



El revés de la trama sobre el debate de la última palabra jurisdiccional. ¿Repliegue de la protección multinivel de los derechos fundamentales?

The plot twist on the the last jurisdictional word debate. Withdrawal of the multi-level protection of fundamental rights?

Paula Soledad Suárez¹

Resumen

En oportunidad de rendir homenaje a nuestro plexo jurídico de base por los treinta años desde su última reforma, consideramos abordar en este artículo el tema de los tratados internacionales de derechos humanos que han sido incorporados a nuestro derecho positivo interno mediante el artículo 75 inciso 22 y la correspondiente protección multinivel de los derechos fundamentales dentro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Con motivo de situaciones de conflicto que genera el comportamiento de los justiciables, que deben ser juzgadas en el ámbito de los Estados adheridos a diversos pactos internacionales, han surgido en los últimos tiempos dificultades para dilucidar quiénes son los jueces que deben intervenir en última instancia para resolver tales controversias.

La complejidad reside en que dichos Estados, al tiempo del juzgamiento, se amparan, muchas veces, en normas de orden interno que hacen a la denominada "identidad constitucional" del Estado.

Ahora bien, el problema se suscita cuando esa denominada "identidad" entra en conflicto con principios volcados en el tratado, pero también cuando existen controversias acerca de cuál es el órgano que debe resolver esa cuestión, de tal manera de validar la decisión en el ámbito interno de cada na-

Abstract

On the occasion of paying tribute to our basic legal plexu for the thirty years since its last reform, we consider addressing in this article the issue of international human rights treaties that have been incorporated into our domestic positive law through article 75, paragraph 22. and the corresponding multilevel protection of fundamental rights within the interAmerican system.

Due to conflict situations generated by the behavior of defendants, which must be judged within the scope of the States adhering to various international agreements, difficulties have arisen in recent times to clarify who are the judges who must intervene in the last instance to resolve such disputes. The complexity lies in the fact that these States, at the time of the trial, often rely on internal regulations that make up the so-called "constitutional identity" of the State.

However, the problem arises when this so-called "identity" comes into conflict with principles included in the treaty, but also when there are disputes as to which is the body that should resolve that issue, in such a way as to validate the decision within the internal sphere of each nation and in the scope of the international community to which it belongs.

Derecho/ Ensayo científico

Citar: Suárez, P. S. (2024). El revés de la trama sobre el debate de la última palabra jurisdiccional. ¿Repliegue de la protección multinivel de los derechos fundamentales? *Omnia. Derecho y sociedad*, 7 (2), pp. 95-116.

¹ Universidad de Buenos Aires (UBA).

ción y en el ámbito de la comunidad internacional a la que pertenece.

Palabras claves: supremacía constitucional - tratados internacionales - diálogo jurisdiccional - protección multinivel de derechos

Keywords: constitutional supremacy - international treaties - jurisdictional dialogue - multilevel protection of rights

INTRODUCCIÓN

En oportunidad de rendir homenaje a nuestro plexo jurídico de base por los treinta años desde su última reforma, consideramos abordar, en este artículo, el tema sobre los tratados internacionales de derechos humanos que han sido incorporados a nuestro derecho positivo interno por medio del artículo 75 inciso 22 y la correspondiente protección multinivel de los derechos fundamentales dentro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.

Con motivo de situaciones de conflicto que generan el comportamiento de los justiciables que deben ser juzgadas en el ámbito del ejercicio de la facultad jurisdiccional de los Estados y en virtud de que tales conductas se encuentran regidas por normativa de carácter fundamental —constitucional— que ampara a aquellos, han surgido en los últimos tiempos dificultades para dilucidar quiénes son los jueces que deben intervenir, en última instancia, para resolver tales conflictos.

La complejidad, en ese marco de situación, reside esencialmente en que los estados nacionales que han celebrado distintos acuerdos internacionales de colaboración para la consecución de determinados objetivos —y, particularmente, para la persecución contra los contraventores de dicha normativa—, al tiempo del juzgamiento se amparan en normas de orden interno y los principios esenciales que contienen sus normas constitucionales que hacen a la denominada “identidad constitucional” del Estado.

En tal sentido, consideramos indispensable a los fines de ampliar lo antes afirmado desarrollar en el presente la doctrina de los contralímites, abordándola desde la jurisprudencia europea (con mayor énfasis en el caso italiano) e interamericana (con especial referencia al caso argentino, luego de la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en “Fontevicchia”).

Advertimos que, en el proceso de incorporación de los Estados nacionales al sistema político conocido como Estado constitucional de derecho, estos lo han hecho en distintos tiempos y con diverso alcance, respetando el origen histórico, social, político y cultural de cada uno de ellos; lo que se predica como identidad propia de cada Estado que, claramente, es diferente.

Asimismo podemos señalar, sin temor a equivocarnos, que en el denominado proceso del constitucionalismo que dio lugar a la formación del Estado constitucional de derecho, este se ha dado en las distintas naciones. Asimismo podemos señalar, sin temor a equivocarnos, que el denominado proceso del constitucionalismo que dio lugar a la formación del Estado constitucional de derecho en las distintas naciones, producto del contagio del proceso histórico originado primero en algunos Estados y, luego, se fue extendiendo a otros en distintos momentos, no solo adoptaron e incorporaron los principios básicos de aquel movimiento, sino que, la mayoría de las veces, perfeccionaron y ampliaron el alcance de tales principios.

Vale citar como ejemplo que si bien el proceso del constitucionalismo se originó en el

tiempo con anterioridad en Inglaterra, incorporando principios como el de representación, la idea de la Constitución como norma que regula el ejercicio del poder y el *bill of rights*, con posterioridad, en el proceso del Estado nacional de los Estados Unidos de Norteamérica, se imaginaron otros principios y otros mecanismos o estructuras políticas que parecen haber “mejorado” aquellos generados en el proceso inglés.

Ahora bien, con el correr del tiempo y consolidado ya en la mayor parte del mundo tal Estado constitucional de derecho, por diversas circunstancias de orden político y de relaciones pacíficas o de conflicto entre las distintas naciones, surge un movimiento donde estas firman acuerdos internacionales o pactos de unión en algunos casos de muy avanzado alcance que regulan los derechos, pero también los principios básicos y mecanismos que tienen como objetivo relaciones de colaboración institucional, sin perjuicio de apuntar a la protección de los derechos de las personas.

Un ejemplo avanzado de tales acuerdos es el dado en la Comunidad Europea, donde se han generado instrumentos que sujetan a los Estados al cumplimiento de distintas obligaciones que asumen frente a la comunidad internacional que los comprende.

En principio, ello supone claramente una restricción de las facultades soberanas de los Estados nacionales que se ven obligados a cumplir los compromisos internacionales asumidos, mas es de toda evidencia que si bien se ha avanzado en la construcción de organizaciones internacionales, también en los últimos tiempos han resurgido, peligrosamente, ciertos vestigios de un nacionalismo que pone énfasis en el respeto a la “identidad constitucional”, es decir, aquello que es propio y singular de cada Estado, que identifica los deseos y objetivos de la comunidad consagrados en su texto constitucional, que no

hace más que plasmar su historia y cultura — que es sin dudas diferenciada de otros Estados y tiene que ver con el origen revolucionario que dio lugar a la conformación de aquel, en lo cual influyen sus características raciales, religiosas, sociales y culturales particulares de cada comunidad—.

No desconocemos que es muy diversa la concepción del Estado del ejercicio del poder, la diversidad de la conformación orgánica funcional de cada país, el alcance dado al reconocimiento y ejercicio de los derechos y particularmente el valor y alcance que se otorgan a los principios fundamentales que se han volcado en cada una de las Constituciones, al tiempo que cada Estado nacional tiene que juzgar conductas que han generado conflictos entre particulares, o entre particulares y el Estado, y en especial cuando el sometido a juzgamiento invoca la protección que le otorga la carta fundamental nacional; pero debe destacarse que muchas veces se encuentra sometido al imperio de normativa no solo nacional, sino aquella que también lo comprende y que surge del convenio o pacto internacional que involucra al Estado al cual pertenece.

Es una verdad indiscutible que el Estado nacional, en el ejercicio de sus facultades soberanas, ejerce la función jurisdiccional en plenitud y el órgano judicial siempre está constreñido a respetar la normativa del Estado donde cumple sus funciones, y particularmente aquella de carácter fundamental que hace a su “identidad constitucional”.

