



TESIS DOCTORAL

**La resolución de un conflicto
insalvable entre la Constitución
Nacional y los tratados internacionales
sobre derechos humanos por parte de
un juez nacional**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR EN DERECHO
PRESENTADA POR

ERNESTO ADRIÁN LÖFFLER

Director
Prof. Dr. Alfonso Santiago

Buenos Aires, 2019

A mis padres, Ernesto Julio (*in memoriam*)
y Norma Beatriz.

A mis hijas, Catalina María y Ana Ernestina.

A todo el cuerpo docente del Doctorado en Derecho de la Universidad Austral, en
especial al estimado profesor doctor Fernando Toller.

Al profesor doctor Alfonso Santiago por su constante apoyo y sabia orientación.

A mis hermanos Damián, Pablo, Guillermo y Juan Matías.

A mi incondicional primo Francisco Cappellotti.

A Mauricio Neri Cravero por su perseverante aliento.

Y a Marilina, mi compañera y soporte en cada desafío que me depara el destino.

ÍNDICE GENERAL

ÍNDICE DE ABREVIATURAS	14
INTRODUCCIÓN	17
PRIMERA PARTE	24
ORIGEN Y DESARROLLO DEL CONSTITUCIONALISMO, DEL PRINCIPIO DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD. EVOLUCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN PERSPECTIVA INTERNACIONAL	
CAPÍTULO I	25
GÉNESIS Y EVOLUCIÓN DEL CONSTITUCIONALISMO, DEL PRINCIPIO DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD	
1. Evolución histórica del constitucionalismo. Influencias en la Constitución argentina	25
A. En las civilizaciones hebrea, griega y romana	25
B. La lealtad del juzgador en el constitucionalismo medieval	30
C. El rol de la judicatura en el constitucionalismo clásico	33
1) Orígenes del control judicial de constitucionalidad	33
2) Precedentes del control judicial de constitucionalidad anteriores a la sanción de la Constitución de Filadelfia de 1787	39
3) Principales notas en <i>El Federalista</i> sobre control de constitucionalidad	41
4) Casos posteriores a la sanción de la Constitución de Filadelfia y anteriores al voto ponente del juez MARSHALL de 1803	43
5) “William Marbury <i>versus</i> James Madison”	45
2. Síntesis del capítulo	48
CAPÍTULO II	52

ENCUADRE DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL ARGENTINA EN LA TRADICIÓN CONSTITUCIONAL

1. Acerca del concepto de Constitución	52
A. Concepto racional normativo	57
B. Concepto de Constitución histórico tradicional	60
C. Constitución sociológica	62
D. Concepto de constitución decisionista	64
E. Concepto de Constitución de tipo dialéctico	66
2. Dentro de qué categoría se ubica a la Constitución argentina	68
A. Conceptualización de la Constitución originaria	68
B. Conceptualización de la Constitución argentina, luego de la reforma constitucional de 1994	72
3. Síntesis del capítulo	74

CAPÍTULO III 76

NACIMIENTO Y EVOLUCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS *POST* CONSTITUCIONALISMO CLÁSICO

1. Nueva conceptualización del derecho internacional de los derechos humanos	76
A. La internacionalización de los derechos humanos: Como <i>ius commune</i> , <i>ius gentium</i> o <i>lex universalis</i>	76
B. De la aparición del derecho internacional de los derechos humanos	79
1) De la <i>res declarata</i>	83
2) De la <i>res pactata</i> , de la <i>res iudicata</i> y de la <i>res interpretata</i>	86
C. La obligatoriedad como característica central de los derechos humanos. ¿Cómo juega respecto de la inserción de éstos en los ordenamientos locales?	89
1) Dimensión jurídica de los derechos humanos. Influencia de la actividad jurisdiccional	90
D. Acerca del derecho natural y el <i>ius cogens</i>	94
E. El <i>ius cogens</i> y la competencia de los tribunales internacionales de derechos humanos	98
1) Breve mirada sobre la penetración del <i>ius cogens</i> en el sistema interamericano	99
A) La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y el <i>ius cogens</i>	100
B) La Corte Interamericana de Derechos Humanos y el <i>ius cogens</i>	104
C) Una última consideración sobre el tópico	110
2. Síntesis del capítulo	112

CAPÍTULO IV 116

**DESCRIPCIÓN DE LOS SISTEMAS DE INCORPORACIÓN DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES Y
DEL *IUS COGENS* AL ORDENAMIENTO JURÍDICO ARGENTINO**

1. En la Constitución originaria	121
A. A través de los tratados celebrados por escrito	121
B. A través del derecho internacional consuetudinario	124
2. En la Constitución de 1994	125
A. A través de los tratados celebrados por escrito	125
B. A través del derecho internacional consuetudinario	128
3. Síntesis del capítulo	130

SEGUNDA PARTE 133

**LA PROGRESIVA INCORPORACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS
HUMANOS AL ORDENAMIENTO JURÍDICO ARGENTINO Y LOS FUNDAMENTOS DE SU
PRETENDIDA SUPREMACÍA SOBRE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES**

CAPÍTULO V 136

**FUNDAMENTOS PARA SOSTENER LA SUPREMACÍA Y PRIMACÍA DEL
DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL SISTEMA DE
FUENTES DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ARGENTINO,
SEGÚN LA TESIS INTERNACIONALISTA**

1. Argumentos que surgen del propio texto de la Constitución argentina	136
A. El alcance del artículo 27 de la Constitución: el concepto estricto de tratados de paz y comercio	138
B. ¿Inexistencia de límites a las facultades del poder constituyente reformador de 1994?	144
2. Argumentos a favor de la tesis internacionalista que surgen de las cláusulas incorporadas por la reforma constitucional de 1994	149
A. ¿Cómo se incorporan los tratados internacionales de derechos humanos al ordenamiento local en función a lo reglado por el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, según la tesis internacionalista?	149

B. ¿Cómo interpreta la tesis internacionalista la frase: “...en las condiciones de su vigencia...” del art. 75 inc. 22.2?	156
1) La opinión de la doctrina	157
2) La opinión de la CSJN	159
C. ¿Cómo interpreta la tesis internacionalista la cláusula: “...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”, del art. 75 inc. 22.2?	162
1) La opinión de la doctrina	162
2) La opinión de la CSJN	165
3. Argumentos a favor de la tesis internacionalista que surgen de normas originadas en el derecho internacional	167
A. Conflicto entre normas internacionales y normas internas. Alcances de los artículos 26, 27 y 46 de la Convención de Viena según la tesis internacionalista	167
B. Argumentos para esgrimir la supraconstitucionalidad de la CADH sobre las normas de derecho interno incluida la Constitución argentina	174
4. Síntesis del capítulo	177

CAPÍTULO VI 181

APORTE E INCIDENCIA DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE IDH PARA DETERMINAR LA RELACIÓN JERÁRQUICA ENTRE LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS Y EL DERECHO NACIONAL

1. El control de convencionalidad como herramienta para asegurar la primacía del derecho internacional de los derechos humanos. El rol de la Corte IDH	181
A. Funciones y alcances de sus sentencias	184
B. Control de convencionalidad: breve explicación sobre sus orígenes y desarrollo	186
2. ¿Quiénes ejercen el control de convencionalidad desde la perspectiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos?	191
3. ¿Qué normas internacionales se deben confrontar para ejercer el control de convencionalidad?	195
4. ¿Sobre qué normas nacionales se ejerce el control de convencionalidad?	197
5. Control de oficio de convencionalidad	199
6. ¿Qué consecuencias se derivan del control de convencionalidad?	202
7. Síntesis del capítulo	204

CAPÍTULO VII 207

**ARGUMENTOS QUE SURGEN DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA DE LA NACIÓN PARA ESTABLECER LA PRIMACÍA DE LAS NORMAS
INTERNACIONALES SOBRE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES INTERNAS**

1. Posición de la CSJN y la doctrina	207
A. Criterios jurisprudenciales de la Corte Federal anteriores a la reforma de 1994 vinculados a la jerarquía normativa de los tratados internacionales	208
1) Período 1863-1992	208
2) Caso “Ekmekdján” (1992)	211
3) Caso “Fibraca” (1993)	214
4) Caso “Cafés La Virginia” (1994)	215
B. Criterios de la Corte Suprema luego de la reforma de 1994	217
1) Caso “Priebke” (1995)	217
A) De los hechos	217
B) De los argumentos de la Corte	218
i. Voto de la mayoría y concurrentes	218
ii. Conclusión	219
2) Caso “Giroldi” (1995)	220
A) Hechos	220
B) Fundamentos de la Corte Suprema	220
3) Caso “Bramajo” (1996)	221
A) Hechos	221
B) Las normas analizadas por la Corte	222
C) Resolución de la Corte	223
4) Caso “Acosta” (1998)	224
A) Los hechos del caso	224
B) Resolución de la Corte	225
5) Caso “Espósito” (2004)	227
A) La CSJN respecto de la obligatoriedad de las sentencias de la Corte IDH	228
B) Primacía de la jurisprudencia emanada del derecho internacional sobre el derecho doméstico	229
6) Caso “Arancibia Clavel” (2004)	229
A) Muy breve repaso de los hechos	229
B) Fundamentos de los votos de la mayoría	230
i. De la importancia y jerarquía del <i>ius cogens</i>	230
ii. De la imprescriptibilidad de los delitos de <i>lesa humanidad</i>	231

iii. La importancia de la jurisprudencia de la Corte IDH para el voto del juez Petracchi	232
iv. El derecho natural como fuente del Derecho	234
7) Caso “Simón” (2005)	235
A) Breve sumario de los hechos	235
B) Argumentos de la mayoría de la decisión	235
C) Los argumentos de la Corte para aplicar normas indisponibles del derecho internacional	236
D) A modo de síntesis	240
E) La posición que asumen los votos mayoritarios en torno de la justificación de la prescripción y la finalidad de la pena	243
8) Caso “Mazzeo” (2007)	244
A) Breve repaso de los hechos	244
B) Argumentos centrales de la Corte Suprema	244
9) Caso “Ministerio de Relaciones Exteriores” (2017)	246
A) Aclaraciones preliminares	246
B) Argumentos de la minoría en torno a la obligatoriedad de las decisiones de los organismos internacionales de derechos humanos	246
C) La opinión de la doctrina conteste con la disidencia del juez Maqueda	247
2. Recapitulación de los fundamentos de la tesis internacionalistas expuestos en la jurisprudencia de la CSJN	248
3. Síntesis del capítulo	255

