

EL DERECHO

JURISPRUDENCIA GENERAL



Biblioteca de la Corte Suprema	
Nº de Orden	82.003
Ubicación	4

TOMO

144

BUENOS AIRES

1991

La opinabilidad del tema nos exime de otras consideraciones.

VIII

EVALUACION FINAL

Recapitulando, la sentencia se hace acreedora —desde nuestra óptica— a una merecida ponderación por el arrojo que comporta para la judicatura el no haber evadido la resolución del caso ocurriendo al fácil expediente de las "cuestiones políticas". Disentimos si con algunos razonamientos del *a quo*, pues la construcción lógica con que se elaboran los soportes del fallo devienen preñados de un defecto que por "exceso" acarrea intrusión en el área de otro poder. Sin afección al orden jurídico no hay control.

En el contexto de un obligado balance se nos ocurre esta reflexión. Puede afirmarse que, así como los hechos consumados ofrecidos por la constituyente mendocina de 1966 levantaron el estandarte de la soberanía de las convenciones; estos otros, que hoy nos ocupan y preocupan, —al prohiar la *capitis diminutio reglamentaria*— han nutrido el más dilatado capítulo de las convenciones impotentes.

La información posterior da cuenta que la Convención acató el fallo sin reconocerlo. Modificó los artículos conflictivos de su reglamento y en maratónica sesión volvió a sancionar, con ligeros retoques, lo ya sancionado anteriormente, incorporando nuevos puntos de reforma. Al concluir su misión específica —el dictado de la Constitución— dispuso la publicación de su texto, remitiendo copia a los poderes públicos.

LA JERARQUIA NORMATIVA DE LA CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN EL ORDEN JURIDICO ARGENTINO

Por ARIEL EDGARDO DULITZKY

La ratificación (1), por parte de nuestro país de la Convención Americana de Derechos Humanos, también conocida como Pacto de San José de Costa Rica (en adelante, CADH), trajo aparejados interesantes problemas jurídicos. Este hecho afectó a todo el ordenamiento normativo interno.

Las cuestiones jurídicas suscitadas podrían resumirse en tres grandes puntos: a) la ubicación jerárquica de la CADH; b) la operatividad o programaticidad del pacto en general, y de cada uno de los derechos que el mismo reconoce, en particular (2) y c) las consecuencias que se derivan del hecho

de que se haya aceptado una instancia internacional a la que pueden recurrir los individuos, una vez agotados los recursos internos, cuando consideren que los derechos reconocidos por la CADH, han sido violados (3).

El objetivo de este trabajo es detenerse en la primera de las cuestiones citadas, es decir, determinar cuál es la jerarquía que ocupa el Pacto de San José de Costa Rica en la pirámide jurídica kelseniana. La respuesta se puede intentar desde dos perspectivas distintas: la del derecho constitucional, o la del derecho internacional público.

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *Problema de la relación jerárquica entre tratado y ley* (Jurisprudencia Anotada), por WERNER GOLDSCHMIDT, ED, 105-703; *Los tratados como fuente del Derecho Internacional Público y el derecho interno argentino*, por WERNER GOLDSCHMIDT, ED, 110-955; *Derechos Humanos (Operatividad y programaticidad de las cláusulas de los tratados internacionales incorporados al derecho interno argentino a la luz de la jurisprudencia de la Corte Suprema)*, por SUSANA ALBANESE, ED, 130-797; *De las declaraciones internacionales de Derechos Humanos a los pactos internacionales de derechos humanos*, por GERMÁN J. BIDART CAMPOS, ED, 130-861; *El Pacto de San José de Costa Rica y su influencia en el derecho interno argentino*, por AUGUSTO MARIO MORELLO, ED, 135-888.

(1) La Convención Americana de Derechos Humanos fue aprobada por la ley 23.054 [EDLA, 1984-22] sancionada el 1º de marzo de 1984 y promulgada el 19 de marzo de 1984. El instrumento de ratificación fue firmado el 14 de agosto de 1984 y depositado el 5 de setiembre del mismo año.

