



EL DERECHO

JURISPRUDENCIA GENERAL



Biblioteca de la Univ. Católica Argentina	
Nº de Opus.	88097
Ubicación	7

TOMO
163

BUENOS AIRES
1995

LA JERARQUÍA CONSTITUCIONAL DE LOS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS EN LA NUEVA CONSTITUCIÓN ARGENTINA

Por ARIEL DULITZKY

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. — II. UNA NUEVA TENDENCIA EN EL CONSTITUCIONALISMO IBEROAMERICANO. — III. DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. — IV. LAS DECLARACIONES Y LOS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS. V. — LAS PARTICULARIDADES DE LOS TRATADOS REFERENTES A LOS DERECHOS HUMANOS. — VI. LA FUERZA OBLIGATORIA DE LAS DECLARACIONES. — VII. LA ENUMERACIÓN CONSTITUCIONAL. LA EXCLUSIÓN DE OTROS TRATADOS. — VIII. DERECHO HUMANITARIO. — IX. DERECHO INTERNACIONAL DE LOS RETIENIDOS. — X. LA PROTECCIÓN MÁS FAVORABLE A LA PERSONA HUMANA. — XI. REFERENCIA DE LA JERARQUÍA CONSTITUCIONAL DE LOS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS EN EL DERECHO INTERNO. XII. LA TÉCNICA LEGISLATIVA. — XIII. CONCLUSIÓN.

INTRODUCCIÓN

El derecho internacional y el derecho interno, superando la doctrina clásica de la radical distinción entre ambos, cada vez con mayor énfasis interactúan, auxiliándose mutuamente en el proceso de tutela de los derechos humanos (1). En este ámbito, paulatinamente se hace más explícita la interpretación entre las jurisdicciones internacional y nacional en la protección del ser humano.

Por esto no sorprende que las Constituciones contemporáneas reflejen esta realidad, no solamente refiriéndose expresamente a los tratados de derechos humanos, sino que con-

cediendo un tratamiento especial o diferenciado en el plano interno a los derechos y libertades internacionalmente reconocidos.

La nueva Constitución argentina reformada en 1994 (2), no ha permanecido ajena a este proceso. En el art. 75 inc. 22 estipula que corresponde al Congreso:

"Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la

Convención sobre los Derechos del Niño; 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 o 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.

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, quedarán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional" (3).

Este artículo, ofrece distintos problemas interpretativos que, seguramente, con el transcurso del tiempo, y a medida que la nueva Constitución comience a ser plenamente aplicada por los diversos poderes del estado, se irán presentando (4).

(3) El art. 3 de la ley 24.309 declarativa de la necesidad de reforma, entre los temas habilitados para la reforma, incluía en su punto I "Institutos para la integración y jerarquía de los tratados internacionales", mediante nuevos incisos al art. 67 (actual art. 75), relativo a las atribuciones del Congreso Nacional. La ley 24.309 contenía por un lado un núcleo de coincidencias básicas (art. 2) y una serie de temas habilitados (art. 3). El núcleo de coincidencias básicas surgió como consecuencia del pacto concluido entre el Presidente Menem y el ex presidente Alfonsín. Este núcleo debía ser votado en bloque, afirmativa o negativamente y entre sus puntos principales se encontraban la creación de la figura del ministro Coordinador, la posibilidad de reelección presidencial, la elevación a tres del número de senadores, la modificación del modo de elección para presidente, la reducción del mandato presidencial a cuatro años, la creación del Consejo de la Magistratura, la habilitación para el dictado de decretos de necesidad y urgencia, etc.

(4) Seguramente uno de los problemas será las relaciones entre los distintos tipos de acuerdos internacionales que coexistirán en el orden normativo interno argentino. Entre otros se encontrarán: tratados, convenciones y declaraciones sobre derechos humanos con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, 2º párr.); los demás tratados de derechos huma-

En este trabajo analizaremos algunas cuestiones de la nueva norma constitucional vinculadas con el derecho internacional de los derechos humanos, que ofrece particularidades con respecto al derecho internacional general.

En primer término haremos referencia a una nueva tendencia existente en el constitucionalismo iberoamericano. Son numerosas las Constituciones que hacen referencia explícita a los tratados de derechos humanos, insertándose la nueva Constitución argentina perfectamente en esta tendencia.

Seguidamente, abordaremos el tema de los derechos humanos como una materia del derecho internacional, así como algunas características del derecho internacional de los derechos humanos y las interacciones de éste con el derecho interno.

Como la Constitución argentina incluye en el art. 75 inc. 22, tanto declaraciones como tratados, en los siguientes capítulos se estudian las distinciones entre unos y otros, las particularidades que presentan los tratados de derechos humanos respecto de los tratados en general y finalmente, la fuerza obligatoria de las declaraciones.

En las próximas secciones se estudia la enunciación constitucional que realiza el art. 75 inc. 22 de los tratados y declaraciones. Específicamente se verá cuáles tratados y ramas del derecho internacional han quedado excluidas de dicha enumeración.

Los tratados de derechos humanos se caracterizan, entre otras cosas, por contener una garantía mínima de protección de las libertades fundamentales, susceptibles de ser ampliada pero no restringida por el derecho interno. Esta garantía mínima será conformada con la redacción constitucional para determinar si el art. 75 inc. 22 es acorde con ella.

nos sin jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, 3er. párr.), los tratados de integración con Estados de Latinoamérica (art. 75, inc. 24) y con otros Estados (art. 75, inc. 24), otros tratados con naciones y organizaciones internacionales y concordatos con la Santa Sede (art. 75, inc. 22, 1er. párr.), las otras negociaciones concluidas y firmadas por el Presidente de la Nación con naciones extranjeras y organizaciones internacionales (art. 99, inc. 11), convenios internacionales celebrados por las provincias (art. 124). Véase *infra*, capítulo XII.

(1) ABANESS, Susana, *Interacción entre el sistema internacional de protección de los derechos humanos y el ámbito interno*, ED, 145-885.

(2) La declaración de la necesidad de la reforma se aprobó por ley 24.309 [EDLA, 1994-A-116]. La Convención Constitutiva sesionó en las ciudades de Paraná y Santa Fe y aprobó la reforma constitucional el día 22 de agosto de 1994. El texto oficial de la misma fue publicado en el Boletín Oficial el día 23 de agosto.

La jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos, necesariamente deberá influir en todo derecho interno. La repercusión que la nueva posición que ocupan los tratados de derechos humanos en el orden normativo producirá, se analiza en el capítulo siguiente.

A continuación se estudian cuestiones referidas a la técnica legislativa a la que recurrió el constituyente para otorgar este tratamiento especial a los tratados de derechos humanos. El trabajo finaliza con algunas conclusiones preliminares sobre la materia.

II

UNA NUEVA TENDENCIA EN EL CONSTITUCIONALISMO IBEROAMERICANO

El desarrollo actual de la comunidad internacional no justifica que el derecho interno y el derecho constitucional continúen abordándose de una manera estática o considerándolos como compartimentos estancos (5). Desde las postimeras de las segunda posguerra, el derecho internacional ha ejercido cierta influencia sobre el constitucionalismo, produciendo el surgimiento de un derecho constitucional con nuevos perfiles.

Las transformaciones que dieron origen al llamado "nuevo orden internacional" (6), influyeron definitivamente para que emergiera un nuevo constitucionalismo. Entre otras características, las nuevas constituciones reconocen explícitamente el impacto de la internacionalización de la protección de los derechos humanos.

En los últimos 15 años diversas Constituciones Iberoamericanas reflejaron la penetración de los instrumentos internacionales de derechos humanos en el derecho interno. Puede considerarse que esta etapa fue inaugurada por la Constitución Portuguesa de 1976,

(5) Véase más abajo, capítulo III, donde se explica la concepción de los derechos humanos tanto como derecho internacional y como derecho interno.

(6) Para un análisis de la política internacional en materia de derechos humanos en el nuevo orden mundial, ver JACK DONNELLY, *International Human Rights*, Westvoew Press, 1993, págs. 133 y siguientes.

con su conocido art. 16. El mismo establece que los derechos reconocidos en ella, no excluyen cualesquiera otros constantes en las leyes y las reglas aplicables del derecho internacional (art. 16.1). A continuación agrega: "Los preceptos constitucionales y legales relativos a los derechos fundamentales deben ser interpretados e integrados en armonía con la Declaración Universal de Derechos Humanos" (art. 16.2).

Dos años después, la Constitución española, recibiría en su art. 10.2 una declaración similar a la del art. 16.2 de la Constitución Portuguesa. Pero no se limitó sólo a la Declaración Universal sino que incluyó también a "los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España".

La importancia del art. 10.2 está dada en cuanto no apela a los Convenios internacionales como Derecho Interno (7), sino que lo hace a efectos de la interpretación de los derechos y libertades incluidos en la Constitución (8). La doctrina española ha señalado que la interpretación a que alude el art. 10.2 únicamente podrá realizarse cuando se trate de conseguir una interpretación *in bonum*, pero nunca *in peius* de la correlativa norma constitucional (9). Como consecuencia del art. 60 del Convenio Europeo (10), la interpretación no puede ir destinada a restringir el derecho en cuestión. Lo que implica aceptar la aplicación del principio del derecho internacional de los derechos humanos de la norma más favorable a la protección de la persona.

Pero, en España se avanzó aún más, al

(7) Ya reconocido de acuerdo al art. 96 de la Constitución española, según el cual los tratados válidamente celebrados por España, una vez publicados, se incorporan al ordenamiento interno.

(8) CARLOS FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE, *La aplicación del convenio Europeo de Derechos Humanos en España*, Tecnos, 1988, págs. 52.

(9) FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE, *ob. cit.*, págs. 55.

(10) Este artículo dice: "Ninguna de las disposiciones del presente Convenio será interpretada en sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante o en cualquier otro Convenio en el que ésta sea parte".

someter a los tratados de derechos humanos a un tratamiento especial. A diferencia de otros tratados, los art. 96.2 y 94.1.c, sujetan la denuncia de los tratados sobre derechos y deberes fundamentales al requisito de la previa autorización o aprobación por parte del Poder Legislativo.

América Latina, no ha permanecido ajena a esta tendencia de otorgar un tratamiento diferenciado o especial a los tratados de derechos humanos (11). Por el contrario, las más recientes Constituciones latinoamericanas se hacen eco de este nuevo enfoque al clásico dilema de la jerarquía normativa de los tratados en el orden jurídico interno (12).

