásica constitucional y de derecho público los poderes del Estado sólo están obligados de esta manera frente a alguno de los otros poderes del Estado, esto tiene que significar que algún poder del Estado (algún funcionario) tiene obligaciones incluso ante sentencia en contrario de su "máximo" tribunal jurisdiccional. Esto es equivalente a decir que a partir de 1994 ha cambiado alguno de los deberes que tienen las autoridades estatales. No veo cómo pueda decirse que eso no altera el "sistema de gobierno federal" en casi todas sus acepciones.

En efecto, para sostener que han cambiado estos deberes, pues ahora el “Estado” tiene la obligación de hacer lo que le indica un organismo que no pertenece al Estado nacional, tiene que aceptarse que se ha derogado alguna de las normas que delimitaban la relación entre autoridades estatales y sus competencias. Esto es incompatible con la lectura según la cual nada de lo que se incorporó en el 94 deroga disposición alguna de la Constitución (ni siquiera en su parte orgánica). O bien se asume que se han modificado las obligaciones de al menos algún órgano del Estado (por hipótesis, el Ejecutivo) lo cual supone aceptar la derogación de alguna parte de la Constitución, o bien no hay derogación alguna en lo relativo a la parte de competencias pero entonces ni el Ejecutivo ni Legislativo tienen que hacer lo que indica la Corte Interamericana.

Quien quiera sostener que la Corte Suprema no está obligada a hacer lo que le indica la Corte Interamericana *porque* eso implicaría subvertir los principios del derecho público y derogar una parte de la Constitución debe explicar por qué la obligación impuesta a los otros organismos del Estado por la reforma constitucional no subvierte la división de poderes, ni la distribución de competencias, ni deroga artículo alguno de la “viga maestra” de la Constitución nacional.

Competencias incólumes y reforma constitucional

5. Es posible mostrar de manera teórica y formal que cualquier incorporación de nuevos derechos en un sistema normativo implica conceptualmente la derogación de al menos algún derecho o competencia del sistema anterior. Esto es así en la medida en que se considere que incorporar nuevos derechos supone que alguna autoridad preexistente tiene ahora la obligación de (o autorización a) tutelar ese derecho, lo cual implica la ampliación de sus competencias si se lo compara con el sistema anterior. Se trata de una consecuencia poco menos que ineludible en la medida en que se sostenga - como suele hacerse en dogmática constitucional - que las competencias de los órganos del Estado deben interpretarse de manera restrictiva.

En efecto, bajo la idea de que los poderes no deben extralimitarse en sus competencias, y en presencia de una reforma constitucional, esto tiene que querer decir que ahora (post 1994) alguno de ellos tiene competencia para hacer algo que antes - so pena de extralimitación - no debía. Esto supone conceptualmente tener por derogada la restricción anterior con respecto a sus límites normativos. Como puede verse, se llega aquí a una paradoja de “declaración vacía”.

Si se interpreta a la Constitución como estableciendo restricciones a las competencias de los órganos del Estado - en el sentido de que están obligados a atenerse a sus competencias y/o tienen prohibido realizar acciones no autorizadas por la Constitución - se sigue que cualquier lectura de acuerdo con la cual ahora uno u otro poder tiene alguna competencia u obligación *ulterior* (p.ej. proteger a los pueblos originarios u obedecer a la Corte interamericana) implica que se ha ampliado su competencia u obligación anterior. Pero si se ha ampliado su competencia u obligación anterior, se ha derogado la parte correspondiente a la restricción de sus competencias. Ahora “puede” (debe/tiene competencia para/está autorizado a) realizar acciones que antes de esta o aquella incorporación de derechos no tenía. Así que si hay nuevos derechos, obligaciones y competencias en este sentido es al precio de aceptar que no puede tomarse al pie de la letra “no deroga disposición alguna de la anterior Constitución”. La otra salida es sostener que hay que tomar al pie de la letra la consideración según la cual la reforma del 94 no deroga disposición alguna del tipo relevante, lo cual lleva a la conclusión de que no ha habido incorporación real de nuevos derechos en absoluto.

