

Sres. Vicerrector Económico y Sra. Vicerrectora de Investigación y Desarrollo,
Sres. y Sras. Miembros del Consejo Superior de la Universidad del Salvador y demás autoridades de la Universidad de la Universidad del Salvador que habéis conseguido superar la cadena de infortunios físicos que ha impedido asistir a este acto al, entre otros, Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y al propio Rector, a quienes desde aquí deseo una pronta y feliz recuperación,
Autoridades académicas de otras Universidades aquí presentes y miembros del Observatorio de la Gestión Pública,
Sra. Vicepresidenta de la Suprema Corte de la Nación argentina,
Sr. Cónsul General y Sr. Consejero de la Embajada de España,
Demás autoridades políticas y judiciales,
Queridos colegas, queridos amigos y amigas,

Sirvan mis primeras palabras para agradecer profundamente y de todo corazón a la Universidad del Salvador su decisión de investirme como Dr.h.c., la mayor de las distinciones, ni más ni menos, a las que un profesor universitario puede aspirar en su doble condición de docente e investigador,

Doble faceta ésta, docente e investigadora, llamada a presidir de manera irrenunciable el *curriculum vitae* de todo profesor que se precie de ser auténticamente universitario, como doble es la manera con la que, desde los romanos, se ha venido representando a Jano, el dios de los dos rostros al que he recurrido al diseñar el breve discurso que compartiré con Uds. a continuación y que lleva por título ***“La justicia supranacional y las dos caras de Jano”***.

Y es que así como a Jano se le llegó a suponer la capacidad de equilibrar el cosmos a través de una mirada simultánea e integradora de oriente y occidente, así también intentaré argumentar acerca de la necesidad de mirar de manera simultánea e integradora a los tratados de cesión de soberanía y a las constituciones nacionales que estarían en el origen de la cesión, a los efectos de comprender en sus debidos términos la naturaleza y el alcance de la justicia supranacional, propia de los sistemas americano y europeo de protección de los derechos humanos.

Toda cesión de soberanía, y la justicia supranacional conlleva por definición una tal cesión, nace con las dos caras de Jano: la del cedente y la del receptor de la cesión. Y cada cara tendría, en principio, su propia visión de la referida cesión: desde la perspectiva del receptor, el *modus operandi* de la cesión debe leerse a la luz del propio tratado (entiéndase la Convención Americana de Derechos Humanos o el Convenio Europeo de Derechos Humanos), cuyo intérprete último y supremo no sería otro que el Tribunal que habría nacido del propio Tratado (a saber, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal de Estrasburgo). Desde la perspectiva del cedente, en cambio, la clave estaría en el correspondiente texto nacional, premisa misma de la cesión; serían así las llamadas cláusulas constitucionales habilitantes las que determinarían en qué términos y bajo qué límites (descartadas, como regla general, las cláusulas de cesión ilimitada de soberanía o de auto-ruptura constitucional) podría operar la cesión, bajo la atenta vigilancia de sus intérpretes últimos y definitivos, a saber, los respectivos Tribunales Constitucionales y/o Supremos.

Así las cosas, el quid de la cuestión concerniente a la titularidad de la última palabra en caso de conflicto, esto es, acerca de si la misma recaería en la justicia supranacional o, por el contrario, en la justicia constitucional y/o suprema interna, pasa, creo, por el intento, *ab initio*, de simultanear la visión de ambas justicias desde una perspectiva integradora, y por la asunción de que el protagonismo judicial cedería el paso, *in fine* y una vez declarada la colisión insalvable por alguna de las referidas jurisdicciones, en favor del poder constituyente, supranacional o interno, a través de la correspondiente reforma de, según el caso y según proceda, el tratado o la ley fundamental nacional.

Y es que debe tenerse en cuenta que, según sea el momento y el contexto en que se produzca finalmente la colisión declarada insalvable vía hermenéutica, en una u otra reforma podría buscarse la salida al conflicto.

Así ha sucedido al menos en la organización supranacional por excelencia en el panorama internacional, cual es la Unión Europea, ejemplo paradigmático de integración regional en términos de auténtica cesión de soberanía.

En efecto, así como existen ejemplos nacionales de reforma constitucional a los efectos de adecuar la norma suprema interna a los parámetros marcados por los Tratados

constitutivos según interpretados por el Tribunal de Justicia de la Unión con sede en Luxemburgo, así también no faltan ejemplos en los que todos los Estados miembros se habrían plegado a las exigencias constitucionales de uno de ellos.