CAPÍTULO VIII 257

LA SUPRACONSTITUCIONALIDAD DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN EL DERECHO COMPARADO

1. Chile	258
2. Perú	264
3. Guatemala	270
4. Colombia	274
5. Holanda y Luxemburgo	276
6. Síntesis del capítulo	278

TERCERA PARTE 281

**PROGRESIVA INCORPORACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS
HUMANOS AL ORDENAMIENTO JURÍDICO ARGENTINO EN ESCENARIOS DE
SUPRALEGALIDAD, INFRACONSTITUCIONALIDAD Y
CONSTITUCIONALIDAD DEFERENTE O MODERADA**

CAPÍTULO IX 282

**ARGUMENTOS A FAVOR DE LA PRIMACÍA Y SUPREMACÍA DE LAS DISPOSICIONES
CONSTITUCIONALES (TESIS CONSTITUCIONALISTA) EN EL MARCO
DEL SISTEMA JURÍDICO ARGENTINO**

1. La relación entre la Constitución Nacional y el derecho internacional de los derechos humanos según la tesis constitucionalista	283
A. Acerca del carácter de norma suprema de la Constitución argentina	287
1) La Constitución como norma fundante del ordenamiento jurídico nacional	290
A) Supremacía constitucional sobre los tratados internacionales	291
i. Alcance del artículo 31 de la Constitución Nacional	293
ii. Interpretación armónica de los artículos 27 y 31 de la Constitución Nacional	294
B) Primacía del poder constituyente sobre el poder constituido	298
i. Alcances del artículo 30 de la Constitución argentina	300
ii. Límites a las facultades del poder constituyente reformador	302
iii. La primacía normativa de la Constitución argentina como decisión reservada al Poder Constituyente	308
2) La lealtad del juez nacional en caso de conflicto normativo entre la Constitución y los artículos 27 y 46 de la Convención de Viena de 1969	311
3) El proceso de desconstitucionalización: la modificación del principio de supremacía constitucional por vías de hecho	315
A) Los gobiernos de facto y la ruptura con los principios de supremacía y de rigidez. El rol de la Corte Suprema de Justicia en torno al asunto	315
4) Las reformas de 1994: Límites a la nueva jerarquía de los tratados y los intentos de trasgresión a los principios de supremacía y de rigidez	318
B. Argumentos que surgen de las cláusulas incorporadas por la reforma constitucional de 1994 para la tesis constitucionalista	324
1) La “fórmula argentina” como herramienta para que el juez local pueda resolver conflictos normativos	324
2) Los tratados internacionales de derechos humanos en el ordenamiento local en función a lo reglado por el artículo 75 inciso 22 de la Constitución	

Nacional según la tesis constitucionalista	329
3) ¿Cómo interpreta la tesis constitucionalista la expresión: “...en las condiciones de su vigencia...”?	334
A) La opinión de los convencionales constituyentes	334
B) La opinión de la doctrina	335
4) ¿Cómo se interpreta según la tesis constitucionalista el párrafo: “...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”?	336
A) La opinión de los convencionales constituyentes	336
B) La opinión de la doctrina	337
5) Argumentos que surgen del artículo 36 de la CN. El imperio de la Constitución	338
C. ¿Corte Suprema de Justicia de la Nación o Corte Condicionada?	341
D. Argumentos para sostener la inconstitucionalidad parcial de la reforma constitucional de 1994, en tanto altera la primacía de la carta magna sobre los tratados y leyes de la Nación	344
1) Alcances de los artículos 6 y 7 de la ley 24.309	344
A) El caso Fayt	344
2. Síntesis del capítulo	345

CAPÍTULO X 350

ARGUMENTOS QUE SURGEN DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA -VOTOS DE LA MAYORÍA O MINORÍA- Y DICTAMEN DEL PROCURADOR PARA DETERMINAR LA RELACIÓN JERÁRQUICA ENTRE LA CONSTITUCIÓN, LAS NORMAS INTERNACIONALES Y LA JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

1. Dictamen del Procurador General de la Nación en el caso “Acosta” (2010)	351
A. El valor de las sentencias de la Corte IDH conforme el derecho interamericano. Postura de la tesis constitucionalista	352
B. El valor jurídico de las sentencias de la Corte IDH conforme el derecho y jurisprudencia argentina	355
2. Caso “Priebke” (1995)	357
A. De los argumentos de los votos disidentes	357
3. Caso “Acosta” (1998)	358
A. Argumentos a favor de la tesis constitucionalista	358
4. Caso “Cantos” (2003)	359

A. De los hechos	360
B. Argumentos a favor de la tesis constitucionalista	360
5. Caso “Arancibia Clavel” (2004)	361
A. De los hechos	361
B. Fundamentos vinculados a derechos de jerarquía constitucional	363
1) Supremacía de la Constitución -principios de derecho público-	363
6. Caso “Simón” (2005)	365
A. De los hechos	366
B. Fundamentos esgrimidos por la minoría	366
1) Respecto del control judicial de constitucionalidad	366
2) Supremacía de la Constitución -principios de derecho público-	367
3) Los tratados deben subordinarse a la Constitución	368
4) Alcance de la voz “los tratados se incorporan en las condiciones de su vigencia”	368
5) Supremacía del Poder Constituyente sobre el Poder Constituido	369
6) Alcances del artículo 27 de la CN como fórmula de reserva argentina o margen de apreciación nacional	370
7) Principio de rigidez constitucional	371
8) Orden jerárquico del sistema jurídico argentino	371
9) Alcances del <i>ius cogens</i> en el derecho argentino	372
7. Caso “Mazzeo” (2007)	375
A. De los hechos	375
B. Cómo llegan las actuaciones a la Corte Suprema	375
C. De la importancia del <i>ius cogens</i>	377
D. Importancia del precedente	377
E. Del valor de la cosa juzgada en el voto disidente de la juez Argibay	378
F. Del valor de la cosa juzgada en el voto disidente del juez Fayt	380
8. Caso “Espósito” (2004)	381
A. De los hechos	381
1) De la obligatoriedad de las decisiones contenciosas de la Corte IDH -artículo 68.1 CADH-. Alcances de su competencia	382
2) Alcances del artículo 27 de la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados	384
9. Caso “Derecho” (2007)	385
A. De los hechos	385
1) Los delitos investigados no eran de <i>lesa humanidad</i>	386
2) Valor de la cosa juzgada frente a delitos comunes. Competencia de la Corte IDH	387
10. “Ministerio de Relaciones Exteriores” (2017)	388
A. De los hechos del caso tratado recientemente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación	388

B. Principales argumentos del voto mayoritario de la Corte Suprema de Justicia de la Nación -jueces Lorenzetti, Highton y Rosenkrantz-	389
C. Argumentos del voto del juez Rosatti	393
11. Síntesis del capítulo	396

CAPÍTULO XI 400

LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL EN EL DERECHO COMPARADO

1. España	400
2. Rusia	402
3. Reino Unido	405
4. Alemania	407
5. Italia	410
6. Estados Unidos de Norteamérica	413
7. Chile	415
8. República Dominicana	420
9. Brasil	422
10. Uruguay	424
12. Costa Rica	427
13. México	431
14. Venezuela	438
15. Síntesis del capítulo	440

CUARTA PARTE 441

NOCIÓN DE LOS CONFLICTOS NORMATIVOS

CAPÍTULO XII 442

CONFLICTOS NORMATIVOS INSALVABLES ENTRE DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES, TRATADOS INTERNACIONALES Y JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL SOBRE DERECHOS HUMANOS

1. El concepto de conflicto normativo	442
---------------------------------------	-----

A. Distinción entre contradicción normativa y conflicto normativo	445
2. Clasificación de los distintos modos de resolución de los conflictos normativos	448
A. Criterios de pertenencia de la norma	448
B. Criterio de jerarquía	450
C. Criterio de validez	452
D. Distinción conforme a la operatividad de la norma hecha por ALEXY	452
3. La inconveniencia como conflicto normativo	455
4. Síntesis del capítulo	460

QUINTA PARTE

RESOLUCIÓN DE LA *QUAESTIO* PLANTEADA

CAPÍTULO XIII

¿A QUIÉN LE DEBE LEALTAD EL JUEZ NACIONAL EN CASO DE CONFLICTO NORMATIVO ENTRE LA CONSTITUCIÓN, LOS TRATADOS INTERNACIONALES CON JERARQUÍA CONSTITUCIONAL Y LA JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS?

1. Conclusiones	473
FUENTES BIBLIOGRÁFICAS	480
FUENTES JURISPRUDENCIALES	517
Jurisprudencia argentina	517
Corte Suprema de Justicia de la Nación	517
Demás tribunales de la Nación	525
Jurisprudencia internacional	526
Tribunales y órganos internacionales de derechos humanos	526
Jurisprudencia Corte Interamericana de Derechos Humanos	526
Recomendaciones e Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos	530
Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos	530

Otros tribunales internacionales	532
Tribunales nacionales en el derecho comparado	533

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

AA.VV.	Autores varios
AC / a. C.	Antes de Cristo
AFDI	<i>Annuaire Français de Droit International</i>
AG	Asamblea General
AG.NU.	Asamblea General de las Naciones Unidas
Art. / arts.	Artículo; artículos
BCF	Bloque de Constitucionalidad Federal
BCRA	Banco Central de la República Argentina
Bep.	<i>United States Bureau of Engraving and Printing</i>
CIPPEC	Centro de Implementación de Políticas Públicas para la Equidad y el Crecimiento
C.	Contra
CADH	Convención Americana de Derechos Humanos
RAP	Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública
CCC	Consejo de Calificación Cinematográfico
CCI	Corte Constitucional Italiana
CDFT	Cuarta Disposición Federal Transitoria
CDI	Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas
CDN	Convención de los Derechos del Niño
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CEFDM	Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer
Cfr.	Confrontar
CICGCLH	Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y los Crímenes de <i>Les a Humanidad</i>
CIDFP	Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas
CIEFDR	Convención Internacional sobre Eliminación de todas Formas de Discriminación Racial
CIJ	Corte Internacional de Justicia
Cit.	Citado
CJCP	Comité Judicial del Consejo Privado
CN	Constitución Nacional
Comisión EDH	Comisión Europea de Derechos Humanos
Comisión IDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CONADEP	Comisión Nacional para la Desaparición de Personas
Conf.	Conforme
Consid.	Considerando
Coord. Coords.	Coordinador, Coordinadores
Corte Cru	Corte Constitucional Rusa
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CPCyCN	Código Procesal Civil y Comercial de la Nación