El problema se suscita cuando esa denominada “identidad” entra en conflicto con principios o derechos volcados en el instrumento internacional que integra la comunidad a la que se ha incorporado, pero también con cuál es el órgano que debe despejar o resolver la cuestión que se suscita, de tal manera de validar la decisión en el ámbito interno de cada Estado

Nacional y en el ámbito de la comunidad internacional a la que pertenece.

Lo peligroso de ello es que no se trate de solapar, con la idea legítima de una “identidad constitucional”, una “identidad nacional” que deseche todo el camino construido por el derecho internacional en la tutela de los derechos fundamentales.

No se puede dejar de señalar que si la facultad jurisdiccional está otorgada en cada nación a un determinado órgano y este en representación del Estado Nacional pretende tener la última palabra —porque ello implica el respeto a la facultad soberana del Estado de ejercer una función propia de toda comunidad organizada—, se debe buscar la solución a un posible conflicto que se pueda suscitar, como ya ha sucedido, cuando la decisión emanada del órgano nacional interpretando la distinta normativa nacional o internacional debe resolver la posible controversia con principios que hacen a la ya mencionada “identidad constitucional” y que confrontan no solo con disposiciones del pacto internacional o con las facultades otorgadas a un órgano internacional sino también con facultades jurisdiccionales que tienen una interpretación diversa tanto para la decisión como para su contenido.

La pregunta por responder es quién tiene, en ese diálogo judicial multinivel, la última palabra. Allí aparece claramente la situación que se esconde detrás de la cuestión que nos ocupa, ¿hasta dónde llega la facultad soberana del Estado Nacional?, ¿qué alcance cabe dar al compromiso internacional asumido, si restringe o no esa facultad soberana que se sigue reconociendo a cada Estado nacional y alcanza a cada uno de sus habitantes o miembros de la comunidad? O ¿la limitación a esas facultades soberanas que surge del acuerdo internacional obliga al Estado Nacional y a sus habitantes a adecuarse a la normativa internacional más

allá del contenido de su identidad constitucional? Y, por otra parte, ¿cuál es el órgano habilitado para hacer primar la última palabra en el conflicto sujeto a juzgamiento?

Intentaremos responder algunos de estos interrogantes a lo largo del presente trabajo.

Sin perjuicio de ello, corresponde adelantar que más allá de cuál sea el órgano que tiene, o pretenda tener, la última palabra, se viene dando en los ámbitos jurisdiccionales un fenómeno/mecanismo enriquecedor para la tutela y el fortalecimiento de los derechos fundamentales, que es el definido como “diálogo jurisprudencial”, tal como se podrá observar a lo largo del presente con la mención de las distintas sentencias, tanto en la órbita europea como en la interamericana.

Resulta de vital importancia que la comunidad académica siga dando estos debates en pos de alcanzar un *ius commune* regional o internacional que permita la máxima tutela de los derechos fundamentales de todas las sociedades, haciendo prevalecer siempre a la dignidad humana como valor rector irrenunciable e intocable.

LA DOCTRINA ITALIANA DE LOS CONTRALÍMITES. IDENTIDAD CONSTITUCIONAL. ÁMBITO EUROPEO E INTERAMERICANO

La teoría de los contralímites en el ámbito europeo. El caso italiano

En líneas generales, en las relaciones que se dan entre los ordenamientos jurídicos nacionales y supranacionales, es el ámbito o el orden jurídico nacional el que suele ceder frente al derecho internacional y supranacional.

Sin embargo, se ha destacado por varias cortes europeas —como la alemana y la italiana— el principio de los contralímites, es decir, donde el ordenamiento internacional y supra-

nacional tiene que dar un paso atrás cuando se habla de principios constitucionales nacionales básicos a los que no se considera posible someter a una ponderación con el derecho internacional, en cuanto a principios constitucionales nacionales irrenunciables.

El constitucionalista Jorge A. Amaya —basándose en las opiniones de Giuseppe Ferrari, así como de Simona Polimeni (2018)—, afirma:

...la teoría italiana de los contra-límites encontró una de sus primeras acepciones en 1973 en Italia, cuando Paolo Barile utilizó la expresión de “contralimitaciones” para referirse a los instrumentos con los cuales el orden constitucional italiano habría protegido sus principios fundamentales ante la apertura del ordenamiento jurídico nacional al renovado sistema de relaciones entre los Estados después de la Segunda Guerra Mundial. (Amaya, 2020)

Recordemos que las sociedades, luego del mencionado hito histórico, respiraron más libertad, se abrieron—en términos de la teoría de Ralf Dahrendorf— a principios y valores comunes de derechos, de libertad, de dignidad; por tanto, cerrar esas puertas en nombre de los contralímites o de una no clara genérica “identidad constitucional” parece una operación muy peligrosa, pudiendo caer en lo que el maestro italiano Luca Mezzetti denomina en sus clases magistrales como “autarquía constitucional” o “autarquía de valores” (Mezzetti y Arcaro Conci, 2015).

En ese orden de consideraciones, podemos advertir que “la noción de identidad constitucional tiene íntima relación con la teoría de los contralímites. 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” (Amaya, 2020).

Luego, las cortes constitucionales nacionales, tal vez para no hablar de contralímites, o imponer un rechazo llano de determinados principios, derechosos procedimientos elaborados a nivel supranacional, han elaborado el concepto de identidad constitucional, que se trata según aquellos tribunales de justicia de un conjunto de principios, valores, derechos que representan el corazón de los principios y valores constitucionales fundamentales que forman la base esencial del sistema nacional.

Pero no se trata solo de principios o valores de rango o nivel constitucional, se trata también de principios o valores procedentes del derecho ordinario. Un ejemplo de esto lo configura el precedente jurisprudencial italiano “Taricco”, como veremos más adelante.

Lo cierto es que debemos señalar que la identidad constitucional no puede ser una herramienta para que los nuevos nacionalismos tengan por objeto bloquear, bajo la argumentación diseñada anteriormente, la aplicación de una decisión internacional. Esto podría, como bien afirma el profesor Mezzetti con absoluta claridad, no solo cerrar fronteras sino —aún peor— “cerrar cabezas”.

En igual orden de ideas se expresa el mencionado constitucionalista Amaya, quien sostiene:

...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. (Amaya, 2020)

El derecho internacional de los derechos humanos, en la perspectiva dual —recuerda el

destacado profesor Antônio Augusto Cançado Trindade—, ha dejado de ser como lo llamaban los romanos derecho *ius intergentes*, el derecho entre los pueblos, o el derecho internacional puro que regula las relaciones entre naciones, para convertirse definitivamente en *ius gentium*, el derecho de los pueblos; en el sentido del derecho que regula y afirma solemnemente principios, valores, derechos comunes a todas las culturas de la humanidad (Cançado Trindade, 2013).

Sin perjuicio de ello, la teoría de los contralímites que comenzó a utilizarse en las cortes nacionales europeas tímidamente como una advertencia o una especie de amenaza, ya se aplica fuertemente por parte de alguna jurisprudencia. Así, y solo a modo de ejemplo, citaremos algunos casos jurisprudenciales para ilustrar lo expuesto.

Uno de los primeros precedentes italianos que podemos mencionar es el caso “Frontini” (1973), mediante el cual de manera expresa se afirma que las limitaciones a la soberanía que se derivan del Tratado de Roma de 1957 “podrían conllevar a los órganos de la CEE² un poder inadmisibles para violar los principios fundamentales de nuestro orden constitucional, o los derechos inalienables de la persona humana” (Corte Constitucional Italiana, 1973). En similar sentido se expidieron los jueces constitucionales en los casos “Granital” (1984) y “Fragd” (1989). Si bien en estos precedentes solo se exhibe la doctrina de los contralímites sin su efectiva aplicación, encontramos otros casos que van más allá y donde se materializa en concreto dicha doctrina con más fuerza y precisión.

Tal es el caso de la Sentencia 238/2014, de fecha 22 de octubre, de la Corte Constitucional Italiana. Allí, un grupo de ciudadanos italianos

reclamó una indemnización por los daños que la Segunda Guerra Mundial les había ocasionado como deportados y obligados a labores forzadas por el Tercer Reich y luego el Estado alemán.