Hay Constituciones que sin llegar a establecer un tratamiento especial, de alguna forma también aceptan esta nueva tendencia. Por ejemplo, la constitución Venezolana en su Preambulo establece entre los propósitos de la República "el de cooperar con las demás naciones... en los fines de la comunidad internacional sobre la base de... la garantía universal de los derechos individuales y sociales de la persona humana...". La reciente Constitución del Paraguay, advierte que la "República admite los principios del derecho internacional... y proclama el respeto de los derechos humanos" (13).

Pionera de Latinoamérica del camino de regular diferencialmente a los tratados de carácter humanitario, fue la Constitución Peruana de 1978. En su art. 105 determinaba que los preceptos contenidos en los tratados de derechos humanos tenían jerarquía constitucional, y no podían ser modificados sino por el procedimiento previsto para la reforma constitucional. Lamentablemente, la nueva Constitución de Perú de 1993, modificó estas disposiciones estableciendo, en un evidente retroceso (14), que los tratados que versen sobre

Derechos Humanos deben ser aprobados por el Congreso antes de su ratificación por el Presidente de la República (15).

Rápidamente el ejemplo peruano de 1978 se extendió a otras nuevas constituciones que se fueron sancionando. En 1985, Guatemala estableció en su art. 46 que los tratados de derechos humanos ratificados por Guatemala tienen preeminencia sobre el derecho interno.

Mientras la Constitución Peruana de 1978 le atribuyó jerarquía constitucional a los tratados de derechos humanos, la guatemalteca le otorga preeminencia sobre el derecho interno. Sin embargo, debido a que los tratados están sometidos a control de constitucionalidad (16), la interpretación doctrinaria a este artículo (17), ha sostenido que los mismos no se encuentran por sobre la Constitución.

La Constitución de Nicaragua de 1987 seguiría esta línea, y en su art. 46 integraría para fines de protección en la enumeración constitucional de derechos, los consagrados en la "Declaración Universal de Derechos Humanos", en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, en los dos Pactos de Naciones Unidas (de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Derechos Civiles y Políticos) y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos".

Ejemplos más recientes los constituyen las modificaciones introducidas a la Constitución chilena en 1989. El actual art. 5 (II) dispone que: "es deber de los órganos del Estado, promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes". En virtud de este artículo, los derechos y garantías reconocidos por la Constitución y por los tratados se comple-

naje a Jorge Carpio, UNAM, México, 1994, págs. 143.

(15) Art. 56 de la Constitución de Perú de 1993. El art. 57 exige para la denuncia de este tipo de tratados la aprobación previa del Congreso.

(16) El art. 272, inc. e de la Constitución atribuye a la Corte la Constitucionalidad la competencia de "emitir opinión sobre la constitucionalidad de los tratados".

(17) Jorge Mario García Lucuvaru, *Política y Constitución en Guatemala de 1985*, Guatemala 1993, págs. 59.

(11) Humberto Quiróga Lavré, *Derecho Constitucional Latinoamericano*, UNAM, México, 1991, págs. 72.

(12) Ver Ariel Dulitzky, *La jerarquía normativa de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el orden jurídico argentino*, ED, 144-751.

(13) Constitución de Paraguay de 1993, art. 9.

(14) Domingo García Belaunde, *La nueva Constitución del Perú, en Problemas actuales del Derecho Constitucional, Estudio en Home-*

mentan unos a los otros, en el "sentido de una protección máxima de los derechos fundacionales, debiendo aplicarse el principio de la preeminencia de las garantías más favorables... y en favor de la aplicación directa, en el orden jurídico interno de las reglas de derecho internacional... que se prestan por su espíritu, por su economía o por sus términos a tal aplicación" (18).

La Constitución brasileña de 1988 proclama que el Brasil se rige en sus relaciones internacionales por el principio de la prevalencia de los derechos humanos (art. 4.º II), estableciendo que los derechos y garantías en ella reconocidos no excluyen otros resultantes del régimen y de los principios por ella adoptados, o en los tratados en que Brasil sea parte (art. 5.º 2). En virtud de estas disposiciones y a diferencia del resto de los tratados, los referidos a la protección internacional de los derechos humanos, integran el catálogo de derechos constitucionales y son directamente exigibles sin requerir la intermediación del Poder Legislativo (19).

Finalmente la Constitución Política de Colombia de 1991, toma como modelos las constituciones de Guatemala (art. 46) y España (art. 10.º 2). En su art. 93 determina que los tratados de derechos humanos ratificados prevalecen en el orden interno y que los derechos constitucionalmente consagrados serán interpretados de conformidad con los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia.

Esta nueva práctica constitucional, nos per-

(18) HUMBERTO NOGUEIRA ALCALÁ, *El Sistema Constitucional Chileno, en Los Sistemas Constitucionales Iberoamericanos*, Dikynson, 1992, pág. 292.

(19) ANTONIO CANCADO TRINDADE, *La Interacción entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno en la Protección de los Derechos Humanos*, en *El Juez y la Democracia*, IIDH, pág. 240.

(20) Es interesante hacer notar que la cláusula sobre derechos implícitos establece que la "enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe interpretarse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos" (El énfasis nos pertenece). En general las Constituciones, en la remisión de los derechos implícitos sólo hacen referencia a ellas y no a los tratados.

mite verificar algunas constantes o tendencias bien definidas. Por un lado, hay constituciones que le otorgan un jerarquía determinada a los tratados de derechos humanos (21), otras que amplían la enumeración de los derechos con los consagrados en los tratados (22), otro grupo sujeta la interpretación de los derechos constitucionales a las pautas de los tratados o declaraciones internacionales de derechos humanos (23).

La disposición del art. 75.22 de la Constitución argentina no constituye, desde esta perspectiva, un hecho aislado, sino que se inserta en esta nueva tendencia del Constitucionismo latinoamericano o iberoamericano, de conceder un tratamiento especial en el plano del derecho interno a los derechos y garantías individuales internacionalmente consagrados.

La Constitución Argentina, en su texto refleja la influencia de las constituciones que hemos reseñado. La enumeración de instrumentos, sólo se encuentra en la Constitución nicaragüense, aún cuando no son idénticos los tratados y declaraciones contenidos en una y otra enunciación. La jerarquía constitucional atribuida a los tratados de derechos humanos, se encontraba en la Constitución Peruana de 1978 (hoy modificada) y en la actual Constitución Colombiana de 1991. Finalmente la necesidad de que para la denuncia de los tratados, previamente intervenga el Poder Legislativo, se halla en el art. 96 de la Constitución española de 1978 y en el art. 57 de la actual Constitución peruana.

Es alentador que la nueva Constitución haya reconocido que las conquistas del derecho internacional en favor de la protección del ser humano se proyectan "en el derecho constitucional, enriqueciéndolo, y demostrando que la búsqueda de protección cada vez más eficaz de la persona humana se encuentra guardada en las raíces de pensamiento tanto internaionalista como constitucionalista" (24).

(21) Por ejemplo, Constitución de Perú de 1978, Constitución Política de la República de Guatemala de 1985 y Constitución de Colombia de 1991.

(22) Constitución de Brasil de 1988, Constitución de Nicaragua de 1987.

(23) Constitución de Portugal de 1976, Constitución de España de 1978, Constitución de Colombia de 1991.

(24) ANTONIO CANCADO TRINDADE, *op. cit.*, pág. 240.

III

DERECHO INTERNACIONAL DE LOS

DERECHOS HUMANOS

Los derechos humanos se encuentran hoy en día en la esfera del Derecho internacional como del Derecho interno. Ya no puede consistir que constituya intervención en los asuntos internos de un estado, que se reclame el cumplimiento de sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos (25).

Como ha señalado el ex-presidente de la Comisión Interamericana de Derecho Humanos, profesor Michael Reisman, en la actualidad no hay ninguna opinión seria desde el ámbito internacional que todavía apoye la opinión de que los derechos humanos están esencialmente dentro de la jurisdicción interna de algún estado y por lo tanto aislado del Derecho Internacional (26).

Ya en el año 1948 la Declaración Americana estipulaba que los "derechos humanos no nacían del hecho de ser nacionales de un determinado Estado sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana" (27) y, haciéndose cargo de la nueva realidad que surgía en la posguerra, indicaba que "la protección internacional de los derechos humanos debe ser gura principalísima del derecho Americano en evolución". La Declaración Americana, primer instrumento internacional con un catálogo de derechos expresada en forma el reconocimiento de la internacionalización de los derechos humanos (28).

Desde esa época, no cabe duda que los derechos del hombre constituyen una materia regulada tanto por el derecho interno como por el internacional. Como consecuencia de ello, el derecho de los estados y el derecho internacional, sea universal o regional, deben necesariamente, en las raíces de pensamiento tanto internaionalista como constitucionalista" (24).

(25) PEDRO NIKKEN, *La Protección Internacional de los Derechos Humanos, su desarrollo progresivo*, Civitas-IIDH, 1987, p. 64.

(26) MICHAEL REISMAN, *Sovereignty and Human Rights in the Contemporary Law*, 84 A.J.I.L., 869 (1990).

(27) Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, Preamble.

(28) PEDRO NIKKEN, "Los Derechos Humanos en el Sistema Regional Americano", pp. 471/133, 52, en *Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos, Antología Básica* (Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1990).

mente coexistir en la promoción, garantía y defensa de los derechos de la persona humana (29).

Al concluir tratados internacionales el estado accede a que ciertos aspectos de su jurisdicción interna sean objeto de pronunciamiento por parte de los órganos instituidos para la vigilancia del cumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas a nivel internacional. Si éste es un fenómeno que se produce cuando un estado firma cualquier instrumento internacional, más lo es aun cuando se trata de un tratado que reconoce los derechos inalienables de la persona humana, que son anteriores y superiores a los del Estado" (30).

En el área de derechos humanos fundamenteles, se admite que los estados y/o los organismos internacionales puedan tomar medidas en contra de violaciones a tales derechos por parte de cualquier estado. La jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia señala que este tipo de "intervención" no constituye violación alguna a la soberanía del estado. Esta jurisprudencia abrió un nuevo espacio para la protección internacional de los derechos humanos (31).

En el caso de Namibia, por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia declaró que la "intervención" internacional por parte de los órganos de las Naciones Unidas contra el *apartheid* no violaba la soberanía del estado. La Corte sostuvo que en la Carta de las Naciones Unidas se encuentran ciertas obligaciones internacionales, y concluyó que la práctica del estado de Sudáfrica violó estos derechos humanos fundamentales (32).

Esta jurisprudencia así como otros casos y

(29) HECTOR GHOS ESPERLU, *Estudios sobre Derechos Humanos*, Vol. I, Editorial Civitas, Madrid, 1988.