(2) Sobre este tema puede consultarse: *La operatividad de los derechos reconocidos en la CADH* por HAYNES, MARÍA LUISA, "Revista de Derecho

Público", Nº 2, 1987; *Operatividad y programaticidad de las cláusulas de los tratados incorporados al derecho interno argentino a la luz de la jurisprudencia de la Corte Suprema* por ALBANESE, SUSANA, ED, 130-797; *La Constitución Nacional y el Pacto de San José de Costa Rica* por DE LA CRUZ, ANDRÉS, en "Cinco Ensayos sobre Derecho Constitucional" (Premio Coca Cola en las Artes y en las Ciencias); *Alcance y vigencia de los derechos humanos en el derecho interno* por GOZAINI, OSVALDO ALFREDO, La Ley del 18 de octubre de 1990; *La operatividad de las cláusulas de la Convención Interamericana de Derechos Humanos* por COLAUTTI, CARLOS, LL, 1990-C-821; *La Convención Interamericana de Derechos Humanos como derecho interno* por JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, EDUARDO, "Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos", enero/junio 1988.

(3) Ver especialmente: *¿La jurisdicción internacional prevista por el Pacto de San José de Costa Rica viola la Constitución Argentina?* por BIDART CAMPOS, GERMÁN y BIANCHI, ALBERTO, ED, 118-976; *Jurisdicción internacional y jurisdicción nacional (A propósito del Pacto de San José de Costa Rica)* por SACÜÉS, NÉSTOR PEDRO, LL, 1986-B-1015 y del mismo autor, *Derecho Procesal Constitucional*, t. I, p. 69 y sigtes.

Desde la perspectiva del derecho internacional, y en una rápida simplificación, se puede sostener que la cuestión está resuelta en favor de la preeminencia del derecho internacional por sobre el derecho interno. Los tribunales internacionales han sostenido que cada Estado no puede prevalerse de sus disposiciones internas para sustraerse del cumplimiento de las obligaciones asumidas internacionalmente. Agregándose que, para la perspectiva internacional, el derecho interno es un mero hecho (4).

No es tan clara la solución dada por el derecho constitucional comparado. Las distintas respuestas que es posible hallar, pueden ser agrupadas de la siguiente manera: a) aquellos ordenamientos que le dan a los tratados una jerarquía superior o igual a la propia Constitución; b) aquellos en que los tratados tienen jerarquía inferior a la Constitución pero superior a las leyes, y c) aquellos ordenamientos en que los tratados tienen una jerarquía similar a las leyes. Deberíamos agregar una cuarta categoría, de especial relevancia para el tema que tratamos, que estaría integrada por aquellas constituciones que contienen provisiones específicas acerca de los pactos internacionales de derechos humanos.

(4) Conf. Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso "Zonas Francas de la Alta Sabor y del país de Gex", y en la Opinión Consultiva sobre el trato de los nacionales polacos y de otras personas de origen o lengua polaca en el territorio de Danzig. Ver en el mismo sentido el art. 29 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969.

(5) Se sostiene que el pacto tiene una jerarquía al menos similar a la Constitución, ya que si la convención contuviese cláusulas contrarias a la Ley Fundamental y el pacto tuviese una jerarquía inferior a la misma, debería declararse su inconstitucionalidad. Pero como lo que se exige es la reforma constitucional previa o un procedimiento agravado para su aprobación, ello significa que la jerarquía debe ser al menos similar a la Constitución, ya que la puede, de hecho modificar.

(6) El art. 95 de la citada Constitución estipula: "1. La celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional. 2. El gobierno o cualquiera de las Cámaras puede requerir al Tribunal Constitucional para que declare si existe o no esa contradicción".