La Corte, en dicho precedente, menciona otros casos jurisprudenciales, así cita:

... el Tribunal de Florencia recuerda que, desde una sentencia anterior (48/1979), el Tribunal Constitucional ha sostenido que, en caso de conflicto entre normas generalmente reconocidas del derecho internacional (incorporado al ordenamiento jurídico italiano en virtud del artículo 10, apartado 1 de la Constitución) y los principios fundamentales del ordenamiento jurídico italiano, prevalecerán estos últimos. En sentencia posterior (Sentencia 73/2001), este Tribunal (...) reafirmó el principio de que “la tendencia del ordenamiento jurídico italiano a estar abierto a las normas reconocidas del derecho internacional y de los tratados internacionales está limitada por la necesidad de preservar su identidad; así, en primer lugar, por los valores consagrados en la Constitución”.

Finalmente, declara la inconstitucionalidad del artículo 3 de la Ley 5 de 14 de enero de 2013 (Adhesión de la República Italiana a la Convención de las Naciones Unidas sobre Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y sus Bienes, así como disposiciones para la modificación del ordenamiento jurídico interno); asimismo, declara la inconstitucionalidad del artículo 1 de la Ley 848 de 17 de agosto de 1957 (Ejecución de la Carta de las Naciones Unidas, firmada en San Francisco el 26 de junio de 1945), en lo que se refiere la ejecución del artículo 94 de la Carta de las Naciones Unidas,

² Comunidad Económica Europea.

exclusivamente en la medida en que obliga al juez italiano a cumplir la sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 3 de febrero de 2012, que exige que los tribunales italianos nieguen su competencia en caso de actos de un Estado extranjero que constituyan crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, en violación de derechos humanos inviolables; y, por último, declara infundada la cuestión de constitucionalidad de la norma “creada en nuestro ordenamiento jurídico por la incorporación, en virtud del artículo 10, párr. 1 de la Constitución”, del derecho internacional consuetudinario de inmunidad de Estados de la jurisdicción civil de otros Estados.

De otro lado, se encuentra el reconocido caso “Taricco”. Acá, frente a una consulta que se había realizado, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ordena al juez italiano la no aplicación de los artículos 160 y 161 del Código de Procedimiento Penal italiano sobre la prescripción de la acción penal, ya que consideraron que aquellos eran contrarios a la legislación de la Unión Europea.

En Italia, recordemos, el instituto de la prescripción penal es de derecho penal sustancial, no procesal. La Unión Europea tiene una idea diferente, incluso contraria. Según la ley italiana y lo que reconoció la Corte Constitucional Italiana la prescripción es un instituto sometido rigurosamente al principio de legalidad penal y, por lo tanto, forma parte de la “identidad constitucional”; pero según el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no, es procesal y por tanto con ciertas garantías puede ser sometido al principio de retroactividad, de la modificación mediante ley o acto administrativo.

Por tanto, la Corte Constitucional Italiana, mediante la pluma de un destacado profesor de derecho penal que en ese momento era el presidente de la Corte, el profesor Lattanzi, sin atacar el Tribunal de Justicia de la Unión Euro-

pea, pero mediante una sentencia muy firme, ha declarado que el instituto de la prescripción penal no es procesal y que, por tanto, se debe regir según los principios básicos de la identidad constitucional o jurídica italiana.

Finalmente, por medio de la Sentencia 115/2018 de la Corte Constitucional Italiana, se decidió lo siguiente: por un lado, esta 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 de que se observaran “los principios supremos del orden constitucional italiano y los derechos inalienables de la persona”. Sostuvo que el principio de legalidad en el derecho penal italiano se identificaba 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 pudiese derivar una violación del principio anterior, sería un deber para la Corte Constitucional intervenir para que esto no sucediera (Amaya, 2020).

Este fenómeno de la doctrina de los contralímites es aún más evidente si consideramos la jurisprudencia de los tribunales constitucionales del este de Europa, sentencias muy firmes e incluso “agresivas” frente al Tribunal de Justicia de la Unión Europea como, por ejemplo, el Tribunal Constitucional de Polonia.

Respecto de ese tribunal, podemos mencionar a modo ilustrativo la sentencia del 10 de marzo de 2022 (K 7/21), mediante la cual el Tribunal Constitucional de Polonia declaró la inconstitucionalidad del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que garantiza

el derecho a un proceso equitativo. Según los magistrados polacos, ese criterio es inconstitucional en cuanto permite que tanto los tribunales nacionales como el mismo Tribunal Europeo de Derechos Humanos entren a conocer de la independencia de los jueces nacionales, su proceso de nombramiento o la independencia del Consejo Nacional del Poder Judicial. Dable es señalar que un tema que venía estando bajo la lupa era la composición del citado tribunal. Ello así, pues desde la perspectiva de los estándares constitucionales e internacionales, ese tribunal podría no cumplir con las exigencias de independencia e imparcialidad.

Ya con anterioridad, mediante sentencia del 7 de octubre de 2021 (K 3/21), el Tribunal Constitucional puso en entredicho la constitucionalidad de los artículos 1, 2, 4y 19del Tratado de la Unión Europea. Su objetivo era cuestionar la última jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que detalla las exigencias de la independencia judicial y se muestra crítica con las reformas del gobierno polaco. Luego, el 24 de noviembre de 2021 el Tribunal Constitucional dictó la sentencia K 6/21. En este caso, el Tribunal polaco también cuestionó la constitucionalidad del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos en cuanto permite que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos examine la independencia del Tribunal Constitucional, declarando que su posición y competencias no permiten calificarlo como tribunal en el sentido del artículo citado. El Tribunal Constitucional incluso, en otra ocasión, le atribuyó al Tribunal Europeo de Derechos Humanos una “ignorancia del sistema jurídico polaco, incluidas las bases constitucionales fundamentales que especifican la posición, el sistema y el papel” de su Tribunal (Krzywon, 2022).

El Tribunal Constitucional, en un corto comunicado publicado en su página *web*, señala que —en principio— hay que hacer un esfuer-

zo interpretativo para evitar la colisión del derecho nacional con las normas internacionales, y enfatiza que no ha tenido más remedio que oponerse al intento de crear unas nuevas obligaciones internacionales e imponerlas a Polonia *per facta concludentia*, prescindiendo del procedimiento de modificación de un acuerdo internacional.

Como puede observarse, el Tribunal Constitucional de Polonia ha creado una herramienta que cuestiona los principios fundamentales del sistema de protección de los derechos humanos en Europa. Este tipo de pensamiento puede ser muy peligroso y —sobre todo en estos tiempos— tiene connotaciones muy negativas.

LA TEORÍA DE LOS CONTRA-LÍMITES EN EL ÁMBITO INTERAMERICANO. EL CASO ARGENTINO

Ahora bien, algo similar (aunque con sus diversos matices) está sucediendo a nivel del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.

a) La supremacía constitucional en el ordenamiento jurídico argentino

Un tema central para entender la temática que estamos abordando es el referido a la supremacía constitucional.

Recordemos que la Constitución es el reglamento básico de la convivencia social. Por tanto, es preciso recurrir a los orígenes históricos que dieron nacimiento al principio de la supremacía normativa para analizar cómo se logra la coincidencia entre la normativa básica del sistema político, con los objetivos y aspiraciones de la sociedad a la que regula, lo que permitirá que se asegure su cumplimiento, haciendo vigente el sistema democrático constitucional.

Dable es señalar que la democracia en la historia nace como una forma de gobierno donde

participa el conjunto en la toma de decisiones. Algunos doctrinarios intentaron otorgarle otro alcance y se la llegó a definir por Abraham Lincoln, en su discurso de Gettysburg, durante la guerra civil norteamericana, como el “gobierno del pueblo, para el pueblo y por el pueblo”.

Tal forma de gobierno nace frente a otros modos de concebir el ejercicio del poder —únicos admisibles hasta entonces—, como eran los sistemas aristocráticos y las monarquías o principados, en tiempos durante los que no se reconocía a todo el conjunto social el derecho ni la capacidad para gobernar.

Con la aparición de la democracia constitucional, esto es, un sistema político plasmado en una ley fundamental, que tuvo como finalidad esencial la preservación de los derechos mediante una reglamentación destinada a evitar que los poderes del Estado y sus gobiernos no los alteren con sus disposiciones, deviene —a los fines de permitir su operatividad— la idea de la representación y la concepción del gobierno de las mayorías.