CPJI	Corte Permanente de Justicia Internacional
CPP	Código Procesal Penal
CPR	Constitución Política de la República
CPSDG	Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio
CSJN	Corte Suprema de Justicia de la Nación
CSJU	Corte Suprema de Justicia Uruguaya
CTTPCID	Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes
CVSDT	Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados
DADDH	Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre
D.F.	Distrito Federal
DIDH	Derecho Internacional de los Derechos Humanos
Dig.	Digesto
Dir.	Director
DN	Derecho natural
Doc.	Documento
Dr.	Doctor
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos
EE.UU.	Estados Unidos de Norteamérica
FAMDEGUA	Asociación de Familiares de Detenidos-Desaparecidos de Guatemala
FIV	Fecundación <i>in vitro</i>
FPV	Fórmula Primaria de Validez
FRU	Frente Revolucionario Unido
GAM	Grupo de Apoyo Mutuo Perú
h.	Hijo
IC	<i>Ius Cogens</i>
IIJC	Instrumentos Internacionales con Jerarquía Constitucional
Inc. / incs.	Inciso; incisos
LDCP	Ley de Delitos Contra las Personas
Lib.	Libro
LL	La Ley
LOCGRSNCF	Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal
NSJC	Núcleo Supremo de Juridicidad Constitucional
Ob. cit.	Obra citada
OC	Opinión Consultiva
OEA	Organización de Estados Americanos
Of.	Oficial
OIT	Organización Internacional del Trabajo
ONU	Organización de las Naciones Unidas
OPP	Ordenanza Procesal Penal
p. / pp.	Página; páginas
PDESC	Pacto sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales
PDVSA	Petróleos de Venezuela Sociedad Anónima
PEN	Poder Ejecutivo Nacional
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales

Prof.	Profesor
<i>Q.</i>	<i>Quaestio</i>
RCADIH	<i>Cours de l' Académie de Droit International de la Haye</i>
Rev.	Revista
Resol.	Resolución
ResDH	Resolución de Derechos Humanos Tribunal EDH
RGDIP	<i>Revue Generale de Droit International Public</i>
S.A.	Sociedad Anónima
S.C.A.	Sociedad en Comandita por Acciones
SIDH	Sistema Interamericano de Derechos Humanos
SIN	Servicio de Inteligencia Nacional
STC	Sentencia Tribunal Constitucional
STEDH	Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STC Español	Sentencia Tribunal Constitucional Español
ss.	Subsiguientes
SUPP	<i>Supply</i>
Sup.	Suplemento
t.	Tomo
TC	Tribunal Constitucional
TCAlem	Tribunal Constitucional Alemán
TIDH	Tratados Internacionales de Derechos Humanos
Tit.	Título
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
Tribunal EDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
UN	Naciones Unidas (<i>United Nations</i>)
UNAM	Universidad Nacional Autónoma de México
UNESCO	<i>United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization</i>
UNTERM	Base de Datos Terminológica y Multilingüe de las Naciones Unidas
<i>US</i>	<i>United States</i>
<i>USA</i>	Estados Unidos de Norteamérica
<i>U.S.C.</i>	<i>United States Code</i>
Vol.	Volumen
V.	Volumen
vs.	<i>Versus</i>

“La búsqueda de la verdad no es fácil. Ya que no existe verdad en los extremos. La verdad discurre entre dos orillas, delgados hilos de agua o caudal de una corriente de río... Y cada día diferente...”.

LE CORBUSIER¹.

Introducción

El ordenamiento jurídico argentino tiene tangibles particularidades. Podría afirmarse que es el reflejo más patente de la diversidad cultural, racial, religiosa y filosófica de toda la sociedad. Podría, incluso, decirse que existe en la Argentina un verdadero sincretismo jurídico, que tomó algo de lo mejor de cada disciplina del mundo del Derecho. Nuestro modelo constitucional originario, con algunas salvedades, se inspiró en el concepto racional-normativo y siguió los lineamientos de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica de 1787. En el ámbito del derecho privado, se hizo notar la incidencia del Código Napoleón y del proceso de codificación que experimentó Francia en el siglo XIX. En dogmática penal, los juristas de la especialidad tuvieron en cuenta a los autores alemanes; en cambio, a la hora de concebir las normas del derecho adjetivo privado, para la aplicación de los códigos de fondo, tomaron las principales herramientas de los regímenes procesales español e italiano. Vale decir, que la intención del constituyente y del legislador local fue dotar a nuestro régimen de los mejores institutos de cada materia o especialidad y de las más avanzadas doctrinas de las distintas cepas jurídicas.

Al derecho constitucional se le asignó, en la etapa inaugural, un rol destacado: ser la norma fundante de todo el ordenamiento nacional -incluidos los tratados con las potencias extranjeras-; convertirse en el gran esqueleto sobre el que se asentó el cuerpo normativo argentino o el recipiente donde se amalgamaron y se armonizaron las distintas ramas de la ciencia jurídica de la República. En palabras de DALLA VÍA, no se trata de negar al derecho constitucional su condición de rama del derecho: “como disciplina científica es una más en el amplio campo del saber jurídico, pero su objeto de [...] estudio, la Constitución, no es una rama sino el vértice de la pirámide jurídica, de cuya recta interpretación dependerá la vitalidad de todo el ordenamiento.

¹ Charles Édouard JEANENERET-GRIS -LE COURBUSIER-, *Le Courbusier mi obra*, Ediciones Nueva Visión, Buenos Aires, impreso en Alemania 1960, p. 305. “ENTONCES LA JUVENTUD SE LEVANTÓ... EL 4 de febrero de 1960, cuatro mil quinientos jóvenes se apretujaban frente a la Sorbona, París. Sólo tres mil pudieron entrar en el gran anfiteatro. Mil quinientos llenaban la *rue des Écoles* hasta el Boulevard St. Michel”.

Recordando los pronunciamientos fundacionales hablamos del ‘*palladium* de la libertad’ y ‘el arca guardadora de nuestras más sagradas libertades’².

Si bien la carta inicial de 1853-1860 se nutrió, en líneas generales, del sistema de la Constitución de Filadelfia, también existieron en nuestras normas de máxima jerarquía matices que diferenciaron un texto de otro. Algunos de los preceptos constitucionales fueron el producto exclusivo del trabajo del constituyente local, que se inspiró en la realidad argentina y en las propuestas de juristas vernáculos (principios del concepto histórico-tradicional de constitución).

Es elocuente que en un espacio normativo como el nuestro, cada vez que las distintas ramas del derecho se relacionan lo hacen indirectamente los sistemas que tuvieron o tienen vigencia en varios países del mundo. En este proceso, los regímenes se superponen, se complementan, interactúan y, fundamentalmente, se influyen de manera recíproca, respetando siempre y a ultranza, un límite: la letra de la Constitución. Así, poco a poco, nuestro ordenamiento fue perdiendo su perfil de colonia hispana y, con la República en desarrollo, se transformó en un verdadero crisol jurídico con identidad propia.

Entonces, se puede afirmar que en la Argentina los cambios operados en el derecho constitucional se potenciaron merced a la incidencia de factores tanto endógenos como exógenos. Cada una de las disciplinas fue demandando modificaciones, muchas de ellas incoherentes por provenir de regímenes jurídicos incompatibles. En este marco, algunas ramas de la ciencia jurídica avanzaron con tanto impulso que pretenden trastocar la esencia de nuestro sistema republicano de gobierno, alterar el concepto de soberanía, los principios de supremacía y primacía normativa constitucional y modificar el rol de la Corte Suprema argentina -CSJN- como “intérprete final de la Constitución”³.

La interacción de los diversos subsistemas hizo que cada una de las disciplinas, con el transcurso del tiempo, perdieran las notas que las identificaban plenamente con el modelo seguido. Asimismo, semejante suerte corrió el derecho constitucional argentino y fue, como otros tantos, objeto de un proceso de transformación que caracterizó a la materia a nivel hemisférico. En líneas generales, su evolución posterior muestra el resultado de los distintos estadios por los que pasó esta rama del derecho, casi a la par de los grandes cambios sociales que experimentó el mundo occidental. Desde los tiempos del constitucionalismo clásico hasta nuestros días, se sucedieron reformas, enmiendas y mutaciones que produjeron cambios en las constituciones reales y formales de muchos países de la región. En gran medida, debido a la influencia de otros sistemas jurídicos, considerados de avanzada, y a la evolución del constitucionalismo contemporáneo, ello gracias al impulso de una novedosa jerarquización de los tratados internacionales y de la penetración y posterior amplificación de los derechos humanos en los ordenamientos nacionales. Este último fenómeno es posible constatarlo, con particular énfasis, en aquellos países donde se sancionaron constituciones débiles, excesivamente reglamentaristas, muchas de las cuales no fueron capaces de satisfacer las expectativas que generaron.

² Alberto Ricardo DALLA VÍA, “El Derecho Constitucional: entre la doctrina y el discurso”, *La Ley*, Buenos Aires, 3 de agosto de 2007, año LXXI, número 148, p. 4.

³ CSJN, Fallos 1:340, caso “Ministerio Fiscal c/ Calvete, Benjamín”, 1864.

El derecho internacional público y el concepto de *ius cogens* fueron, en mi opinión, la rama y el instituto del derecho que más impactaron y pusieron en jaque los principios de supremacía, primacía normativa y el control de constitucionalidad. Lo hicieron al extremo de imponer un nuevo rango normativo y un nuevo control que se ha dado en llamar control de convencionalidad. En ordenamientos como el argentino, la coexistencia de ambos mecanismos de revisión pusieron en crisis el orden de prelación de las fuentes del derecho y alteraron las competencias de los tribunales locales e internacionales. Al punto de no quedar claro, hoy por hoy, a quién debe lealtad final el juez nacional en caso de tener que resolver un conflicto normativo insalvable entre la carta magna de su país con los instrumentos internacionales a los que se les confirió jerarquía constitucional y la jurisprudencia de una Corte Internacional de Derechos Humanos.

He aquí, pues, la problemática central que espero elucidar en el trabajo que presento. Las preguntas esenciales que caben formular y responder a lo largo de la presente investigación.

1. ¿Pueden los órganos del poder constituido alterar la supremacía y primacía normativa constitucional?
2. ¿La innovación constitucional de 1994 modificó el carácter de norma suprema de la Constitución argentina? ¿Las disposiciones del artículo 75 inciso 22 CN tienen entidad para alterar la primacía normativa de la Constitución Nacional en el sistema jurídico argentino?
3. ¿A qué precepto jurídico o conjunto de preceptos del ordenamiento jurídico argentino se le debe atribuir la más alta jerarquía normativa: a los de orden constitucional o los de orden convencional?
4. ¿Frente a un caso de conflicto normativo insalvable, el juez nacional por cuál precepto debe optar: por el constitucional o el convencional?
5. ¿Corresponde, en el sistema jurídico argentino, hacer el control de convencionalidad de las disposiciones constitucionales, o lo correcto es hacer el control de constitucionalidad de las disposiciones convencionales, incluidas las interpretaciones que de ellas realicen los tribunales internacionales de derechos humanos?
6. ¿Es posible integrar a la Constitución nacional como norma suprema de la Fórmula Primaria de Validez (en adelante FPV) de nuestro ordenamiento jurídico?
7. ¿Cuál es la instancia jurídica suprema en la República Argentina y como consecuencia de ello a quién debe lealtad última el juez nacional⁴?