(7) Según el art. 54 de la Constitución francesa de 1958 si el Consejo Constitucional declara que un tratado es contrario a la Constitución, la ratificación o aprobación del mismo debe ser pos-

a) Las constituciones más modernas suelen incluir provisiones específicas, o bien cláusulas que permiten sostener, por vía interpretativa, que los pactos internacionales tienen, al menos, una jerarquía similar a la Constitución, cuando no superior. Este grupo de constituciones puede ser agrupado en dos: a') aquellas que estipulan que para ratificar una convención internacional que contenga disposiciones contrarias a la Constitución es necesario una reforma constitucional previa (5) (tal es el caso de España (6) y Francia (7)); a'') aquellas que en el mismo supuesto (tratado internacional con cláusulas contrarias a la Constitución), exigen para la aprobación o ratificación de la convención un procedimiento agravado (generalmente, similar al de reforma constitucional). En este subgrupo, podemos ubicar a las Constituciones de Honduras (8), Perú (9), Países Bajos (10) y Austria (11).

b) Otro grupo de modernas constituciones, si bien establecen que los pactos internacionales tienen una jerarquía infraconstitucional, les otorgan preeminencia por sobre las leyes ordinarias. Entre otras, hallamos a las Constituciones de Costa Rica (12),

terior a una reforma constitucional.

(8) Art. 17 de la Constitución de Honduras de 1982: "Cuando un tratado internacional afecta una disposición constitucional, deberá aprobarse por el mismo procedimiento que rige la reforma de la Constitución antes de ser ratificado por el Poder Ejecutivo".

(9) El art. 103 de la Constitución peruana de 1978 tiene una redacción similar al art. 17 de la Constitución hondureña precedentemente transcrita.

(10) La Constitución de los Países Bajos, quizá una de las más avanzadas en esta materia, contiene dos interesantes provisiones. Por el art. 60 se proscribire a los jueces la posibilidad de examinar la constitucionalidad de los tratados internacionales; y el art. 63 señala que cuando el desarrollo del orden jurídico internacional lo exija, los tratados podrán apartarse de los preceptos de la Constitución, previa aprobación de los mismos por las 2/3 partes del Parlamento.

(11) En Austria, de acuerdo al art. 50.3 de su Constitución, los tratados pueden modificar o complementar normas de derecho constitucional, debiéndose aprobar siguiendo el procedimiento de las enmiendas constitucionales.

(12) El art. 7º, párr. 1º de la Constitución dispone que "los tratados públicos... tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes".

El Salvador (13), la República Federal Alemana (14), Grecia (15) y Luxemburgo (16).

c) Las constituciones americanas, con excepción de las citadas en los puntos precedentes, por lo general guardan silencio en este punto. GROS ESPIELL sostiene que son excepciones a este hecho las Constituciones de Estados Unidos (art. VI), de México (art. 133) y la de nuestro país (art. 31) (17). A pesar de este silencio, por vía interpretativa se ha llegado a la conclusión de que los pactos internacionales tienen una jerarquía similar a las leyes (18).

d) Dijimos que un cuarto grupo de constituciones estaría constituido por las constituciones que tienen provisiones específicas sobre los pactos internacionales de derechos humanos. Así, la Constitución peruana prevé que dichos pactos, que son ratificados constitucionalmente, tienen jerarquía constitucional y sólo pueden ser modificados siguiendo el procedimiento de reforma consti-

(13) "La ley no podrá modificar o derogar lo acordado en un tratado vigente para El Salvador. En caso de conflicto entre el tratado y la ley prevalecerá el tratado", es lo dispuesto en el art. 144, parte 2ª de la Constitución salvadoreña de 1983.

(14) El art. 25 de la Ley Fundamental de Bonn, le da primacía sobre las leyes a las normas generales del derecho de gentes y no tan sólo a los tratados internacionales.

(15) Una evidente referencia a la costumbre internacional ("reglas de derecho internacional generalmente aceptadas") utiliza la Constitución griega, para otorgar jerarquía superior a ambas (Tratado y costumbre) por sobre las leyes.

(16) De acuerdo a la interpretación dada por el Consejo de Estado el 28 de julio de 1951 y por el Tribunal de Casación el 8 de junio de 1960 al art. 37 de la Constitución de Luxemburgo, los tratados prevalecen sobre las leyes.