Adicionalmente con el avance de los tiempos y los cambios tecnológicos, económicos, sociales e ideológicos, la idea de concebir a la democracia como sistema político se consolida como algo mucho más pretencioso y complejo que imaginar un gobierno del conjunto o de las mayorías.

Ello es así, por cuanto a continuación del cambio del paradigma que concibió la nueva forma de gobierno democrático surgen los documentos constitucionales que consagran los derechos inalienables de cada individuo, y particularmente la idea de que su protección solo se hace viable mediante la existencia de límites al ejercicio del poder.

James Bryce denominaba al principio de supremacía constitucional como la autoridad superior que poseen las constituciones rígidas frente a las otras leyes del Estado, y que actual-

mente se entiende por el carácter que ellas tienen de *lex superior*, que obliga por igual a gobernantes y gobernados (Bryce, 1901, p. 64).

De esta manera, se torna necesario el desarrollo de antecedentes nacionales e internacionales; desarrollo que nos contextualiza y nos da perspectiva de la importancia de muchos de nuestros principios constitucionales que no hacen más que preservar el orden jurídico institucional de una determinada comunidad política global.

Cabe señalar, *prima facie*, que la doctrina mayoritaria acepta que la Constitución de un Estado es un requisito ineludible para la viabilidad del nuevo paradigma, que surge con motivo de los movimientos revolucionarios que se produjeron principalmente en los siglos XVI, XVII y XVIII, cual es que la voluntad de la ley prima sobre la del gobernante.

De igual manera, es aceptado —casi sin discusión— que la Constitución es la norma superior del ordenamiento jurídico interno y que ella regula el funcionamiento de la organización estatal, otorgando facultades y competencias.

Debe tenerse en cuenta que en los antecedentes históricos —en particular, en Gran Bretaña y Francia— aparece la idea de Constitución como un instrumento necesario para poner un límite al ejercicio de las facultades de los gobernantes y que dichas facultades debían estar fuera del alcance de sus competencias en la medida en que ella —la Constitución— determinaba la limitación al poder que ejercían, y es por ello que, en las corrientes ideológicas que imperaban en esos tiempos, se trató de dar a tal instrumento jurídico una estabilidad suficiente.

Tal es la razón que determina como casi único mecanismo admisible establecer procedimientos agravados para la reforma constitucional, lo cual en algunos casos incluía la creación de un órgano especial dedicado a tal compe-

tencia (que no fuera el Parlamento u órgano legislativo) como es el caso de la Constitución argentina, en que la facultad de reforma se asigna a la Convención Constituyente, órgano de intervención extraordinario y excepcional, sin perjuicio de que su convocatoria depende de la voluntad y decisión del Poder Legislativo.

También es universalmente aceptado, sin mayores discrepancias, que tal concepto que —como se dijo— tiene su origen en los procesos revolucionarios que dieron fin a los sistemas monárquicos, y que generaron la aparición de lo que se denomina la democracia constitucional, encuentra su apoyo ideológico sustancial en la corriente racional liberal, que pone el acento en el derecho a la libertad y establece como modo de asegurarlo la existencia de una Constitución que regule y limite el ejercicio del poder.

Lo cierto es que, como afirma Peter Häberle,

... la Constitución no es solamente un orden jurídico para juristas que ellos interpretan según viejas y nuevas reglas; ella tiene una eficacia esencial también como guía para los no juristas: para los ciudadanos. La Constitución no es solamente un texto jurídico ni tampoco una acumulación de normas superiores, es también expresión de un estado de desarrollo cultural, un medio de autorepresentación de un pueblo, un espejo de su herencia cultural y un fundamento de sus nuevas esperanzas. (Häberle, 2002)

Al respecto, el académico Alberto R. Dalla Via manifiesta:

... el principio de limitación del poder y la supremacía de la Constitución (...) descansan en un sistema de creencias que da lugar al contrato social originario, para decirlo en palabras de Max Weber, la supremacía de la Constitución descansa, en definitiva, en la

creencia generalizada en una determinada legitimidad. (...) Se trata en definitiva de la cultura constitucional de un determinado pueblo, de su convencimiento en que el acatamiento a las normas es la opción más conveniente para un mejor resultado colectivo. (Dalla Via, 2011)

Es sabido que en una comunidad política global se encuentran en juego multiplicidad de normas de diferente rango jurídico y que por ello es necesaria la existencia de un orden jerárquico de tales normas. De ahí que se define a la supremacía constitucional como el orden jerárquico normativo, donde la Constitución nacional se encuentra en primer lugar; ya sea que lo grafiquemos con la conocida pirámide kelseniana o con los famosos círculos concéntricos de Sánchez Viamonte.

En la República Argentina la supremacía constitucional se encuentra establecida en el artículo 31 de nuestro plexo jurídico de base que dispone: "Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella...".

Ahora bien, claro está que para desentrañar el significado de la norma citada no alcanza solo con la literalidad de su texto, sino que deviene necesario realizar una interpretación sistemática u orgánica de manera conjunta con los artículos 5, 27, 28, 75 inc.22, 75 inc. 24, entre otros.

De tal interpretación surge, entonces, el orden jerárquico normativo donde la Constitución ocupa el primer lugar. En ese sentido, de ella se desprende la prelación de normas, esto es, tratados internacionales de derechos humanos (artículo 75 inciso 22), tratados de integración (artículo 75 inciso 24), otros tratados, leyes, decretos, etc.

Al respecto, oportuno es recordar que la expresión de bloque de constitucionalidad, cuyo origen corresponde al profesor francés Louis Favoreau y al español Francisco Rubio Llorente, ya había sido utilizada también en nuestra doctrina para explicar que la primera parte del artículo 31 contenía un “bloque” de derecho federal (Constitución más los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional) que prevalece por sobre las demás normas (Dalla Via, 2020).

Asimismo, Bidart Campos y varios autores en la doctrina que lo han seguido e, inclusive, la propia jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación han utilizado la expresión “bloque de constitucionalidad” para afirmar que el vértice de la pirámide jurídica habría sido reemplazado por un bloque que comprende a la Constitución junto con los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional, más allá de lo establecido en el artículo 75 inc. 22 en cuanto a que los tratados internacionales de derechos humanos, “(...) en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos (...)” (Dalla Via, 2020).

Ya Alberdi reclamaba en sus *Bases y puntos de partida para la organización nacional*, la concertación de tratados internacionales. Por lo tanto, siguiendo la vocación universalista proclamada en el Preámbulo y las ideas del citado jurista, el artículo 27 de la Constitución nacional señala los caracteres generales a que debe ajustarse la política argentina en materia internacional (Zarini, 1996), cuando reza que “[e]l Gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución”.

A la luz de lo expuesto precedentemente, se puede analizar el tema del control de constitucionalidad que realiza el Poder Judicial sobre los actos de los demás poderes que se encuentran en confrontación con la vigencia de los derechos fundamentales. De ahí que se denomine al control de constitucionalidad como el mecanismo para hacer efectivo el principio de la supremacía constitucional.

En nuestro sistema constitucional la tarea de control de constitucionalidad ha sido otorgada al Poder Judicial de la Nación y esa labor consiste en la verificación de la validez de los actos de los órganos y poderes del Estado a la luz de la Constitución nacional.

Sobre el tema en cuestión es importante recordar las palabras volcadas en *El Federalista*:

La interpretación de las leyes es propia y peculiarmente de la incumbencia de los tribunales. Una Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces. A ellos pertenece, por lo tanto, determinar su significado, así como el de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo. Y si ocurriere que entre las dos hay una discrepancia, debe preferirse, como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superiores; en otras palabras, debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios (...). Deberán regular sus decisiones por las normas fundamentales antes que por las que no lo son. (Hamilton et al., 2010)

Así entendidas las cosas, coincidimos con el constitucionalista chileno Núñez Leiva en cuanto a que

... el poder del Estado deriva de los derechos y no a la inversa. Y a su vez, la Constitución

proviene del pueblo. Lo cual permite fundamentar no solo la ordenación jerárquica del sistema de fuentes de derecho, otorgando la primacía a la Constitución en cuanto a norma que reconoce derechos, sino también el sistema de *checks and balances*, como medio de resguardo de aquellos y la revisión judicial de las leyes. (Núñez Leiva, 2019)

Ahora bien, no queremos dejar de mencionar al control de convencionalidad que, en nuestro sistema, no es más que el instrumento o mecanismo que se encuentra implícito en el control de constitucionalidad para el caso en que los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional —en el caso la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH)— entren en colisión con normas inferiores de nuestro ordenamiento jurídico (leyes, decretos, etc.), haciéndose prevalecer el orden de jerarquía normativa que surge del artículo 31 de la Constitución nacional.