(30) Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Resolución Nº 01/90, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, 1989-1990, pág. 124.

(31) R. LUDER, *2 International Human Rights*, pp. 48-53 (1991); SCHWEIG, *The International Court of Justice and Human Rights Clauses of the Charter*, 66 Am. J. Int'l L. 337 (1972).

(32) *Legal Consequences for States of Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa)*, 1971 I.C.J. 16, 57 (Corte Internacional de Justicia, 1971).

acciones de la Naciones Unidas y sus órganos demuestra que el tratamiento de los individuos — sean extranjeros, apátridas o sus propios ciudadanos — por un estado es un asunto internacional. Los estados tienen obligaciones según diversas cláusulas relativas a los derechos humanos contenidas en la Carta de las Naciones Unidas, y no pueden evadir sus obligaciones invocando el concepto de jurisdicción doméstica del art. 2(7) de la misma Carta.

Ya no es posible, como sucedía en el Derecho internacional tradicional seguir considerando a la persona humana como un objeto del orden jurídico internacional. Existe un ineludible proceso de humanización que hace de la persona humana y de sus derechos fundamentales un punto indiscutible de referencia de las normas internacionales (35). Este proceso de internacionalización de la protección del ser humano ha dado origen al derecho internacional de los derechos humanos.

El Derecho internacional de los derechos humanos puede ser definido como "aquella rama del Derecho internacional que se ocupa del establecimiento y promoción de los derechos humanos y de la protección de individuos o grupos de individuos en el caso de violaciones gubernamentales de derechos humanos" (34).

Existen algunas características que distinguen al derecho internacional de los derechos humanos del derecho internacional general. Entre ellas, destacamos por un lado, el carácter subsidiario del mismo. Como hemos señalado, el problema de los derechos humanos ya no queda exclusivamente bajo la esfera del derecho interno, porque el fenómeno de su internacionalización implica que el derecho internacional lo ha asumido como un problema propio en concurrencia con el derecho interno. Pero por ser subsidiario, el derecho internacional de los derechos humanos "ha venido en auxilio y colaboración del derecho interno, a darle una nueva cobertura para la tutela de los derechos y una nueva instancia ante la cual hacerlos valer cuando interna-

mente un estado los desconoce o los vulnera" (35).

Consecuencia lógica de este principio y tal como se explica más adelante (36), las garantías establecidas en los tratados de derechos humanos son siempre susceptibles de ser ampliadas pero nunca reducidas. El carácter mínimo del derecho internacional de los derechos humanos, debe entenderse en un doble sentido. Por un lado significa que "sólo se incluyen los derechos fundamentales y, aún así, en su contenido esencial, primario o básico", por otra parte denota que "las fórmulas normativas tienen el detalle mínimo descriptivo de esos derechos y de su contenido con elasticidad y generalidad lexicales para facilitar la ratificación y adhesión de los estados" (37).

Una característica típica e íntimamente relacionada con las anteriores es la progresividad del derecho internacional de los derechos humanos. NIKKEN, que reiteradamente ha llamado la atención sobre esta característica, ha definido a la progresividad como el "fenómeno en virtud del cual el régimen de protección internacional de los derechos humanos tiende a expandir su ámbito de modo continuado e irreversible, tanto en lo que se refiere al número y contenido de los derechos protegidos, como en que toca a la eficacia y el vigor de los procedimientos en virtud de los cuales órganos de la comunidad internacional pueden afirmar y salvaguardar su vigencia" (38).

IV

LAS DECLARACIONES Y LOS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS

El inc. 22 del art. 75 le otorga jerarquía constitucional tanto a Declaraciones (la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Declaración Americana de los Derechos y De-

beres del Hombre) como a diversos tratados. Sin embargo, no es posible equiparar jurídicamente a las declaraciones y los tratados, en tanto que cada uno está sujeto a diversos regímenes normativos y tiene diversa fuerza obligatoria.

La consagración de los derechos protegidos por el derecho internacional de los derechos humanos transita por dos etapas. La primera es la de las declaraciones, donde los derechos humanos fueron explicitados e individualizados en resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas y de organismos regionales. Estos instrumentos novinculantes solo reflejan la *opinio iuris*, deviniendo luego, al referir a ellos, en normas consuetudinarias debido a la práctica de los estados. En una segunda etapa, estos derechos fueron plasmados en tratados, es decir instrumentos jurídicos obligatorios para los estados que los ratifican (39).

Para los fines de nuestro trabajo basta definir a un tratado como:

" un acuerdo internacional celebrado por escrito entre estados y regido por el Derecho Internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular" (40).

En cambio una declaración puede ser entendida como:

"un instrumento solemne, que se utiliza sólo en casos muy especiales, en cuestiones de gran importancia y verdadera importancia y cuando se espera obtener el máximo de observancia por parte del mayor número de Estados posible" (41).

Ante la equiparación, errada a nuestro juicio, en cuanto técnica legislativa (42), en las próximas secciones analizaremos primeramente qué presentan los tratados de derechos humanos y luego, dentro de las posibilidades

de este trabajo, el grado de obligatoriedad de la Declaración Universal y de la Declaración Americana.

Y

LAS PARTICIPACIONES DE LOS TRATADOS REFERENTES A LOS DERECHOS HUMANOS

En los tratados tradicionales, ya sean multilaterales o bilaterales, los estados partes generalmente persiguen un intercambio recíproco de beneficios y ventajas, especialmente en aquellos conocidos en la doctrina como tratados-contratos (43). Por eso, los estados al redactar un tratado, buscarán mantener una correlación entre los derechos y los deberes que asumirán, procurando que exista un cierto equilibrio entre las partes contratantes.

La Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados toma en cuenta este necesario equilibrio entre las partes de un tratado, al permitir que el incumplimiento grave de sus obligaciones por una de ellas sirva de base para la terminación del tratado o para la suspensión parcial o total de sus efectos (44).

De la misma manera, la Convención de Viena respecto a la cláusula *rebus sic stantibus*, y dentro de determinadas condiciones, permite que un cambio fundamental de circunstancias sobrevenido después de la celebración de un tratado, constituya causa legítima para que la parte afectada lo dé por terminado o se retire de él (45). Estos ejemplos demuestran que el equilibrio entre los intereses de las partes representa un límite del alcance de los tratados.

La situación es totalmente diferente en las convenciones relativas a los derechos humanos. No puede considerarse que el objeto y fin de los tratados de derechos humanos sea equilibrar recíprocamente intereses entre los estados. Por el contrario, estos tratados persiguen el establecimiento de un orden público

(35) JUAN ANTONIO CARRILLO SALCEDO, *Curso de Derecho Internacional Público*, Tecnos, 1991, pág. 40.

(36) T. BURKENTHAL, C. GROSSMAN, y P. NIKKEN, *Manual Internacional de Derechos Humanos*, pág. 9 (IDH, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas/San José, 1990).

(35) DANIEL HERRENDORF y GERMAN BIDART CAMPOS, *Principios de Derechos Humanos y Garantías*, Ediar, 1991, pág. 262.

(36) Ver capítulo X, "La protección más favorable a la persona humana".

(37) GERMAN J. BIDART CAMPOS, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, T. III, *Los pactos internacionales sobre derechos humanos y la Constitución*, Ediar, 1989, pág. 112.

(38) NIKKEN, ob. cit., en nota 25, pág. 18.

(39) MÓNICA PÉREZ, *La denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, Editor del Puerto, Bs. As, 1993, pág. 23.

(40) Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, art. 2.1.a.

(41) EDUARDO JIMÉNEZ DE AÑEZAGA, *Derecho Internacional Contemporáneo*, Ed. Tecnos, 1980, pág. 39.

(42) Véase *infra* capítulo XII.

(43) CARRILLO SALCEDO, ob. cit., pág. 108.

(44) Artículo 60 de la Convención de Viena.

(45) Artículo 62 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, Véase Corte Internacional de Justicia, *asunto de la jurisdicción de pesca*, (resolución sobre jurisdicción de la Corte), I.C.J., Reports, 1973, págs. 18-19.

común, cuyos destinatarios no son los estados, sino los individuos (46).

En materia de tratado de derechos humanos, resulta inadecuado aplicar la máxima del derecho romano *exceptio non adimplenti contractus*. Por eso, la terminación o suspensión de un tratado por una de las partes, a causa del incumplimiento grave de sus obligaciones por otra —uno de los efectos típicos de la reciprocidad— no es aplicable en este ámbito. La Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados, excluye específicamente "a las disposiciones relativas a la protección de la persona humana contenidas en tratados de carácter humanitario, en particular las disposiciones que prohíben toda forma de represalia con respecto a las personas protegidas por tales tratados" (47).

Como un ejemplo de la falta de principio de reciprocidad, muchos de los tratados de derechos humanos, ante su incumplimiento por un estado, —es decir por violación de alguno de los derechos reconocidos—, en lugar de permitir la terminación o suspensión del mismo, prevén que los demás estados presenten denuncias ante los órganos de protección, alegando la violación al tratado (48).

Los tribunales nacionales e internacionales, han hecho referencia a las especificidades de los tratados de derechos humanos al tener que interpretarlos. La Corte Internacional de Justicia, fue la primera en subrayar las peculiaridades de estas convenciones cuando, respecto a uno de los tratados con jerarquía constitucional en Argentina, la Convención para la Prevención y Represión del Delito de Genocidio, señaló:

"En tal convención los Estados contratantes no tienen intereses propios, tienen solamente, todos y cada uno de ellos, un interés común, que es el de preservar los fines superiores que son la razón de ser de la convención. En consecuencia, en una convención de este tipo no puede hablarse

de ventajas o desventajas individuales de los estados, ni de mantener un equilibrio contractual exacto entre derechos y deberes. La consideración de los fines superiores de la Convención es, en virtud de la voluntad común de las partes, el fundamento y la medida de todas las disposiciones" (49).

La Corte Europea de Derechos Humanos varias veces ha señalado que el objetivo del Convenio Europeo es el establecimiento de un orden público para la protección de los seres humanos. En el caso "Soering" destacó que:

"al interpretar el Convenio Europeo de Derechos Humanos debe tenerse en cuenta su carácter específico de tratado que instrumenta una garantía colectiva para el respeto de los derechos humanos y libertades fundamentales" (50).

La Corte Interamericana por su parte, ha enfatizado que dichos instrumentos

"no son tratados multilaterales del tipo tradicional concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los estados contratantes. Su objetivo y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados, sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia individuos bajo su jurisdicción" (51).

