

LOS DERECHOS HUMANOS Y LOS TRATADOS QUE LOS CONTIENEN EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL Y LA JURISPRUDENCIA ARGENTINOS

Ricardo Haro (*)

RESUMEN

1. Atento al texto de la Constitución 1853/60, la Corte Suprema de Justicia sostuvo inveteradamente la supremacía de la Constitución sobre los tratados, como así también la paridad de jerarquía jurídica entre éstos y las leyes, salvo a partir de 1992 en que otorgó prioridad a los Tratados de Derechos Humanos (TT.DD.HH.) sobre las Leyes.

2. Un cambio fundamental se produce en el orden jurídico argentino a partir de la Reforma Constitucional de 1994: a) Se receptaron nuevos derechos y garantías; b) Por el art. 75 inc. 22, se incorporaron con jerarquía constitucional diez TT. DD. HH., y se otorgó la primacía de los tratados sobre las leyes; c) Por el art. 75 inc. 24 se prevé la posibilidad de tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales; d) La CS ha reconocido expresamente la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la interpretación y aplicación de la Convención Americana y ha declarado que su jurisprudencia debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales.

Derecho Público. Derecho Constitucional. Derecho Internacional Público. Derechos Humanos. Derechos Fundamentales.

(*) Abogado. Profesor Emérito de la Facultad de Derecho de la Universidad de Córdoba, Argentina. Presidente honorario de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional.
Artículo recepcionado el 15 de Abril de 2003. Aceptado por el Comité Editorial el 29 de abril de 2003.
Correo electrónico: rharo@arnet.com.ar

ABSTRACT

Under the provisions of the Argentine Constitution of 1853/60, the Supreme Court always maintained the doctrine of the supremacy of the Constitution over international treaties, and the status of these as equal to Congress' laws, until the Court gave precedence to treaties on human rights over national laws in 1992.

A fundamental change takes place in Argentine law with the constitutional amendment of 1994: a) new rights and guarantees were received; b) By the provisions of article 75 subsection 22, ten treaties were given constitutional status, and treaties were granted precedence over national laws; c) Article 75 subsection 24 authorizes the delegation of power and jurisdiction to supranational organizations under the provisions of integration treaties; d) The Supreme Court has accepted the jurisdiction of the Inter-American Court of Human Rights over the interpretation and application of the American Convention and has declared that its own decisions must serve as guidelines for the interpretation of the conventions.

Argentina. Constitutional Law. International Law. Human Rights. Fundamental Rights.

I. EL HOMBRE, SU DIGNIDAD Y EL CONSTITUCIONALISMO

1. La dignidad de la persona y el constitucionalismo.

1. A nadie se le escapa que el Constitucionalismo como movimiento filosófico-político que logró su encauzamiento jurídico a través de las Constituciones Políticas y el Derecho Constitucional, realizó una de las mayores revoluciones en la dialéctica y conflictiva relación entre Sociedad y Estado, justificando su origen y desarrollo en dos premisas trascendentales:

- a) La afirmación y protección de la *dignidad de la persona humana*, paradigma fundamental que marcará definitivamente la construcción de un progresivo sistema jurídico-institucional, que abreviará en valores y fines antropológicos, políticos, sociales, culturales y morales, mediante los *derechos individuales* y sus correspondientes *garantías*.
- b) La segunda premisa consistió en establecer la *división y equilibrio de los poderes* y sus funciones, que se imputaron a diversos órganos, en procura de un poder

limitado y controlado, para evitar todo abuso que violase precisamente esa dignidad humana.

2. De allí los grandes objetivos de *libertad, seguridad y propiedad* ideas-fuerzas, asumidas por el *constitucionalismo clásico* o liberal a través del Estado de Derecho, para más tarde, con motivo de los excesos de una desmedida aplicación de ese individualismo en la vida de la colectividad y de la aparición en la escena mundial de la llamada «cuestión social», transformarse en las primeras décadas del presente siglo, en la nueva versión que representaba el *constitucionalismo social*, en el que como bien afirma Mirkine de Guetzevich, se pretende «*el control social de la libertad individual*», pues se tornaba necesario que junto a aquellas ideas-fuerzas de libertad, seguridad y propiedad, ahora se enarbolaran las de *la justicia y la solidaridad*, insuflando toda una dimensión social al Derecho, que se proyecta en el nuevo Estado Social de Derecho en la expresión de Hermann Heller, y que se afianza definitivamente después de la segunda posguerra mundial.

1. El Hombre, la Sociedad y las dimensiones de su personalidad

3. Este proceso es una manifestación vigorosa de la incesante búsqueda de la humanidad, aunque parezca paradójico, de reencontrarse con el *hombre*, centro de todo el quehacer cultural y de toda civilización. Porque el *hombre* es precisamente nada más ni nada menos que el *fundamento, el sujeto y el objeto* de toda Sociedad y de todas sus manifestaciones culturales. *Fundamento*, porque sin hombres es imposible que exista la sociedad; *sujeto*, porque él es el hacedor y el protagonista de la vida social y, finalmente, *objeto*, porque es el fin a cuyo servicio debe estar encauzada la vida social.

Hoy, frente a tanto materialismo, consumismo, miseria y marginación, es preciso reafirmar más que nunca un *sentido humanista* a toda nuestra existencia. A través del bien común, el hombre es el fin último de todas las manifestaciones del quehacer cultural, y por lo tanto, del Estado, de la Política, del Derecho y de la Economía, en fin, de lo que *Maritain* llamaba la «buena vida en común de todos los todos que integran el todo social». Y cuando como a menudo sucede, estas manifestaciones no vivencializan esa dimensión humanista personalizante, caemos en la «cosificación» y en una mera visión económica o numérica del hombre, es decir, en una concepción deshumanizadora y destructiva de la persona en la que gran parte de los pueblos se hallan sometidos, y de lo cual, la aberrante y desgarrante guerra de Irak, es una prueba contundente.

4. Es que hemos olvidado que el hombre no es una entelequia, ni una mera divagación filosófica. El *hombre* que nos interesa, coincidiendo con *Miguel de Unamuno (Del sentimiento trágico de la vida)*, es «el hombre de carne y hueso», el que nace, sufre y muere; el que come y bebe; juega y duerme; y piensa y quiere», y que en su vivir manifiesta cuatro grandes dimensiones de su existencia, que surgen de una complementación entre las que señalaba Kant, con las que distinguía Max Scheler.

a) *Dimensión individual*, el «yo» consigo mismo en una «*relación de identidad*», de autenticidad; b) *Dimensión social* que necesita el hombre para ser pleno, en una «*relación de fraterna solidaridad*» con los demás; c) *Dimensión cósmica* que lo une en una «*relación de señorío*», de «*dominus*» con la naturaleza, el universo, el cosmos; d) *Dimensión trascendente*, con el misterio del Ser, que al decir de Kant, es «lo Absoluto» para el filósofo, y es el Dios de los creyentes; aquí básicamente nos encontramos en una «*relación de filiación*».