(17) GROS ESPIELL, HÉCTOR, *Los Tratados sobre Derechos Humanos y el Derecho Interno*, en "Temas de Derecho Internacional en Homenaje a Frida M. Pfirter de Armas", Barca, p. 62, sostiene que dichas provisiones otorgan jerarquía equivalente a los tratados con las leyes. Nosotros, por el contrario, sostenemos que el objeto de dichas cláusulas es asegurar la primacía del derecho federal respecto de los ordenamientos jurídicos locales. Ver, en idéntico sentido, DE LA CRUZ, ob. cit., p. 210 y sigtes.

(18) Conf. GROS ESPIELL, ob. cit., p. 63.

(19) Art. 105 (jerarquía y procedimiento para su reforma) y Disposición General Transitoria 18ª (ratificación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su protocolo facultativo, de la CADH y de la competencia de la Comisión y

tucional (19)). La misma jerarquía le otorga la Constitución nicaragüense de 1987 al contenido de los derechos incluidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 y la CADH (20). La normas relativas a los derechos fundamentales y libertades deben ser interpretadas de conformidad con la Declaración Universal de 1948 y los tratados ratificados sobre la misma materia, según lo establecen las Constituciones de España y Portugal (21). Por su parte, en Guatemala se establece que, en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones tienen preeminencia sobre el derecho interno (22).

Hecha esta breve referencia a la manera en que el derecho comparado ha resuelto la situación planteada, pasaremos a analizar en qué estado se encuentra tal cuestión en nuestro país.

Corte Interamericana de Derechos Humanos).

(20) El art. 46 de la Constitución de Nicaragua de 1986 señala en la parte pertinente, que "en el territorio nacional toda persona goza... de la plena vigencia de los derechos consignados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre. En el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas y en la CADH de la Organización de los Estados Americanos".

(21) Arts. 10.2 de la Constitución española y 16.2 de la portuguesa. BIDART CAMPOS ha propuesto una cláusula similar para ser incluida en una eventual reforma constitucional, e incluso sostiene que es posible admitir la existencia implícita en la Constitución, con su redacción actual, de una previsión semejante. Ver BIDART CAMPOS, GERMÁN, *Los Derechos Humanos en el Derecho Constitucional y en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, "Revista Lecciones y Ensayos", N° 54, 1990, p. 41. En igual sentido, HERRENDORF, DANIEL, *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, ps. 7 y 36.

(22) La reciente Constitución guatemalteca (1985) dispone, en su art. 46, que "en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones, aceptados y ratificados por Guatemala tienen preeminencia sobre el derecho interno". Como señala GROS ESPIELL, ob. cit., ps. 69/70 esta norma no debe interpretarse, como pareciera desprenderse de su texto, en el sentido de que prevalecen aun por sobre la Constitución, ya que en dicho país los jueces pueden enjuiciar la constitucionalidad de cualquier tratado, incluidos los referentes a derechos humanos.

Existe prácticamente unanimidad, tanto en la doctrina (23) como en la jurisprudencia (24), en cuanto a sostener que los tratados tienen, en el ordenamiento jurídico argentino, jerarquía inferior a la Constitución. Especialmente se esgrimen dos argumentos para realizar tal afirmación. Se invoca, por un lado, el art. 27 de la Ley Fundamental, que establece que los tratados concluidos con otros Estados deben estar en conformidad con los principios de derecho público establecidos en la Constitución. Aun careciendo de dicho artículo, la conclusión no debería modificarse por el carácter rígido de nuestra Constitución. De este hecho se desprende que los poderes constituidos no podrían concluir un tratado contrario a las disposiciones constitucionales ya que, en ese caso, estarían actuando como poder constituyente modificando la Carta Magna, en abierta violación a una de las formas de distribución del poder en nuestro país (25).