En definitiva, la paradoja de la declaración vacía puede resumirse a lo siguiente: o bien se han incorporados nuevos derechos, pero entonces hay al menos algún sentido en que se ha derogado al menos alguna disposición relativa a la competencia de órganos estatales, o bien no se ha derogado ninguna disposición de este tipo, pero entonces la nueva declaración de derechos es vacía. O bien es vacía la supuesta no derogación, o bien es vacía la supuesta incorporación de derechos.

Esta paradoja tiene salidas tan rápidas como inciertas. Se puede evitar la paradoja diciendo que aceptar que la Corte Suprema debe realizar lo que le indica un órgano como la Corte Interamericana subvierte los principios básicos del derecho público en términos de competencias, pero lo mismo no vale si la obligación es para el Ejecutivo hallándose firme sentencia de *su* propia Corte.

Si el principio “incólume” de la Constitución es que la Corte Suprema es máximo órgano jurisdiccional no hace falta tocar tal principio para concluir que tiene una obligación de hacer. Basta indicar que tiene una obligación impuesta por un órgano que no vale como ulterior instancia jurisdiccional, pero impone obligaciones. Si se dice en cambio que el punto no es si se trata o no de una instancia superior jurisdiccional, sino que la satisfacción de tal obligación supone alterar el régimen de gobierno, de competencias, o división de poderes, al reconocerle a un órgano no estatal la competencia para dar órdenes a un poder del Estado, ese argumento se aplica *también* al poder Ejecutivo.

Es prácticamente ineludible aceptar que si ha habido reforma constitucional ha habido reforma de competencias de las autoridades constituidas. Otra cosa diferente es probar, claro está, que tal reforma de competencias ha incluido nuevos órganos que pueden darle órdenes a la Corte Suprema. Asumir que ha habido reforma constitucional sin reforma de competencias lleva a un absurdo. Si se asume, para evitar el absurdo, que ha habido modificación de alguna competencia, eso no prueba que se ha modificado la competencia de la Corte Suprema. Puede bien ser cierto que se modificaron post 94 competencias, pero eso no implica que se haya modificado precisamente *ésta*. En definitiva, concedido que se ha reformado alguna competencia, habría que mostrar que no se ha reformado la de la Corte Suprema, quien para ciertos supuestos no tiene que obedecer a nadie luego de su sentencia firme.

Puede decirse - en base a argumentos que todavía tienen que aparecer - que la Corte Interamericana puede imponer obligaciones para órganos del Estado como el Ejecutivo, que eso no cambia el sistema de gobierno de manera sustancial, y que el fallo puede ser tomado al pie de la letra en el sentido de que “*no implica negar carácter vinculante a las decisiones de la Corte Interamericana*” (punto 20 “Fontevicchia”). Esto nos conduce - según entiendo - a la última lectura disponible de lo que ha dicho la Corte Suprema, una lectura que fue dejada en el tintero unos párrafos atrás.

Decisión y justificación

6. Si se sorteasen los inconvenientes anteriores, restarían dos escenarios posibles de interpretación razonable, no exentos de consecuencias sorprendentes. El fallo Fontevicchia puede ser leído, de acuerdo a como pretende la Corte Suprema, de la siguiente manera: la Corte Suprema no tiene la obligación de revocar su propio fallo en donde ha dicho que Menem ha sido lesionado en su derecho a la intimidad y que Fontevicchia y D’Amico tienen la obligación de pagar. Esto no excluiría, sin embargo, que el Estado tenga obligaciones ulteriores con respecto a Fontevicchia y D’Amico. Como se anunció, esto supone desdoblar las obligaciones, en el

sentido de que del hecho que Fontevecchia y D'Amico estén obligados a pagar por el fallo de la Corte en 2001 no excluye que exista una obligación ulterior del Estado de pagarles a su vez a Fontevecchia y D'Amico. La duplicidad de obligaciones es simple de declarar, pero bastante más difícil de sostener.