En estas cuatro dimensiones que, como abanico de posibilidades, se le abren al hombre para que pueda ser lo más plenamente factible, se encuentran implicados todos los *derechos humanos* cuyo ejercicio va a posibilitar esa plenitud posible y siempre creciente del sagrado derecho a *ser hombre*. Son los mismos *derechos*, los llamados derechos de primera, de segunda o de tercera generación, que explícita o implícitamente reconoce la Constitución Nacional (en adelante CN), junto a los Tratados de Derechos Humanos (en adelante TT. DD. HH.) que con jerarquía constitucional, incorporó la Reforma de 1994.

Con este trasfondo ideológico, nos referiremos ahora al proceso de constitucionalización e internacionalización de los *derechos humanos* en el sistema jurídico argentino.

II. LA CONSTITUCIÓN DE 1853/60 Y LOS DERECHOS HUMANOS

1. La recepción de los derechos humanos

5. Nuestra *Constitución Nacional 1853/60*, en su parquedad de la enunciación de los *derechos y garantías* propia del constitucionalismo clásico decimonónico, los estableció en numerosos artículos tales como el art. 14 que establece los derechos que hacen a las libertades de *trabajar, de industria, de navegar y comerciar* (y art. 26), de

peticionar a las autoridades, de tránsito, de prensa (y art. 32), de propiedad, de asociación, de culto y de enseñar y aprender; los arts. 16 y 17, al prescribir los diversos aspectos de la igualdad ante la ley y de la propiedad, respectivamente; el art. 18 sobre las garantías constitucionales individuales del debido proceso; el art. 19 sobre la libertad.

Esta enumeración que lógicamente no era exhaustiva como no puede serlo por la innumerables manifestaciones de la dignidad humana en el desarrollo de su personalidad, siempre más novedosa y más rica, tuvo la cobertura del sabio art. 33 al establecer la plena vigencia de los *derechos no enumerados*, pero que nacen de la *soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno*. Por nuestra parte creemos que en la contemporaneidad, estos dos últimos estándares jurídico-políticos, deben ser reemplazados por el de la *dignidad de la persona*, por ser ésta el fundamento superlativo de todos los derechos del hombre.

6. Precisamente esa parquedad en su enunciación constitucional, dio amplio margen para su continuo desarrollo y acrecentamiento de los DD. HH. en el ordenamiento jurídico argentino, originado en las siguientes circunstancias institucionales:

- a) La incorporación al texto de la CN de los *derechos sociales* del trabajador, de los gremios, la seguridad social y la familia que fueron receptados, mediante el art. 14 bis en la reforma de 1957.
- b) Una prudente y dinámica *legislación del Congreso de la Nación*, siendo oportuno señalar a título meramente ejemplificativo, las leyes nacionales 16.986 de 1966 sobre la acción de amparo, y la 23.098 de 1984, reglamentaria de la acción de hábeas corpus;
- c) La *jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación* (en adelante CS), de cuyos fallos más destacados nos ocuparemos enseguida;
- d) Y finalmente, las sucesivas ratificaciones por el Estado Nacional en el transcurso de la segunda mitad del siglo XX, de los diez trascendentales TT. DD. HH. que, posteriormente, la reforma de 1994 incorporaría con jerarquía constitucional en el art. 75 inc. 22 CN.

2. La jerarquía normativa en el orden jurídico constitucional

7. En este tema es preciso tener muy presente dos disposiciones que marcaron a fuego hasta hace dos décadas, la cuestión referida a cuál era la jerarquía que ocupaban los *tratados internacionales dentro de la supremacía constitucional* en el régimen argen-

tino. La primera disposición que debemos recordar es el *art. 31* de nuestra Constitución Histórica, cuando dispone:

«Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras, son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ellas, no obstante cualquier disposición en contrario de que contengan las leyes o constituciones provinciales,....»

De la interpretación de este *art. 31*, nosotros hemos concluido en la existencia de una *«supremacía constitucional en sentido estricto»*, que sería la de la CN respecto de todo el derecho *infraconstitucional*, ya sea nacional o provincial; y de una *«supremacía constitucional en sentido amplio»* que es el de todo el orden jurídico nacional respecto de los provinciales.

8. Pero es preciso tener muy presente en el decurso de la evolución de la jurisprudencia de la CS, que esta supremacía exige en cuanto a los tratados, el cumplimiento del *art. 27* de la Constitución que establece que:

«El Gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución».

Siempre se ha considerado sin duda alguna, tanto en la legislación y la jurisprudencia, como en la doctrina especializada, que esta declaración de principios no sólo rige los tratados de paz y comercio mencionados, sino también en todos los tratados internacionales, cualquiera sea la materia de sus contenidos, por lo que lógicamente, también rige para los TT. DD. HH.

3. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

a) Supremacía de la CN sobre los tratados, salvo caso de guerra

9. Ha sido firme y permanente posición de la CS en el sentido que «la Constitución es un estatuto para regular y garantizar las relaciones y los derechos de los hombres que viven en la República tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra» expresada entre

numerosas otras, en la causa «*Compañía Azucarera Tucumana*» de 1927 (Fallos: 150-150), doctrina que fue ratificada en la causa «*Chantrain*» de 1947 (Fallos: 208-86) en la que la CS reiteró que «los tratados internacionales deben respetar las disposiciones de la CN, cuya supremacía sobre todas las normas de derecho positivo asegura el art. 31 de la misma».

10. En una sola y excepcional oportunidad, esta férrea doctrina fue soslayada en la sentencia dictada en los autos «*Merck Química Argentina*», del 9 de junio de 1948 (Fallos: 211-162), en la que la CS con motivo del estado de guerra del Estado Nacional con las potencias del Eje (Alemania y Japón) afirmó que no obstante la conformidad con los principios de derecho público que el art. 27 CN consigna para los tratados internacionales, «cuando se penetra en el terreno de la guerra en causa propia -eventualidad no incluida y extraña por tanto a las reglas del art. 27- la cuestión se aparta de aquellos principios generales y coloca a la República y a su gobierno político, en el trance de cumplir los tratados internacionales con todo el rigorismo de que puedan estar animados... y todo derecho o garantía individual reconocidos a los extranjeros incluidos en la categoría de beligerantes activos o pasivos, cede tanto a la suprema seguridad de la Nación como a las estipulaciones concertadas con los países aliados a la República».

b) Nulidad de tratado que viola derechos de la CN y de TT. DD. HH.

11. En el caso «*Cabrera c/ Comisión Técnica Mixta de Salto Grande*» de 1983 (Fallos: 305-2150), la CS declaró la invalidez de normas de tratados internacionales por violación a derechos consagrados en la CN y en TT. DD. HH.

- 1) La cláusula 4ª del Acuerdo de Sede suscripto el 15 de abril de 1977 entre el Gobierno de la República Argentina y la Comisión Técnica Mixta de Salto Grande -aprobado por ley 21.756- al establecer una exención no sólo ante los tribunales argentinos sino también ante los de cualquier otro estado y aun tribunales internacionales, con completa privación de justicia y negación al derecho a la jurisdicción, vulneró normas imperativas de derecho internacional general, padeciendo del vicio de nulidad *ab initio* conforme el art. 53 de la Convención de Viena de 1969.
- 2) Que la exención jurisdiccional convenida internacionalmente tiene límites en la congruencia con documentos internacionales que garantizan una suficiente y adecuada tutela de los derechos involucrados en controversias de derecho privado (ver, entre otros, Declaración Universal de Derechos Humanos, arts. 8 y 10; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, art. 18; Convención Americana sobre derechos Humanos, art. 8).