Para Carlos Ayala Corao, el control de convencionalidad es el resultado de un “diálogo jurisprudencial entre los tribunales internacionales y las cortes nacionales que se va manteniendo hacia la adopción de parámetros comúnmente aceptados” (Ayala Corao, 2012).

Por su parte, la profesora Susana Albanese enseña que, bajo dicha figura,

... se ha intentado fijar desde larga data algunas pautas sobre la obligación de aplicar abiertamente en el ámbito interno no solo las convenciones internacionales de las que el Estado es parte sino las interpretaciones que de sus cláusulas llevaron a cabo los órganos internacionales con aptitud de obrar. (Albanese, 2015)

En palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH): “el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el

tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención” (Corte IDH, caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, 26 de septiembre de 2006, párr. 124)

De esta manera, comienzan a tomar gran relevancia en el diseño jurisdiccional argentinos los órganos internacionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), que por su impronta en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos tienen una participación decisiva en la interpretación y cumplimiento de tales derechos establecidos en los tratados o instrumentos internacionales.

En este contexto, la interpretación y protección de los derechos humanos a partir de dos sistemas independientes pero integrados, y cuya palabra final en cada uno de ellos corresponde a distintos órganos, constituye la tarea más difícil que deben afrontar los jueces en la actualidad. Dable es recordar que los tribunales argentinos —a partir de la ratificación legislativa de la Convención Americana de Derechos Humanos acaecida en 1984, y de la reforma de 1994— poseen doble fuente normativa para realizar las interpretaciones judiciales de los derechos, generándose además la necesidad de integrar la jurisprudencia nacional a la jurisprudencia internacional emanada de los órganos creados por la Convención (Corte IDH y CIDH); apareciendo, así, en la escena de la última palabra un nuevo actor protagónico que, en pocos años, ha reclamado para sí un rol principal en dicho debate (Amaya, 2019).

b) La doctrina de los contralímites en la jurisprudencia interamericana, con especial referencia al caso argentino. El precedente jurisprudencial “Fontevicchia”

En el ámbito jurisprudencial, la sentencia *vedette*, si se quiere hablar de contralímites, es el caso conocido en Argentina como “Fontevicchia”, del año 2017. Pero lo cierto es que previo a este caso existieron otros provenientes de los tribunales de Uruguay, Costa Rica, República Dominicana —solo por mencionar algunos— donde se vislumbra una fuerte resistencia al cumplimiento de mandas provenientes de los órganos internacionales.

Por ejemplo, en el caso “Gelman” (2012a), en un tema de leyes de amnistía sobre el periodo de dictadura y de desaparición forzosa de personas en Uruguay, la Corte IDH sostuvo que las leyes de amnistía son ilegítimas e incompatibles con estándares en derechos humanos en razón de que generan impunidad. Y afirma:

... la sola existencia de un régimen democrático no garantiza, *per se*, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual ha sido así considerado incluso por la propia Carta Democrática Interamericana. La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados. (Corte IDH, 2012a, párr. 239).

Por tanto, la Corte IDH declara la nulidad de la ley dictada por el Congreso de Uruguay y ratificada dos veces por plebiscito. Sin embargo, la Corte nacional con firmeza sostuvo que no se puede hacer una aplicación retroactiva de la ley, manteniendo la decisión del Congreso uruguayo.

Otro de los casos que podemos mencionar sobre la temática en cuestión es el precedente “Artavia Murillo y otros —fecundación *in vitro*— vs. Costa Rica” (2012b) que se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por la afectación generada a un grupo de personas a partir de la prohibición general de practicar la fecundación *in vitro*. En este caso, la Corte IDH dispone:

El Estado debe adoptar, con la mayor celeridad posible, las medidas apropiadas para que quede sin efecto la prohibición de practicar la FIV3 y para que las personas que deseen hacer uso de dicha técnica de reproducción asistida puedan hacerlo sin encontrar impedimentos al ejercicio de los derechos que fueron encontrados vulnerados en la presente Sentencia. (Corte IDH, 2012b)

Sin embargo, el Congreso se negó a realizar tales medidas. El Poder Ejecutivo, entonces, para no incurrir en responsabilidad internacional, dicta un decreto en comunión con lo solicitado por la Corte IDH en su sentencia, pero la Sala Constitucional de Costa Rica termina declarando la inconstitucionalidad de ese decreto.

Asimismo, se puede advertir similar tempe-ramento por parte del Tribunal Constitucional de República Dominicana. En el caso “Personas Dominicanas y Haitianas Expulsadas vs. República Dominicana” (2014), la Corte IDH dispuso, entre otras cuestiones, lo siguiente:

El Estado debe adoptar, en un plazo de seis meses contado a partir de la notificación de esta Sentencia, las medidas necesarias para que (...) [las personas involucradas en estos autos] cuenten con la documentación necesaria para acreditar su identidad y nacionalidad dominicana (...). El Estado debe adoptar, en un plazo razonable, las medidas necesarias para dejar sin efecto toda norma

³ Fecundación *in vitro*.

de cualquier naturaleza, sea ésta constitucional, legal, reglamentaria o administrativa, así como toda práctica, o decisión, o interpretación, que establezca o tenga por efecto que la estancia irregular de los padres extranjeros motive la negación de la nacionalidad dominicana a las personas nacidas en el territorio de República Dominicana (...). El Estado debe adoptar, en un plazo razonable, las medidas legislativas, inclusive, si fuera necesario, constitucionales, administrativas y de cualquier otra índole que sean necesarias para regular un procedimiento de inscripción de nacimiento que debe ser accesible y sencillo, de modo de asegurar que todas las personas nacidas en su territorio puedan ser inscritas inmediatamente después de su nacimiento independientemente de su ascendencia u origen y de la situación migratoria de sus padres. (Corte IDH, 2014)

Al respecto, la Comisión Interamericana expresó su profunda preocupación frente al pronunciamiento hecho por el Gobierno dominicano el 23 de octubre de 2014, en el sentido de rechazar la sentencia de la Corte IDH del 28 de agosto de 2014, en el caso de referencia y señala que la problemática sobre la cual trata esta sentencia ha sido monitoreada por la Comisión Interamericana por más de dos décadas mediante visitas, informes de país, audiencias, medidas cautelares, peticiones y casos (CIDH, 2014).

Por último, podemos citar ahora al caso "Fontevécchia" (Fallos 324:2895), que ha sido considerado por algunos doctrinarios como uno de los casos de diálogo jurisdiccional e identidad constitucional entre la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de la Corte IDH.

En el mentado caso, la Corte IDH resolvió en 2011 dejar sin efecto la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de 2001 que

había condenado a los periodistas Jorge Fontevécchia y Héctor D'Amico por publicaciones realizadas en la prensa, por considerar que esa sentencia constituía una violación al derecho a la libertad de expresión reconocido en el Pacto de San José de Costa Rica en su artículo 13.

El 14 de febrero de 2017 la Corte Suprema de Justicia de la Nación desestimó 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 Interamericana dictado en la causa "Fontevécchia y otros c/ República Argentina", se dejara sin efecto una sentencia firme de la Corte Suprema.

La postura mayoritaria del máximo tribunal nacional 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 en la jurisdicción nacional, en contravención de la estructura del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y de los principios de derecho público de la Constitución nacional.

En ese orden de consideraciones, la Corte entendió que el texto de la CADH no atribuye facultades a la Corte IDH para ordenar la revocación de sentencias nacionales (cf. art. 63.1, CADH). Asimismo, consideró que revocar su propia sentencia firme —en razón de lo ordenado en la decisión "Fontevécchia" de la Corte Interamericana— implicaría 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.

Asimismo, el juez Horacio Rosatti reivindicó en su voto el 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.