Las obligaciones individuales contenidas en las dos resoluciones (Corte Suprema 2001 y Corte Interamericana 2017) no son contradictorias pues no son de imposible cumplimiento. La obligación individual de pagar de Fontevecchia a Menem en 2001 y la obligación de pagar que tendría el Estado argentino a Fontevecchia en 2017 no son contradictorias en un sentido específico. Las acciones que mandan a realizar no son de cumplimiento simultáneo imposible al no haber identidad sujetos y acciones (como sí sucede en el caso en que se indica a alguien al mismo tiempo abrir y cerrar la puerta). Aunque las resoluciones individuales no sean contradictorias en este sentido, las razones genéricas (normas) que justifican una y otra decisión individual sí lo son. Suscribir a una implica prescindir de la otra.

Como en nuestro sistema jurídico toda sentencia debe basarse en una norma general y abstracta, so pena de arbitrariedad, se ha de concluir que la Corte Suprema entiende, hasta que revoque su fallo de 2001, que la actividad desplegada por Fontevecchia y D'Amico es subsumible en una norma genérica que indica que está prohibido realizar la clase de acciones que realizaron los condenados civilmente. No es relevante aquí determinar si esa norma abstracta realmente "existe". Alcanza con caer en la cuenta que tiene que ser la norma abstracta que considera existente la Corte Suprema para poder decir en sentencia fundada, y fuera de todo capricho, que los demandados obraron ilegalmente.

Como además se considera que no es válida ninguna norma general que viole los derechos humanos incorporados en la Constitución, fundar una sentencia en la norma general y abstracta que manda a pagar a Fontevecchia supone, por implicación, sostener que esa norma general no viola los derechos humanos contemplados en la Constitución. Si esto es así, como no puede ser de otra manera, la Corte no puede aceptar en ninguna de sus manifestaciones que el Estado argentino ha violado derechos humanos si continúa incólume una sentencia basada en una norma general que implica que ese no ha sido el caso. La validez de la (supuesta) norma abstracta que justifica condenar a Fontevecchia es incompatible con la aceptación de que ha habido violación alguna de derechos humanos. Como los órganos estatales deben basarse en las interpretaciones razonables de las normas constitucionales, y como resulta razonable que un órgano estatal tenga en consideración lo que su propia Corte "piensa" en términos abstractos sobre los derechos que nos corresponden, devolverle el dinero a Fontevecchia supone conceder que existe una causa jurídica legítima, pero esta no puede ser la violación de los derechos humanos de Fontevecchia a la luz de la norma abstracta que fundamenta el fallo de la Corte de 2001.

En efecto, la Corte Suprema no debería sostener sin más que es válida una norma individual dirigida al Estado argentino que indica que se ha violado un derecho humano. Esto es así porque la validez de esa norma individual, es decir, de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, depende que se use una norma válida general y abstracta. La norma general y abstracta que puede justificar el fallo de la Corte Interamericana tiene que decir que la clase de acciones realizada por Fontevecchia y D'Amico está permitida, lo cual excluye la posibilidad de condena civil en su contra. Esta norma general y abstracta es contradictoria con la norma general y abstracta que justifica el fallo de la Corte Suprema de 2001. De manera

simplificada: una de las normas usadas tiene que decir que está prohibido expresarse de esa manera, mientras que la otra tiene que decir que está permitido hacerlo.

Como la Corte Suprema actual acepta que debe hacerse lo que indica la Corte Interamericana en todo (salvo en lo referente a revocar su fallo); como tal solución para el caso individual sólo puede justificarse si se basa en una norma considerada válida; y dado que la norma que se considera válida (lejos de prohibir civil o penalmente) permite lo que hizo Fontevecchia y D'Amico, al declarar la Corte Suprema que la decisión de la Corte Interamericana es obligatoria ha cambiado la norma que entiende aplicable al caso. Esto es equivalente a decir que ha modificado su sentencia del 2001 en ese aspecto. No puede sino que hablarse de modificación en la medida en que la obligación de hacer que subsistiría para el "Estado" sólo puede subsistir si se considera basada en una norma general que es contradictoria con la que se sostenía presente en el 2001. Dicho de manera frontal: si la Corte Interamericana obliga a alguien válidamente, tiene que ser porque ha basado su resolución en una norma general válida. Si esa norma es válida, y esto lo que asume la Corte Suprema al decir que hay obligación individual de hacerlo, sólo puede hacerlo al precio de implicar que la interpretación de la Constitución hecha en 2001 ya no es sostenible. De manera que puede invocarse de aquí en adelante lo sostenido en "Fontevecchia" para que la Corte rechace pretensiones como las de Menem en contra de periodistas. La Corte no podrá negarse a acoger tal pretensión ya no "porque la Corte Interamericana lo dijo", sino porque ha aceptado la existencia de la norma general que indica que las acciones de la clase relevante están permitidas. Que tal cambio en su decisión no sea oponible a Menem, no excluye que no se trate de revocación.