Valga como ejemplo de los primeros la reforma constitucional operada en Alemania en diciembre del año 2000 a raíz de la Sentencia del Tribunal de Luxemburgo dictada en enero de ese mismo año en el asunto Kreil, en el que, aun reconociendo a los Estados miembros un amplio margen de apreciación a la hora de organizar sus Fuerzas Armadas y de establecer las medidas adecuadas para garantizar su seguridad, declaró que la exclusión de las mujeres de los empleos militares que implicaran el uso de armas, aplicada con carácter general y no como una excepción en función de la naturaleza específica de los empleos o por las condiciones especiales de su ejercicio, sería contraria, por desproporcionada, al principio comunitario de igualdad de trato entre hombres y mujeres.

Como ejemplo de los segundos, esto es, de reforma del Derecho constitucional de la Unión para adecuarlo a una Constitución nacional, puede mencionarse el del actual Protocolo nº 35, según el cual ninguna disposición de los Tratados afectará a la aplicación en Irlanda del artículo 40.3.3 de la Constitución irlandesa. Dicho Protocolo fue adoptado con ocasión de la reforma de Maastricht operada en 1992, ante el riesgo de una posible incompatibilidad entre el derecho a la vida del *nasciturus* garantizado por la Constitución irlandesa, y la libre prestación de servicios en el marco de la Unión; incompatibilidad que habría quedado pocos meses antes en el aire a la luz del asunto Grogan, en el que la demandante en el litigio principal, la Society for the Protection of Unbron Children Ireland Ltd., reclamaba a la High Court que declarara ilegal la difusión en Irlanda por Stephen Grogan y otros representantes de asociaciones pro-abortistas información relativa a clínicas situadas en el Reino Unido en las que se practicaba legalmente interrupciones médicas del embarazo, prohibidas en Irlanda salvo riesgo para la vida de la madre. Cuestionado al respecto vía prejudicial, el Tribunal de Justicia, tras sostener que la interrupción del embarazo legalmente practicada a cambio de una remuneración en el marco de una profesión liberal constituía un servicio, y que la prohibición de difundir información al respecto podía representar una restricción a la libre prestación del servicio, declaró, sin embargo, que la operatividad de este último exigía una relación entre quien difundía la información y quien prestaba el servicio; relación que, al no existir en

el concreto caso de autos, situaba el asunto fuera del radio de acción de la entonces Comunidad Económica Europea.

En definitiva y recapitulando, producido el choque de trenes insalvable vía interpretativa, solo cabría la reforma constitucional, ya en el plano nacional, ya en el supranacional, en el bien entendido que no cabría acudir a efectos dialécticos, como *tertium genus*, a la denuncia del tratado, dado que ello implicaría el fin mismo de la justicia supranacional (con las consabidas consecuencias, ciertamente nefastas según se desprende de la experiencia venezolana en relación con la Convención Americana, que tal denuncia suele acarrear no sólo para el sistema considerado en su conjunto, sino también y sobre todo, para el Estado denunciante).

Centrémonos ahora en el marcado protagonismo judicial característico del estadio previo al referido choque, con sus dos caras de Jano, cada cual, en principio, dotada de su propia perspectiva de la cesión, tal y como sigue sucediendo a día de hoy, tras más de seis décadas de experiencia integradora, en la Unión Europea.

En efecto, baste con traer a colación la visión del Tribunal de Justicia y la de un Tribunal Constitucional tan emblemático como el alemán sobre el principio de primacía, decisivo, junto con el de la eficacia directa, a la hora de sentar las bases de la relación interordinamental entre el escalón europeo y el escalón nacional.

La visión maximalista de aquél, manifestada en 1964 en el célebre asunto *Costa v. ENEL* y reafirmada sin apenas matices hasta la actualidad, es de todos bien conocida: las normas europeas, cualquiera que sea su rango, prevalecen en caso de conflicto sobre las normas internas, cualquiera que sea, asimismo, el rango de éstas (incluido el constitucional, según explicitará el Tribunal de Justicia en 1970 al resolver el asunto *Internationale Handelsgesellschaft*).

Pero tan claro como el Tribunal de Justicia, parece tenerlo el Tribunal Constitucional Federal alemán, que declarararía en el año 2009, con ocasión del control de constitucionalidad operado sobre la ley alemana de ratificación del Tratado de Lisboa, último de los reformadores de los Tratados constitutivos, que sería “constitucionalmente

objetable”, desde la perspectiva de la Ley Fundamental de Bonn, “reconocer una primacía a la aplicación del Derecho de la Unión en términos absolutos”.