La unanimidad resaltada más arriba, desaparece cuando se analiza la relación ley-tratado. La Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene resuelto, a partir del caso "Martín & Cia. Ltda. c. Administración General de Puertos" (26), que la ley y el tratado tienen la misma jerarquía y, por ende, rige la máxima *leges posteriores priores contraria abrogant*. Sin embargo, un sector de la doctrina, entre los que se encuentra BIDART CAMPOS, sostiene que los tratados deben prevalecer por sobre las leyes. Los argumentos esgrimidos suelen ser dos. Por una parte se sostiene que, al impedir la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, el invocar el derecho interno para incumplir un tratado, no tiene sentido decir que una ley puede derogar un tratado si luego se generará responsabilidad internacional por tal hecho. Por otra parte, si una ley puede dejar sin efecto un tratado, se está admitiendo implícitamente que el Estado argentino puede modificar o suspender unilateralmente la vigencia de un tratado, en clara contradicción con el *pacta sunt servanda* y la buena fe internacional (27).

(23) Ver BIDART CAMPOS, GERMÁN, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional*, t. I, p. 102; VANOSSI, JORGE, *Teoría Constitucional*, t. II, p. 228 y *Régimen Constitucional de los Tratados*; RUIZ MORENO, ISIDORO, *El Derecho Internacional Público ante la Corte Suprema*, p. 15.

(24) Jurisprudencia unánime a partir del caso "Alfonso Chantrain s/hábeas corpus" (Fallos, 208-84). En el caso "Washington Cabrera c. Comisión Mixta Técnica de Salto Grande", la Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró por

Nosotros creemos que dentro de la propia Constitución es posible encontrar un nuevo argumento para sostener que los pactos internacionales deben prevalecer sobre las leyes. Sabido es que el actual desarrollo del derecho internacional impide que los Estados se sustraigan arbitrariamente de las obligaciones internacionalmente asumidas, aun cuando invoquen normas de su propio derecho interno. Si lo hacen, serán responsables internacionalmente, pudiendo llegar a quedar aislados de la comunidad internacional, como lo demuestran tristes ejemplos de la historia reciente. Teniendo en cuenta este hecho, podemos intentar una relectura de algunos artículos de la Constitución Nacional. El art. 86, inc. 14 señala que el Poder Ejecutivo puede concluir y firmar "tratados y otras negociaciones requeridas para el mantenimiento de buenas relaciones con las potencias extranjeras" y por su parte, en el art. 27, ya citado, podemos leer que el "gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras". En estos dos artículos, nosotros vemos un imperativo constitucional que manda al gobierno federal abstenerse de realizar conductas (entre las que perfectamente se pueden incluir la sanción o la aplicación de una ley), que entorpezcan las buenas relaciones con la comunidad internacional. Y esto sucede si una ley posterior deroga un tratado, ya que implica aceptar que la Argentina, por su única voluntad, puede dejar sin efecto un tratado cuando quiera y en las circunstancias que lo desee, con total desconocimiento de las pautas mínimas de convivencia de la comunidad internacional.

De lo dicho hasta aquí concluimos que el Congreso debe abstenerse de dictar leyes contrarias a los tratados vigentes para la República. Si lo hace, el presidente, en uso de sus atribuciones, debería vetarla, dando cumplimiento a las disposiciones constitucionales. En el supuesto de que ello no sucediera, el Poder Judicial en un caso en concreto, debería declarar la inconstitucionalidad de la ley, otorgando primacía al trata-

primera vez la inconstitucionalidad de un tratado internacional.

(25) Por lo general, se sostiene que las tres formas de distribución o división del poder son: a) poder constituyente-poder constituido; b) la clásica división: Poder Ejecutivo, Poder Legislativo y Poder Judicial y c) la distribución territorial del poder en un Estado federal en gobierno central y los gobiernos locales.

(26) Fallos, 257-99.

(27) BIDART CAMPOS, GERMÁN, *Tratado Elemental*, ob. cit., t. I, ps. 103/104.

do. Creemos que ésta es la solución que mejor se adapta a una interpretación dinámica de la Constitución Nacional como es preconizado por la Corte Suprema, y es, además, la única forma de dar cabal cumplimiento al mandato constitucional contenido en dos artículos de la Ley Fundamental (28).