Es cierto que en una lectura clásica de "revocación" no puede sostenerse que la actual decisión de la Corte Suprema ha revocado su sentencia. Se trata de una modificación que sólo por analogía o parecido de familia puede llamarse propiamente una "revocación". Bajo la lectura clásica una sentencia es revocada si para el mismo proceso y partes se dicta una solución contradictoria a la anterior que en este caso sería no hacer lugar a la demanda de Menem y declarar a Fontevecchia libres de expensa y cargo.

Bajo una interpretación cooperativa de la Convención y la Corte Interamericana, no es esto lo que puede querer que se haga la Corte Interamericana pues supondría imponerle una resolución a Menem en un proceso en el cual -como recuerda la Corte Suprema en el punto 11 - no ha sido parte. Equivaldría violar la CADH para garantizar su cumplimiento. Esto sería así en la medida en que se violaría el derecho humano a defensa para salvaguardar precisamente otro derecho humano como la libertad de expresión. Es este y no otro el sentido impreciso en que la Corte Suprema utiliza en "Fontevecchia" la noción de *imposibilidad* de realizar lo que le indica la Corte Interamericana.⁴ Es claro que no se trata de una imposibilidad fáctica, pues bien puede la Corte Suprema dictar una resolución indicándole a Menem que devuelva el dinero que recibió a modo de indemnización. Se trata de una imposibilidad normativa que sólo puede ser interpretada de la siguiente manera.

Una hipotética resolución de la Corte Suprema que mandase a revocar en sentido clásico estaría injustificada pues resulta contradictoria con un derecho humano que se considera válido

⁴ Consideraciones acerca de la "imposibilidad" de cumplimiento pueden verse Nash, Claudio "Corte Suprema Argentina y Corte Interamericana. ¿Un nuevo integrante del club de la neo-soberanía?" Disponible: <http://www.diarioconstitucional.cl/articulos/corte-suprema-argentina-y-corte-interamericana-un-nuevo-integrante-del-club-de-la-neosoberania>

y vigente. El derecho a defensa. Ninguna Corte puede ordenar, y ningún órgano puede cumplir tal orden, lo que en términos más precisos quiere decir que ninguna Corte y órgano tiene competencia para realizar esa acción. Esto es equivalente -una vez más- a decir que cualquier decisión individual está justificada si y sólo si se basa en una norma general (o principio) considerado como válido. De manera tal que si la Corte Suprema ha dicho que otro órgano, pero no ella, está obligado por la Convención y la Corte Interamericana en este caso, tiene que ser al precio de aceptar que ello es así en virtud de que la clase de acciones realizada por Fontevecchia y D'Amico está permitida constitucionalmente y no corresponde alegar daño ni pedir indemnización por su ejercicio.

Una consecuencia algo sorprendente es que el Estado tendría, por hipótesis, la obligación de pagar y luego demandar a Menem en un tribunal ordinario que le restituya el dinero. Se impone tal conclusión sólo bajo los siguientes supuestos.

La decisión de la Corte Suprema de decir que lo ordenado por la Corte Interamericana es perfectamente válido para algún otro órgano implica que Menem no tenía derecho sustancial a reclamar lo que reclamó o, lo que sería equivalente, que se ha enriquecido sin justa causa. En una hipotética demanda de este tipo la Corte Suprema no posee ningún argumento para decir que se debe mantener la decisión de 2001 sin incurrir en contradicción flagrante. Si Fontevecchia tiene derecho a que el Estado argentino le pague el dinero, eso significa que se ha violado su derecho. Asumir que se ha violado su derecho de expresión implica que Menem no tenía causa legítima para reclamar lo que reclamó. Y si esto es así puede decirse que de acuerdo al tenor del fallo "Fontevecchia" la Convención Americana ha establecido una especie de mecanismo de tutela solidaria en clave "solve et repete" o "cooperativa de seguros". Para casos como el comentado el Estado tiene la obligación de hacerse cargo de la restitución "posible" de los derechos vulnerados, y eventualmente dirigirse en contra de quien ilegítimamente se ha beneficiado sin derecho. Si Fontevecchia tiene un derecho humano a hacer lo que hizo, Menem no tiene un derecho a ser indemnizado por el ejercicio de tal derecho. Negar tal correlación entre derechos no podría ser sostenida en este grupo de supuestos sin incurrir en un problema de contradicción entre normas genéricas que justifican una y otra solución.⁵