Empeñado en esta meta, la hipótesis y la tesis a investigar, como enunciado de la proposición principal, es la siguiente: el juez nacional, ante un conflicto normativo insalvable entre la Constitución frente a los tratados de derechos humanos y la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos, deberá resolver respetando la consigna que reza: ¡en el sistema jurídico argentino, la Constitución es suprema siempre!

⁴ Véase Alfonso SANTIAGO, “La relación jerárquica entre la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales. Supremacía constitucional y primacía normativa”, en http://www.academia.edu/26514127/La_relaci3n_jer3rquica_entre_la_Constituci3n_Nacional_y_los_Tratados_Internacionales (acceso 21-X-2018), pp. 16-17.

Debo aclarar, a modo de advertencia metodológica, que seguiré las recomendaciones de Karl POPPER, quien sostiene que el único método a respetar en toda disputa racional implica enunciar con claridad el problema y luego estudiar con sentido crítico las distintas soluciones que se proponen⁵. Como formula Raúl Gustavo FERREIRA, “no puede existir discusión racional si se ignora lo que otros piensan o han pensado sobre un mismo problema o sobre aspectos del mismo. Dado que se considera muy relevante la discusión racional”⁶. En esta tesis, entre otros tópicos, observo el estudio en perspectiva histórica del fenómeno del constitucionalismo, la supremacía constitucional, la primacía normativa de la Constitución argentina, el control de constitucionalidad, el control de convencionalidad, la evolución y alcances de la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos y el rol que debe jugar el juez local frente a los conflictos entre normas constitucionales y convencionales.

Sin perjuicio de lo expuesto, respecto de la metodología a utilizar, la presente investigación aplica un método descriptivo, comparativo, analítico y valorativo. Los capítulos y acápite dedicados al estudio de los tribunales internacionales de derechos humanos, el control de constitucionalidad y convencionalidad y el trabajo interpretativo, se hacen desde un punto de vista descriptivo comparativo. Mientras, que el estudio de los contenidos de las múltiples sentencias dictadas por los tribunales internacionales de derechos humanos y las máximas instancias locales se abordan desde una perspectiva analítica comparativa.

La tesis doctoral, como puede verse en su índice, consta de cinco partes, cuyo contenido paso a exponer sintéticamente.

La primera parte del trabajo estará destinada a analizar la génesis y desarrollo del constitucionalismo, del principio de supremacía y del control de constitucionalidad. Se expondrán los principales argumentos para fundar la supremacía constitucional en Argentina. Además, se abordará la génesis y evolución de la protección internacional de los derechos humanos.

Dividiré el estudio de la materia en cuatro capítulos. En el primero de ellos, se tratará de analizar brevemente qué se entiende por supremacía constitucional. Para ello, se analizarán: los orígenes del constitucionalismo y de las fuentes de inspiración del control de constitucionalidad, dado que será preciso determinar cómo se conformó y de dónde abrevó el convencional constituyente originario para redactar el texto argentino de 1853-1860.

En el segundo capítulo haré un muy breve repaso sobre la tradición constitucional de la República Argentina para determinar las principales características de la Constitución Nacional. Consideraré para ello, por un lado, el texto sancionado en 1853-1860 (reformado en 1866, 1898 y 1957) y, por el otro el texto vigente a partir de la innovación constitucional de 1994. En líneas generales cabe preguntarse: ¿qué se entiende por constitución?; ¿cómo se puede conceptualizar a la Constitución argentina?; ¿qué consecuencias tiene, en una primera aproximación, el principio de la rigidez constitucional?

⁵ Véase Karl V. POPPER, *La lógica de la investigación científica*, Editorial Tecnos, Madrid, 1962, pp. 16, 17 y ss.

⁶ Raúl Gustavo FERREIRA, *Reforma constitucional y control de constitucionalidad*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2007, p. 113.

El tercer capítulo se ocupará de describir brevemente la evolución del derecho internacional de los derechos humanos. Mostrará la nueva noción de éste, las características que asume, su penetración en los ordenamientos locales, su expansión y amplificación, cuáles son las funciones que cumple y cómo contribuye a su consolidación la nueva dimensión que cobran las normas imperativas del derecho internacional no contractual (*ius cogens*).

En el cuarto capítulo se describen los mecanismos de incorporación de los tratados de derechos humanos y del *ius cogens* en el sistema jurídico nacional, con anterioridad y con posterioridad a su última reforma constitucional.

Luego, en la segunda parte, se explica, desde la postura internacionalista, cómo se produce la progresiva incorporación del derecho internacional de los derechos humanos al ordenamiento jurídico argentino. Dividiré el estudio de la materia en cuatro capítulos.

En el capítulo quinto se expondrán las razones que, según la tesis internacionalista, fundamentan la supremacía y primacía normativa del derecho internacional de los derechos humanos y la jurisprudencia de los tribunales internacionales sobre las normas del derecho interno, incluidas las constituciones nacionales. Entre ellos, los principios que surgen de la propia Constitución argentina en relación al alcance que la postura internacionalista le asigna al artículo 27 de la CN. Asimismo, se abordará el estudio de los artículos 28, 30 y 31 de la Constitución, a la luz de la propuesta formalizada en el proyecto de ALBERDI y lo resuelto por el constituyente originario. En este mismo capítulo, se dará cuenta de la importancia que la postura internacionalista le confiere al artículo 75 inciso 22 de nuestra Constitución. Se analizará también la trascendencia de los artículos 26, 27 y 46 de la Convención de Viena, para la tesis internacionalista. Finalmente, se considerará la exégesis del artículo 118 en relación al *ius cogens*.

Al promediar la exposición de esta parte en el capítulo sexto, se expondrán los argumentos de la tesis internacionalista, que concibe al control de convencionalidad como un mecanismo para asegurar la primacía del derecho internacional de los derechos humanos, con base en el ordenamiento jurídico argentino. Me ocuparé, particularmente, de un tribunal internacional que cumple con aquella función: la Corte Interamericana de Derechos Humanos -Corte IDH-. Analizaré, brevemente, su competencia, el alcance de sus sentencias y su jurisprudencia. Se indagará cómo se efectiviza el diálogo interjurisdiccional, la validez que cobran la *res interpretata* y la *res iudicata* en base a lo reglado por los tratados internacionales -*res legislatata*, *res pactata* y *res declarata*-. Para consolidar y tutelar al derecho internacional de los derechos humanos, fue preciso dotarlo de órganos con competencia jurisdiccional. Aparece, entonces, una nueva figura: los tribunales internacionales. Con ello, surgen tensiones, entre estos magistrados y los locales, provocadas por pronunciamientos de las nuevas instancias que, incluso, obligan a los Estados a reformar sus leyes fundamentales para adaptarlas al nuevo orden.

En el capítulo séptimo se ahondará en los argumentos de la tesis internacionalista, que surgen de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación para determinar la relación jerárquica entre la Constitución, los tratados conforme rigen en las condiciones de su vigencia y la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos.

En el capítulo octavo, la tesis internacionalista brindará ejemplos, en el derecho comparado, respecto a cómo se admite la primacía normativa del derecho

internacional y de la jurisprudencia internacional de los tribunales de derechos humanos, como ocurriera en Chile, Guatemala, Colombia y Holanda, entre otros.

En la tercera parte de la investigación me ocupo de la progresiva incorporación del derecho internacional de los derechos humanos al ordenamiento jurídico argentino en escenarios de supralegalidad y constitucionalidad deferente o moderada. Se le asignan al estudio de este tópico tres capítulos.

En el primero de ellos, me refiero al noveno, desarrollaré los argumentos de la que denominaré tesis constitucionalista, la cual procura, esencialmente, preservar la supremacía y primacía normativa de la Constitución respecto de los tratados internacionales, incluso, los de derechos humanos y la jurisprudencia de los tribunales internacionales en la materia, con todas las implicancias y consecuencias que ello trae aparejado en el marco del ordenamiento jurídico argentino.

En el capítulo décimo, se exponen los argumentos que surgen de los votos de jueces y de los dictámenes del Procurador General de la Nación en diversos pronunciamientos que adhieren a la tesis constitucionalista. Se busca exponer las razones que movilizaron a destacados operadores del derecho local para defender la lealtad del juez nacional a la Constitución argentina.

En el undécimo capítulo, se evaluará el problema desde la perspectiva del derecho comparado. Se procurará exponer de qué manera opera la lealtad de los jueces nacionales en caso de conflictos entre las respectivas cartas magnas, con los tratados internacionales y la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos.

Por otro lado, la cuarta parte consta de un capítulo muy breve. En el duodécimo, se definirá qué se entiende por conflicto normativo insalvable entre la Constitución, los tratados internacionales y la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos. Se considerarán algunas herramientas con las que cuenta el juez nacional para resolver conflictos normativos de la naturaleza descripta.

Por último, en la quinta parte, ponderaré los argumentos brindados por ambas posturas, la internacionalista y la constitucionalista, que fueron presentados a lo largo de esta investigación, y fundaré la validez de la hipótesis que planteo en esta introducción.

A esta altura, me es imposible desconocer el avance que generó en la defensa de los derechos humanos de la región, el rol que asumió el órgano interamericano, ello a través del nuevo impulso que se le confirió al control de convencionalidad. No obstante, y valga la importancia señalarlo, en nuestro país ha regido una Constitución que determinó un rango de normas jurídicas; ha existido una ley fundamental que identificó un “Núcleo Supremo de Juridicidad Constitucional” -NSJC- y le encargó, a un poder del Estado, la misión de constituirse en guardián de ese orden. Bajo estas premisas, se tratará de establecer a quién le debe lealtad la judicatura nacional en caso de un conflicto normativo “insalvable” entre la Constitución argentina, los tratados internacionales con jerarquía constitucional y la jurisprudencia de la Corte IDH.

Resulta evidente que existen cuestiones, de alguna manera relevantes, tanto de carácter práctico como teórico, que pretende abrirle paso al nacimiento y a la consolidación de un nuevo orden, de una nueva matriz jurídica que procura instalarse, progresivamente, en los sistemas jurídicos locales. Como expone el profesor Alfonso

SANTIAGO “se trata de una problemática en la que convergen intereses académicos del Derecho Constitucional, del Derecho Internacional y de la Teoría del Derecho”⁷.