Con anterioridad, en su primer opinión consultiva, la Corte había señalado que:

"...los tratados concernientes a esta materia están orientados, más que a establecer un equilibrio de intereses entre Esta-

dos, a garantizar el goce de derechos y libertades del ser humano" (52).

En Argentina, las particularidades de los tratados de derechos humanos han sido reconocidas jurisprudencialmente en el voto disidente de los doctores Petracci y Moliné O'Connor en el caso "Ekmekdjian c. Soforich" (53). Con fundamento en estas diferencias, los magistrados concluyen sentando la presunción de operatividad de las normas contenidas en los tratados sobre derechos humanos (54).

La naturaleza particular de este tipo de convenios, justifica el tratamiento especial que constitucionalmente se le dispensa a los derechos internacionalmente protegidos.

VI

LA FUERZA OBLIGATORIA DE LAS DECLARACIONES

Ni la Declaración Universal ni la Americana son tratados con fuerza obligatoria en los términos de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (55). Sin embargo,

(52) Opinión Consultiva OC-1/81, "Otros tratados objeto de la función consultiva de la Corte (arts. 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)", párr. 24.

(53) Corte Suprema de Justicia de la Nación, 7 de julio de 1992, LI, 1992-C-540, consid. 14, con referencia a jurisprudencia de la Comisión Europea de Derechos Humanos, la Corte Internacional de Justicia y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Para una análisis de esta sentencia desde el punto de vista del derecho internacional, véase BUENENITHAL, THOMAS, "La jurisprudencia internacional en el derecho interno", el "La Corte y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos", Rafael Nieto Navia Editor, San José, 1994, pág. 67, especialmente págs. 76 y siguientes.

(54) Sent. cit., considerando 15. En este caso, la Corte Suprema reconoció supremacía a los tratados por sobre las leyes internas, así como la operatividad del derecho de réplica (art. 13 de la Convención Americana) aún sin ley específica que lo reglamentara.

(55) Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-10/89, "Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos", párr. 33.

esto no significa que ambas declaraciones estén desprovistas de todo valor jurídico. Ambas tienen cierta fuerza obligatoria que es necesario analizar separadamente.

Sin embargo, la Corte Interamericana, refiriéndose a la Declaración Americana ha interpretado que:

"La Declaración contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta [de la OEA] se refiere, de manera que no se puede interpretar y aplicar la Carta de la Organización en materia de derechos humanos, sin integrar las normas pertinentes de ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración..." (56).

Agregó la Corte Interamericana que para los Estado Miembros de la OEA, la Declaración Americana es el texto que determina cuáles son los derechos humanos a los que se refiere la Carta y constituye una fuente de obligaciones internacionales (57).

La práctica de la Comisión Interamericana demuestra que la misma le reconoce pleno valor a la Declaración Americana como fuente de obligaciones. Desde que sus estatutos lo permitieron, la Comisión ha recibido y tramitado denuncias individuales sobre violaciones a la Declaración, ha formulado recomendaciones pasadas en la Declaración Americana, etc. (58).

Además de esta práctica y jurisprudencia de los órganos de protección del sistema interamericano, puede agregarse que la Declaración Americana ha quedado incorporada por vía indirecta a la Carta de la OEA a través de la reforma al art. 150 de la misma, que encomendó a la "actual Comisión Interamericana de Derechos Humanos" que velara por la observancia de estos derechos. Los mismos

(56) Corte I.D.H. OC-10/89, cit. párr. 43.

(57) Corte I.D.H. OC-10/89, cit. párr. 45.

(58) El primer Estatuto de la Comisión establecía que "para los fines de este Estatuto, por derechos humanos se entienden los consagrados en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre" Véase para un desarrollo de la posición de la Comisión Interamericana, su Resolución 3/87, caso 9647 (EE.UU.), Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1986-1987, pág. 158 y siguientes.

(46) NIKKEN, ob. cit. en nota 25, pág. 90.

(47) Artículo 60.5.

(48) Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 45 que requiere una declaración especial de los Estados), Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial (arts. 11 y siguientes), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 41 y siguientes).

(49) *Reservas a la Convención sobre el Genocidio*, Opinión Consultiva, CIJ, Recueil 1951, pág. 28.

(50) Corte Europea de Derechos Humanos, caso "Soering", 7 de julio de 1989, párrafo 87.

(51) Opinión Consultiva OC-2/82, "El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 74 y 75)", 24 de setiembre de 1982.

serían los que la "actual Comisión" tenía definidos en el art. 2 de su Estatuto, es decir los contenidos en la Declaración Americana.

Por su parte, la Declaración Universal no nació como un tratado, sin embargo, al igual que la Declaración Americana existe consenso, resultante de la reiterada práctica de los estados, de considerarla como fuente obligatoria, con independencia de la voluntad de sus creadores en 1948. Los fundamentos por los cuales sería obligatoria la Declaración Universal pueden ser resumidos en dos: por un lado están quienes consideran que la obligatoriedad de la Declaración Universal radica en que ella es una interpretación autorizada de la Carta de las Naciones Unidas en las diferentes referencias que contiene la carta a los derechos humanos.

Esta interpretación se basa fundamentalmente en la continua utilización por parte de la Asamblea General y los distintos órganos de la ONU de la Declaración Universal. Esto permitiría concluir que la Declaración Universal ha sido aceptada como una legítima interpretación de las normas relevantes de la Carta de las Naciones Unidas (59).

El otro punto de vista considera que la reiterada práctica de los estados de cumplir con la Declaración con conciencia de obligatoriedad la ha elevado al rango de costumbre internacional (60). Más allá de la interpretación que se utilice, es indudable que la Declaración Universal ha avanzado considerablemente en el camino para adquirir pleno valor jurídico. Como ejemplo de esto, puede señalarse que los estados acusados de violar la Declaración Universal, en lugar de negarle fuerza obligatoria, rechazan las acusaciones formuladas en su contra.

Cualquiera sea la fuerza obligatoria que se asigne a las Declaraciones Universal y Americana, no puede desconocerse que están sujetas

(59) Especialmente, art. 55 y 56 que establecen las obligaciones básicas tanto para la ONU como para los Estados miembros para lograr los propósitos de la organización. Ver asimismo arts. 1 (3) sobre propósitos de la ONU, 13 (1) atribuciones de la Asamblea General y 62 (2) y 68 sobre los poderes del ECOSOC.

(60) Zuppi, Alberro Luis, *El derecho imperativo (ius cogens) en el nuevo orden internacional*, ED, 147-863

a un régimen jurídico distinto que los tratados internacionales. De ahí que equipararlos constitucionalmente sin realizar las distinciones necesarias, es un error jurídico en el que incurrió el constituyente.

VII

LA ENUMERACION CONSTITUCIONAL. LA EXCLUSION DE OTROS TRATADOS

La Constitución argentina, a diferencia de las demás constituciones que se hacen cargo de un tratamiento especial de los tratados de derechos humanos (61), contiene una enumeración de los mismos. Al optar por este camino, obviamente se debió realizar una selección de los tratados a los que se otorgaría jerarquía constitucional. Mucho más conveniente hubiese sido asignarle jerarquía constitucional a todos los tratados de derechos humanos ratificados por Argentina y que se encuentran vigentes (62).

Haciéndose cargo de la limitada enunciación que contiene, la Constitución prevé la posibilidad de que nuevos tratados y convenciones adquieran jerarquía constitucional. El legislador, en cualquier momento podrá ampliar este catálogo, con lo que siempre estará abierta la posibilidad de suplir las omisiones en que se pudo haber incurrido. En efecto, el art. 75 inc. 22 en su parte pertinente establece que:

"Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional".

La previsión permite otorgarle jerarquía constitucional a nuevos tratados de derechos humanos. Con ello, la Constitución argentina tiene un mecanismo adicional de reforma constitucional. Actualmente, la Constitución argentina puede modificarse recurriendo al mecanismo estipulado en su art. 30 (63) o bien

(61) Con excepción del art. 46 de la Constitución de Nicaragua de 1987.

(62) Tal como la hacía la Constitución peruana de 1978 (art. 105).

(63) El art. 30 de la Constitución textualmente dice: "La Constitución puede reformarse en todo o en cualquiera de sus partes. La

LA JERARQUÍA CONSTITUCIONAL DE LOS TRATADOS DE DERECHOS... (t. 163) 947

por este párrafo del art. 75 inc. 22 para ampliar el catálogo de derechos constitucionales (64).

La pregunta que necesariamente surge es, ¿cuál ha sido el criterio que el constituyente ha tenido para incluir los tratados y declaraciones que eligió dejar de lado otros que pueden considerarse de la misma importancia que los efectivamente incorporados.

En virtud de la enunciación, por ejemplo, ha quedado fuera de la jerarquía constitucional el régimen establecido dentro del marco de las Naciones Unidas en materia de esclavitud (65). Lo mismo puede decirse en materia de prostitución (66), ya que nuestro país ratificó la "Convención para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena" (67). En igual sentido, puede preguntarse por qué se descartó la jerarquía constitucional para el caso de los apátridas, con la Convención sobre el Estatuto de los apátridas (68). O todos los Convenios de la OIT (69) de los

necesidad de reforma debe ser declarada por el Congreso con el voto de dos tercios partes, al menos, de sus miembros; pero no se efectuará sino por una Convención convocada al efecto". Véase, VANOSKI, JORGE REMALLO, *Teoría Constitucional*, t. I, Bs. As. 1975, Editorial Depalma.

(64) Agradeceмо la observación de la doctora Viviana Krsticovic al respecto.

(65) Argentina es parte de la Convención Suplementaria sobre la Abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones o prácticas análogas a la esclavitud, aprobada por decreto-ley 7.672 del 13/09/63. Las referencias a la ley o decreto-ley aprobatorios en esta nota y en las que siguen son a los efectos de tener en cuenta la fecha en que el Congreso o el Poder Ejecutivo de facto, dio su autorización para que el Presidente ratifique el tratado, pero no porque consideremos que con ella se incorpora al derecho interno argentino, que se produce con la ratificación del mismo.

(66) Ver MIGUEL CARRILLO BASCARI, *La Prostitución y la Dignidad Humana (Enfoque actualizado desde el Derecho de los Derechos Humanos)*, Zeus, 1989, págs. 1 y siguientes.

(67) Aprobada por ley 11.925 del 30/9/57.

(68) Aprobada por ley 19.510 [ED, 45-10661 del 2/3/72.