Se puede objetar de manera sensata que aquí falta una hipótesis. Aquella según la cual el Estado tiene que respetar, dentro de ciertos límites, la resolución de la Corte Interamericana incluso aunque esté equivocada. Bajo esta idea la Corte Suprema al aceptar que el Estado tiene obligación de hacer lo que indica la Corte Interamericana no implica aceptar la existencia y validez de la norma general aplicable por la Corte interamericana. Una autoridad está obligada a hacer algo aunque esté basado en razones o normas "equivocadas". Un típico problema de obligatoriedad de las normas irregulares (procedimiento correcto, contenido errado y obligatoriedad a pesar del error). Para realizar esto hay que poder disociar procedimiento de contenido. Nuevamente una tarea compleja, que aquí será dejada de lado. Si se logra disociar procedimiento de contenido (como debe hacerlo p.ej. un policía que está obligado a responder algunas ordenes, aunque las considere equivocadas), nuevamente hay que decir que la Corte Suprema no ha cambiado su parecer sobre cuál es la norma existente válida que regula la clase de conductas realizada por Fontevecchia. Tiene que ser la norma que prohíbe tal conducta (y da derecho a indemnización). Se trata de un fenómeno normativo bien conocido, que además de

⁵ Esto es así en la medida que la solución "Fontevecchia debe pagar a Menem" se justifica en una norma cuya aceptación implica que no hay violación de derechos humanos, lo cual es contradictoria con la solución "El estado debe pagar a Fontevecchia *en virtud* de que ha habido violación de derechos humanos". El problema cambia, claro está, si se modifican los casos a los que se aplica una y otra norma.

depender de la distinción entre procedimiento y contenido, se vincula con una clásica duda sobre los límites posibles entre obedecer y aceptar, entre seguir y cumplir, entre acatar y disentir, o variantes análogas de “hacer dejando a salvo el propio criterio” que para este escenario restante no puede ser otro que la prohibición de publicación de noticias de la clase relevante.

Este escenario es aplicable a la propuesta según la cual se trata aquí de cumplir con “obligaciones entre Estados” que es diferente a las obligaciones que tienen las autoridades argentinas con respecto a otras autoridades locales y los “ciudadanos”. Como la obligación entre Estados, para este caso, sólo puede surgir de un error en la aplicación de la normativa de derechos humanos que también es aplicable a nivel local, no puede ser cierto al mismo tiempo que no ha habido violación de derechos humanos de Fontevéchia en territorio argentino, pero que existe alguna obligación del Estado por eso que no viola sus derechos. O mejor dicho, se lo puede decir, pero hay que asumir alguna variante de la idea según la cual la sentencia es injusta (incorrecta) pero debe ser obedecida. Esto es así porque tiene que ser el caso que para la conducta de Fontevéchia y D Amico o bien la Corte Suprema del 2001 realizó una subsunción en la norma adecuada, y por tanto no hay violación de derechos humanos, o bien lo hizo en la norma incorrecta, entonces la clase de acciones está permitida.

Es claro que todavía se puede decir que en realidad hay dos normas aplicables para la misma clase de conductas relevantes (una que dice que están permitidas y otra prohibidas). Esto impone decir que el sistema normativo relevante es contradictorio.

Conclusiones

De las consideraciones anteriores pueden sacarse las siguientes conclusiones.

En primer lugar, del hecho que se acepte que un órgano impone obligaciones genéricas o individuales a la Corte Suprema no se sigue que aquel órgano sea superior jerárquicamente en términos jurisdiccionales.