Estamos en condiciones en este momento de abordar el estudio de la situación en la que se encuentra la CADH en nuestro ordenamiento constitucional. Hay un dato que es esencial tener en cuenta, y es el hecho de que el Pacto de San José de Costa Rica es ante todo un tratado internacional (29). Esto significa que, en principio, las reglas elaboradas por la jurisprudencia y la doctrina con referencia a los tratados en general, serán de aplicación a la CADH. Decimos en principio, porque debemos tener en cuenta la especial naturaleza del Pacto. Como ha dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva N° 2: "La Corte debe enfatizar, sin embargo, que los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y en particular la Convención Americana, 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 objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de la 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 los individuos bajo su jurisdicción" (30).

No es solamente el hecho de reconocer derechos a los individuos lo que le da a estos tratados una naturaleza especial. Pensamos que otro elemento distintivo por excelencia de los tratados sobre derechos humanos es la posibilidad que tienen los indivi-

duos de acceder a una instancia jurisdiccional internacional una vez agotados los recursos internos. Este hecho hace preciso distinguir dos situaciones claramente diferentes (31). Por un lado tendremos, hipotéticamente, a un individuo que considera que los derechos reconocidos en la CADH han sido violados, y una vez agotados los recursos internos, acude al sistema interamericano. En este caso siempre el pacto tendrá una jerarquía superior, y el Estado no podrá invocar ni su derecho interno, ni siquiera las prescripciones constitucionales (32), a menos que sea para demostrar que ellas están de conformidad con lo prescripto por la CADH.

La otra situación se plantea cuando el pacto debe ser aplicado como norma de derecho interno. En dicho supuesto debe estudiarse la solución dada por el derecho constitucional argentino. Como hemos dicho, los tratados, en nuestro sistema jurídico, tienen una jerarquía infraconstitucional. Ello supone que la aplicación de la Convención debe superar un test de admisibilidad, esto es que en los casos a ser resueltos en la esfera interna, es preciso que las normas de la Convención se adecuen a la Constitución Nacional (33). No hay ninguna razón valedera para desechar los argumentos del carácter rígido de la Constitución y la prescripción del art. 27 —ya analizados— y de ese modo plantear que la CADH tendría un carácter superior a la Constitución. Reforzando este carácter infraconstitucional del Pacto, al ser ratificado el mismo se incluyó una reserva —que tradicionalmente utiliza nuestro país— conocida como la "cláusula argentina". La misma, en el caso de la CADH, reza de la siguiente manera: "...El presente Pacto se interpretará en concordancia con los principios y cláusulas de la Constitución Nacional vigente o con los que resultaren de reformas hechas en virtud de ella..." (34). Sería interesante cuestionarse cuál es el grado de validez de una reserva que pretende someter al Pacto a las prescripciones del sistema constitucional argentino, pero en el

(28) Ver ABREGÚ, MARTÍN y DULITZKY, ARIEL, *Las leyes "ex post facto" y la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales como normas de derecho internacional a ser aplicadas en el derecho interno (con especial referencia al caso Schwammberger)*, mimeografiado.

(29) TRAVIESO, JUAN, *La recepción de la Convención americana de derechos humanos en el sistema jurídico argentino*, LL, 1987-C-645; HAYNES, ob. cit. y JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, ob. cit., p. 25.

(30) O/C-2/82 del 24 de setiembre de 1982.

(31) TRAVIESO, ob. cit., p. 650.

(32) Salvo la especial excepción contenida en el art. 46 de la Convención de Viena.

(33) TRAVIESO, ob. cit., p. 650. Es preciso insistir en el hecho de que estamos frente a una hipótesis de derecho interno. La respuesta debería cambiar si nos halláramos en una instancia internacional.

(34) Instrumento de ratificación del gobierno de la República Argentina de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, firmado por el entonces presidente de la Nación, Raúl Alfonsín y refrendado por su canciller Dante Caputo, el 14 de agosto de 1984.