(69) Ver Héctor Gros Espinell, *La Organización Internacional del Trabajo y los Derechos Humanos en América Latina*, Bataña, 1986, págs. 41 y siguientes.

que la Argentina forma parte, en especial aquellos relativos a la libertad de sindicación (70), igual remuneración (71) o eliminación del trabajo forzoso (72).

Puede considerarse a estas cuestiones como puntuales y quizás por la misma razón de su especificidad, el constituyente haya considerado que no debían ser elevadas a la jerarquía constitucional. Pero aún así, en el derecho internacional contemporáneo existe un conjunto de normas y principios destinados a proteger y garantizar los derechos de los individuos cualquiera que fuere la situación jurídica de ellos, en cualquier momento, dentro como fuera del estado del que son nacionales y cualquiera que haya sido el motivo por el cual salieron de su país e ingresaron a otro. Estas regulaciones se encuentran fundamentalmente contenidas en tres ramas del derecho internacional: el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los refugiados.

La Constitución debió considerar que la protección de los derechos humanos en general, resulta tanto de los tratados de derechos humanos universales o regionales vigentes —entre ellos los que actualmente tienen jerarquía constitucional— como de la protección de los derechos de las personas amparadas ya sea por el Derecho Internacional Humanitario o por el Derecho de los Refugiados. Estas tres ramas constituyen "sectores específicos, de un sistema internacional general, de raíz esencialmente humanitaria, dirigido a proteger al ser humano en la forma más amplia y comprensiva que sea compatible con la existencia del orden jurídico y los derechos legítimos del estado y de la Comunidad Internacional" (73).

(70) Convenio sobre la Libertad Sindical y la Protección del Derecho de Sindicación (N° 87) y Convenio sobre el Derecho de Sindicación y de Negociación Colectiva (N° 98), aprobados por leyes 14.992 y 11.594 respectivamente.

(71) Convenio sobre Igualdad de Remuneración (N° 100) y Convenio sobre la Discriminación (templo y ocupación) (N° 111), aprobados por leyes 11.565 y 17.677 respectivamente.

(72) Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso (N° 105), aprobado por ley 14.992.

(73) Héctor Gros Espinell, "Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario y Derecho Internacional de los Refugiados" en *Tratados sobre Derechos Humanos y Derecho*

Sin bien es cierto que estas tres ramas del Derecho Internacional presentan una diversidad de regímenes normativos (74), diferencias terminológicas, las existencia de distintos órdenes de aplicación y control (75) y caracteres particulares que los individualizan no puede olvidarse su unidad esencial. Esta unidad es consecuencia directa de los principios generales comunes que parten del presupuesto de que la defensa, garantía y protección de los derechos del hombre, con carácter general o ante situaciones específicas que requieren un tratamiento especial, fundamenta la existencia de cada una de ellas (76).

En los siguientes párrafos esbozaremos algunas pautas sobre el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los refugiados, solamente para señalar sus principales fuentes normativas y por qué hubiese sido importante otorgarle jerarquía constitucional.

Interno. Colección Cuadernos de Derechos Humanos N° 2-91, Procuraduría de los Derechos Humanos de Guatemala, 1991, pág. 39.

(74) Como ejemplo de la multiplicidad de tratados de derecho internacional de los derechos humanos basta leer la enumeración de la Constitución Argentina, que obviamente no agota el listado. El Derecho Humanitario está integrado por los Convenios de Ginebra de 1949 y los Protocolos de 1977. El Derecho Internacional de los Refugiados fundamentalmente por la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967.

(75) Derecho Internacional de los Derechos Humanos, infinidad de Comités. Sólo en los tratados que la Constitución les da jerarquía constitucional se crean los siguientes comités, comisiones, cortes, etc. Comisión y Corte Interamericana (arts. 33 y sigtes.), Comité de Derechos Humanos (art. 28 y sigtes.), Comité de Discriminación de la Discriminación Racial (art. 18 y sigtes.), Comité sobre la Discriminación contra la Mujer (art. 17 y sigtes.), Comité contra la Tortura (art. 17 y sigtes.), cada uno creado por el respectivo Pacto o Convenio. Conf. José María MORENILLA RODRÍGUEZ, "Los sistemas para la protección internacional de los Derechos Humanos", Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1986, pág. 45 y sigtes. En el Derecho Humanitario, especialmente el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) y en el Derecho de los Refugiados el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR).

(76) Gros ESPERILL, ob. cit. en nota 73, pág. 46.

VIII

DERECHO HUMANITARIO

Puede definirse al derecho humanitario como:

"Las normas internacionales, de origen convencional o consuetudinario, que están específicamente destinadas a regular los problemas humanitarios directamente derivados de los conflictos armados, internacionales o no, que restringen, por razones humanitarias, el derecho de las partes en el conflicto a utilizar los métodos y medios de su elección, o que protegen a las personas y bienes afectados, por el conflicto" (77).

Las fuentes normativas principales del Derecho Internacional Humanitario las constituyen los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y los Protocolos de 1977.

Frete a la generalidad del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que se refiere a la existencia de derechos cuyos titulares son todas las personas físicas en todo tipo de situaciones, el Derecho Internacional Humanitario, en cambio, se aplica sólo en ciertos casos específicos y sus normas alcanzan únicamente a las personas protegidas como consecuencia de esas situaciones en los casos expresamente previstos en los Convenios de 1949 y los Protocolos de 1977.

Hubiese sido aconsejable incluir al derecho humanitario en la Constitución (78). Otorgarle jerarquía constitucional significaba, entre otras cosas, el cumplimiento de las recomendaciones de la Conferencia Internacional para la Protección de las Víctimas de la Guerra, celebrada en Ginebra en setiembre de 1993, que solicitó "encausadamente a todos los Estados que no escatimen esfuerzo alguno para:

45. Aprobar y aplicar nacionalmente

(77) Comité Internacional de la Cruz Roja, *Comentarios a los Protocolos Adicionales del 8 de junio de 1977*, Ginebra, 1986, pág. XXVII.

(78) Véase María Teresa DURÍ, *Esfuerzos del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) con miras a la adopción de las medidas nacionales de aplicación del derecho internacional humanitario (DIH)*, Revista IIDH, N° 16, julio-diciembre 1992, pág. 25.

IX

DERECHO INTERNACIONAL DE LOS REFUGIADOS

El Derecho Internacional de los Refugiados se encuentra contenido principalmente en la Convención del 28 de junio de 1951 y en el Protocolo del 31 de enero de 1967, en diversas resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, especialmente en la resolución 428(V) del 14 de diciembre de 1950 y en múltiples textos de tipo regional.

No puede haber duda de que la protección de los refugiados y de las poblaciones desplazadas constituye una forma de garantizar los derechos humanos de una categoría de personas tipificada por elementos caracterizantes propios, que requieren un tratamiento normativo especial. En la actualidad se considera que hay cerca de 17 millones de refugiados en todo el mundo (83).

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado la mayor vulnerabilidad a la que se ven expuestos quienes deben abandonar sus hogares por temor o por cuestión de sobrevivencia, recalca la necesidad de incluir la protección de los refugiados, repatriados y desplazados internos dentro del mandato del sistema regional de los derechos humanos (84).

Argentina como parte de la Convención relativa a la Condición de los Refugiados aprobada el 28 de julio de 1951 y el Protocolo relativo a la Condición de los Refugiados de 1967 está obligada a tomar todas las medidas necesarias para cumplir fielmente con ellos. No queremos abundar en la importancia del reconocimiento de la jerarquía constitucional de esta rama del derecho internacional. Hacerlo hubiese demostrado la vocación humanista del constituyente.

El Derecho Internacional, con un enfoque común, global, aunque por medios y procedi-

todas las normas, leyes y medidas para garantizar el respeto del derecho internacional humanitario aplicable en caso de conflicto armado y para reprimir sus violaciones" (79).

Quizás el derecho humanitario aparezca como algo demasiado alejado de la realidad argentina como para justificar que deba tener un reconocimiento constitucional. Pero el análisis debe partir de la idea de que una Constitución es un instrumento jurídico con pretensiones de perdurabilidad. No debe olvidarse que la Constitución histórica argentina estuvo vigente desde 1853, por más de ciento cuarenta años (80).

Por ejemplo, si se revisa el derecho internacional citado por la Cámara Federal en lo Criminal y Correccional, en el Juicio a las Juntas Militares prácticamente todas las referencias son al derecho internacional humanitario (81). De modo que no es algo tan alejado, porque —aunque pocos lo recuerden— esta sentencia fue dictada hace menos de 10 años.

Puede pensarse también en la participación que tienen la fuerza de seguridad argentinas en cuanta intervención militar se realiza al amparo de las resoluciones de las Naciones Unidas, Guerra del Golfo, ex Yugoslavia, Haití (82). Por qué no pensar que estas actuaciones debían estar sujetas constitucionalmente al derecho humanitario.

No se interprete que consideramos que el derecho humanitario no está vigente y no sea plenamente obligatorio. Sólo sostenemos que su importancia justificaba reconocerle una jerarquía constitucional similar a la otorgada a los tratados de derechos humanos.

(79) Conferencia Internacional para la protección de las víctimas de la Guerra. Declaración Final de la Conferencia. Separata de la Revista Internacional de la Cruz Roja, setiembre-octubre de 1993, pág. 400.

(80) Con excepción de la vigencia de la Constitución de 1949 y los gobiernos de facto.

(81) Véase, TRAVESO, JUAN, *Derechos Humanos y Derecho Internacional*, Heliasa, 1990, pág. 298.

(82) Véase, Human Rights Watch, *The lost Agenda, Human Rights and U.N. Field Operations*, 1993.

(83) ACNUR, *Compilación de instrumentos jurídicos internacionales: principios y criterios relativos a refugiados y derechos humanos*, 1992, pág. VII.

(84) Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Situación de los refugiados, desplazados y repatriados en las Américas, Informe Anual correspondiente al año 1993*, pág. 572.

mientos diferentes según los casos, procura asegurar en todo momento y en toda situación la vigencia efectiva de los derechos del hombre. Si nuestra Constitución pretendía insertarse en dicha tendencia, hubiese sido deseable que le reconociera jerarquía constitucional a estas tres ramas del derecho internacional.

X

LA PROTECCION MAS FAVORABLE A LA PERSONA HUMANA

Para el derecho internacional, las obligaciones de un estado son superiores a cualquier obligación que éste pueda tener bajo su derecho interno. Por lo tanto, un estado no puede invocar válidamente su propio ordenamiento jurídico como excusa para no cumplir con el derecho internacional. El art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados receipta este principio:

"una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado..." (85).

