

MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL: CASO FONTEVECCHIA Y D'AMICO

DANTE ALFREDO MIRRA

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UNT)
dante.mirra@derecho.unt.edu.ar

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en fecha 25 de septiembre de 2001, confirmó una sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil que había admitido una acción de daños y perjuicios contra Editorial Perfil S.A., Jorge Fontevecchia y Héctor D'Amico, interpuesta por el expresidente argentino Carlos Saúl Menem¹. En dicha oportunidad, la Cámara que había condenado a los demandados a abonar una suma de dinero a causa de la difusión de ciertas notas periodísticas referidas a la presunta existencia de un hijo no reconocido de Menem, entendiendo que ello habría lesionado en forma ilegítima su derecho a la intimidad. La Corte solo difirió de criterio con el tribunal en el monto de la condena pecuniaria, la que fue reducida por la misma².

Posteriormente, Fontevecchia, D'Amico y Horacio Verbitsky —este último en representación de la Asociación de Periodistas— presentaron el caso en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos argumentando que la sentencia de la Corte Suprema vulneraba el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión³,

1. Causa "Menem, Carlos Saúl c/ Editorial Perfil S.A. y otros s/ daños y perjuicios-sumario". Fallos: 324:2895.

2. "En 1997 un juez de primera instancia en lo civil rechazó la demanda interpuesta por el señor Menem. La sentencia fue apelada y en 1998, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal revirtió la decisión y condenó a la editorial y a Jorge Fontevecchia y Héctor D'Amico a pagar la suma de \$150.000,00. Los demandados interpusieron un recurso extraordinario federal. En el año 2001 la Corte Suprema confirmó la sentencia recurrida aunque modificó el monto indemnizatorio, reduciéndolo a la suma de \$60.000,00" (textual de la Sección B, Desarrollo del Caso, punto 13. Hechos de la sentencia de la CIDH, 29/11/2011)

3. *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Art. 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión

por lo que solicitaron que se declarara la responsabilidad internacional del Estado argentino.

Luego de tramitarse el planteo por los carriles correspondientes a este proceso de naturaleza internacional en el que participaron las presuntas víctimas y los representantes de Argentina, el 29 de noviembre de 2011, la Corte Interamericana determinó que el Estado argentino había violado el derecho a la libertad de expresión de los peticionantes contemplado en el art. 13 de la Convención y que el Estado no incumplió la obligación general de adoptar disposiciones de derecho interno, reconocida en el art. 2 de la Convención Americana⁴.

De esta suerte dispuso: a) la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas constituye per se una forma de reparación; b) el Estado debe dejar sin efecto la condena civil impuesta a los señores Jorge Fontevecchia y Héctor D'Amico así como todas sus consecuencias, en el plazo de un año contado a partir de la notificación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas; c) el Estado debe realizar las publicaciones dispuestas en la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, de conformidad con lo establecido en el párrafo 108 de la misma; d) el Estado debe entregar los montos referidos en los párrafos 105, 128 y 129 de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, dentro del plazo de un año contado a partir de su notificación; e) la Corte supervisará el cumplimiento íntegro de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, en ejercicio de sus atribuciones y en cumplimiento de sus deberes conforme a la

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

4. Art. 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el art. 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados parte se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

Convención Americana, y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la misma. El Estado deberá, dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, rendir a la Corte un informe sobre las medidas adoptadas para cumplir con la misma⁵.

En relación con la obligación de dejar sin efecto la condena civil impuesta a los accionados por el Tribunal Regional, la Dirección General de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la Nación remitió a la Corte Suprema un oficio donde se le comunica el pedido formulado por la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación al Máximo Tribunal Nacional para que cumpla con la sentencia dictada por la Corte Interamericana. Ante esto, la CSJN corrió vista a la Procuradora General, quien en su dictamen sostuvo que era necesario correr traslado a Menem sobre el planteo. Realizado tal acto procesal, el mismo sostuvo que no había sido parte del proceso internacional donde se condenó al Estado Argentino, por lo que nada podía expresar al respecto.