- 3) *Frente al conflicto planteado entre la norma que, por obra de un tratado, acuerda «inmunidad de jurisdicción» a una de las partes y la norma constitucional que reconoce a la otra el «derecho a la jurisdicción» (arts. 18 CN) corresponde declarar la inconstitucionalidad de la primera y la supremacía de la segunda, con base en opiniones doctrinarias y jurisprudencia de la Corte, apoyada en el art. 31 de la CN.*

c) Paridad jurídica entre los tratados y las leyes

12. En cuanto a la primacía de la ley o los tratados, la CS permanentemente sostuvo como lo expresó en el caso *«Martín y Cía»* del 6 de noviembre de 1963 (Fallos: 257-99), que «ni el art. 31 ni el art. 100 de la CN atribuyen prelación o superioridad a los tratados con las potencias extranjeras respecto de las leyes válidamente dictadas por el Congreso de la Nación. Ambos -*leyes y tratados*- son igualmente calificados por ello como «*ley suprema de la Nación*» y no existe fundamento normativo para acordar prioridad de rango a ninguno... Que se sigue de lo dicho que rige respecto a ambas clases de normas...el principio con arreglo al cual las normas posteriores derogan a las anteriores».

d) Un cambio copernicano: Primacía del Tratado sobre la Ley

13. Esta posición puesta de manifiesto en las diversas jurisprudencias hasta aquí analizadas, varió fundamentalmente con motivo de la ratificación que nuestro país formuló en 1972, de la *Convención de Viena sobre los Tratados* de 1969, pero que recién entró en vigor en 1980 en virtud de la ley 19.865. El art. 27 de la Convención de capital importancia en el tema, dispone que:

«Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado», con la única excepción (art. 46) de que se hubiese violado de forma manifiesta una norma de importancia fundamental de ese derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados».

Transcurriría más de una década de su vigencia, para que la CS el 7 de julio de 1992, variase fundamentalmente su tradicional tesitura en el leading case *«Ekmekdjian c/ Sofovich»* (Fallos: 315-1492), en él sostuvo, entre otras consideraciones:

- 1) «Que, en nuestro ordenamiento jurídico, el derecho de respuesta, o de rectificación ha sido establecido en el art. 14 del *Pacto de San José de Costa Rica* que, al ser

aprobado por la ley 23.054 y ratificado por nuestro país el 5 de septiembre de 1984, *es ley suprema de la Nación* conforme a lo dispuesto por el art. 31 CN»;

- 2) «Que un tratado internacional constitucionalmente celebrado, incluyendo su ratificación internacional, es orgánicamente federal....*La derogación de un tratado internacional por una ley del Congreso violenta la distribución de competencias* impuesta por la misma CN, porque mediante una ley se podría derogar el acto complejo federal de la celebración de un tratado»;
- 3) Que el art. 27 de la Convención de Viena, tratado internacional constitucionalmente válido, asigna prioridad a los tratados internacionales frente a la ley interna, por lo que «*confiere primacía al derecho internacional convencional sobre el derecho interno....*» e impone a los órganos del Estado Argentino *asignar primacía al tratado ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria o con la omisión de dictar disposiciones* que, en sus efectos, equivalgan al incumplimiento del tratado internacional». Ahora esta prioridad de rango integra el ordenamiento jurídico argentino.
- 4) «Que para la interpretación del Pacto es preciso *guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, uno de cuyos objetivos es precisamente la interpretación del Pacto de San José».

14. En síntesis, por este fallo realmente revolucionario, la CS afirmó la primacía del derecho internacional convencional sobre el derecho interno, no sólo ante el conflicto con una norma interna (que *nosotros por nuestra parte entendemos referido también a la Constitución* que es la norma fundamental dentro del derecho interno) sino también ante la omisión del Estado de dictar disposiciones que impliquen el incumplimiento del tratado y, finalmente, que en la interpretación del Pacto de San José, la CS debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

e) La aceptación de la jurisdicción internacional

15. Si bien en materia no vinculada estrechamente a los derechos humanos, estimamos útil exponer la doctrina sentada por la CS con base en el art. 27 de la Convención de Viena, el 7 de septiembre de 1993 en el caso «*Fibraca Constructora*» (Fallos: 316-1669), con una condición morigeradora pero aceptando la jurisdicción de un Tribunal Arbitral Internacional. Allí se sostuvo:

- 1) Que la necesaria aplicación de dicha norma, «*impone a los órganos del Estado Argentino, una vez asegurados los principios de derecho público constitucionales*» (debe entenderse que se refiere al art. 27 de la CN), asignar primacía a los tratados

ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria.

- 2) Que esta conclusión resulta la más acorde a las presentes «*exigencias de cooperación, armonización e integración internacionales que la República Argentina ha hecho propias y elimina la eventual responsabilidad del Estado por los actos de sus órganos internos*».
- 3) Que *la CS carece de facultad para revisar un laudo del Tribunal Arbitral de Salto Grande*, en tanto lo contrario implicaría entrar en contradicción con el espíritu del *tratado internacional firmado por las partes* en el cual se otorgó inmunidad de jurisdicción a la Comisión Técnica Mixta de Salto Grande. Por ello es improcedente invocar privación de justicia a fin de que la CS revise dicho laudo del Tribunal Arbitral de Salto Grande, toda vez que existe una jurisdicción internacional aceptada por nuestro País, y a la que las partes se sometieron conforme se desprende de lo previsto en el Acuerdo Sede, aprobado por ley 21.756.

16. En síntesis, si bien este pronunciamiento *confirmó la primacía* del tratado sobre cualquier norma interna, recuerda que tal primacía está condicionado a la conformidad que debe tener el tratado *con los principios de derecho público del art. 27 CN*. Desde otro ángulo, es preciso reconocer que este fallo dio un notable paso adelante en el tema aceptando categóricamente *la plena jurisdicción de un tribunal originado en un tratado internacional*.

4. Recapitulando el período de la Constitución 1853/60

A manera de resumen de este período, podemos afirmar que en cuanto al orden normativo, la Constitución decimonónica reconoció los derechos humanos del constitucionalismo clásico y estableció la supremacía de la Constitución sobre los tratados internacionales y la igualdad jerárquica de ellos con las leyes. Esta última circunstancia varió sustancialmente a partir de 1992, en que la Corte Suprema, declaró la primacía de los tratados internacionales sobre las normas de derecho interno, a la vez que a partir de 1993, condiciona esa primacía a la conformidad que debe tener el tratado con los *principios de derecho público del art. 27 CN*, y *acepta categóricamente la plena jurisdicción de un tribunal originado en un tratado internacional*.