⁷ Alfonso SANTIAGO, “El Derecho Internacional de los Derechos humanos: posibilidades, problemas y riesgos de un nuevo paradigma jurídico”, disertación del profesor en sesión privada del Instituto de Política Constitucional, el 21 de octubre de 2009, p. 4, <http://www.ancmyp.org.ar/user/files/04santiago.pdf> (acceso el 18-XI-2014).

PRIMERA PARTE

ORIGEN Y DESARROLLO DEL CONSTITUCIONALISMO, DEL PRINCIPIO DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD. EVOLUCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN PERSPECTIVA INTERNACIONAL

CAPÍTULO I

Génesis y evolución del constitucionalismo, del principio de supremacía constitucional y del control de constitucionalidad

En este primer capítulo, me ocuparé de investigar de manera sucinta, los orígenes del constitucionalismo. Procuraré contestar las siguientes preguntas: ¿dónde y en qué etapa de la historia se podría identificar la primera constitución material e iniciar el estudio de este fenómeno?; ¿cuáles fueron las características esenciales de las primeras constituciones?; ¿dónde, y a partir de cuándo, se utiliza el principio de supremacía constitucional?; ¿cuál es la génesis de la moderna herramienta del control de constitucionalidad y cuáles fueron sus notas destacadas?

1. Evolución histórica del constitucionalismo. Influencias en la Constitución argentina

A. En las civilizaciones hebrea, griega y romana

La distinción entre constitución material y formal, que desembocó en la codificación de normas constitucionales en un documento escrito, adquirió rasgos definitivos en la atmósfera racionalista de la ilustración⁸. Sin embargo, la aparición de las constituciones escritas no debería asociarse, sin más, al surgimiento del constitucionalismo moderno. Existieron antes de los primeros textos codificados, organizaciones o entidades políticas que vivieron bajo el influjo de regímenes constitucionales en los cuales no fue necesario reglar por escrito la totalidad de los límites dados a los órganos del poder político. Estas fronteras, estaban tan incorporadas en las costumbres y los principios de algunas comunidades “que eran

⁸ Véase Karl LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución*, segunda edición, primera reimpresión, Editorial Ariel, Barcelona 1979, traducida por Eduardo Espín, p. 154.

respetadas por gobernantes y gobernados”⁹. En esta línea escribiré una serie de glosas tratando de respetar, en la medida de lo posible, un cierto orden cronológico¹⁰.

Una de las primeras constituciones puede encontrarse en la civilización hebrea¹¹. Allí, bajo un régimen fuertemente teocrático, quienes ejercían la función de gobierno no lo hacían de manera arbitraria o absoluta, se encontraban limitados por la ley divina, que sometía por igual a gobernantes y gobernados¹². Sin perjuicio de ello, fueron los primeros en limitar el poder de las autoridades gubernamentales a través de la norma moral de base religiosa¹³.

Se puede afirmar que su constitución material colocaba a la norma religiosa por encima del poder constituido¹⁴. Bajo esta ingeniería constitucional, los representantes de Dios en la tierra, eran quienes tenían por función interpretar la ley divina y juzgar a los hombres y a los detentadores del poder¹⁵. En ejercicio de esa función eran los miembros del Gran Sanedrín¹⁶ quienes tenían la última palabra¹⁷.

La civilización helénica contribuye al desarrollo del constitucionalismo a través de la consolidación de la democracia constitucional¹⁸. Se aprecia en el mundo griego un riguroso respeto “por los principios del Estado de derecho de un orden (*eunomía*) regulado democrática y constitucionalmente, así como por la igualdad y la justicia igualitaria (*isonomía*)”¹⁹.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ Véase Ricardo SULUAGA GIL, “La remota y lenta marcha del constitucionalismo”, <http://ricardozuluagagil.blogspot.com.ar/2015/08/la-remota-y-lenta-marcha-del.html> (acceso el 2-XII-2014).

¹¹ Véase AA.VV., *Historia universal. De la humanidad prehistórica al Imperio Bizantino*, José Manuel Cuenca Toribio (Dir.), Editorial Océano, Barcelona, 1992, p. 128.

¹² Enrique ÁLVAREZ CONDE, *Curso de derecho constitucional*, tercera edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1999, t. I, p. 145.

¹³ Véase *La Biblia*, XXXIII edición, Ediciones Paulinas, Madrid, 1981, Deuteronomio 16:18.

¹⁴ Véase Karl LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución...*, ob. cit., p. 154.

¹⁵ Véase *ibidem*, pp. 154-155.

¹⁶ El Gran Sanedrín fue una asamblea o consejo de sabios conformado por setenta y un rabinos: el Sumo Sacerdote y 70 hombres prominentes de la nación, que hacían la función de juez. En el período del Segundo Templo, el Gran Sanedrín se reunía en Jerusalén, en el llamado Salón de las Piedras Talladas. El Gran Sanedrín se reunía todos los días, excepto en los festivales judíos y en el sábado (Shabat). A este cuerpo se le atribuían funciones que los tribunales menores judíos no poseían. Por ejemplo, eran los únicos que podrían juzgar al rey, ampliar los límites del Templo y de Jerusalén, y eran aquellos que resolvían toda pregunta relacionada con la interpretación de la ley hebrea (Hayim BEN-SASSON, *A History of the Jewish People*, Harvard University Press, Boston, 1985, *passim*).

¹⁷ Es característica de este Estado teocrático que los representantes de Yahvé en la tierra, fuesen los que tuviesen la última palabra a la hora de interpretar la ley divina y juzgar respecto de la adecuación a aquélla de normas de inferior rango, de costumbres y acerca del comportamiento de los hombres y los detentadores del poder. No cabe duda que fueron los profetas, quienes alzaron sus voces contra los detentadores del poder, injustos e ignorantes cuando éstos se apartaban de la ley sagrada. Fueron, sin más, la primera oposición legítima contra el poder estatal y, para ello, recurrieron a la constitución moral de la comunidad hebrea. Además, se dijo con acierto que: “durante más de dos mil años, la Biblia ha sido, por encima de su papel de imperativa ley moral, la norma estándar para valorar gobiernos seculares y apenas existe teoría política posterior que no haya podido obtener sus argumentos de la Biblia” (Karl LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución...*, ob. cit., p. 154).

¹⁸ Véase Carlos SÁNCHEZ VIAMONTE, *Manual de Derecho Constitucional*, Editorial Kapeluz, Buenos Aires, 1956, p. 5. Véase Karl LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución...*, ob. cit., p. 155.

¹⁹ Julio SPERONI, “Antecedentes históricos del constitucionalismo”, *Revista de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia de la Nación*, números 39/40, enero/junio, IJ-LI-989.

El sistema democrático de esta civilización instauró algunos principios, que, incluso hoy, son observados por las modernas democracias: a) el de primacía de las decisiones de la asamblea para la toma de decisiones de relevancia colectiva; b) el derecho de palabra y de propuesta dentro de la asamblea conferido sin discriminación alguna; c) la extracción por suerte de los cargos públicos y de las magistraturas, comprendiendo los órganos jurisdiccionales; d) la alternancia anual de los gobernantes; y, e) la obligación de los gobernantes de rendir cuentas de sus actos²⁰.

El constitucionalismo antiguo, por esos tiempos, parecía circunscribirse a una comparación entre políticas y leyes; era el resultado de un mero confronto intelectual²¹. En Grecia se podía sostener que una ley era mala, pero jamás que no fuese obligatoria por ser contraria a la constitución²². Sólo se admitía que esos preceptos legales fuesen malos, que no eran verdadero derecho, pero nunca podía hacerse caso omiso de ellos invocando normas constitucionales²³. Lo expuesto equivaldría a expresar que: la ley de la constitución no era obligatoria, sino tan solo normativa.

Era evidente que los griegos no se apoyaban en principios fundamentales para invalidar leyes locales incompatibles con éstos. La tragedia de Antígona pone en evidencia el problema que generaba la desobediencia a la ley injusta²⁴. MACILWAIN

²⁰ *Ibidem*. ARISTÓTELES brindaba alguna aproximación a la definición de constitución en sentido material. Sostuvo que: “la constitución es la que determina con relación al Estado la organización regular de todas las magistraturas, sobre todo de la soberana, y el soberano de la ciudad es en todas partes el gobierno; el gobierno es pues, la constitución misma. Me explicaré: en las democracias, por ejemplo, es el pueblo el soberano; en las oligarquías, por el contrario, es la minoría compuesta de los ricos; y así se dice que las constituciones de la democracia y de la oligarquía son esencialmente diferentes...” (ARISTÓTELES, *La Política*, primera edición, Casa Editorial Garnier Hermanos, París, 1932, traducción Nicolás Estévez, pp. 110-111). Erróneamente, se afirma que tanto PLATÓN como ARISTÓTELES se aproximaron a las notas salientes del constitucionalismo moderno, donde la constitución juega el rol de norma suprema a la cual debe adecuarse todo el ordenamiento jurídico en el que rige bajo pena de considerar nula a la norma contraria a ella o inválido el obrar inconstitucional, provenga de un individuo o de un organismo del Estado. Al respecto se dijo que en cierto momento ARISTÓTELES y PLATÓN se distanciaron del sentido material de constitución, y sentaron, de algún modo, las bases del constitucionalismo moderno el cual consiste reconocer que todo gobierno se encuentra sujeto a la ley y toda ley acorde a un precepto superior que, hoy por hoy, denominamos constitución.

²¹ Véase Marco Tulio CICERÓN, *De la Re Publica*, Alianza editorial, Madrid, 2014, traducción, introducción y notas de F. Miguel del Rincón Sánchez, III, 22.

²² Véase Charles Howard MACILWAIN, *Constitucionalismo Antiguo y Moderno*, Editorial Nova, Buenos Aires, 1958, traducción José Rovira Armengol, p. 43.

²³ Véase *ibidem*. Lo expuesto equivalía a expresar que: “la ley de la constitución -si se nos permite emplear esta expresión- no era obligatoria, sino sólo normativa; y que las constituciones no tenían sanción en el sentido moderno que nosotros damos a esta última palabra. Sea cual fuese el sentido que la frase ‘ley inconstitucional’ [tuviesen] para PLATÓN o ARISTÓTELES -si jamás la emplearon- nunca hubiese significado una ley inválida por inconstitucional; y aunque cabe suponer que ‘ley constitucional’ significara la que tuviera por objeto la estructura del Estado, nunca pudo tener el sentido de ley ‘fundamental’ que nosotros damos a esa expresión” (Charles Howard MACILWAIN, *Constitucionalismo Antiguo...*, ob. cit., p. 51).