Así de enfrentadas las visiones sobre una de las piezas claves del sistema de integración, sólo cabe intentar abordar la contraposición entre las dos caras de Jano a través de una visión integradora que permita encontrar el equilibrio necesario para eludir una colisión que, de no ser evitada, dejaría la reparación de sus lesivos efectos, como vimos, en manos de los poderes constituyentes.

Y ello en un contexto, en el caso de la Unión Europea, en el que tal búsqueda de una visión integradora contaría, creo, con un fuerte respaldo constitucional, de tono altamente imperativo, en ambos escalones, nacional y europeo. En el nacional, habida cuenta de que la mayor parte de las cláusulas de habilitación plasmadas en los textos constitucionales de los Estados miembros son leídas en términos de apertura hacia el sistema político y jurídico de la Unión, como exige cualquier interpretación que pretenda ser consecuente con el proyecto común propio de dicho sistema. Y en el escalón europeo, porque no debe olvidarse que el origen mismo del sistema está en unos valores y en unas tradiciones comunes, que actúan al tiempo como motor impulsor y como freno de la integración.

No otra cosa se desprende del artículo 2 del Tratado de la Unión cuando establece que ésta “se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías”, añadiendo a continuación el mencionado precepto que “estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres”.

Comunidad, pues, de valores, fruto de una asimismo comunidad de tradiciones constitucionales que la Unión vendría a sintetizar a través de un ordenamiento jurídico cuya prevalencia respecto del de los Estados miembros encontraría su límite en el siguiente artículo 4 del mismo Tratado, según el cual “la Unión respetará la igualdad de los Estados miembros ante los Tratados, así como su identidad nacional, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de éstos, también en lo referente a la autonomía local y regional”.

Todo ello no hace sino situar a las correspondientes normas supremas, nacionales y europeas, así como a sus respectivos intérpretes también supremos, en un contexto hermenéutico de mutua apertura presidido por un clima de confianza constitucional destinado a desenvolverse en términos integradores, de lecturas pro-tratados europeos de las constituciones nacionales, e inversamente, pro-constituciones nacionales de los tratados europeos.

Veamos ahora, cruzando el charco y aterrizando precisamente en esta fraternal tierra argentina, en qué medida toda esta metodología hermenéutica habría o no presidido la reciente Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de 14 de febrero (asunto Fontevecchia y D'Amico), en la que, aun dictada el día de los enamorados, marcó sus distancias con la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Y ello, si se me permite parafrasear el primer Libro de los Reyes, rogando a Dios que me libre de criticar si no es en términos constructivos a una Corte no sólo ungida como Suprema por el soberano pueblo argentino, sino vicepresidida por mi querida Elena Highton, quien desde hace ya muchos años me honra con su profunda y sólida amistad, y cuya honradez y valía intelectual están fuera de la más mínima duda.

Recordemos brevemente que el origen del asunto se remonta a unas informaciones publicadas en 1995, en las que se vinculaba al entonces Presidente de Argentina, Carlos Menem, con la existencia de un presunto hijo no reconocido por él.

Demandados civilmente los editores de la revista, los Sres. Fontevecchia y D'Amico, y tras una desestimación en primera instancia, el Sr. Menem obtuvo en apelación, en concepto de indemnización por el daño moral causado al habersele violado el derecho a la intimidad, una determinada suma que, aunque reducida en su monto, sería finalmente confirmada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Demandado el Estado argentino ante la Corte Interamericana, ésta consideró en el año 2011 que se había producido una violación del derecho a la libertad de expresión reconocido en el artículo 13 de la Convención, y dispuso, en primer lugar, que el Estado debía “dejar sin efecto la condena civil” impuesta a los señores Jorge Fontevecchia y

Hector D'Amico así como “todas sus consecuencias”; en segundo lugar, que el Estado debía publicar el resumen oficial de la Sentencia de la propia Corte Interamericana en el Diario Oficial y en un diario de amplia circulación nacional, así como una versión íntegra de la misma en la página del Centro de Información Judicial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación; y finalmente, que el Estado debía reintegrar a los demandantes las montos correspondientes a las condenas, así como los gastos derivados de los procesos tanto internos como ante la propia Corte Interamericana.

Pues bien, una vez asumido que las exigencias segunda y tercera se habrían ya satisfecho, la Corte Suprema consideró impracticable la primera de ellas, consistente, recordemos, en dejar sin efecto la condena civil y sus consecuencias.