III. LA REFORMA DE 1994 Y EL ACRECENTAMIENTO DE LOS DD. HH.

1. Los nuevos textos constitucionales

17. Este firme progreso en el enriquecimiento normativo de los Derechos Humanos, cuyo precursor premonitorio fue la CS desde el ya recordado caso *Ekmekdjian* y los otros citados, logró notables avances en la Reforma de 1994, la cual vino en este punto a constitucionalizar dicha doctrina en especial, en el inc. 22 del art. 75 CN. Veamos las principales prescripciones en este acrecentamiento de los derechos humanos:

1) Con el nuevo Cap. II de la Primera Parte, denominado «*Nuevos Derechos y Garantías*» que a través de sus ocho artículos del 36 al 43 inclusivos, recepciona la constitucionalización de varios derechos y garantías, algunos de los cuales que ya habían logrado consagración a nivel legal, y otros por el contrario, por primera vez se incorporaban al orden jurídico positivo nacional.

A título solamente informativo, mencionaremos los temas a los que se refieren cada una de las citadas normas:

- a) art. 36: *Derecho de resistencia*;
- b) art. 37: *Derechos políticos*;
- c) art. 38: *Partidos políticos*;
- d) art. 39: *Iniciativa popular*;
- e) art. 40: *Consulta popular*;
- f) art. 41: *Derechos ecológicos*;
- g) art. 42: *Derechos de los usuarios y consumidores*;
- h) art. 43: *Acciones de amparo, hábeas corpus y hábeas data*

2) Los *derechos de los pueblos indígenas* art. 75 inc. 17;

3) Las *acciones positivas* para el pleno goce de los derechos reconocidos, como asimismo los referidos al *niño* y a la *madre*, consagrados en el art. 75 inc. 23;.

4) Los *TT. DD. HH con jerarquía constitucional*, art. 75 inc. 22, que analizamos a continuación.

2. La jerarquización constitucional de los TT. DD. HH.

18. A lo expuesto, debemos explicitar la enorme importancia que tiene la consagración constitucional de los numerosos derechos reconocidos en los diez Documentos Internacionales sobre Derechos Humanos, mencionados en el inc. 22 del nuevo art. 75 CN. a saber: «...*La Declaración Americana de los Derechos y deberes del Hombre; la Declaración Universal de los 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 (entre ellos el art. 27 CN) y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. ...Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.»

3. La dimensión contemporánea de la supremacía constitucional

19. El derecho comparado nos muestra que en el estado actual del desarrollo del «derecho interno», decisivamente influenciado en su dialéctica por la fuerte presión del «derecho internacional» y últimamente del «derecho de integración y del comunitario», el *principio de la supremacía constitucional*, ha dejado de pertenecer originaria y exclusivamente a la Constitución, y se ha ampliado en su vigencia hacia otras «normas fundamentales» que también participan de dicha «supremacía». Por lo tanto, ya no se puede seguir identificando el mencionado principio solamente con la Constitución de un Estado.

En este sentido viene al caso recordar que Paolo Biscaretti di Ruffia, destaca la existencia de «*fuentes superprimarias*» del ordenamiento jurídico, a las que le siguen las «*primarias*» y, a su turno, las «*secundarias*». Es precisamente en Italia donde existen junto a la Constitución, las llamadas «*leyes constitucionales*», que requieren para su sanción, un procedimiento legislativo agravado por diversas votaciones, con mayorías especiales, posibles referendums, etc.

Asimismo, Giuseppe de Vergottini sostiene que no toda materia referida a la organización fundamental del Estado y a los principios básicos de su funcionamiento, está contenida en el texto constitucional, pues se da lo que él llama «*las integraciones*» de la Constitución, como sucede con las «*leyes constitucionales*», las cuales se equiparan respecto al valor de sus normas, a las contenidas en el documento constitucional.

20. No en vano, desde comienzos de la década del 70, la doctrina francesa implícita del Consejo Constitucional se orientó en esta concepción, y dio origen a la expresión «*bloque de constitucionalidad*», que tuvo una progresiva difusión en la doctrina constitucional europea, y que acuñara Georges Vedel. Si bien en un comienzo tuvo una mayor comprensión normativa, a partir de los años 80 «hay una restricción de las categorías de normas de referencia, como señala Louis Favoreu citando trabajo de Vedel, por lo que nos aclara que en 1989, «*el bloque de constitucionalidad*» *stricto sensu, se compone exclusivamente de textos de nivel constitucional, a saber, la propia Constitución, la Declaración, el Preámbulo y todas las leyes de la República, en la medida que sean portadoras de «principios fundamentales»* («El bloque de constitucionalidad», conjuntamente con Francisco Rubio Llorente, Cuadernos Civitas, Madrid 1991, pp. 23 y ss.).

Esto es precisamente lo que ha ocurrido con la sanción del inc. 22 del art. 75 en la Reforma de 1994, cuya significación surge con nitidez de los debates de la Convención, entre otros, en el informe del dictamen de la mayoría formulado por el convencional Barra cuando, refiriéndose a los TT. DD. HH., afirma: «Tienen jerarquía constitucional; no es que la integran estrictamente, sino que la complementan en igualdad de rango» (págs. 2835 del Diario de Sesiones, T. III).

4. El nuevo orden de primacía normativa en el sistema jurídico argentino

a) Las prescripciones de la reforma de 1994 sobre los tratados

21. La Reforma Constitucional de 1994, se orientó en estos contemporáneos rumbos en las nuevas prescripciones del art. 75 incs. 22 y 24, y no sólo consolidó en el texto constitucional el criterio de la CS en los casos ante citados («*Ekmekdjian*», «*Fibraca*»), respecto de la primacía de los tratados internacionales sobre las leyes nacionales, sino lo que es más trascendental, estableció una categoría novedosa en el derecho argentino, al otorgar jerarquía constitucional para los TT. DD. HH. que menciona en el citado inc. 22. Con ambas primacías, de los tratados sobre las leyes y de los TT.DD.HH. sobre la legislación infraconstitucional, se produjo una decisiva modificación y un positivo avance, en el orden de prelación jerárquica de las normas que integran el ordenamiento jurídico argentino.

En efecto, el art. 75 incs. 22 y 24 prescribe, en lo que aquí nos interesa, que:
«Corresponde al Congreso:

Inc. 22. *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**. Y a continuación, luego de consignar los diez Documentos Internacionales, dispone que «en las condiciones de su vigencia, tienen **jerarquía constitucional**, no derogan artículo alguno de la Primera Parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. ...Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional».*

Inc. 24: *Aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes.»*

b) La supremacía en el nuevo orden de prelación normativa federal

22. En consecuencia podemos concluir, que el nuevo orden de prelación normativa de la supremacía constitucional en el sistema jurídico nacional argentino, de acuerdo a los arts. 31 y 75 incs. 22 y 24, está integrado de la siguiente manera:

1) Constitución Nacional y TT. DD. HH. con jerarquía constitucional

23. En el *primer nivel jerárquico* y participando plenamente del grado más excelso del principio de la supremacía constitucional, se ubica como siempre la *Constitución Nacional* con sus 129 artículos, pero además y aquí está la cardinal novedad, junto a ella y con la misma jerarquía constitucional, se ubican los diez *Documentos Internacionales de Derechos Humanos* (Tratados, Pactos, Convenciones, etc) que enumera el inc. 22 del art 75, a los cuales se han agregado la *Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas* del 9 de junio de 1994, aprobada por la ley 24.556 del 18-10-1995 y con jerarquía constitucional por la ley 24.820 del 29-5-1997.