Al respecto, el magistrado del Alto Tribunal expresó que en un contexto de “diálogo jurisprudencial” que maximice la vigencia de los derechos en juego sin afectar la institucionalidad, la Corte IDH es la máxima intérprete de la CADH 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. Y concluyó que la reparación encuentra adecuada satisfacción mediante las medidas de publicación del pronunciamiento internacional y el pago de la indemnización ordenado por la Corte Interamericana, no resultando posible la revocación formal del decisorio de la Corte Suprema nacional.

A poco de conocerse la decisión de la Corte nacional, el diario *El País* de España publicó una nota de opinión del magistrado de la Corte Suprema de México, doctor José Ramón Cossío (2017), calificando dicha sentencia como un retroceso para el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y otro tanto pudo leerse en comentarios de algunos autores de nuestro país (Gargarella y Pizzolo, 2017) que interpretaron la decisión de nuestro Alto Tribunal como excesivamente formalista, más apegada a categorías antiguas sobre soberanía nacional frente a la protección de los derechos, enfatizando en la necesidad de un debate o diálogo (Dalla Via, 2020)

En virtud de lo decidido por la Corte Suprema de Justicia de Argentina, la Corte IDH vuelve a expedirse en su resolución del 18 de octubre, interpretando que el Estado argentino podía cumplir con su orden original mediante “algún otro tipo de acto jurídico, diferente a la revisión de la sentencia” como, por ejemplo, la realización de una “anotación indicando que esa sentencia fue declarada violatoria de la Convención Americana por la Corte Interamericana” (párrafo 21).

Nuestro Máximo Tribunal entendió que la interpretación formulada por la Corte IDH es consistente con su decisión del 14 febrero de 2017, ya que una medida como la sugerida no vulnera los principios de derecho público establecidos en la Constitución nacional. Por lo tanto, ordenó que se asiente junto a la decisión registrada en Fallos 324:2895 la siguiente leyenda: “Esta sentencia fue declarada incompatible con la Convención Americana de Derechos Humanos por la Corte Interamericana (sentencia del 21 de noviembre de 2011)”.

De esta forma, por medio 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 esta sentencia de la Corte nacional 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 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 (Amaya, 2020).

A su vez, el profesor español Javier García Roca afirma que el margen de apreciación nacional implica “una cierta deferencia hacia la garantía nacional” (García Roca, 2010).

De manera complementaria, Johan Callewaert ha explicado que el “margen de apreciación nacional” expresa “una forma atenuada de inmunidad que permite un control europeo menos intenso que aquel que la Corte podría ejercer en el ejercicio de la plenitud de su jurisdicción”; Wildhaber ha matizado esa explicación, diciendo que no se trata de otorgar un

grado de discrecionalidad a los Estados frente a situaciones que en otros casos supondrían violaciones del Convenio, sino “simplemente de reconocer que el Convenio no impone soluciones uniformes” y que “en ciertos dominios, y solo en cierto grado, los Estados pueden tener diferentes regulaciones y restricciones” (Callewaert y Wildhaber, como se citan en Dalla Via, 2020).

Sin perjuicio de las diversas opiniones al respecto, coincidimos con el constitucionalista Alberto Dalla Via, en cuanto creemos que la soberanía sigue jugando su rol, especialmente cuando se traduce como supremacía de la Constitución en el derecho interno. Así, el respeto a la soberanía aparece reflejado en distintos pronunciamientos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, sea ya en el ámbito de la CIDH como de la Corte IDH (Dalla Via, 2020). Un ejemplo han sido los planteos de “candidaturas independientes”; así, la CIDH en el Caso “Antonio Ríos” (1988) y la Corte IDH en “Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos” (2008) consideró que cada país debía diseñar su propio sistema de candidaturas cuando se trató de Argentina y de México; sin embargo, en “Yatama vs. Nicaragua” (2005) consideró que el monopolio de la representación por partidos debía ceder ante el multiculturalismo de las comunidades indígenas.

En ese sentido, y como pudimos apreciar a lo largo del presente trabajo, los diálogos de la Corte IDH con las cortes supremas y tribunales constitucionales de Latinoamérica se encuentran en constante dinamismo, de ahí que el tema merezca su continuo estudio.

EL DEBATE DE LA ÚLTIMA PALABRA Y EL MECANISMO DEL DIÁLOGO JURISPRUDENCIAL

Si bien estos temas ya fueron evidenciados pragmáticamente en el apartado ante-

rior, podemos hacer unas breves consideraciones conceptuales al respecto.

El interrogante sobre quién tiene la última palabra constitucional o a quién corresponde fue cuestionado por diversos actores a lo largo de la historia. Es decir, cuál es el órgano jurisdiccional habilitado para cerrar esta discusión en un estado constitucional de derecho que coloca a la Constitución por encima de las restantes normas, pues todas emanan de ella, respetando los principios de subordinación y subsunción.

Como los primeros antecedentes sobre el tema podemos destacar el caso Bonham de 1610 en Inglaterra, así como el conocido fallo de la Corte Suprema de los Estados Unidos “Marbury vs. Madison”, de 1803, como origen del control judicial difuso de constitucionalidad, y que tuvo gran impacto en la jurisprudencia argentina, especialmente en los fallos Sojo (1887) y Elortondo (1888).

Luego, en el siglo XX, se reabre el debate con el enfrentamiento dialéctico entre Hans Kelsen y Carl Schmitt, que finalmente legó el diseño que Kelsen planteara en su propuesta de “Tribunal Constitucional” y que tuviera sus primeros adeptos en las constituciones de Checoslovaquia y Austria. Este modelo, conocido como concentrado o especializado, deposita la última palabra en un órgano fuera del Poder Judicial, y está hoy vigente en la mayoría de los países europeos —con excepción del sistema francés, que deposita la última palabra en un órgano de carácter político como es su Consejo Constitucional— y en algunos Estados de América Latina (Amaya, 2014).

Lo cierto es que, más allá de cuál sea el órgano que tiene —o pretenda tener— la última palabra, se viene dando en los ámbitos jurisdiccionales un fenómeno/mecanismo enriquecedor para la tutela y fortalecimiento de los derechos fundamentales, que es el definido

como “diálogo jurisprudencial” y que hemos observado en el apartado anterior mediante la mención de las distintas sentencias, tanto en la órbita europea como en la interamericana.

Así, el diálogo jurisprudencial ha sido considerado, por Eduardo Ferrer MacGregor, de la siguiente manera:

... la práctica de las Cortes nacionales e internacionales, a través de la cual se utiliza la argumentación de otras Cortes con el fin de construir a una mejor interpretación de las normas de derechos humanos y, en general, de cualquier otra norma contenida en una Constitución o en un tratado. (Ferrer MacGregor, 2013)

De esta manera, autores como el maestro alemán Von Bogdandy Morales Antonazzi

... se aproximan al concepto del diálogo desde la formación de un *iuscommune*, es decir, una mirada “transformadora del derecho público”, donde no solo el Estado es el “principal poder público, sino que las instituciones internacionales y supranacionales influyen de manera significativa en la convivencia social y en el ejercicio del poder público de los Estados”. En este orden de ideas la motivación principal del diálogo parece no solo resolver los casos concretos de una manera más justa, sino también termina siendo la consolidación de un derecho común más sólido y coherente. (Carozza González, 2017)

Ello así, pues tal como señalan Carozza y González “la protección universal de la dignidad humana y los derechos humanos es un proyecto plural” (Carozza y González, como se citan en Rodríguez Revegino, 2017), donde los tratados, los principios y las reglas

... tienen que ser traídos a la vida en diferentes formas. El diálogo constituye un camino iniciado, pero no terminado para tender puentes entre los sistemas y contribuir a la formación de espacios comunes con aras a ampliar el espectro de protección de los derechos humanos” (Rodríguez Revegino, 2017).

Sin perjuicio de ello,

... en el ámbito del diálogo con tribunales nacionales, es un hecho —como vimos— que dentro de los propios Estados puedan existir ciertas resistencias políticas o incluso jurídicas en la implementación de las decisiones de tribunales regionales. Sin embargo, es el propio diálogo el que parece imponerse a la hora de buscar soluciones que permitan hacer efectivas estas decisiones. Por lo que todo parece indicar que el diálogo llegó para quedarse. (Rodríguez Revegino, 2017).