Los argumentos que esgrimió la Corte Suprema fueron de una doble índole: por un lado, la Corte Interamericana habría incurrido en *ultra vires*, excediéndose en su jurisdicción al imponer una obligación, como la revocación judicial, que sobrepasaría los poderes a ella reconocidos por el artículo 63 de la Convención (según el cual, “cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados”, disponiendo “asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”); por otro lado, y desde una perspectiva constitucional puramente interna, el cumplimiento de tal obligación sería inviable a la luz de los artículos 27 y 128 de la Constitución (los cuales establecen, respectivamente, que “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 establecidos en esta Constitución”, y que “el Poder Judicial de la Nación será ejercido por una Corte Suprema de Justicia, y por los demás tribunales inferiores que el Congreso estableciere en el territorio de la Nación”).

No me voy a extender en lo que considero una incorrecta aproximación a la problemática de la, en terminología alemana, *kompetenz-kompetenz*; esto es, en la problemática de dilucidar si existiría una competencia nacional para controlar a su vez hipotéticos excesos de competencia supranacionales. Tan sólo insistiré en la idea ya expuesta de que, en mi opinión, sería a la Corte Interamericana, y no a la Corte Suprema argentina (ni a ninguna

otra Corte Suprema nacional), a quien correspondería la interpretación última y suprema de la Convención, incluidas las cuestiones concernientes a los poderes de la propia Corte Interamericana (cuestión distinta es que las Cortes Supremas nacionales puedan dialogar con la Corte Interamericana por la vía de la crítica de sus decisiones e incluso, llegado el caso, de la posible amenaza de declaraciones de inconstitucionalidad –desde una perspectiva, conviene subrayarlo una vez más, puramente interna– de la Convención a la luz de determinadas aproximaciones a ésta por la Corte Interamericana).

Es así como cobra relevancia la segunda vertiente del control ejercitado por la Corte Suprema en *Fontevicchia y D'Amico*; vertiente que si bien fue correctamente abordada por la Corte en términos de asunción competencial (concretamente, de su competencia para controlar los límites internos a la cesión de soberanía en favor de la justicia supranacional), presenta insuficiencias, en mi opinión y al margen de posibles contradicciones con su doctrina precedente sobre la materia, en términos de su ejercicio, que se realizó, según mi humilde entender, al margen de la lectura amigable hacia la Convención que, presidida por una visión integradora, habría reclamado una aproximación coherente, en términos sistemáticos y teleológicos, a la Constitución argentina.

Comencemos por advertir lo llamativo que resulta que la Corte Suprema limitara su manejo argumentativo del texto constitucional a los artículos 27 y 108. Y es que resulta ciertamente chocante que, salvo en el último fundamento jurídico y a los meros efectos de constatar “que la obligatoriedad que surge del arto 68.1 debe circunscribirse a aquella materia sobre la cual tiene competencia el tribunal internacional (art. 63, CADH; arts. 27, 75 inc. 22 y 108, Constitución Nacional)”, la Corte omitiera cualquier otra referencia al único precepto del texto constitucional que menciona, expresa y específicamente, a la Convención Americana de Derechos Humanos. Me refiero, en concreto, al artículo 75.22, según el cual la Convención, así como los demás tratados sobre derechos humanos allí enunciados, “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. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara”.

Advertido lo anterior, cabe preguntarse lo siguiente: si el artículo 27 de la Constitución argentina -el cual dispone que, recordemos, “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 establecidos en esta Constitución”- se interpreta, como hizo la Corte Suprema, en el sentido de incluir entre dichos principios los derivados de cualesquiera preceptos de la Constitución, ¿qué sentido le queda a la precisión del artículo 75.22 consistente en rechazar la posibilidad de que los tratados sobre derechos humanos en él enunciados puedan derogar “artículo alguno *de la primera parte de esta Constitución*”?

Parecería que la interpretación efectuada por la Corte Suprema llevaría a vaciar de contenido la imposibilidad, prevista precisa y específicamente en el artículo 75.22, de derogar el articulado de la parte primera, y no el de cualquier otra parte, del texto constitucional. Pues en efecto, a no otra conclusión parece conducir una interpretación en el sentido de que los tratados sobre derechos humanos, incluida la Convención Americana, no podrían en ningún caso contradecir no sólo –como impondría el artículo 75.22– la parte la primera de la Constitución argentina, sino, en virtud del artículo 27 de la misma, cualquier otro precepto del texto constitucional susceptible de ser portador, según interpretaciones de la propia Corte Suprema, de “principios de derecho público establecidos en la Constitución”.