Es decir que la supremacía en *sentido estricto* ya no se identifica sólo con la CN, sino también con los referidos once Tratados de Derechos Humanos. La Constitución y los Tratados compartiendo la jerarquía y la supremacía constitucional, constituyen en consecuencia, lo que hemos dado en llamar *núcleo de constitucionalidad abierto* (por la posibilidad de incorporar nuevos tratados en la materia con jerarquía constitucional),

analógicamente a lo que la doctrina francesa, al impulso de Georges Vedel y Louis Favoreu, se ha denominado el «bloque de constitucionalidad», como lo señaláramos *supra*.

2) Tratados comunes, tratados de integración y las normas dictadas en su consecuencia

24. En el *segundo nivel jerárquico* se ubican los tratados internacionales y los concordatos con la Santa Sede, atendiendo a la jerarquía superior a las leyes nacionales, reconocida por la Constitución, como así también, en los casos de tratados de integración, no sólo el derecho originario del tratado sino toda la normatividad secundaria o derivada del tratado, necesaria para llevar a buenos logros, el proceso harto complejo de la integración regional.

3) Leyes nacionales

25. Que sancionadas por el Congreso de la Nación, ocupan el *tercer nivel de jerarquía* dentro del orden jurídico argentino.

4) Normas nacionales

26. A título enunciativo, podemos señalar los reglamentos, los decretos, las resoluciones, etc. En este caso, ya podemos hablar de un *cuarto nivel de jerarquía*.

5. Los TT. DD. HH. no se han incorporado a la Constitución

27. A esta altura es preciso destacar que en nuestra opinión, los TT. DD. HH., no se han incorporado al texto constitucional ni forman parte del mismo, sino que son normas a las que, por la trascendencia fundacional de sus contenidos que juridizan diversos aspectos ínsitos a la dignidad de la persona humana, se les ha otorgado jerarquía constitucional.

Compartiendo la supremacía constitucional, los TT. DD. HH. acompañan a la CN, están junto a ella, «al lado de ella», pero «no dentro de ella». Son normas fundamentales pero completamente diferenciadas: unas son *normas constitucionales*, y las otras, son *normas contractuales*.

La Constitución es un cuerpo rígido y codificado en sus 129 artículos, máxima y unilateral expresión normativa de la voluntad del pueblo argentino, en la que se establece el reparto de las competencias supremas del Estado, mientras que los TT. DD. HH. son documentos jurídicos surgidos de actos complejos de carácter contractual, convenidos por los Estados en muy diversas fechas, y especialmente relacionados a diferentes manifestaciones de los derechos humanos.

Existe en consecuencia, distinto origen, distinta naturaleza y conformación jurídica de ambos tipos de normas, que imposibilitan en nuestro entender, la pretendida incorporación de los TT. DD. HH. al documento constitucional, y por el contrario, nada obstan para que adquieran similar ubicación de primacía junto al texto de la CN.

28. En realidad y ante las distinciones señaladas, la voluntad del poder constituyente derivado o constituido ejercido por la convención reformadora, al otorgar a los TT. DD. HH. igual *investidura suprema* por su jerarquía constitucional en nuestro orden jurídico, de ningún modo incorporó sus textos al texto de la CN, sino que por el contrario, conformó conjuntamente, tanto con la CN como con los Tratados, el «*núcleo de constitucionalidad abierto*» o «*bloque de constitucionalidad abierto*».

Repárese que la Convención no dispuso como pudo hacerlo válidamente que «dichos tratados se incorporan al texto de la CN», mudando su naturaleza *contractual* y transformándolos en «norma constitucional».

29. Ello nos lleva a sugerir que la conocida imagen de la «pirámide jurídica» de Merckl en cuyo vértice estaba la Constitución, en el caso argentino se ha transformado ahora en un «*trapezio jurídico*» en cuyo lado superior se ubica la Constitución, más los TT. DD. HH.

No es por otra parte, que se haya tirado por la borda el principio de la *supremacía constitucional*, sino que se lo ha adaptado ampliando los alcances de su jerarquía a tratados, de acuerdo a los nuevos tiempos que vive la comunidad de las naciones, tiempos de integración y de interdependencia, en los cuales el Derecho continúa en las nuevas dimensiones que le demanda el proceso de internacionalización, plenificando su rol como integrador jurídico de las relaciones humanas (individuales, grupales, sociales, estatales). Ello se advierte claramente en el caso argentino, en el que la Reforma de 1994 sancionó un «reordenamiento» de la jerarquía de las normas en su orden jurídico.

6. Condiciones exigidas a los TT.DD.HH. para su jerarquía constitucional

30. Tres son las condiciones que los constituyentes de 1994 han entendido indispensables para el otorgamiento de la jerarquía constitucional a los TT. DD. HH. del inc. 22, los cuales deberán ser plenamente clarificados por nuestra Corte Suprema de Justicia mediante la futura jurisprudencia constitucional. Veamos:

a) Los tratados adquieren jerarquía constitucional «en las condiciones de su vigencia»

31. Las condiciones de su vigencia significa, en los términos que se encuentran en vigor en nuestro país a través de su pertinente ratificación. En los Tratados Internacionales, existen instituciones como la «reserva» que según la Convención de Viena de 1969, se trata de *«una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado, o al adherirse a él, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado»*.

En este sentido y respecto de los mencionados en el citado inc. 22 art. 75, cabe recordar que nuestro Estado ha formulado «reservas» a los siguientes Documentos: a) «Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio», de 1948 y ratificado en 1956; b) «Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y de Derechos Civiles y Políticos, ambos de 1966 y ratificados con reservas en 1986; c) «Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer», de 1979 y ratificado en 1985; d) «Convención sobre los Derechos del Niño», de 1989 y ratificado en 1990.

b) Los tratados «no derogan artículo alguno de la Primera Parte de la Constitución»

32. Este presupuesto debemos entenderlo en primer lugar, porque los 35 artículos del Capítulo Único (ahora Capítulo Primero), contienen «un mínimo de derechos humanos» incontrastables, que hacen esencialmente a la dignidad de la persona humana y, por lo tanto, no pueden ser marginados ni menos aún derogados por normas de los tratados, porque ello significaría una grosera e intolerable contradicción con el espíritu que anima dicho Capítulo.

Más allá de algunas eventuales hipótesis de conflicto, que pudieran aparecer entre una norma del anterior Capítulo Único de la CN y otra de un tratado, lo cierto es que difícilmente podrían darse en un tratado, contradicciones o menoscabo de los derechos o garantías reconocidos en la CN, a poco que se repare que tanto éstos como los consagrados en los tratados, tienen una idéntica fuente filosófica-política: la dignidad de la persona humana; y un idéntico objetivo humanista: la más plena protección de esta dignidad a través de sus derechos y garantías. Recuérdese aquí la concepción de un humanismo personalizante al que nos hemos referido en el Acápite I. párr. 1, 3 y 4 al comienzo de nuestra exposición.