En consecuencia, y no obstante que internamente pueda o no habilitar a que las previsiones de un tratado sean derogadas por una ley, el estado siempre permanecerá obligado por el tratado y será responsable internacionalmente por su violación. Estas reglas que impiden la invocación del derecho interno, aun tratándose de disposiciones de carácter constitucional, para incumplir las obligaciones internacionales del estado de que se trata, pueden ser consideradas como principios generales del derecho que han sido repetidamente invocados y aplicados en decisiones de la Corte Permanente de Justicia Internacional y de la Corte Internacional de Justicia (86).

(85) La única excepción es el art. 46 que autoriza a alegar un vicio del consentimiento del Estado, si el mismo fue realizado en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados y esa violación sea manifiesta y afecte una norma de importancia fundamental de su derecho interno.

(86) CPJI, *Caso de las Comunidades Grieco-Búlgaras* (1930), Serie B, N° 17, pág. 32; *Caso de nacionalidades Polacas en Danzig* (1931), Series AB, N° 44, pág. 24; *Caso de las Zonas Libres* (1932), Series AB, N° 46, pág. 167. *Clf, Aplicabilidad de la obligación a arbitrar*

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su última opinión consultiva ha dicho:

"En los supuestos o hipótesis de violación de las obligaciones internacionales asumidas por los estados partes y que resulten de una eventual contradicción entre sus normas de derecho interno y las de la Convención, aquéllas serán evaluadas por la Corte en los procesos contentivos como simples hechos o manifestaciones de voluntad, susceptibles de ser ponderados sólo respecto de las convenciones y tratados involucrados y con prescindencia de la significación o jerarquía que la norma nacional tenga dentro del ordenamiento jurídico del respectivo Estado" (87).

Sin embargo, en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, la situación adquiere ciertas particularidades especiales. Los estados, al pasar a formar parte de los tratados de derechos humanos quedan obligados por las normas de los mismos, no pudiendo sustraerse de las mismas mediante la invocación de su legislación interna, tal como sucede en el derecho internacional general. En este sentido, la Corte Interamericana ha dicho que:

"Son muchas las maneras como un estado puede violar un tratado internacional y, específicamente, la Convención. En este último caso, puede hacerlo, por ejemplo, dictando disposiciones que no estén en conformidad con lo que de él exigen sus obligaciones dentro de la Convención. Si esas normas se han adoptado de acuerdo con el ordenamiento jurídico interno o contra él, es indiferente para esos efectos" (88).

bajo el Convenio de Sede de las Naciones Unidas (Caso de la Misión del PLO) (1988) 12, a 31-2, párr. 47.

(87) Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994, "Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos", párr. 22.

(88) Corte I.D.H., Opinión Consultiva OC-13/93, *Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos* (arts. 41, 42, 46, 47, 50 y 51 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos), 16 de julio de 1993, párrafo 26 (subrayado nuestro).

A pesar de ello, en el ámbito de la protección internacional de los derechos humanos, no puede sustentarse válidamente la primacía del derecho interno o del derecho internacional, sin considerar cuál es el objeto de esta rama del derecho internacional.

Como consecuencia que el objeto del derecho internacional de los derechos humanos es la protección de la persona humana, siempre tendrá primacía la norma más favorable a la víctima, sin interesar si es de derecho internacional o de derecho interno. Ambos ordenamientos se relacionan como complementarios estancos, sino que interactúan en beneficio de las personas protegidas (89).

Los tratados de derechos humanos parten del presupuesto de que el sistema internacional de protección es complementario o funcional como garantía adicional sobre la jurisdicción doméstica. El Preambulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos habla de:

"...una protección internacional de naturaleza convencional y complementaria, de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos" (90).

Por esto, los tratados de derechos humanos ofrecen siempre un régimen susceptible de ampliación, mas no de restricción (91). De ahí que ninguna disposición de un tratado puede menoscabar la protección más amplia que ofrezca otra norma, no importando si es de derecho interno o de derecho internacional. Lo esencial es que entre las distintas disposiciones aplicables a un mismo caso debe siempre preferirse aquella que brinda el mayor nivel de protección (92).

La operatividad de la cláusula favorable a la

protección más amplia de la víctima ha sido receptada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos —aunque refiriéndose exclusivamente a la convergencia de dos tratados a un mismo caso—. En efecto, en su opinión consultiva sobre "La Colegación obligatoria de periodistas" al señalar:

"...si a una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona" (93).

La prevalencia de la protección más favorable a la persona, independientemente si proviene del derecho interno o el internacional expresamente receptada en varios de los tratados incluidos en el art. 75.22 de la Constitución.

En el ámbito regional americano, la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su art. 29 especifica que:

"Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:...

b. limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;..." (94).

Ya dentro del sistema universal, el art. 5.2 común a ambos pactos de Naciones Unidas, estipula que "no podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un país en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, a pretexto de que el presente pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado" (95).

(89) ANTONIO CANCADO TRINDADE, *Co-existence and co-ordination of mechanisms of International Protection of Human Rights (al Global and Regional Levels)*, Academy of International Law, 1987, pág. 121.

(90) Énfasis añadido, ver Corte Interamericana, caso "Velásquez-Rodríguez", sentencia de 29 de julio de 1988, párrafo 61 donde tuvo en cuenta esta naturaleza complementaria para analizar el tema del agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna.

(91) Pedro NIKKEN, ob. cit., en nota 25, pág. 84.

(92) NIKKEN, ob. cit., en nota 25, pág. 88.

(93) Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-5/85, *La colegación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, 13 de noviembre de 1985, párrafo 85. El énfasis nos pertenece.

(94) Ver en este sentido Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-4/84, del 19 de enero de 1984, *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica*, par. 20; ver asimismo OC-5/85, citada en la nota anterior párrafo 67.

(95) Pacto Internacional de Derechos Econó-

La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer establece que nada de lo dispuesto en ella "afectará a disposición alguna que sea más conducente al logro de la igualdad entre hombres y mujeres y que pueda forma parte de:

"a) la legislación de un Estado Parte; o

Qualquier otra Convención, tratado o acuerdo internacional vigente en ese Estado" (96).

La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos, o Degradantes, contiene varias disposiciones explícitas en ese sentido. El art. 1, que define a la tortura, en su párrafo 2, establece que dicha definición

"...se entenderá sin perjuicio de cualquier instrumento internacional o legislación nacional que contenga o pueda contener disposiciones de mayor alcance".

El art. 14 relativo al derecho a una reparación y una indemnización justa y adecuada para la víctima de tortura, también en su acápite 2 deja a salvo "cualquier derecho de la víctima o de otra persona a indemnización que pueda existir con arreglo a leyes nacionales".

Finalmente, el art. 16 referente a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y que no lleguen a ser torturas, contiene una disposición similar:

"La presente Convención se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en otros instrumentos internacionales o leyes nacionales que prohíban los tratos y las penas crueles, inhumanos o degradantes o que se refieran a la extradición o expulsión".

El art. 41 de la Convención de los Derechos del Niño, de manera concordante establece que:

"Nada de lo dispuesto en la presente

ciones, sociales y culturales. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos contiene una redacción similar excepto que en lugar de decir "reconocidos o vigentes en un país" estipula "reconocidos o vigentes en un Estado Parte".

(96) Art. 23.

Convención afectará a las disposiciones que sean más conducentes a la realización de los derechos del niño y que puedan estar recogidas en:

a. El derecho de un Estado Parte; o

b. El derecho internacional vigente con respecto a dicho Estado".

La primacía de la norma más favorable a las personas protegidas, consagrada expresamente como se ha visto, en varios de los tratados de derechos humanos aceptados en nuestra Constitución, cumple diferentes objetivos. Al otorgar pautas de armonización, reduce considerablemente las posibilidades de conflictos entre instrumentos legales que tienen el mismo ámbito de aplicación. En segundo término, procura una mayor coordinación entre tales instrumentos, en dos sentidos: verticalmente (es decir tratados y derecho interno) y horizontalmente (esto es dos o más tratados). En tercer lugar demuestra que la tendencia y el propósito de la coexistencia de distintos instrumentos jurídicos, con el mismo ámbito de aplicación material, al garantizar los mismos derechos, son en el sentido de ampliar y fortalecer la protección y no de restringirla o menoscabarla (97).

Para interpretar las cláusulas citadas debe acudirse a los criterios establecidos en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (98) que en su art. 31.1 establece:

31.1. Un tratado deberá interpretarse

(97) CANCADO TRINDADE, ob. cit. en nota 19, pág. 268.

(98) La Corte Interamericana determinó que: "para precisar el sentido y el alcance de las disposiciones del art. 4 de la Convención... la Corte utilizará los criterios de interpretación consagrados en la Convención de Viena, que puedan considerarse reglas de derecho internacional general sobre el tema" Corte I.D.H., Opinión Consultiva OC-3/83, *Restricciones a la pena de muerte (arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, 8 de septiembre de 1983. Serie A N° 3, párr. 48. En este sentido, ver RAVEL NIETO NAVIA, *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados en su aplicación a la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, en *Derechos Humanos en las Américas*, OEA, pág. 270.

LA JERARQUÍA CONSTITUCIONAL DE LOS TRATADOS DE DERECHOS... (I. 163) 953

de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

En tanto que tratados, los que tienen jerarquía constitucional en Argentina deben ser interpretados teniendo en cuenta el objeto y fin para el que fueron contratados. En el contexto de los tratados de derechos humanos, hay que tener en cuenta que su objeto y fin es la protección de los derechos humanos básicos de los individuos (99).

La Corte Interamericana, en su Opinión Consultiva número 4, ha limitado las interpretaciones restrictivas de la Convención Americana pues la interpretación de la misma, debe realizarse de forma tal que no conduzca

"de manera alguna de debilitar el sistema de protección consagrado en la Convención" y siempre teniendo en cuenta que el objeto y fin de la misma "son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos" (100).

Esto significa que para determinar el sentido y alcance de cada uno de los derechos protegidos en los tratados de derechos humanos debe siempre buscarse aquella interpretación que amplíe y proteja eficazmente los derechos de la persona humana. En caso contrario se iría contra el objeto y fin del tratado.

En definitiva, lo fundamental será el grado de eficacia de la protección y, por consiguiente, ha de imponerse la norma que en el caso concreto mejor protege al individuo, sea ella de derecho internacional o de derecho interno (101).

La Constitución Argentina parte de una postura filosófica totalmente diferente a la hasta aquí desarrollada. En lugar de establecer como

criterio básico la protección más favorable a la persona humana, transforma en inatocable a la parte dogmática de la Constitución, aun cuando los tratados de derechos humanos, pudiesen contener normas más favorables a la tutela de los derechos humanos.