La Corte Nacional en fecha 14 de febrero de 2017, ante este planteo va a dictar una sentencia que tuvo importante trascendencia internacional.

De esta suerte, el Tribunal Argentino sostiene que respecto de las publicaciones ordenadas por la Corte Interamericana, las mismas ya se encontraban cumplidas y en lo referente los montos que debía entregar el Estado argentino, ello se encontraba fuera del alcance de la Corte y que no resulta necesaria su intervención para que el Estado proceda voluntariamente a su cumplimiento conforme a la distribución constitucional de la competencia de los poderes. De este modo, pasa a expresar: a) que se encuentra fuera de discusión que las sentencias de la corte Interamericana contra el Estado argentino son, en principio, de cumplimiento obligatorio, pero alcanza únicamente a las sentencias de la CIDH dentro del

5. Textual del punto 19. Reparaciones de la sección B, Desarrollo del caso de la referida sentencia.

marco de sus potestades remediables, porque —sostiene— resta saber si lo requerido está dentro de las atribuciones previstas por CADH y puede ser cumplida por la Corte conforme al ordenamiento constitucional local. Con esto se da un primer paso en limitar la esfera de potestades del Tribunal internacional, expresando además que de acuerdo al preámbulo de CADH se crea “una protección internacional de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos” y que esa subsidiariedad se muestra en la necesidad de agotar los remedios locales antes de recurrir al sistema internacional, por lo que, claramente, la Corte Interamericana no se constituye en una cuarta instancia, lo que a su entender ha sido reconocido por este último tribunal en diversos casos y por el Tribunal Europeo en la materia. Concibe también que “dejar sin efecto” es sinónimo de “revocar”, según la primera acepción de la RAE y que, en consecuencia, “la idea de revocación se encuentra en el centro mismo del concepto de “cuarta instancia”. Reconocer esto, dice la Corte, “implicaría la paradoja de que esa instancia revisora hubiera sido ejercida que no reconoce continuidad con el desarrollado por esta Corte, al ser diferentes sus elementos fundamentales, tales como las partes y las prueba” y, además, “en clara violación de los principios estructurantes del Sistema Interamericano y en exceso de las obligaciones asumidas por el Estado argentino al ingresar a dicho sistema”; b) tampoco sería procedente dejar sin efecto una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada de acuerdo con el derecho público argentino con sostén en el art. 27 de la CN⁶ y que así lo ha entendido el constituyente argentino cuando, al incorporar los tratados con jerarquía constitucional, estatuyó que: “no derogan art. alguno de la primera parte de esta Constitución”. Ratifica así su carácter de

6. Art. 27. El 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 en esta Constitución. (la Corte subrayó de esta forma cuando transcribió este artículo).

órgano supremo y cabeza del Poder Judicial, por lo que revocar su sentencia y sustituirlo por un tribunal internacional implica una violación a los arts. 27 y 108 CN⁷. Hasta aquí brevemente el voto de los ministros Lorenzetti, Highton de Nolasco y Rosenkrantz.

Por su voto, el Dr. Rosatti: a) reitera la aplicación del art. 27 de la CN; b) además, sostiene que se estaría erigiendo a la CIDH como una instancia “revisora” o “casatoria” de decisiones jurisdiccionales estatales, categoría que excede el carácter coadyuvante y complementario de la jurisdicción internacional”; c) por último, entiende que en un contexto de “diálogo jurisprudencial” que “procure mantener la convergencia decisional entre los órganos” debe reconocerse a la CIDH el carácter de último intérprete de la CADH (art. 62, p. 1 y 3, CADH) y a la CSJN como último intérprete de la Constitución Argentina (arts. 116 y 117 de la CN)⁸.