²⁴ El problema de la desobediencia civil se confunde con uno de los conflictos esenciales de la Teoría de la Justicia: la disgregación entre el derecho positivo y el derecho justo. La disociación entre ambas categorías se pone de manifiesto en el célebre pasaje de la Antígona de Sófocles para explicar las diferencias entre ambos conceptos del Derecho bajo el prisma de las doctrinas clásicas del derecho natural.

SÓFOCLES expuso que los restos mortales de Polinices, quien había muerto en combate contra Creonte (rey de Tebas) fueron abandonados sin ser sepultados en las afueras de la ciudad. Creonte ordenó públicamente que nadie lo enterrase, bajo apercibimiento de condenar a muerte a quien desobedeciese

sostiene que los griegos concebían a la ley “en función del Estado, no el Estado en función de la ley, como [ocurriría] invariablemente con los romanos y los hombres de la edad media. Sólo después de la aparición de una noción de un derecho superior y ‘más antiguo’, a base del cual se formen las leyes de los Estados particulares y con el cual tienen que conformarse para ser válidas, fue posible que la concepción moderna del constitucionalismo reemplazara a la antigua”²⁵. Como se verá, esa mutación se produjo tiempo después y en otra cultura.

Luego, se debe pasar a la civilización romana donde son dos los legados que contribuyen al desarrollo del constitucionalismo²⁶. Uno de ellos tiene que ver con el funcionamiento de sistemas mixtos de gobierno. En ellos, se establecieron frenos y contrapesos en la organización del departamento del poder. Si la constitución duraba en el tiempo era, seguramente, por la persistente aplicación del principio de contraposición, cada poder estaba equilibrado y contrapesado por otro²⁷. Aquí, la

tal mandato. Antígona, hermana de Polinices, rindió al cadáver los correspondientes honores fúnebres y fue descubierta. Creonte, ante la desobediencia de Antígona, a fin de poder justificarla por la evidente trasgresión del edicto, le preguntó si conocía la existencia de la prohibición decretada. Antígona respondió que sí. Perplejo, Creonte, ante la temeridad de la joven, la interrogó nuevamente. Le preguntó si, a pesar de ello, tuvo el atrevimiento de violar los edictos prohibitorios. Antígona replicó que “[n]o fue Zeus el que los ha mandado publicar, ni la Justicia que vive con los dioses de abajo la que fijó tales leyes para los hombres [justificando así su oposición a cumplir con el decreto de Creonte en tanto no estaba dispuesta a] obtener castigo [...] de parte de los dioses por miedo a la intención de hombre alguno” (SÓFOCLES, *Antígona*, Ediciones Bergua Cavero J., Madrid, 2006, pp. 448-459).

En el discurso de Antígona es posible distinguir los elementos que definen a un acto de desobediencia civil: a) un acto que implica una trasgresión a un precepto de Derecho positivo; b) un propósito político manifiesto en la trasgresión, que se concibe como protesta pacífica en contra de la disposición desobedecida; y c) el reconocimiento público por parte del autor del desacato de la norma positiva (véase M. GASCÓN ABELLÁN, *Obediencia al Derecho y Objeción de Conciencia*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, pp. 36-48).

²⁵ Charles Howard MACILWAIN, *Constitucionalismo Antiguo...*, ob. cit., p. 52.

²⁶ El proceso de desarrollo político de Roma siguió casi el mismo derrotero por el que atravesaron las ciudades-estados en Grecia. En sus inicios, se constituyeron como una confederación de tribus establecidas en siete colinas donde adoptaron una organización al estilo patriarcal. Ésta, fue la fase que se denominó como ciudad antigua, donde gobernaba un rey patriarcal que era asistido por un grupo conformado por los padres o jefes de las familias fundadoras y una asamblea compuesta por los hombres libres del lugar. Su transformación a ciudad-estado fue como consecuencia del crecimiento interno que experimentaron los centros urbanos a partir de las luchas por asegurarse el predominio en Italia. Luego de la monarquía apareció la república fundamentalmente con la llegada al poder de la aristocracia patricia, bajo una suerte de control del pueblo. Por último, se constituyó el imperio bajo una jefatura unipersonal que en los últimos tiempos de vida pasó a exhibir aspectos de una teocracia. De esta manera la ciudad-estado se convirtió en ciudad-imperio (véase Carlos FAYT, *Historia del pensamiento político*, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1980, t. II, pp. 11 y ss.).

²⁷ Debo destacar, sin lugar a dudas, el aporte de un gran pensador en esta fase de evolución del constitucionalismo; me refiero POLIBIO. Su principal legado, al pensamiento político, lo constituyó su teoría de los ciclos en las distintas formas de gobierno y la vinculada a los gobiernos mixtos. En ajustada síntesis, el pensamiento de POLIBIO sirvió a una mejor comprensión de la articulación de las instituciones romanas al ser el primero en exponer acerca del funcionamiento del sistema mixto de gobierno y los beneficios que aparejaba, para la durabilidad de los regímenes, el establecer frenos y contrapesos en la organización del departamento del Poder. Para POLIBIO, si la constitución duraba mucho era, seguramente, por la persistente aplicación del principio de contraposición, es decir, dado al hecho que cada poder estaba equilibrado y contrapesado por otro. Consistía en un evidente cambio de plano, trascendente, porque en su modelo, la moderación y el equilibrio tendían a resolverse en el ámbito del poder, en la esfera del gobierno y, en principio, no involucraba a los ciudadanos (véase Julio SPERONI, “Antecedentes históricos de constitucionalismo”, en *Revista...*, ob. cit., p. 989).

moderación y el equilibrio se resolvían en el ámbito del poder²⁸.

El otro se diferencia de la etapa anterior y muestra un verdadero abismo entre el pensamiento de ARISTÓTELES y CICERÓN, quien destacaba la vigencia de un derecho que existió desde mucho antes que se erigiera el Estado como institución política en el mundo²⁹. Señalaba que los Estados no podrían aprobar una norma de carácter obligatoria contraria al derecho natural, cosa que ningún griego del siglo V o IV a. C. habría soñado en hacer, si hubiese podido comprenderlo³⁰.

Desde el punto de vista estrictamente jurídico, los romanos contemplaban tres cuestiones sobre las que estructuraron la dinámica del régimen. La primera de ellas, implicaba diferenciar entre derecho público y derecho privado. De allí, derivaban los siguientes preceptos: *jus publicum privatorum mutari non potest (sive: nequit)*, vale decir, que el derecho público, no podía ser modificado por la voluntad de las partes³¹.

La segunda cuestión, partía de la existencia de un derecho obligatorio que regía a los romanos. Suponía, la inderogabilidad de ciertas reglas por acuerdos privados y, además, el reconocimiento de la supremacía de un sistema jurídico positivo cuya modificación, sea por el juez, sea por el legislador, se encontraba subordinada a una especie de función que hoy denominamos como constituyente³².

²⁸ Expone LOEWENSTEIN que la República romana generó un complejo mecanismo de frenos y contrapesos para dividir y, de ese modo, restringir el poder político de los gobernantes. Principalmente, se ideó un sistema de limitaciones mutuas, como por ejemplo, los controles intraórganos a partir de la conformación de estructuras colegiadas de las más encumbradas magistraturas; la restricción en el tiempo -un año- de duración de los mandatos, prohibiéndose la reelección inmediata. A nivel de control interórganos se previó la intervención de los tribunos de la plebe ante el comportamiento ilegal de otro tribuno y altos funcionarios; la participación del Senado, que luego se convirtiera en un auténtico centro del poder en el nombramiento de altos cargos de gobierno, “y la solución, completamente moderna, del gobierno de crisis en la institucionalización de la dictadura constitucional que estaba prevista fundamentalmente sólo para determinados fines e invariablemente para períodos limitados” (Karl LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución...*, ob. cit., p. 157).

²⁹ Marco Tulio CICERÓN (106 - 43 A.C.) fue un jurista, un político y un orador extraordinario, para algunos junto a DEMÓSTENES, los más grandes oradores de toda la historia de la humanidad. En general, adhiere a la teoría de POLIBIO sobre el gobierno moderado o mixto, no obstante en sus ideas subyacen siempre PLATÓN y ARISTÓTELES. Juan Carlos VOLOJ PEREIRA, refiere que “si tuviésemos que decir que la oratoria universal descansa en dos columnas de monolítica magistral consistencia de sabiduría y elocuencia, nadie se atrevería a discutir que son DEMÓSTENES y CICERÓN quienes reciben sobre sus augustas cabezas todo el peso de la grandiosidad del arte de hablar en público desde que el hombre aprendió a hablar hasta el día que se escuche la última palabra sobre la tierra” (Juan Carlos VOLOJ PEREIRA, *Oratoria*, Imprentex S.A., Panamá, 1983, p. 28).

³⁰ Véase Charles Howard MACILWAIN, *Constitucionalismo Antiguo...*, ob. cit., p. 52.

³¹ Explica VANOSSI que su significado no termina en este estadio, “no es una mera limitación de la voluntad jurídicamente expresada, sino que su sentido debe entroncarse con las formas de manifestación de la voluntad social, como expresión suprema. Y todo ello, estableciendo los puntos fronterizos de esa aplicación, en el punto donde ‘razonablemente’ comienzan los derechos inalienables de la persona humana” (Jorge Reinaldo VANOSSI, *Teoría Constitucional*, segunda edición actualizada, Editorial Depalma, Buenos Aires, 2000, t. II, p. 27).

³² Véase *ibidem*, p. 28. Indica VANOSSI que los romanos admitían la existencia de doble orden de imperatividad: uno estaba dado por las normas en virtud de las cuales se constituía políticamente al Estado; otro conformado por los preceptos dictados consecuentemente. Desde luego existía una relación jerárquica entre el primero de los planos y el segundo y de este último con el integrado por los acuerdos celebrados entre los privados en el marco de la autonomía de la voluntad. Esta supremacía se constituyó en una herramienta del ordenamiento jurídico romano para asegurar el cumplimiento de sus fines. Acto seguido, señala el autor: “en última instancia, la limitación recaía sobre la autonomía y la libertad

La tercera cuestión giraba en torno al postulado máximo del derecho público romano: el *salus populi suprema lex est*, cuyo significado sería el de “sea la ley suprema la salvación del pueblo”³³.

Para SPERONI “la teoría de la Constitución mixta de POLIBIO ya no es una teoría de la disciplina social, como en el caso de los griegos, deviniendo ahora en una teoría de la disciplina del poder propugnando su limitación”³⁴. Con este concepto de Estado, subordinándolo a la garantía de las leyes, se abrió un camino trascendente para la historia del constitucionalismo³⁵.