La Constitución establece en el tercer párrafo del inc. 22 del art. 75, que los tratados con jerarquía constitucional "no derogarán artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos o garantías por ella reconocidos".

Este tramo del inciso contiene dos pautas importantes. La parte final del párrafo hace referencia al carácter complementario de los tratados de derechos humanos, tal como lo explicamos previamente (102). Esta parte sería compatible con lo que ha dicho la Corte Interamericana interpretando el citado art. 29 de la Convención, perfectamente aplicable al resto de los tratados. En una de sus opiniones consultivas sostuvo que el art. 29 está redactado con el criterio central de que no se interprete a la Convención como permitiendo que "los derechos y libertades de la persona humana pudieran ser suprimidos o limitados, en particular aquellos previamente reconocidos por un Estado" (103).

Pero la primera parte de este tramo, sin embargo, al estipular que no derogarán artículo alguno de la Constitución, deja a mitad de camino la importancia que tiene el tratamiento constitucional específico, a los tratados de derechos humanos.

Para ser compatible con el derecho internacional de los derechos humanos, la restricción constitucional debería decir que los tratados deben entenderse como complementarios de los derechos o garantías reconocidos por la Constitución y en caso de conflictos entre unos y otros prevalecerá siempre el que otorgue mayor protección a la víctima.

Conociendo el origen de esta restricción, consecuencia directa de la presión ejercida por algunos medios de comunicación temerosos por la incorporación del derecho de réplica (104), ¿Qué sucederá ahora? Veámoslo con el

(102) Ver *infra* acápite III.

(103) Corte Interamericana, Opinión Consultiva OC-4/84, párrafo 20.

(104) Los medios de comunicación, especialmente los escritos, ejercieron una fuerte pre-

derecho de réplica (105), único derecho que motivó esta cláusula.

Hipotéticamente alguien lo invocará, el medio periodístico se negará a conceder el espacio, y las partes llegarán a tribunales. Los jueces si se mantiene la actual jurisprudencia de la Corte Suprema (106) lo admitirán, ya que no se consideró que fuera inconstitucional. Pero si se pretendiera una nueva lectura del texto constitucional a la luz de esta restricción, se diría que el derecho de réplica derogaría el artículo tal y cual de la Constitución (107) y por ende no se puede aplicar. En ese caso los jueces rechazarían esa petición.

El individuo recurriría a las instancias insión en contra de la incorporación constitucional del derecho a réplica. Señalaban específicamente que el mismo constituye una arbitraria restricción a la libertad de prensa. Al tomar conciencia de que se incorporaría el derecho a réplica a la Constitución, a través de la jerarquía constitucional que se otorgó a los tratados de derechos humanos, dirigieron sus esfuerzos a fin de que se estableciera la cláusula que estipula que los tratados no derogarán artículos de la 1ª parte de la Constitución. Para los medios de prensa, los artículos 14 que específicamente dice en su parte pertinente: "Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber:... de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa..." y 32: "El Congreso federal no dictará leyes que restrinjan la libertad de imprenta o establezcan sobre ella la jurisdicción federal" impiden aceptar constitucionalmente el derecho de réplica.

(105) Ver Arxel Durrrzy, *El derecho de réplica*, Enfoque 18, año 1, N° 2, pág. 4.

(106) La Corte Suprema de Justicia de la Nación se expidió en diversas ocasiones con referencia al derecho a réplica. Entre otros en los casos "Ekmekdjian c. Neustadt y otros" [ED, 131-530] y "Sanchez Abelenda c. Ediciones La Urraca" [ED, 131-547], ambos fallados el 1º de diciembre de 1988. En estos casos, la Corte negó que sin ley interna del Congreso pudiera aplicarse la norma internacional sobre derecho a rectificación y respuesta, señalando además, que este derecho no se encontraba entre los derechos implícitos (art. 33 Constitución Nacional). La Corte Suprema cambiaría su jurisprudencia en el ya citado caso "Ekmekdjian c. Soforovich" [ED, 148-338].

(107) Probablemente se aleguen los arts. 14 y 32 de la Constitución.

ternacionales y allí la Argentina no podría alegar esta limitación ya que —como hemos señalado— no puede sustraerse de sus obligaciones internacionales alegando disposiciones de derecho interno.

Un principio básico del Derecho de los Tratados directamente aplicable a los estados es la doctrina de *pacta sunt servanda* recogida en el art. 26 de la Convención de Viena. Este establece: "Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe". No podría considerarse un cumplimiento de buena fe el dictado de normas constitucionales que restringen o eliminan la aplicación de tratados de derechos humanos.

Por otra parte, será necesario armonizar por medio de la interpretación, los supuestos conflictos entre la primera parte de la Constitución y los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional. La solución a la que se arribe en el ámbito interno deberá ser compatible con el texto constitucional, pero siempre deberá considerarse que si la misma implica dejar de aplicar alguna norma contenida en los tratados acarrearía necesariamente la responsabilidad internacional de esta do.

XI

REPERCUSION DE LA JERARQUÍA CONSTITUCIONAL DE LOS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS EN EL DERECHO INTERNO

Al tener los tratados de derechos humanos jerarquía constitucional, indudablemente incidirán en el resto del ordenamiento jurídico. No puede desconocerse la influencia que ejercían aún antes de esta recepción constitucional (108). Sólo que al tener una distinta jerarquía (109), cambiará la manera en que influyan en el derecho interno.

(108) Ver entre otros, MORELLO, AUGUSTO MARIO, "El Pacto de San José de Costa Rica y su influencia en el derecho interno argentino (En torno a algunas parcelas)", ED, 135-888, CARULLO BASCARY, MIGUEL, *Los Pactos sobre Derechos Humanos: Reflexión sobre su utilidad para el ejercicio profesional*, Zeus, t. 53, pág. 2, GOZANI, OSVALDO, *Alcance y Vigencia de los derechos humanos en el derecho interno*, LL, 1990-D-567, etc.

(109) Para la jerarquía anterior, véase DURRZY, ob. cit. en nota 12.

Es necesario determinar si los tratados de derechos humanos podrán ser sometidos a algún tipo de control de constitucionalidad. Desde el punto de vista del derecho interno, tal como hemos analizado en el punto anterior, podrán ser contrapuestos con respecto a las cláusulas de la parte dogmática de la Constitución y ser declarados inconstitucionales si fueran contrarios a ella. En cambio, nunca un tratado con jerarquía constitucional podrá ser declarado inconstitucional por violar una cláusula de la segunda parte del texto constitucional, ya que ambas normas están en la misma posición. Aquí se deberá aplicar la interpretación armonizante de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que sostiene que las normas constitucionales —a las que agregamos nosotros las que tienen jerarquía constitucional— deben interpretarse de tal manera de compatibilizarse y no ponerlas en contradicción (110).

También habrá que dilucidar si los tratados que adquieren con posterioridad jerarquía constitucional (111), estarán sometidos al test de constitucionalidad. ¿Qué sucederá con un tratado declarado inconstitucional por el Poder Judicial y que luego adquiere jerarquía constitucional en virtud del voto de las 2/3 partes del Congreso? ¿Podrá el Poder Judicial reiterar su jurisprudencia anterior? Pensemos que la solución deber ser la misma. Si afecta cláusulas de la parte dogmática, si será posible declararlo inconstitucional pero no con respecto a las cláusulas orgánicas (112).

A partir del nuevo posicionamiento de estos tratados, el resto del ordenamiento jurídico

(110) Por ejemplo voto de los Dres. Petracchi y Bacqué en el caso "La Prensa S.A." del 2 de setiembre de 1987 [ED, 125-472]. Fallos de la Corte, 310-1715, consid. 9.

(111) Art. 75, inc. 22. párr. 3.

(112) En Francia se produjo un interesante debate acerca del control constitucional tanto del derecho comunitario como del derecho internacional de los derechos humanos, especialmente teniendo en cuenta que el control de constitucionalidad francés es preventivo y no reparador. Ver en este sentido "Protection constitutionnelle et protection internationale des droits de l'homme: concurrence ou complémentarité?", Rapport présenté par la délégation française à la IX conférence des Cours constitutionnelles européennes (Paris, 10-11 mayo 1993), Revue Française de Droit Administratif 9 (5) set-oct. 1993.

deberá pasar el test de constitucionalidad no solamente con respecto al propio texto constitucional sino también con referencia a los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional.

Siendo a nivel constitucional, y concen-trándonos solo en la parte orgánica, ¿qué sucede con los términos de la propia Constitución que perfectamente pueden ser cuestionados si se los confronta con el texto de los tratados de derechos humanos? Por ejemplo la exigencia para ser elegido senador o Presidente de la Nación de "disfrutar de una renta anual de dos mil pesos fuertes o de una renta equivalente" (113), indudablemente es una restricción al ejercicio de los derechos políticos (en su faz pasiva) (114) violatoria de diversas normas de derecho internacional, por ser discriminatoria en razón de la situación económica (115).

Por otra parte, ahora todas las disposiciones constitucionales deberán ser lidas a la luz de los tratados de derechos humanos que tienen jerarquía constitucional. Las atribuciones del Legislativo deberán cumplirse de conformidad con los tratados de derechos humanos, ya que si hasta antes de la reforma, esto era una obligación que en caso de incumplimiento generaba sólo responsabilidad internacional, ahora también generará inconstitucionalidad.

(113) Arts. 55 y 89. Seguramente se alegará que tal requisito ha sido derogado por desuetudo o que es una mutación constitucional por sustracción, por que no se aplica en la actualidad. Sin embargo, nosotros tenemos nuestros reparos a que constitucionalmente pueda hablarse de sustracciones, pues se crearía una gran inseguridad jurídica al permitir que alguna o algunas cláusulas constitucionales dejen de aplicarse. Pero por otra parte este requisito fue afirmado por el constituyente de 1994 ya que al modificar los requisitos para ser electo presidente y vicepresidente de la Nación (actual art. 89 y anterior art. 76) no eliminó el requisito del ingreso, con lo que nosotros consideramos que tácitamente lo reafirmó.

(114) Pacto Intencional de Derechos Civiles y Políticos, art. 25 y Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 23.

(115) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 2, 25 primer párrafo y 26 Convención Americana sobre Derechos Humanos, arts. 1.1, 23.1 y 2, 24.