ámbito internacional y no en el meramente interno (35).

El hecho de que aceptemos el carácter infraconstitucional del Pacto, no nos impide que sostengamos que el contenido de los derechos reconocidos en la CADH tienen jerarquía constitucional. Pensamos, con parte de la doctrina (36), que los derechos incluidos en el Pacto tienen, o bien reconocimiento expreso, o bien implícito a través del art. 33. El objetivo del Pacto es la mayor y más efectiva protección de la libertad del ser humano, o como dice su Preámbulo, consolidar un "régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre". En el mismo sentido, "la finalidad suprema y última de la norma constitucional es la protección y la garantía de la libertad y de la dignidad del hombre" (37). La identidad de objetivos también se verifica en la similar ideología que se desprende de ambos instrumentos. El catálogo de derechos reconocidos en la CADH ha venido a sumarse e integrarse a nuestra constitución material, haciendo más completa y efectiva la protección jurídica de la persona humana. En cuanto a los derechos contenidos en la CADH y en la Constitución no hay ninguna dificultad para reconocerles su jerarquía constitucional. En cuanto a los que figuran en el Pacto y no así en el texto constitucional, creemos que por

la identidad de objetivos y de ideologías entre ambos, es posible considerarlos como implícitos a través del art. 33 de la Constitución Nacional. Esto nos lleva a sostener que el desconocimiento o violación de los derechos reconocidos en la CADH, no sólo acarreará una eventual responsabilidad internacional, sino que, en el ámbito interno, tal hecho podrá ser tachado de inconstitucional por violar un derecho (expreso o implícito) de jerarquía constitucional. Aún más —como señala GOZÁINI— el no reconocimiento de algún derecho incluido en el Pacto de San José de Costa Rica, podrá generar una inconstitucionalidad por omisión (38).

Finalmente, hay otro dato para tener en cuenta, ya que le otorga al Pacto *status* especial. La CADH representa un límite heterónimo al Poder Constituyente (39). Cualquier futura reforma constitucional no podría, jurídicamente, reconocer o incluir en su texto menos derechos que los consagrados en el Pacto. La Convención Americana representa el piso mínimo de los derechos que el ordenamiento jurídico argentino debe reconocer. Una reforma constitucional podrá consagrar más derechos, que serán bienvenidos, pero jamás podrá dar un catálogo más restrictivo que la CADH. De allí que, a través de un pacto internacional, se haya establecido un límite al poder constituyente derivado (40).

(35) Si la reserva tuviese valor en el ámbito internacional, el Estado argentino estaría prevaliéndose de su derecho interno para sustraerse de las obligaciones contraídas internacionalmente, situación que, como hemos dicho, no es jurídicamente posible. Sin embargo, podría alegarse que ello no sucede, ya que el objeto de una reserva es, precisamente, dejar sin efecto alguna cláusula de un tratado internacional.

(36) BIDART CAMPOS, *Los Derechos Humanos...*, p. 43; GOZÁINI, ob. cit., p. 3; HERRENDORE, ob. cit., ps. 7 y 36.

(37) LINARES QUINTANA, SEGUNDO, *Reglas para la interpretación constitucional*, p. 48 y sigtes.

(38) Ver GOZÁINI, ob. cit., p. 2. Sobre la in-

constitucionalidad por omisión puede consultarse: SAGÜÉS, *Derecho Procesal...*, t. I, p. 128 y sigtes. BIDART CAMPOS, *La Justicia constitucional y la inconstitucionalidad por omisión*, ED, 78-765, etcétera.

(39) BIDART CAMPOS, *Tratado Elemental*, t. III, ps. 117/118.

(40) VANOSI, *Teoría Constitucional*, t. I, ps. 178/179, clasifica a los límites del poder constituyente en autónomos y heterónomos. Estos últimos son las normas jurídicas ajenas a la Constitución misma, entre las que incluye a los pactos federales, al poder constituyente de las provincias, y a los tratados internacionales.