Se concluye, que quizás no sea posible encontrar en toda la historia de la teoría política un cambio más revolucionario que el descrito por CICERÓN y, obviamente, ningún otro que haya trascendido de la manera en que lo hizo para el progreso del constitucionalismo³⁶.

B. La lealtad del juzgador en el constitucionalismo medieval

Este período se caracterizó por el transcurso de un largo espacio temporal en el que las constituciones, lisa y llanamente, existieron en razón de lo que la Iglesia concibiera de ellas³⁷. Se puede afirmar que la edad media fue teocéntrica y cristiana, no católica, dado que aún no se habían producido las escisiones fundamentales³⁸.

La constitución en el medioevo funcionó como una regla suprema al estilo de lo que ocurrió en Roma³⁹. En un momento temprano de esta época, la norma de

convencional; o sea, que se operaba una interferencia directa, que el organismo social por medio de su técnica jurídica dirigía hacia el ámbito de sus intereses particulares de los súbditos, contra las pretensiones que éstos podían tener para alterar ciertas instituciones consideradas como fundamentales para la misma comunidad” (*ibidem*).

³³ Expresa el autor que así se comprende “la conveniencia y el deber de la doctrina moderna para ubicar y fijar los estrictos límites del instituto jurídico, en salvaguardia de la supremacía y vigencia de las normas superiores de la comunidad” (*ibidem*, p. 30).

³⁴ Véase Julio SPERONI, “Antecedentes históricos de constitucionalismo”, en *Revista...*, ob. cit., p. 989.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ Véase Charles Howard MACILWAIN, *Constitucionalismo Antiguo...*, ob. cit., p. 53. Por último, la influencia del constitucionalismo republicano en Roma perduró más de un modo simbólico que de hecho, en lo que se denominó el dogma de la *lex regia*. Para esta doctrina el dominio absoluto del monarca encontraba apoyo o justificación en la delegación que el pueblo hacía de su poder político en la persona del emperador.

³⁷ Se justifica el abordaje de este período de manera cronológica dado que, la evolución del constitucionalismo en España e Inglaterra, tuvieron significativa influencia en América en general y Argentina en particular.

³⁸ Véase Germán J. BIDART CAMPOS, *Manual de historia política*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1970, p. 119.

³⁹ Paolo GROSSI, señala que la sociedad medieval fue, en rigor, una organización donde no existió el Estado, una sociedad donde el Derecho, como consecuencia del vacío político que generaba el Estado ausente, jugó un rol preponderante y se colocó en el centro de lo social. El Derecho vino a convertirse en la constitución duradera más allá del carácter transitorio de la política más elemental (véase Paolo GROSSI, *El Orden Jurídico Medieval*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1996, traducción de Francisco Tomás y Valiente y Clara Álvarez, *passim*).

máxima jerarquía no era promulgada por el monarca, por un magistrado o el emperador, sino a través de la orden que emanaba de alguna de las autoridades eclesiásticas facultadas para ello, incluyendo al mismísimo Papa⁴⁰.

Posteriormente, ya en el siglo XII, reapareció la idea de constitución como un edicto real. Diversos autores de la época denominaron estos edictos como *constitutio*. Este fenómeno se dio primordialmente en Inglaterra. Más tarde, en los siglos XV y XVI, el concepto y la palabra constitución fueron reemplazados por otros términos e incluso eliminados.

En esta etapa surgen pautas que refuerzan la idea de un derecho natural prevaleciendo sobre el derecho positivo. Esta noción generó principios que se aprovecharon por parte del constitucionalismo. Entre ellos se destacan:

a) la regla de la jerarquía de derechos dada por la existencia de normas superiores a otras de inferior rango. Si la última era contraria a la superior resultaba nula, aunque su origen estuviera vinculado a la más alta autoridad⁴¹;

b) la norma *ultra vires*, era inaplicada por el juez encargado de su ejecución⁴²;

c) la norma inferior debía adecuarse a la de mayor rango y siempre debía interpretarse a la primera de conformidad con la segunda.

En este período, se admite la existencia de derechos originarios de las comunidades, que no requieren de reconocimiento expreso de las autoridades para entrar en vigencia y que jamás pueden ser ignorados por la ley positiva. Se reconocen ciertos fines del Estado establecidos por el derecho natural como, por ejemplo, el afianzamiento de la justicia, la paz y el Derecho, la promoción de una vida plena y digna, la concreción de una moralidad cívica y el bienestar público⁴³.

⁴⁰ Véase *ibidem*, p. 127. Estas órdenes fueron proclamadas por “Gregorio El Grande” y se las denominaron *Dictatus Papae* en el siglo VI. Luego, en el siglo XI, se las conoció como la *Segunda Carta a Hermann de Metz* de “Gregorio VII”. Como se verá en su momento, durante el transcurso del siglo XII, esto en el sistema inglés, principalmente, se alteró el concepto de constitución y desde entonces la Iglesia dejó de reconocer los textos constitucionales. A partir de esta instancia, la función fue asumida por el monarca al producirse un resurgimiento del poder real. No obstante ello a través de la Bula *Unam Sanctam* de 1302, se afirmó que no había más que una sola Iglesia, y que dentro de ella coexistían dos poderes: el temporal y el espiritual, ambos al servicio de la Iglesia y subordinado el primero al segundo.

⁴¹ SAGÜÉS, destaca con suma claridad la existencia de un derecho natural anterior al Estado, reglas que se ubicaban por sobre la autoridad del Papa, del emperador, del gobernante e, incluso, del pueblo soberano, es decir, por encima de la comunidad toda (véase Néstor Pedro SAGÜÉS, *Teoría de la Constitución*, primera reimpresión, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2004, p. 2).

⁴² Conforme lo expresara VON GRIEBKE “todo acto de soberanía que pasase los límites establecidos por el derecho natural era formalmente nulo y sin valor” dado que el poder del Estado se subordinaba al derecho natural. Esta teoría del derecho natural prevaleciendo sobre el derecho positivo generó principios que fueron aprovechados a *posteriori* por el constitucionalismo como por ejemplo la que impone la regla de la jerarquía de derechos dada por la existencia de normas superiores a otras de inferior rango. Si la norma inferior resultaba contraria a la superior era nula aunque su origen estuviera vinculado a la más alta autoridad, debía ser inaplicada por el juez encargado de su aplicación. La norma inferior debía adecuarse a la de mayor rango y siempre debía interpretarse a la primera de conformidad a la de mayor jerarquía. Es evidente con ello que se reconocerán ciertos derechos naturales que no podrán ser transgredidos por el derecho positivo (véase Otto VON GIERKE, *Teorías políticas de la edad media*, Editorial Huemul, Buenos Aires, 1963, p. 181 y ss.).

⁴³ Véase *ibidem*.

En Inglaterra se concibe la idea de que el rey, como autoridad constituida, no puede modificar ninguna disposición del derecho común, del derecho legislado o de las costumbres del reino. El principal legado de la Carta Magna de 1215 reside en su punto 39 de donde surge que los barones ingleses someterían la voluntad del rey al imperio del Derecho⁴⁴.

Al abordar la importancia de este instrumento, BIANCHI destaca una serie de notas que luego incidieron en la ingeniería de la supremacía y el control de constitucionalidad. Expone que, a diferencia de posteriores conquistas que se producen en el derecho constitucional inglés, la concesión que se efectúa en la Carta Magna no es a raíz de una conquista parlamentaria, dado que el parlamento aún no existía. La carta, “entra en el estudio de la supremacía parlamentaria, no porque haya representado una victoria del parlamento, sino porque significó la derrota de un rey”⁴⁵. Surge así, de manera muy embrionaria, una suerte de doctrina que luego sería denominada como de separación de poderes⁴⁶.

Entonces, las dos notas que distinguen el sistema constitucional medieval del moderno son: la separación de la jurisdicción del gobierno y la diferencia respecto de los efectos jurídicos entre una orden gubernativa y una enunciación de derechos imposibles de alterar por un rey inglés del medioevo sin la intervención de su consejo y el consentimiento de su curia. En este sentido, como dijo el juez Coke, en materia constitucional: “El rey, mediante su proclamación o de otros modos, no puede modificar ninguna parte del derecho común, del derecho legislado o de las costumbres del reino”⁴⁷.

⁴⁴ “Si Nos no corrigiéramos nuestros abusos dentro de los cuarenta días [...] esos veinticinco barones, con toda la comunidad del Reino, nos embargarán y obligarán de la forma en que lo juzguen más conveniente” (George GORDON CATLIN, *Historia de los filósofos políticos*, segunda edición, Editorial Peuser, Buenos Aires, 1956, traducido por L. Fabricant, pp. 180-181).

⁴⁵ Alberto Carlos BIANCHI, *Control de constitucionalidad*, segunda edición actualizada, reestructurada y aumentada, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2002, t. I, p. 40.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 41. Agrega el autor que: “la idea no es extraña, después de todo. Si se ha de poner alguna vez un límite efectivo a un gobierno opresivo sin llegar hasta la revolución, tiene que imponerse alguna forma institucionalizada de gobierno para restringir sus poderes. Al gobernante omnímodo tienen que poder enfrentarlo en el terreno institucional otros poderes constituidos. El artículo 61 otorgaba esta función a una comisión de veinticinco barones. De conformidad con los artículos 52 y 55, los veinticinco barones quedaban erigidos en jueces de los méritos de las controversias que surgiesen con el rey y debían emitir verdaderos fallos. Se constituía a los barones en ejecutores de aquellos fallos mediante el uso de su poder, ‘acosando y coaccionando’ al rey por todos los medios menos el daño físico a su persona, la de su reina y la de sus hijos”. Puede verse para mayor provecho la obra de Faith THOMSON, *Magna Carta, Its Role in the Making of the English Constitution, 1300-1629*, University of Minnesota Press, Minneapolis, 1948, p. 10.

⁴⁷ *The case of proclamations*, 8 James, 12 Resp., p. 75. Además, se debe tener en cuenta que los jurisperitos romanos distinguieron entre *imperium* y *jurisdictio*. Sin embargo, en tiempos de Justiniano, la decisión imperial se imponía en ambos ámbitos, conforme lo demuestra la orden que impartiera el propio emperador a los compiladores para que, por su sola autoridad, se incorporaran al derecho antiguo las reformas que se consideraran indispensables. En cambio en la Inglaterra medieval, modificaciones de este tipo, solamente, las efectuaba el monarca en disposiciones propias del gobierno; en materia de *jurisdictio* no tenía facultad alguna para alterar el derecho vigente. Afirma MCILWAIN que: “es a base de esa distinción entre gobierno y derecho, entre *gubernaculum* de BRACON y su *jurisdictio* como [...] [se] arriesgaría a reconstruir [su] concepción del régimen constitucional medieval, y aún de ciertas partes de la moderna, pues [cree] que necesitan alguna reconstrucción” (Charles HOWARD MACILWAIN, *Constitucionalismo Antiguo...*, ob. cit., p. 104).