La manera de evitar tan confuso resultado pasaría, creo, por una interpretación teleológica de ambos preceptos, 27 y 75.22 de la Constitución, presidida por la búsqueda de una interpretación final conjunta, coherente en términos sistemáticos.

Me explico. Cabría interpretar que el objetivo perseguido por el artículo 27 sería distinto al buscado por el artículo 75.22: aquél sería una suerte de precepto exhortativo en términos positivos de hacer, dirigido a fomentar la participación de la República Argentina en el ámbito internacional, fortaleciendo sus relaciones con otros Estados con los que comparta principios y valores constitucionales equivalentes; el artículo 75.22, en cambio y por lo que aquí interesa, sería un precepto exhortativo en términos negativos de no hacer, dirigido a excluir un concreto efecto derogatorio como consecuencia de la contradicción de los tratados allí enunciados con el núcleo duro de la Constitución argentina, constituido no por todos los principios constitucionales, sino solamente por

aquellos integrantes de lo que podría calificarse como “identidad nacional”, a saber, aquellos definidores de la forma de Estado y del ejercicio del poder público, y los límites de dicho ejercicio frente al individuo, titular de unos derechos y unas garantías cuyo estándar de protección no podría verse rebajado por mor de los tratados referidos en el artículo 75.22 (que tendrían así una naturaleza protectora marcadamente subsidiaria, como por lo demás suelen asumir los propios tratados en materia de protección de los derechos humanos).

Si se asume la tesis aquí defendida, no parece que la fuerza de cosa juzgada, aun estando protegida de manera especialmente intensa en ordenamientos jurídicos comparables, también allende los mares, al argentino, debiera incluirse entre los principios configuradores de la identidad irrenunciable de un Estado moderno abierto al panorama internacional, y por ello mismo sensible a posibles modulaciones y matizaciones de sus poderes, incluidos los de sus correspondientes Cortes Supremas, contextualmente coherente con el clima de interacción propio de sociedades avanzadas, capaces de otear más allá de su propio ombligo.

Cabría, pues, preguntarse frente a la posición mantenida por la Corte Suprema argentina si no resulta excesivo concluir, a la sola luz del artículo 108 de la Constitución (el cual se limita a establecer que “el Poder Judicial de la Nación será ejercido por una Corte Suprema de Justicia, y por los demás tribunales inferiores que el Congreso estableciere en el territorio de la Nación”), que no cabría modo alguno de revisión de sus propias sentencias, siquiera en las condiciones que con carácter excepcional pudiera establecer el legislador en consonancia con los tratados concluidos para potenciar la protección de los derechos y garantías de los ciudadanos en el ordenamiento jurídico argentino.

No es ese, desde luego, el derrotero seguido en el seno del Consejo de Europa, cuyos Estados Partes, aun asumiendo el elevado valor de la cosa juzgada, se vienen mostrando proclives a admitir modulaciones o matizaciones a la misma, de la mano del legislador, en supuestos, como regla general, excepcionales y tasados; tendencia esta, por cierto, a la que se ha sumado el legislador español en tiempos relativamente recientes, mediante la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica del Poder Judicial, introduciendo en ella un artículo 5 bis que reza en los siguientes términos: “Se podrá interponer recurso de revisión ante el Tribunal Supremo contra una resolución

judicial firme, con arreglo a las normas procesales de cada orden jurisdiccional, cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya declarado que dicha resolución ha sido dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y sus Protocolos, siempre que la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión”.

Así las cosas, sucede que al elevar discutiblemente a rango constitucional la fuerza de cosa juzgada, e interpretarla además en sentido maximalista, la Corte Suprema no sólo ha excluido la intervención del legislador al respecto, alejando al ordenamiento jurídico argentino de las corrientes más modernas y avanzadas procedentes de ordenamientos equivalentes, sino que ha colocado en una muy difícil situación a la Convención Americana frente a la Constitución argentina, forzando, si no lo remedia la propia Corte Suprema en futuros pronunciamientos re-interpretativos, y descartada en todo caso una denuncia a la venezolana, la reforma constitucional para salvar el conflicto.

Con la esperanza de no haberles aburrido demasiado y de no haber herido susceptibilidades, más aún teniendo en cuenta la imposibilidad de réplica por parte de mi querida Elena Highton en el contexto de este doctorado honoris causa, cierro ya mi intervención agradeciéndoles a todos Uds. su asistencia a este tan emotivo acto.

Muchas gracias.