En su disidencia, el Dr. Maqueda sostiene que: a) la Corte “como uno de los poderes del Estado argentino y conforme lo previsto en el art. 68.1 de la misma convención, debe cumplir y ejecutar el pronunciamiento del tribunal interamericano”⁹; b) además, que esto “responde a un principio básico del derecho sobre la responsabilidad internacional del Estado”, y que conforme al art. 27 de la Convención de Viena, los estados no pueden, por razones de orden interno, dejar de cumplir las obligaciones ya asumidas.

7. Hay quien entiende que “No altera esta facultad el hecho de que la decisión judicial que se dispone revisar provenga de la máxima instancia del Poder Judicial del Estado”, conforme al art. 2 y 68 de la Convención, pues todas las instancias del Estado están obligadas a cumplir, agrega, de la misma manera que lo hacen las cabezas del poder legislativo y del ejecutivo, haciendo pie en el caso Gelman. Abramovich Víctor. “Comentarios sobre “Fontevecchia”, la autoridad de las sentencias de la Corte Interamericana y los principios de derecho público argentino”.

8. Posición que no es compartida por Abramovich al expresar que esta sentencia “No tuvo un tono dialógico, sino que expresó una disputa de autoridad”, op.cit. p.12.

9. Art. 68 1. Los Estados parte en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes.

Compartimos con el ministro Maqueda los dos puntos precitados, pero no la conclusión a la que llega porque entendemos que la Corte Interamericana no ordenó literalmente revocar la sentencia de la Corte Argentina pues como sostiene Manili: "los órganos internacionales no "revisan" la sentencia en el sentido en que ese término se usa en derecho procesal...", y continúa expresando que: "... sí son competentes para para "juzgar" si esa decisión comprometió la responsabilidad internacional del Estado por ser violatoria de lo establecido en una norma internacional"¹⁰. De allí que no parece adecuado concebir que "hacer cesar los efectos" signifique sin más "revocar" una sentencia¹¹. En primer lugar porque no creemos que ese haya sido el sentido que quiso darle en su origen el tribunal internacional, en tanto que si se entendiese que constituye una instancia revisora superior en grado jurisdiccional —cosa que negamos— tendría que haber ordenado directamente "revocar" como cualquier tribunal en esa misma situación jerárquica; en segundo lugar, y en esta misma línea, una sentencia puede dejar de tener efectos sin ser revocada, por ejemplo en el caso que haya prescrito, o una cautelar que cesa cuando concluye el proceso principal o simplemente cuando se la cumple; y en tercer lugar, y esto no ya desde el ámbito estrictamente procesal, sino también convencional y constitucional, cabe decir que el trámite ante el órgano internacional es uno nuevo y distinto al que establecen los Estados miembros en su derecho interno.

Nótese que en este caso, ante CIDH ni siquiera son las mismas partes del juicio cuyo fallo se pensaría que debe ser revocado, en tanto que en el proceso nacional eran partes Menem, Fontevecchia y D'Amico y el que tramitó ante la Corte Internacional eran el Estado Nacional, el CELS, Fontevecchia y D'Amico. Y ello es lógico porque

10. Aut. cit. *Tratado de Derecho Constitucional Argentino y Comparado*, Ed. La Ley, 2021 T. II p.258.

11. Así también lo entiende la CIDH cuando en su resolución de Supervisión de Cumplimiento de Sentencia del 18 de octubre de 2017, en el punto 15, dijo: "Al ordenar esta reparación la Corte Interamericana no indicó que para cumplirla el Estado tuviera necesariamente que 'revocar' dichos fallos".

se está ante un sistema internacional de derechos humanos en el que los Estados asumen un compromiso y deben cumplirlo, por lo que ese proceso es contra estos, independientemente del órgano - poder interno que sea el supuesto autor de la violación a la norma convencional, y sin importar la forma jurídica de ésta (hecho, ley, decreto o sentencia)¹². En eso compartimos fundamentos de la mayoría del Tribunal Nacional, pero no era necesario que se desarrollaran en este caso.