Por otra parte, no podemos olvidar que en este Capítulo Único se encuentra el art. 27 CN, que precisamente es el que fija los principios de derecho público a los que deben conformarse los tratados internacionales.

Finalmente, y a mayor abundamiento, el art. 7 de la Ley 24.309 declaratoria de la necesidad de la reforma constitucional de 1994, establece: «La Convención Constituyente no podrá introducir modificación alguna a las Declaraciones, Derechos y Garantías contenidos en el Capítulo Único de la Primera Parte de la CN».

En este sentido, el convencional Barra señaló: «Los tratados no atentan contra las declaraciones, derechos y garantías de la Primera Parte de la CN, sino que las complementan, las explicitan o las perfeccionan, de suerte que aquéllos alcanzan una integridad y plenitud, acorde con el desarrollo progresivo de los Derechos Humanos. Estos nuevos derechos, son la culminación de los primeros 35 artículos y no su derogación». En igual sentido el convencional De Vedia, informante del bloque radical (Diario de Sesiones, T. III pp. 2836 y 2875).

c) Los tratados «deben entenderse complementarios de los derechos y garantías reconocidos por la Constitución»

33. Una regla básica de hermenéutica constitucional, prescribe que las palabras deben entenderse en su verdadero sentido, en un sentido general y común. A la luz de ella, el Diccionario de la Real Academia nos señala que «complementario» se dice de aquello que sirve para completar o perfeccionar alguna cosa.

Este y no otro, ha sido el sentido de la disposición constituyente, pues es indudable que los tratados con los derechos y garantías que consagran, vienen a «completar», a

«desarrollar» y a «perfeccionar» los contenidos en el plexo de la Constitución 1853/60.

7. La jerarquía constitucional de los futuros TT. DD. HH.

34. Es evidente que, recordando lo que expusimos en el acápite I. párr. 4., que en la problemática que presentan las cuatro dimensiones en que se proyecta el creciente desarrollo de la persona humana, nunca podrá llegarse a afirmar que los derechos y garantías que tutelan su dignidad, ya son plenamente conocidos y reconocidos jurídicamente, pues el devenir de los tiempos y de las circunstancias históricas, exigirán descubrir nuevos derechos y nuevas garantías frente a nuevas posibles agresiones a la persona.

Como bien señalaba Maritain, no es un problema *ontológico* de los derechos humanos, sino una cuestión *gnoseológica*, pues la cultura y sus valores, van descubriendo, conociendo y reconociendo nuevas manifestaciones respecto a este patrimonio inagotable de posibilidades humanas, que son sus derechos.

No en vano existe en todas las Constituciones cláusulas similares a nuestro art. 33 referido a los derechos no enumerados, pues realmente es imposible hacer un catálogo completo de ellos. De allí la sabia disposición de nuestro constituyentes de 1994, al dejar «abierta» la posibilidad a nuevos TT. DD. HH., cuando en el 3er. párr. del inc. 22 del art. 75 CN, dispusieron:

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

35. De acuerdo a la normatividad consignada, es evidentemente que en materia de Tratados de Derechos Humanos, la Constitución a partir de la reforma de 1994, no sólo otorga *jerarquía constitucional* a los que expresamente menciona en el segundo párrafo del inc. 22, sino que además, deja abierta la posibilidad hacia el futuro para que todo otro tratado que en materia de derechos humanos se apruebe por el Congreso de la Nación con mayoría absoluta ordinaria sobre los miembros presentes, *etapa aprobatoria*, pueda adquirir similar jerarquía constitucional siempre que obtenga una mayoría de las dos terceras partes del total de los miembros de cada Cámara, en la *etapa constitucionalizadora*.

Tan acertada ha sido esta prescripción abierta al futuro, que con posterioridad a la

reforma de 1994, ya se ha agregado un nuevo tratado con jerarquía constitucional: La *Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas* del 9 de junio de 1994, aprobada por la ley 24.556 del 18-10-1995 y con jerarquía constitucional por la ley 24.820 del 29-5-1997.

Es decir que la supremacía en *sentido estricto* ya no se identifica sólo con la CN, sino también con los referidos once Tratados de Derechos Humanos. La Constitución y los Tratados compartiendo la jerarquía y la supremacía constitucional, constituyen en consecuencia, lo que hemos dado en llamar *núcleo de constitucionalidad abierto* (por la posibilidad de incorporar nuevos tratados en la materia con jerarquía constitucional), analógicamente a lo que la doctrina francesa, al impulso de Georges Vedel y Louis Favoreu, se ha denominado el «bloque de constitucionalidad», como lo señaláramos *supra*.

8. Delegación de competencias y jurisdicción

36. Recordemos al respecto que el art. 75 en el inc. 24, como lo transcribimos *supra*, le asigna al Congreso de la Nación, la atribución de «*Aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes.*»

Si bien el tema no está directamente referido a los TT. DD. HH., conviene referirse al mismo, atendiendo a la importante correlación que existe entre aquéllos y los Tratados de Integración, en cuanto a la enorme importancia que tiene la aceptación nada menos que a nivel constitucional, de la atribución de los Poderes Ejecutivo y Legislativo de concertar tratados internacionales de integración por los que se «*deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales*».

A nadie se le escapa que no puede haber procesos de integración, si los estados partes, aceptando las limitaciones al clásico concepto de soberanía, no renuncian a atribuciones originariamente soberanas, pero que ahora deben compartir entre ellos, para la conducción de estos procesos por órganos supraestatales o supranacionales, que ejerzan las indispensables funciones legislativas, administrativas y jurisdiccionales que las distintas etapas de la integración vayan requiriendo.

37. De este modo, nosotros nos enrolamos en la corriente doctrinaria que interpreta en un sentido amplio esta expresión, un tanto confusa del constituyente al hablar de «competencias y jurisdicción», cuando como afirma Mario Midón, hubiese bastado de hablar de delegación de «competencias», en las que no dudamos se incluyen las necesarias para la progresiva consecución del objetivo integracional.

Siempre hemos creído que esta delegación autorizada para los tratados de integración, deben implícita pero asertivamente comprenderse de razonable aplicación, en una materia tanto o más fundamental, como es la referida a los DD. HH. En efecto, si se pueden delegar funciones jurisdiccionales en organismos supraestatales para la integración -y en tal sentido coadyuva la doctrina de la CS en el caso «Fibraca» comentado más arriba-, no parece dudoso que se puedan delegar jurisdicción en tribunales supranacionales, como es entre otros, en el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos o en la Corte Penal Internacional cuyo Estatuto de Roma fue adoptado el 17 de julio de 1998 en Roma y aprobado por la Ley 25.390 (Boletín Oficial del 23 de enero de 2001, Suplemento), Estatuto que consta de 128 arts.