A LOS TREINTA AÑOS DE LA ENCICLICA "MATER ET MAGISTRA"

Por GERMAN J. BIDART CAMPOS

El 22 de julio de 1961 el diario "La Nación" daba a publicidad el texto casi íntegro de la encíclica con que, el 15 de mayo de ese año, el Papa Juan XXIII conmemoraba los setenta años de la "Rerum Novarum".

Acabamos de recordar el centenario del texto de León XIII, y Juan Pablo II le ha dedicado el magnífico documento que lleva el nombre de "Centesimus Annus".

Las encíclicas sociales tienen la virtud de suscitar comentarios difusivos que no suelen acompañar a otros documentos del magisterio eclesial. Seguramente, la denominada "cuestión social", por estar más allá de la confesionalidad, provoca atracción aun a quienes no participan de la comunión católica romana.

La "Mater et Magistra" fue, hace treinta años, una pieza doctrinaria de avanzada. No en vano su autor —Juan XXIII— expandía desde su vejez octogenaria toda la fuerza de un espíritu joven, inquieto, renovador, siempre atento a las aceleradas transformaciones del mundo de su época. Le bastaron cuatro años de pontificado para el "aggiornamento" de la Iglesia dos veces milenaria.

En 1961 despuntaba la descolonización, tomaban nuevo giro las relaciones internacionales, empezaban décadas contestatarias que, incluso, iban a movilizar la violencia como estrategia de las luchas sociopolíticas. Asomaba, en suma, una época de cambio, y Juan XXIII lo presentaba con fina agudeza. Por eso su mensaje, con apoyarse repetidamente en enseñanzas de sus predecesores en la cátedra de Pedro, fue profundamente renovador. El ligamen con la "Centesimus An-

nus" revela la continua actualización de la doctrina social cristiana como parte de la teología moral.

Pero por ser teología moral no hemos de creer que lo que el Papa dice sea solamente un consejo o una admonición dirigidos a la conciencia ética de los hombres de buena voluntad, sin más fuerza que la que cada cual quiera prestarle desde su adhesión subjetiva. No es así.

Como hombres de derecho, y más aún, como cultores del derecho constitucional, entendemos que las líneas directrices y orientadoras que tres décadas atrás trazó Juan XXIII siguen siendo parámetros con que el Estado debe enmarcar su diseño de sociedad y de poder, abarcando en ese diseño —en primer lugar— a la persona humana, y explayándose después a ámbitos tan discolos como el de la economía, el de la relación entre trabajo y capital, el de la propiedad, etc.

No hay más que repasar los tópicos abordados en la "Mater et Magistra" para comprenderlo: el Papa no le tuvo miedo a la palabra "socialización", que le sirvió para esbozar la fisonomía organizacional de la sociedad contemporánea. Y dedicó párrafos al desarrollo económico y social (al que después Paulo VI prestaría atención en otra célebre encíclica sobre "El progreso de los pueblos"); a la presencia activa de los trabajadores en la empresa; al sector agrícola; a los servicios públicos; a la política económica; a la seguridad social; a las cargas fiscales; a la cooperación internacional; a las poblaciones sin medios de subsistencia; a la solidaridad, etc.

NOTA DE REDACCIÓN: Con relación a otros trabajos publicados sobre otras encíclicas, consultar: *El concepto de empresa en las encíclicas*, por JULIO SIMÓN, ED, 101-932; *Los signos de los tiempos*, por FRANCISCO VALSECCI, ED, 124-767; *Sollicitudo Rei Socialis: ¿en qué funda la iglesia su preocupación social?*, por MARIO STRUBBIA, ED,

128-847; *Reflexiones sobre la encíclica Sollicitudo Rei Socialis*, por GABRIEL J. ZANOTTI, ED, 129-833; *Reflexiones sobre la encíclica Libertas de León XIII (en su centenario)*, por GABRIEL J. ZANOTTI, ED, 129-941; *La "Rerum Novarum": Hace cien años y hoy*, por GERMAN J. BIDART CAMPOS, ED, 143-995.