Los tratados de derechos humanos servirán como pauta en algunos casos y en otros agregarán condiciones al ejercicio de ciertas atribuciones legislativas. Algunos ejemplos pueden permitir clarificar las repercusiones. Cuando el Congreso de acuerdo al art. 75 inc. 12 reforme el Código Penal no podrá dejar de tener en cuenta que la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, entre otras cosas estipula que los estados declararán punible toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, toda incitación a la discriminación racial, así como todo acto de violencia o incitación a cometer tales actos y toda asistencia a las actividades racistas incluída su financiación (116).

Para declarar el estado de sitio (117), no bastará la existencia de una ataque exterior o conmoción interior, sino que estos supuestos deberán amenazar la independencia o seguridad del estado, y las disposiciones que se tomen deberán ser en la medida y tiempo estrictamente necesarios, sin que puedan ser incompatibles con obligaciones del derecho internacional ni entrañar discriminación alguna (118). Tampoco podrá suspenderse ninguno de los derechos enunciados en el art. 27 inc. 2 de la Convención Americana deberá informarse inmediatamente al Secretario General de la Organización de Estados Americanos (119).

El art. 118 (antiguo art. 102) en la parte referente a los delitos contra el Derecho de Gentes (120), deberá leerse en conjunto con las disposiciones de la Convención sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio y la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradados.

Estos ejemplos, a los que se pueden agregar muchísimos más, tienen el objetivo de demostrar que la incorporación con jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos

no está destinada solamente a influir en la parte dogmática de nuestra Constitución sino que necesariamente implica condicionar la forma de ejercicio de todo el poder público. La Corte Interamericana ha sido clara al establecer que la obligación de garantizar el ejercicio de los derechos:

"Implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos" (121).

La obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un sistema legal formal (122) dirigido a hacer posible su cumplimiento, ni siquiera otorgándole jerarquía constitucional a los tratados de derechos humanos,

"sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos" (123).

XII

LA TECNICA LEGISLATIVA

La Constitución argentina incurrió en diversos errores de técnica legislativa, muchos de los cuales inciden directamente en la regulación global de los tratados de derechos humanos. Una cuestión metodológica importante es que la regulación de los tratados en general (124) y de los relativos a derechos humanos en particular (125), se encuentran dentro de las atribuciones del Congreso.

(121) Caso "Velásquez Rodríguez", sent. cit. párr. 166. El énfasis nos pertenece.

(122) JUAN MENDÉZ y JOSE MIGUEL VIVANCO, *Disappearance and the Inter-American Court: Reflections on a Litigation Experience*, 13 *Hamline Law Review* 507 (1990).

(123) Caso "Velásquez Rodríguez", sent. cit. párr. 167.

(124) Primer párrafo del art. 75 inc. 22 que establece el requisito de la previa aprobación legislativa y el otorgamiento de jerarquía superior a las leyes.

(125) Párrafos segundo y tercero del art. 75 inc. 22.

La jerarquía de los tratados internacionales no puede comprenderse con la lectura de un sólo artículo de la Constitución. Dentro de la parte orgánica de la Constitución encontramos el art. 31 que estipula que los tratados son ley suprema de la Nación, pero ahora habrá que dicha jerarquía, todos serán superiores a las leyes, etc. (art. 75 inc. 22).

En la Constitución argentina no existe un capítulo específico sobre el régimen de todas las negociaciones internacionales. La necesidad de esta unificación es evidente, teniendo en cuenta los distintos tipos de acuerdos internacionales que coexisten a partir de la reforma en el orden normativo interno argentino. Entre otros se encuentran: tratados, convenios y *declaraciones* sobre derechos humanos con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, 2º párr.), los demás tratados de derechos humanos sin jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, 3º párr.), los tratados de integración con Estados de Latinoamérica (art. 75, inc. 24) y con otros Estados (art. 75, inc. 24), otros tratados con naciones y organizaciones internacionales y concordatos con la Santa Sede (art. 75, inc. 22, 1º párr.), otras *negociaciones* concluidas y firmadas por el Presidente de la Nación con naciones extranjeras y organizaciones internacionales (art. 99, inc. 11) y convenios internacionales celebrados por las provincias (art. 124).

Aun obviando las relaciones entre estos distintos tipos de acuerdos internacionales, tampoco la específica jerarquía de los tratados de derechos humanos, se puede entender con la lectura aislada del art. 75, inc. 22. Por el contrario, es preciso tener en cuenta el art. 31 (126) y el art. 27 (127), para comprender cabal-

(126) El art. 31 dice: "Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten y los tratados con potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ellas no obstante cualquier disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto de 11 de noviembre de 1859".

(127) El art. 27 dice: "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 la Constitución".

mente el lugar que ocupan los tratados de derechos humanos en la totalidad del orden jurídico.

Puede preguntarse si el Defensor del Pueblo tendrá competencia para entender en asuntos regulados exclusivamente por tratados internacionales. El art. 86 le atribuye competencia para "la defensa y protección de los derechos humanos y demás derechos, garantías e intereses tutelados en esta Constitución y las leyes... No se entiende por qué no se hace referencia a los tratados internacionales. En principio, con los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional no habría dificultad ya que están incorporados a la Constitución. Pero qué sucede con los demás tratados de derechos humanos. Evidentemente esto ha sido una desprolijidad del constituyente, ya que lo correcto hubiese sido incluir también en la enumeración a los tratados internacionales.

Otra cuestión de técnica legislativa se refiere a la denuncia de los instrumentos enumerados en el segundo párrafo del inc. 22 del art. 75. En su parte final, dice que "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. Como hemos visto (128) la enumeración contenida en dicho inciso incluye tanto declaraciones como tratados. La denuncia de declaraciones es algo imposible jurídicamente hablando. Es una muestra más de que el constituyente no distinguió la distinción natural de esos dos tipos de instrumentos. Este tramo del inciso, sólo puede ser leído considerando que hace referencia a los tratados pero no a las declaraciones.

¿Qué sucede con los tratados que no tienen jerarquía constitucional? Para que adquieran dicha jerarquía, una vez aprobados por el Congreso, se requiere el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de dicha jerarquía (129). Esta disposición es acertada para los tratados que ya han sido aprobados por el Congreso y que no tienen jerarquía constitucional (130).

Pero con referencia a nuevos tratados de

(128) Véase *supra*, capítulo IV.

(129) Art. 75 inc. 22, tercer párrafo.

(130) Para nuestra crítica a dichas exclusiones, véase *infra* VII.

derechos humanos concluidos por el Ejecutivo, por qué exigir una doble intervención legislativa. Una primera para aprobarlos y una segunda para otorgarle jerarquía constitucional. Pensamos que hubiese sido conveniente unificar estas dos etapas en una sola.

Estos son sólo algunos ejemplos de problemas o errores de técnica legislativa. Algunos de ellos son de suma gravedad y mediante la tarea del intérprete pueden superarse. Otros, en cambio, requerirán que una futura reforma constitucional los subsane.

XIII

CONCLUSION

Resulta alentador que las conquistas del derecho internacional en favor de la protección del ser humano se hayan proyectado en el nuevo texto constitucional argentino, enriqueciéndolo y demostrando que la búsqueda de tutela cada vez eficaz de la persona humana es un objetivo compartido por un amplio sector de la sociedad argentina.

La disposición del art. 75.22 de la Constitución argentina reformada, no constituye un hecho aislado, sino que se inserta en una nueva tendencia del constitucionalismo, especialmente iberoamericano, que concede un tratamiento especial a los derechos y garantías individuales internacionalmente consagrados. Movimiento, que en muchos aspectos, transcurre de manera paralela a la internacionalización de los derechos humanos y al abandono de la concepción de que el tratamiento dispensado por los estados a los individuos es un asunto de su jurisdicción doméstica.

La Constitución argentina, a diferencia de otras constituciones, contiene una enumeración de los tratados de derechos humanos. Al optar por este camino, obviamente se debió realizar una selección de tratados para otorgarle jerarquía constitucional. Pensamos que más conveniente hubiese sido otorgarle jerarquía constitucional a todos los tratados de derechos humanos ratificados por la Argentina y que se encuentran vigentes. Sin embargo, considerando que la enunciación que contiene es limitada, el legislador, en cualquier momento, podrá ampliar el catálogo ya que el último párrafo del inc. 22 del art. 75 permite que nuevos tratados y convenciones adquieran jerarquía constitucional. Con ello,

siempre estará abierta la posibilidad de suplir las omisiones en que se pudo haber incurrido.

El texto constitucional es parte de una postura filosófica diferente a la implícita en el derecho internacional de los derechos humanos al establecer el inc. 22 del art. 75, que los tratados con jerarquía constitucional "no derogarán artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos o garantías por ella reconocidos". En lugar de sentar como criterio básico la protección más amplia de la persona humana, impide que los tratados de derechos humanos modifiquen la parte dogmática de la Constitución, aún cuando pudiesen contener normas más favorables a la tutela de los derechos. Para ser compatible con el derecho internacional de los derechos humanos, la restricción constitucional debería decir que los tratados deben entenderse como complementarios de los derechos o garantías reconocidos por la Constitución y en caso de conflicto entre unos y otros prevalecerá siempre el que otorgue mayor protección al individuo.

Los tratados de derechos humanos que ahora tienen jerarquía constitucional indudablemente incidirán en el resto del ordenamiento jurídico. No desconocemos la influencia que ejercían aún antes de esta recepción constitucional. Sólo que al tener una distinta jerarquía, cambiará la manera en que influyan en el derecho interno. Es importante recalcar que la incorporación con jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos no está destinada solamente a influir en la parte dogmática de nuestra Constitución sino que necesariamente implica condicionar la forma de ejercicio de todo el poder público.

La nueva jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos es un desafío para la sociedad en su conjunto. No puede creerse que haberle dado un rango tan importante signifique que las violaciones a los derechos humanos en la Argentina se han acabado o que a partir de su incorporación constitucional el estado ya no tiene ninguna obligación de cumplir con esta materia.

Al escribir estas líneas, lo hicimos pensando en HERMAN HELLER cuando decía que una Constitución es un programa, un proyecto que el constituyente le ofrece a la sociedad. Deseamos que esta oferta sea aceptada con todo lo que ella implica, en especial para quienes detentan el poder. Aspiramos que esta norma

de la Constitución signifique el comienzo de una nueva etapa en materia de vigencia y respeto a los derechos humanos. Pero sentimos temor, pues sabemos que la "Argentina" ha rendido y le rinde tributos millonarios a la insustanciabilidad. El discurso político está lleno de ilusiones, de fantasías, de derroches

verbales, de promesas. La realidad es para el estado un espectro, un fantasma sin contenido... " (131).

(131) HERRENDOERF y BINDAR Campos, ob. cit., pág. 16.