Partiendo de la premisa que proponemos, se hubiera evitado esta situación entre los dos tribunales disminuyendo un grado de análisis innecesario porque aquí no debió ser necesario un ejercicio efectivo del “margen de apreciación nacional”¹³ a pesar que nuestro más alto tribunal parece haberlo entendido así, sino una cuestión de “interpretación”¹⁴ literal del concepto “dejar sin efecto” contenida en la sentencia de la Corte Interamericana en una cuestión suscitada entre órganos del mismo Estado, y que ni siquiera tendría que haber dado lugar a la emisión de un acto jurisdiccional con contenido de sentencia¹⁵ por parte de la Corte Argentina al

12. Cabe tener presente al respecto lo dicho por Manili en cuanto a que: “[...] las normas internas (incluidas las sentencias) son meros hechos para el derecho internacional” recordando que así lo venía resolviendo la Corte Permanente de Justicia Internacional y luego su sucesora, la Corte Internacional de Justicia (aut. cit. Tratado de Derecho Constitucional Argentino y Comparado, Ed. La Ley N° 2021, T. II, p. 258).

13. Sagiés explica que: “La legitimación de tal teoría parte de la afirmación de que no constituye un privilegio para los Estados, sino una consecuencia de la democracia y del pluralismo, ya que es bueno comprender las realidades jurídicas, económicas y sociales de cada país, y la apreciación que de ellas hagan los tribunales nacionales, que son los más próximos y autorizados (en principio) para evaluar, en cada terreno concreto, los problemas de aplicación de los derechos humanos provenientes de una fuente jurídica internacional”.

14. Midón parece entender que el margen de apreciación es una forma de interpretación cuando expresa que: “La justificación de este recurso interpretativo pasa por el hecho de que entre los numerosos Estados parte existen, en lo tocante al ejercicio de los derechos, diferencias que en algunos casos tornan conveniente regímenes de excepción hermenéutica cuya evaluación concierne al propio Estado donde se materializan, ya que se entiende que son sus autoridades las más idóneas para evaluar la situación”. (Aut.cit. *Control de Convencionalidad*. Astrea, 2016, p. 134).

15. Tampoco consideramos que lo “que ahora se impone es la posibilidad ejercida por la Corte

estar originada meramente en un instrumento remitido a la misma por la Dirección General de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la Nación donde se le comunica el pedido formulado por la Secretaria de Derechos Humanos de la Nación como vimos. Puede verse entonces, que la sentencia de la CSJN no fue provocada por el planteo de un recurso extraordinario federal, ni por su variable de *per saltum*, ni es un caso de competencia originaria y exclusiva de la Tribunal prevista en el art. 117 de la CN, formas habituales que pueden dar lugar al dictado de tal sentencia.

De allí que siendo una cuestión meramente exegética, que mejor que echar mano a la llamada "interpretación previsorá" cuando Sagüés recuerda que "la Corte ha dicho que ella no puede prescindir de las consecuencias sociales de sus decisiones ni de la realidad que la precede"¹⁶ en clara referencia a medir el impacto de estas. Así, con agregar la nota respectiva en la marginal de la Sentencia como lo hizo posteriormente la Corte sin ingresar en mayores desarrollos argumentativos, hubiera sido suficiente y de esta manera mantener sin sobresaltos la permanente situación dialógica jurisprudencial que debe primar entre estos tribunales. Entendemos que se hubiera evitado así una situación de discordancia —al menos aparente— entre los dos tribunales, que en nada favorece al camino dificultoso que debe atravesar el sistema internacional para efectivizar la concreción definitiva en la realidad continental de los postulados de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

argentina como guardián de la ley en "Fontevecchia", de someter la condena internacional a una suerte de exequatur para determinar si se adecua o no a ese orden público originario, quitándole fuerza vinculante a aquellas decisiones que no se ajusten a sus principios", como sostiene Abramovich, p.19).

16. Aut. cit. *La interpretación Judicial de la Constitución. De la Constitución Nacional a la Constitución Convencionalizada*. Editorial Porrúa, 2016, p. 224.