IV. LA REFORMA EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

1. Presupuestos para la supremacía de los tratados sobre la leyes

38. En este caso «*Café La Virginia*» sentenciado por la CS el 13 de octubre de 1994 (Fallos: 317-1282), posterior a la Reforma vigente desde agosto de ese año, si bien se trata de un tratado relativo a aspectos impositivos aduaneros, lo que nos importa es que aquí la CS apoyándose en el reciente art. 75 inc. 22 primer párrafo de la CN, mantuvo la doctrina judicial con base en el art. 27 de la Convención de Viena anterior a la reforma y promotora de ésta, en el sentido de que la aplicación por los órganos del Estado de una norma interna que transgrede un tratado, *además de constituir el incumplimiento de una obligación internacional, vulnera el principio de la supremacía de los tratados internacionales sobre las leyes internas.*

Pero además reiteró -como en el caso «*Fibraca*» (Fallos: 316-1669)- la necesidad de que los tratados respeten la declaración de principios del art. 27 de la Constitución, expresando que «*una vez resguardados los principios de derecho público constitucionales*» en los tratados, «*si el legislador dictase una ley que prescribiese disposiciones contrarias a un tratado o que hiciese imposible su cumplimiento, este acto legislativo*

comportaría una transgresión al principio de jerarquía de las normas (art. 31 CN) y sería un acto constitucionalmente inválido».

39. **En síntesis:** La CS invocando el nuevo art. 75, inc. 22, 1er. párr. de la CN, mantuvo la doctrina judicial anterior a la reforma que se respaldó en el art. 27 de la Convención de Viena, en el sentido de que la aplicación por los órganos del Estado de una norma interna que transgrede un tratado, *además de constituir el incumplimiento de una obligación internacional, vulnera el principio de la supremacía de los tratados internacionales sobre las leyes internas (art. 31 CN)*, siempre que dichos tratados hayan *«resguardado los principios de derecho público constitucionales»* (art. 27 CN).

2. La jerarquía constitucional de los TT.DD.HH. y la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

40. En lo relativo a los DD. HH., una de las sentencias más importantes con posterioridad a la sanción de la reforma de 1994, fue la recaída en los autos **«Giroidi»** de 7 de abril de 1995 (Fallos 318-514), en la que la CS, superó el criterio sentado in re **«Jáuregui»** de 1988 (Fallos 311-274) que sostenía que la doble instancia exigida por el Pacto de San José de Costa Rica, se veía satisfecha por el recurso extraordinario ante el Alto Tribunal por cuestión de constitucionalidad.

Invocando el art. 75 inc. 22 CN, declaró la inconstitucionalidad del art. 459 inc. 2º del Cód. Proc. Penal de la Nación, que denegaba recurso de casación contra la sentencia de primera instancia que impone una pena inferior a tres años de prisión, lo cual contrariaba lo dispuesto por el art. 8º inc. 2º ap. h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH) que otorga a toda persona inculpada de delito, el derecho «...de recurrir el fallo ante juez o tribunal superior».

Allí dijo la CS:

1) Que la reforma constitucional de 1994, por voluntad expresa del constituyente, ha conferido jerarquía constitucional a varios acuerdos internacionales (art. 75 inc. 22, párr. 2º), entre ellos la mencionada Convención, «en las condiciones de su vigencia», esto es, tal como la Convención efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente *su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación...jurisprudencia que debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales*, en la medida en que el Estado Argentino *reconoció la competencia de la Corte Interamericana*

para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la CADH (conf. arts. 75 inc. 22 CN y 62 y 64 de la Convención y 2º de la ley 23.054) (en igual sentido, Fallos: 324-3143).

2) Que a esta Corte, como órgano supremo de uno de los poderes del Gobierno Federal, le corresponde -en la medida de su jurisdicción- *aplicar los tratados internacionales a que el país está vinculado* en los términos anteriormente expuestos, ya que lo contrario podría implicar responsabilidades de la Nación frente a la comunidad internacional. En tal sentido la Corte Interamericana precisó el alcance del art. 1º de la CADH, en cuanto los Estados parte deben no solamente «*respetar los derechos y libertades reconocidos en ella*», sino además «*garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción*». Según dicha Corte, «garantizar» implica el deber del Estado de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la CADH reconoce. (en igual sentido, Fallos: 324-3143).

Por consiguiente, la tolerancia del Estado a circunstancias o condiciones que impidan a los individuos acceder a los recursos internos adecuados para proteger sus derechos, constituye una violación del art. 1.1 de la Convención

41. **En conclusión**, advertimos que en este fallo, a los logros anteriores se agrega: 1) *La jerarquía constitucional* de los TT. DD. HH., de acuerdo al nuevo art. 75 inc. 22 CN, con lo cual supera la primacía supra-legal de los tratados, primacía ya reconocida por la CS con anterioridad a la reforma a la constitucional (caso «Ekmekdjian»); 2) El Estado Argentino reconoció la *competencia de la Corte Interamericana* para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la CADH; 3) Consecuentemente sostiene *la importancia decisiva que tiene la jurisprudencia de la Corte Interamericana que debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales*» por la Corte Suprema y demás tribunales inferiores de la Nación.

3. Inmunidad de jurisdicción de tribunales internacionales

42. Como en otros casos, en «*Ghiorzo*», si bien no se refieren estrictamente a DD. HH., consideramos importante sus conclusiones aplicables también a dichos tratados. Resuelto en 1997 (Fallos: 320-435), la CS sostuvo:

- 1) Teniendo en cuenta que según el art. 5 del Estatuto del Tribunal Arbitral Internacional de Salto Grande, las sentencias de éste son definitivas e inapelables, lo que es consecuente con la inmunidad de jurisdicción que se atribuye a la Comisión Técnica Mixta de Salto Grande, la CS no puede revisar lo que aquel tribunal internacional decida en los asuntos de su competencia (en igual sentido Fallos: 316-1669).
- 2) Los agravios constitucionales contra las disposiciones que regulan el acceso al Tribunal Arbitral Internacional de Salto Grande, deben dirigirse al órgano judicial competente en el ámbito interno, a fin de permitir un adecuado debate de la cuestión y dejar expedita -eventualmente- la instancia extraordinaria (ver doctrina de Fallos: 305-2150, es decir, la causa «Cabrera» que analizamos más arriba en párrafo 10.)