En segundo lugar, tampoco es necesario que quien impone la obligación tenga la competencia para subsanarlo, so pena de confundir la competencia para obligar con la capacidad para implementarlo. Debe mostrarse, por tanto, o bien que efectivamente es el caso que no hay obligación porque no hay superioridad jerárquica, o bien que no hay obligación ni superioridad jerárquica.

Con mucho, y en tercer lugar, los antecedentes cambiantes y contradictorios, leídos de manera cooperativa muestran que no hay superioridad jerárquica jurisdiccional, pero subsiste la pregunta de si hay obligación de realizar lo que indica la Corte Interamericana. El precio que hay que pagar para este reacomodamiento de posiciones contradictorias es aceptar que el ámbito de incumbencia de las instituciones no es transparente para quienes lo integran.

En cuarto lugar, el argumento de la inderogabilidad de ciertas partes de la Constitución o bien lleva a la paradoja de la declaración vacía, o bien a asumir que ha habido reformas sustanciales de competencias. Esto obliga a mostrar por qué nuevas obligaciones y competencias en cabeza del Poder Judicial resienten las vigas maestras, pero en cabeza del Ejecutivo no.

En quinto lugar, si no puede tomarse por obligatorio jurídicamente ningún acto que contraríe la Constitución, las leyes y el orden interno (en donde la Corte Suprema es la última instancia jurisdiccional) nadie tiene la obligación de realizar ninguna acción que vaya en contra de sentencia firme de un fallo de la Corte Suprema.

En sexto lugar, si ha de considerarse que la decisión de la Corte Interamericana es obligatoria para alguien (mas no para la Corte) eso tiene que significar que la Corte Suprema ha cambiado su parecer sobre la norma aplicable al caso. Si esto no fuera así no podría indicar que se debe hacer lo que indica la Corte Interamericana. Esto es equivalente a la revocación parcial de su sentencia del 2001 y excluye que la Corte, con la misma conformación y mayoría pueda declarar en casos semejantes una condena en contra de quienes ejercen la libertad de expresión del modo en que lo hicieron Fontevecchia y D'Amico.

En séptimo lugar, como la Corte Suprema no está autorizada a dictar una sentencia que viole derechos humanos, no puede dictar la sentencia revocatoria "clásica" en favor de Fontevecchia y en contra de Menem. Esto tiene que significar que la Corte Suprema no asume obligaciones contradictorias con derechos humanos básicos. Eso implica que la clase de acciones realizada por Fontevecchia no viola derechos humanos, y por tanto no puede ser condenado civilmente para esa clase de casos, lo cual equivale a usar otra norma general. Pero a su vez, como ha cambiado la norma aplicable al caso para sostener que el "Estado" debe reintegrarle el dinero a Fontevecchia, el Estado tiene una acción legítima en contra de Menem por enriquecimiento sin causa. Bajo esta lectura, la Constitución del 94 ha instaurado un sistema análogo al "solve et repete" o a una cooperativa de seguros donde no coinciden quien comete la infracción, quien está llamado a responder en primer lugar, y quien está llamado a responder ulteriormente.

En octavo lugar, puede proponerse la lectura en clave "obedecer la orden incluso incorrecta" o incluso figuras cercanas al "control difuso". El estado argentino tiene la obligación de hacer lo que le dice la Corte Interamericana, también las partes que intervinieron en el proceso, pero la Corte Suprema tiene frente a esta sentencia la misma obligación que tiene un juez frente a otro cuando media una sentencia de control difuso de constitucionalidad. Como subsiste el hecho de que las soluciones de una y otra Corte, en este caso, tienen que basarse en normas contradictorias (una dice que no hay problemas de Derechos Humanos, la otra dice que sí), se debe concluir que el sistema jurídico interamericano es contradictorio para la clase de acciones llevadas adelante por Fontevecchia y D'Amico.

De estas consideraciones en conjunto se sigue que la Corte Suprema ha dicho más de lo que parece entender que ha dicho, y bastante más que lo que algunos comentaristas dicen que ha dicho. No se puede rechazar esta conclusión sin abandonar el principio, usado a esta altura por casi todos los intervinientes en el debate, según el cual el ámbito de incumbencia de las instituciones suele ser opaco para ellas mismas.