Así pues, desde una perspectiva más global, este mecanismo permite dar sentido de coherencia y universalidad a las decisiones de los tribunales regionales y afianzar su legitimidad (Rodríguez Revegino, 2017).

Por tanto, el criterio que ha prevalecido ha sido el de la necesaria colaboración y cooperación entre los diferentes niveles de protección, tanto en la órbita nacional como en los distintos espacios supranacionales.

CONCLUSIONES

Como consideraciones finales intentaremos acercar algunas reflexiones sobre los puntos centrales del presente trabajo, particularmente aquellos referidos al denominado dilema de quién debe tener la última palabra cuando se plantean conflictos a dirimir en sede

jurisdiccional sobre la vigencia y el alcance de los derechos fundamentales.

Tales conclusiones surgen desde el mismo comienzo de la tarea investigativa y se pueden revelar en el título de este artículo, que apunta a descorrer el velo que oculta, a nuestro modo de ver, el verdadero planteo que se halla detrás del debate académico que se genera cuando se habla de los invocados contralímites y el respeto a la identidad constitucional de los Estados nacionales.

En tal sentido, no puede pasar inadvertido cuáles son las dificultades que encontramos para dirimir el conflicto jurídico sobre quién debe tener la última palabra en materia jurisdiccional, pues se trata ni más ni menos que ingresar con ello en el análisis del objetivo mismo que dio origen al proceso del constitucionalismo.

En efecto, no es ocioso y resulta más que sobreabundante destacar, entre los que nos dedicamos al estudio y enseñanza del Derecho Constitucional, que la aparición del Estado constitucional de derecho tuvo un fundamental y definitivo objetivo, cual es lograr la vigencia de los derechos del individuo y ello solo se obtiene a través de un medio, cual es el control del ejercicio del poder que hoy sin ningún tipo de dudas está en manos de los Estados nacionales.

La limitación o control de ese ejercicio se hace efectivo por la coordinación inevitable de los actos de cada órgano de poder con la actuación de los otros, la regulación que establece un órgano del sistema precisa de la posibilidad de la ejecución del mandato normativo por otro y ambos están sujetos en su accionar al ejercicio de las atribuciones otorgadas dentro de los límites formales y sustanciales establecidos en el orden jurídico del cual nacen; y tal tarea de control, como se vio, ha sido asignada también con limitaciones al órgano jurisdiccional.

Por tanto, los tribunales deben asegurar los límites de la acción gubernamental en conformidad con los principios de una democracia constitucional. Es deber de ellos asegurar que los principios y las normas constitucionales sean respetados, ya sea en el plano nacional como internacional.

Encontrar el justo equilibrio en la tarea de los jueces es de gran importancia, pues como decía Alexis de Tocqueville,

...es a menudo tan pernicioso quedarse como excederse (...) por ello los jueces no deben ser solamente buenos ciudadanos, hombres instruidos y probos, cualidades necesarias a todos los magistrados. Es necesario encontrar en ellos hombres de Estado; es necesario que sepan discernir el espíritu de su tiempo (...). (Tocqueville, 1951, p. 154).

Ello predicaría, finalmente, que en la sociedad política se verifica la razón de ser y el sentido mismo del proceso del constitucionalismo cual fue, como se dijo, la de poner límites al ejercicio del poder estableciendo la soberanía de la ley por sobre la voluntad de funcionarios o gobernantes, independientemente de cual fuere el régimen político que se consagre para su gobierno.

En ese contexto, corresponde señalar que una de las grandes virtudes que ha traído la aparición de las uniones internacionales fue lograr el retroceso de regímenes autoritarios y una protección esencial a la vigencia de los derechos humanos y, si bien siempre hay naciones más avanzadas en el proceso de consolidación del Estado constitucional de derecho, lo cierto es que la cooperación internacional y la intervención de sus órganos de control tienden a evitar posibles desvíos que pudieran darse bajo movimientos nacionalistas que

muchas veces ponen el acento en los llamados valores que hacen a una identidad nacional, realzando con ello cualidades de las sociedades surgidas de su origen cultural o racial que sustentaron en un pasado no tan lejano una idea de primacía, cuyo resultado fue la peor época que viviera la humanidad.

Asimismo, señalamos al comienzo de este trabajo que el proceso histórico del constitucionalismo fue incorporando la protección de los derechos fundamentales en las distintas naciones mediante declaraciones que en algunos casos fueron ampliando su contenido original, al igual que la aparición de mecanismos de protección dentro de cada Estado.

Sin perjuicio de ello, no debe escapar a nuestras reflexiones que el proceso de incorporación al sistema constitucional de derecho ha sufrido en el pasado y sufre en el presente permanentes alteraciones dentro de las distintas naciones, dando lugar inclusive a la aparición de lo que algún politólogo mencionó como la existencia de sistemas políticos híbridos donde los mecanismos funcionales del sistema no permiten distinguir si nos encontramos frente a un sistema constitucional de derecho o a un sistema autoritario o totalitario.

De ahí que no sea casual que la identidad constitucional, como límite a algunas decisiones de los órganos internacionales, se encuentre presente en ciertas decisiones de las cortes constitucionales europeas, como así también en algunos tribunales constitucionales de América Latina, e incluso, como también se vio, en la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina.

Consideramos que la única herramienta de defensa de los derechos fundamentales de cada uno de los habitantes del mundo está más allá de la capacidad soberana del Estado y debe necesariamente hallarse en los instrumentos internacionales que han surgido, jus-

tamente, con motivo de la violación de los derechos humanos en los distintos países.

Es claro, entonces, que la única y final salvaguarda de estos derechos solo puede tener cabida a partir de la actuación de la comunidad internacional, que es la que asegura su respeto, tales como fueron concebidos en los instrumentos internacionales para asegurar los derechos del individuo como ser universal en igualdad de condiciones en cualquier tiempo y lugar.

Si bien la subsistencia a tabla rasa del principio de la soberanía estatal comporta —en principio— una barrera infranqueable, podríamos decir que esta es una verdad de Perogrullo; pues se ha visto limitada por la concertación a que han llegado las naciones de celebrar tratados, ratificando, así, el compromiso de atenerse a los valores, principios y derechos que reconocen tales instrumentos.

Por supuesto, es preciso que la celebración de los tratados internacionales que consagran declaraciones de derechos y establecen mecanismos para su protección tengan en cuenta las mencionadas peculiaridades estatales al tiempo de establecerlos y de admitir en su seno a los Estados adherentes, pero cabe tener en cuenta también que resulta imprescindible para asegurar la vigencia de los derechos fundamentales reconocidos a nivel internacional que la incorporación a los tratados debe implicar la sujeción a su cumplimiento y al sometimiento de tales mecanismos de control establecidos, debiendo prevalecer ante la discrepancia de su interpretación la opinión del órgano plurinacional como único modo de asegurar la vigencia y alcance de los derechos.

La historia política de los pueblos ha demostrado que ninguna nación, por más desarrollada que sea su vida política, está exenta de sufrir un retroceso con la aparición de regímenes autoritarios o totalitarios en su seno, lo que obliga —a nuestro entender— a colocar a las naciones

en una igualdad de consideración al tiempo de integrar el acuerdo internacional y el sometimiento de todas ellas a los principios y valores que consagra el instrumento internacional.

Es, sin dudas, un avance en el proceso de la denominada existencia de un marco de actuación jurisdiccional con recurrencia a la llamada diplomacia judicial, que ha permitido y permite intentar resolver los conflictos de interpretación del alcance de los derechos fundamentales de tal manera de superar las discrepancias que pudieran surgir en su consideración, pero ello no puede pasar inadvertido, es el reflejo mismo de la subsistencia del principio de soberanía estatal que, aún en estos tiempos, no ha sido superado.

Se trata en definitiva, como nos enseña el profesor italiano Giuseppe de Vergottini,

... [de] buscar un equilibrio necesario entre competencias de intervención confiadas a los órganos de la entidad interestatal de nueva creación, basada en un Convenio, y órganos de los Estados componentes, basados en una Constitución. Al aprobar sus propios pronunciamientos, un tribunal internacional debe tener en cuenta las atribuciones residuales de los órganos estatales y los tribunales estatales deben tener en cuenta lo que ha sido atribuido a los órganos de la entidad internacional. Se establecen inevitablemente acuerdos entre los dos órdenes de jueces. (De Vergottini, 2010, p. 317318).