4. La doble instancia. Atribuciones de la Comisión Interamericana

43. La CS en su pronunciamiento del 21 de diciembre de 2000 en la causa «Felicetti», (Fallos: 323-4130), si bien mantuvo la tesis del caso «Girolodi», la adecuó en su criterio a una plataforma fáctica-procesal harto compleja, expresando:

- 1) Que la norma del art. 8º inc. 2º, apartado h) de la CADH, no impone necesariamente la doble instancia, *como renovación del debate realizado en el proceso*. Lo que la Convención aseguró, pues, fue *que la condena proviniese del tribunal superior en grado y no de uno inferior*, por lo que a la época en que la sentencia fue dictada, en que no había sido aún creada la Cámara Nacional de Casación, los tribunales superiores de las causas federales penales eran las Cámaras Federales de Apelación, por lo que al provenir la sentencia de condena de una de ellas, la regla internacional no fue violada, más aún cuando esta CS tuvo intervención en el sub lite, en oportunidad de tratar los recursos extraordinarios deducidos por los condenados.
- 2) Que si bien esta CS ha reconocido que la jurisprudencia de los tribunales internacionales competentes para la interpretación y aplicación de las convenciones incorporadas a la CN por el art. 75 inc. 22, segundo párrafo, «debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales» (Fallos 321-3555), sin embargo, en relación a las recomendaciones de la Comisión Interamericana agregó que «si bien por el principio de buena fe que rige la actuación del Estado argentino en el cumplimiento de sus compromisos internacionales, aquél debe realizar los mejores esfuerzos para dar respuesta favorable a las recomendaciones efectuadas por la Comisión, ello no equivale a consagrar como deber para los jueces el de dar cumplimiento a su contenido, al no tratarse de decisiones vinculantes para el Poder Judicial».

44. **En síntesis**, la CS afirmó que la doble instancia de la CADH, no impone una *renovación del debate realizado en el proceso*, sino que *la condena proviniese del tribunal superior en grado y no de uno inferior*. Por otro lado, sostuvo que si bien el Estado Argentino debe realizar los mejores esfuerzos para dar respuesta favorable a las recomendaciones efectuadas por la Comisión, ello no equivale a consagrar como deber para los jueces el de dar cumplimiento a su contenido, *al no tratarse de decisiones vinculantes para el P.J.*.

5. Tratados Derechos Humanos y Derecho Electoral Provincial

45. En la causa «*Alianza Frente para la Unidad*» de 2001 (Fallos: 324-3143), el Alto Tribunal al tratar la relación entre los TT. DD. HH. y las normas de Derecho Público Provincial, afirmó con nitidez que compartimos:

- 1) *Que «debe rechazarse el argumento referido a que el art. 23 de la CADH, carece de vigencia en el ámbito de los derechos electorales provinciales, pues desconoce que tal norma cuenta con jerarquía constitucional.* En el sub-lite se declaró la inconstitucionalidad de los arts. 53 y 57 de la Constitución de la Provincia de Corrientes, en cuanto impiden ser diputado o senador a los procesados con autos de prisión preventiva firme, y del art. 3 inc. d) del Código Electoral Provincial en cuanto inhabilita la candidatura de los detenidos por orden de juez competente, por ser contrarios al citado art. 23 al no haber sido condenados y afectar la presunción de inocencia.
- 2) *La tolerancia del Estado a circunstancias o condiciones que impidan a los individuos el goce de los derechos, constituye un violación a la CADH*, en la medida que la expresión *garantizar* entraña el deber de los Estados de organizar el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera que aseguren jurídica y libremente el pleno ejercicio de los derechos humanos.
- 3) *En materia de interpretación de los tratados es preciso acudir al principio de la buena fe*, según el sentido corriente que ha de atribuirse a los términos en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin (art. 31 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados) y a las pautas hermenéuticas específicas que contiene la CADH, en cuanto dispone que *no podrá admitirse restricción o menoscabo de ningún derecho reconocido en el pacto o limitarlos en mayor medida que la prevista en él.*

46. En síntesis:

- 1) *Que «debe rechazarse el argumento referido a que el art. 23 de la CADH, carece de vigencia en el ámbito de los derechos electorales provinciales, pues desconoce que tal norma cuenta con jerarquía constitucional.*
- 2) *La tolerancia del Estado a circunstancias o condiciones que impidan a los individuos el goce de los derechos, constituye un violación a la CADH.*
- 3) *En la interpretación de los tratados debe acudirse al principio de la buena fe, y no podrá admitirse restricción o menoscabo de ningún derecho reconocido en los mismos o limitarlos en mayor medida que la prevista en ellos.*

6. Derechos de los TT. DD. HH. y reglamentación nacional

47. En la causa «**Gabrielli**» de 1996 (Fallos: 319-1165), el Alto Tribunal al interpretar el derecho del hombre y la mujer de contraer matrimonio (art. 16.1. de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre; art. 23.2. del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos; y el art. 17.2. de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos), afirmó que la circunstancia que los pactos internacionales remitan a las «*condiciones requeridas en las leyes internas*», *no debe ser entendida como una concesión para que los Estados aborden la institución de cualquier manera y sin limitaciones, sino que debe respetarse la esencia del derecho.*

7. Armonía entre la Constitución y los TT. DD. HH.

48. En la causa «**Cancela**» de 1998 (Fallos: 321-2637), la CS declaró «*que la armonía o concordancia entre los tratados y la Constitución, es un juicio de comprobación que los constituyentes han efectuado en virtud del cual cotejaron los tratados y los artículos constitucionales y verificaron que no se produce derogación alguna, juicio que no pueden los poderes constituidos desconocer o contradecir.* Los tratados que fueron dotados de jerarquía constitucional, no pueden ni han podido derogar la Constitución, *pues esto sería un contrasentido insusceptible de ser atribuido al constituyente, cuya imprevisión no cabe presumir.*

Nosotros compartimos la última parte de la doctrina precedente, pero no estaríamos tan seguros como parece que lo está la CS de que existió por el constituyente «un juicio de comprobación» en el que se cotejaron los tratados y las normas constitucionales.

Creemos que la CS ha realizado una presunción *juris tantum*, pues la enorme extensión del articulado de los diez tratados y la vasta complejidad de las más diversas temáticas abordadas, tornan muy dudosos el minucioso cotejo y comprobación para investigar las posibles colisiones entre normas de los tratados y normas constitucionales.

Lo que sí está declarado por el constituyente en el art. 75, inc. 22 2º párrafo *in fine*, es los tratados «no derogan artículo alguno de la Primera Parte de esta Constitución». Pero esto vale como declaración categórica, pero no como afirmación que surge de un proceso exegético comparativo.

8. Recapitulación a partir de la Reforma Constitucional de 1994

Evidentemente que dicha reforma produce positivos avances en la temática que analizamos, toda vez que:

- a) Acrecienta notablemente el plexo constitucional de los derechos humanos a través de las disposiciones que hemos explicitado en el párrafo **III. 1.**;
- b) Declara en el art. 75 inc. 22, la jerarquía constitucional de diez Documentos Internacionales de Derechos Humanos, dejando abierta la posibilidad de otorgar igual jerarquía a futuros tratados según lo disponga el Congreso con mayorías agravadas;
- c) Recepta en la misma prescripción la primacía de los tratados sobre las leyes que ya había establecido la doctrina de la Corte Suprema;
- d) La Corte Suprema reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la CADH, sosteniendo la importancia decisiva que tiene su jurisprudencia que debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales, tanto por la Corte Suprema, como por los demás tribunales inferiores de la Nación.
- e) Pero también declaró la Corte Suprema que si bien el Estado Argentino debe realizar los mejores esfuerzos para dar respuesta favorable a *las recomendaciones efectuadas por la Comisión*, ello no obliga a los jueces dar cumplimiento a su contenido, *al no tratarse de decisiones vinculantes para el P.J.*