Se configura así, en palabras de De Vergottini (2010) “una auténtica interacción entre tribunales”.

En síntesis, es vital que la comunidad académica siga dando estos debates en pos de alcanzar un *ius commune* regional o internacional que permita la máxima tutela de los derechos fundamentales de todas las sociedades, haciendo

prevalecer siempre a la dignidad humana como valor rector irrenunciable e intocable.

Pues, como señala Bobbio,

Si por un momento nos separamos del hombre individual y consideramos la sociedad, o mejor las sociedades de los hombres, si dejamos de referirnos a la vida del individuo y contemplamos esa vida compleja, tumultuosa y nunca extinguida de las sociedades humanas representada en la historia, el fenómeno de la normatividad se presenta de manera igualmente impresionante y cada vez más merecedor de nuestras reflexiones (...). (Bobbio, 2002).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Albanese, S.(2015). *El control de convencionalidad. La Corte Interamericana y la Corte Suprema. Convergencias y divergencias*. <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/11/doctrina42418.pdf>
- Amaya, J. A. (2020). La teoría de los contra-límites y el derecho argentino: ¿a dónde vamos? *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, UNLP, año 17(50).
- (2019). El debate sobre la última palabra: un complejo equilibrio entre identidades constitucionales y diplomacia judicial. *Revista de Estudios Jurídicos*(19) (Segunda Época). Universidad de Jaén. ISSN-e 2340-5066.
- (2014). *Democracia y Minoría Política*, Buenos Aires. Astrea.
- Ayala Corao, C. (2012). *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*. Colección de Estudios Jurídicos n.º 98. Editorial Jurídica Venezolana.
- Bobbio, N. (2002). *Teoría General del Derecho*. (Cuarta reimpresión de la segunda edición). Editorial TEMIS S.A.

- Bryce, J. (1901). *Constituciones flexibles y constituciones rígidas*. Centro de Estudios Constitucionales, p. 64.
- Cançado Trindade, A. A. (2013). La búsqueda de la realización de la justicia en la era de los tribunales internacionales, en Ferrer MacGregor, E. y Herrera García, A. (2013). *Diálogo jurisprudencial en Derechos Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes internacionales, in memoriam Jorge Carpizo, generador incansable de diálogos ...* Tirant lo Blanch, p. 1351.
- CIDH (2014). Comunicado de prensa 130/14 <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2014/130.asp>
- Cossio Díaz, J.R. (21 de febrero 2017). Un mal día para el sistema interamericano. *El País*.
- Dalla Via, A. R. (primero de abril 2020). Los derechos humanos y el régimen constitucional de los tratados. *La Ley*.
- (2011). *Manual de derecho constitucional*. (Tercera edición). Abeledo Perrot.
- De Vergottini, G. (2010). *Más allá del diálogo entre tribunales*. (Primera edición). Cuadernos Civitas. Thomson Reuters.
- Ferrer Mac-Gregor, E. (2013). El Control Difuso de convencionalidad en el Estado Constitucional. *Revista Urbe et lus*, (11), pp.27-39, ISSN 1668-4001.
- García Roca, J. (2010). *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: Soberanía e integración*. Cuadernos Civitas Instituto de Derecho Parlamentario. Thomson Reuters.
- Gargarella, R. (23 de febrero 2017). La autoridad democrática frente a las decisiones de la Corte Interamericana. Suplemento *La Ley*.
- Häberle, P. (2002). *La Constitución como cultura*. <https://recyt.fecyt.es/index.php/AIJC/article/view/50595/30831>
- Hamilton, A., Madison, J. y Jay, J. (2010). *El Federalista* (78). Fondo de Cultura Económica, p. 332.
- Krzywon, A. (2022). *El constitucional polaco, o cómo perder la credibilidad*. <https://agenda-publica.elpais.com/noticia/17893/constitucional-polaco-perder-credibilidad>
- Mezzetti, L. y Arcaro Conci, L. (2015). *Diálogo entre Cortes*. AB Conselho Federal.
- Núñez Leiva, J. I. (2019). *Jurisdicción constitucional: las implicancias del neoconstitucionalismo*. (Primera edición). Ensayos jurídicos. Ediciones DER.
- Pizzolo, C. (23 de febrero 2017). Ser “intérprete supremo” en una comunidad de intérpretes finales? De vuelta sobre una interpretación “creacionista” de los derechos humanos. Suplemento *La Ley*.
- Polimeni, S. (2018). *Controlimiti e identità costituzionale nazionale. Contributo per una ricostruzione del “dialogo” tra le Corti*. Editoriale Scientifica.
- Rodríguez Revegino, B. (2017). ¿El diálogo como arma? La lucha de los tribunales regionales contra la fragmentación del derecho internacional de los derechos humanos. *IurisDictio* 20, 105-118. ISSN 1390-6402 / e-ISSN 2528-7834. <https://www.jep.gov.co/Sala-de-Prensa/Documents/EI%20di%C3%A1logo%20como%20arma%20La%20lucha%20de%20los%20tribunales%20regionales%20contra%20la%20fragmentaci%C3%B3n%20del%20derecho%20internacional%20DDHH.pdf>
- Tocqueville, A. (1951). *De la Démocratie en Amérique*. Gallimard, p. 154, t. II.
- Zarini, H. (1996). *Constitución nacional comentada y concordada*. Astrea.

JURISPRUDENCIA

- (1887) CSJN, “Sojo”, sentencia del 22 de septiembre de 1887.

- (1888) CSJN, “Elortondo”, sentencia del 14 de abril de 1888.
- (1973) Corte Constitucional Italiana, sentencia 183/1937 caso “Frontini” del 27 diciembre de 1973.
- (1984) Corte Constitucional Italiana, sentencia 170/1984 caso “Granital”, del 8 de junio de 1984.
- (1988) CIDH, resolución 26/88, caso 10109 —“Antonio Ríos”—, Argentina, septiembre de 1988.
- (1989) Corte Constitucional Italiana, sentencia 232/1989 caso “Fragd”, 21 de abril de 1989.
- (2005) CortelDH, Caso “Yatama vs. Nicaragua”, sentencia del 23 de junio de 2005.
- (2006) Corte IDH, caso “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, 26 de septiembre de 2006.
- (2008) Corte IDH, Caso “Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos”, sentencia del 6 de agosto de 2008.
- (2012a) Corte IDH, Caso “Gelman vs. Uruguay, (Fondo y Reparaciones)”, sentencia de 22 de noviembre de 2012, Serie C N.º 221.
- (2014) Corte IDH, caso “Personas Dominicanas y Haitianas Expulsadas vs. República Dominicana”, sentencia de 28 de agosto de 2014.
- (2014) Corte Constitucional Italiana, sentencia 238/2014 del 22 de octubre 2014.
- (2015) Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de la Unión Europea, C105/14 caso “Taricco” del 8 de septiembre 2015.
- (2017) 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.
- (2011). Caso “Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas”, sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C N.º 238.
- (2012b). Caso “Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”, sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C No. 257.
- (2018) Corte Constitucional Italiana, sentencia 115/2018 del 31 de mayo 2018.
- (2021) Tribunal Constitucional de Polonia, sentencia K 3/21, del 7 de octubre de 2021.
- (2021) Tribunal Constitucional de Polonia, sentencia K 6/21, del 24 de noviembre de 2021.
- (2022) Tribunal Constitucional de Polonia, sentencia K 7/21, del 10 de marzo de 2022.

Paula Soledad Suárez

Perfil académico y profesional: Abogada, diploma de honor. Máster en Derecho Electoral, Universidad de Castilla-La Mancha. Máster en Justicia Constitucional y Derechos Humanos, Universidad de Bologna. Doctoranda en Derecho Constitucional, Facultad de Derecho (UBA). Profesora regular y coordinadora de Relaciones Institucionales del Observatorio Electoral de la citada universidad. Miembro del Consejo Directivo del Observatorio de Independencia Judicial e Integridad Electoral de la Red Mundial de Justicia Electoral. Miembro titular de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Subsecretaria de la Cámara Nacional Electoral.

paulasuarez@derecho.uba.ar

Identificador ORCID: 0009-002-0024-8666