Los fueros españoles⁴⁸, por su parte robustecen el principio de supremacía, pues fue clara la superioridad que ellos tenían respecto del resto del derecho positivo y su función limitante al poder del monarca. En efecto, éstos eran documentos conferidos por distintos reyes de la Península Ibérica, a ciertas ciudades y a los súbditos que habitaban en ellas. Por lo general, los fueros regulaban específicos derechos que expresamente reconocía el soberano, pero con una particularidad única hasta entonces: el fuero también alcanzaba y obligaba al propio rey y lo hacía al punto que, si el monarca ordenaba o disponía, sea de manera legal, sea de hecho, algo contrario al fuero, esa orden o disposición adolecía de un vicio que la tornaba nula, inválida. En estos casos el acto resultaba inválido o “nulo *ipso foro*”⁴⁹.

Además, se destacó en este período la figura de un magistrado, el Justicia Mayor en Aragón, quien se encargaba de custodiar los derechos personales vulnerados por el rey o por otras personas. Este instituto puede ser concebido como el antecesor del actual *ombudsman*, pues ejercía funciones decisivas en los juicios de firmas de derecho y de manifestación, variantes del *habeas corpus*⁵⁰.

En síntesis, la importancia de los fueros españoles radicaba en la supremacía que tenían respecto del resto del derecho positivo y su función limitante al poder del monarca. Si la constitución de los antiguos podía concebirse como un orden político ideal a seguir, las constituciones medievales pueden entenderse como un orden jurídico dado, tendiente a preservarse y defenderse de aquéllos que quisieran alterar el equilibrio existente⁵¹.

C. El rol de la judicatura en el constitucionalismo clásico

1) Orígenes del control judicial de constitucionalidad

⁴⁸ Obviamente, la palabra fuero tiene varias acepciones la que se utiliza aquí es la que la concibe como las “cartas expedidas por reyes o por los señores en virtud de privilegio emanado de la soberanía, en que se contienen constituciones, ordenanzas y leyes civiles y criminales, dirigidas a establecer con solidez los comunes de villas y ciudades, erigirlas en municipalidades, y asegurar en ellas un gobierno templado y justo, acomodado a la constitución pública del reino y a las circunstancias de los pueblos” (Guillermo CABANELLAS, *Diccionario de derecho usual*, Editorial Arayú, Buenos Aires, 1953, t. 1, p. 42).

⁴⁹ Néstor Pedro SAGÜÉS, *Teoría de la Constitución...*, ob. cit., p. 4. GOROSTIAGA señala que en Navarra “las cédulas reales que vinieran contra fueros y leyes y agravios desde dicho Reino, aunque sean obedecidas no serán cumplidas”. Dicho con otro giro que se acaten pero que no se cumplan (Norberto GOROSTIAGA, *Recurso extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia del la Nación, orígenes históricos*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1944, p. 71 y ss.).

⁵⁰ Véase Néstor Pedro SAGÜÉS, *Teoría de la Constitución...*, ob. cit., p. 4.

⁵¹ Es preciso subrayar que mientras en la edad antigua el discurso sobre la constitución de la *polis* estaba enfocado a la construcción de la unidad política, en la edad media se encontraba dirigido a la defensa y tutela del orden jurídico.

Resulta oportuno tener presente que, la lucha contra los absolutismos europeos arrojó resultados disímiles en las trece colonias de América del Norte respecto a lo que ocurriera en la Francia de Luis XVI. Así pues, la revolución de 1789, que consagró la “Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano”, no dictó, en ese acto, una constitución. Sus fines fueron distintos a los buscados en el nuevo continente. En Europa continental (Francia) se produjo una revolución burguesa que acabó con el poder del rey absolutista.

La primera Constitución francesa data de 1791, fue promulgada por la Asamblea Nacional Constituyente el 3 de septiembre de aquel año y aceptada por Luis XVI. Este texto se ocupó de la reforma del Estado francés que se convirtió en una monarquía constitucional. Esta constitución establecía que la soberanía residía en la Nación y ya no en el rey, que se titula “rey de los franceses”. Se proclama la libertad de pensamiento, de prensa, y la libertad religiosa. Se suprime la nobleza y las distinciones hereditarias, y se establece el libre acceso a los oficios y funciones que hasta ahora se reservaban a la nobleza o se heredaban⁵². No obstante, se mantienen las desigualdades. En la nación postrevolucionaria sólo una reducida minoría ejerció el derecho al sufragio⁵³. En Francia, el soberano era el Parlamento. Se impuso el predominio del legislativo sobre las restantes ramas del poder; la norma jurídica superior no era la constitución, sino la ley, toda vez que procedía del Parlamento. En estos ordenamientos existía una marcada desconfianza hacia la figura del juez, sobre quien, incluso, pesaba la posibilidad de ser condenado por el delito de prevaricato si se apartaba de lo dispuesto por las leyes⁵⁴.

⁵² Véase Pierre Armand DUFAU, Jean Baptiste DUVERGIER, J. GUADET, *Collection des constitutions, chartes et lois fondamentales des peuples de L'Europe et des deux Amériques: avec des précis offrant l'histoire des libertés et des institutions politiques chez les nations modernes; et une table alphabétique raisonnée des matières*, París, 1832, t. VI, pp. 132 ss.

⁵³ Véase Jean TULARD, Jean-François FAYARD y Alfred FIERRO, *Histoire et dictionnaire de la Révolution française 1789-1799*, ediciones Robert Laffont, colección “Bouquins”, París, 1987, pp. 650-651. “El sistema de elección de los diputados de la Asamblea Legislativa era el siguiente: se clasificaba a los varones franceses (las mujeres quedaron excluidas de la ciudadanía) en ‘ciudadanos activos’ (los que pagaban impuestos directos equivalentes a 3 días de trabajo, tuviesen más de 25 años y residieran desde hacía más de un año en su comarca) y ‘ciudadanos pasivos’ (quienes no pagasen impuestos). Sólo los ‘ciudadanos activos’ elegían a los electores de su departamento. Dichos electores eran quienes escogían a los diputados provinciales para la asamblea. En 1791, Francia contaba con 4.298.360 ‘ciudadanos activos’ que representaban 61 % de los hombres y 15 % de la población total. A este tipo de elección se le llama censitaria (sólo pueden votar los más ricos) e indirecta, puesto que los diputados no son votados directamente por todos los que tienen derecho al voto, sino a través de sus representantes”.

⁵⁴ Afirma VANOSSI que: “el pensamiento de los franceses en ese momento con respecto a los jueces se inspiraba sobre todo en el temor por el recuerdo que provocaron aquellos famosos parlamentos judiciales que aplicaron justicia durante el reinado de los Luises y que se excedían notoriamente en sus funciones. Parlamentos llamados así, no obstante que no dictaban leyes sino que administraban justicia, y que provenían de la época de los estados generales. Es por eso que la Revolución Francesa, al romper el esquema de los estamentos, decide eliminar también la posibilidad de que los jueces se excedieran en esas funciones, y concibe la gestión de los jueces propiamente como MONTESQUIEU la había expresado en *El espíritu de las leyes* [...] en ese orden de ideas las leyes [...] prohibían a los tribunales conocer y decidir de los actos administrativos” al igual que avanzar sobre las leyes dictadas por el Poder Legislativo. Los jueces nunca han tenido la atribución de declarar la inconstitucionalidad de las leyes o de examinar la constitucionalidad de un acto legislativo o administrativo “han sido, nada más ni nada menos, que los agentes del servicio público” (Jorge Reinaldo A. VANOSSI, *Teoría Constitucional...*, ob. cit., t. II, p. 77).

En la Europa continental fue SIEYÈS el primero en la historia del derecho público en hablar de control de constitucionalidad como mecanismo necesario para resguardar la jerarquía suprema de los textos constitucionales rígidos. Contribuye con tres aportes a la evolución del constitucionalismo clásico: La doctrina del poder constituyente; la doctrina de la representación y su modelo de control de constitucionalidad de las leyes. En relación a este último aspecto propuso la creación de un órgano permanente y autónomo que asumiera la función de armonizar y limitar a los poderes constituidos. Primero planteó la conformación de un Jurado Constitucional que no fue aceptado; luego, en 1791, logró la creación de un Senado Conservador que se encargaría de la defensa a la constitución. Para ello, se le confirieron facultades de anulación de las normas dictadas por los otros poderes en oposición a la ley suprema que le fueran remitidas a su consideración.

Aquella función conduce a “un doble comentario: 1) que la fecha de esta creación es anterior al nacimiento jurisprudencial de la ‘revisión judicial’ en los Estados Unidos de Norteamérica, que no estaba expresamente prevista en la Constitución de 1787 (y que habría nacido con la sentencia de la Corte Suprema en el caso ‘Marbury vs. Madison’, en 1803); y 2) que el sistema ideado por SIEYÈS es -obviamente- la fuente remota del veto que hoy cumple la función de control de constitucionalidad en el régimen del ‘Consejo Constitucional’ que prevé la ley suprema de 1958”⁵⁵.

Sostendrá ALEXY⁵⁶ que la visión del legalismo se caracterizaba por: a) Rechazar los valores o principios. Sólo defendía las normas puestas por el legislador; b) recurrir a la subsunción en la aplicación del derecho descartando la ponderación; c) reivindicar la autonomía del legislador democrático dentro de la Constitución, en lugar de la omnipotencia judicial; y, d) sostener la independencia del derecho ordinario, en vez de la omnipresencia de la Constitución.

En el derecho continental europeo la evolución y difusión del control de constitucionalidad se produjo, salvo el caso de Suiza y como vimos en Francia, a partir del año 1920. No obstante, no me extenderé en su análisis dado que tal empresa excede el alcance de este trabajo⁵⁷.

⁵⁵ Jorge Reinaldo A. VANOSI, *Teoría Constitucional...*, ob. cit., t. I, pp. 26-27.

⁵⁶ Citado por Rodolfo Luis VIGO, *La injusticia extrema no es derecho (de Radbruch a Alexy)*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2006, p. 37.

⁵⁷ A modo de resumen, recordemos que durante el siglo XIX, en los sistemas políticos europeos, sólo se aceptó el control de constitucionalidad por el propio órgano legislativo o parlamento, pues era aquél quien investía la legitimidad de su representación democrática y expresaba la voluntad del pueblo, del soberano. Al hilo de lo dicho ¿quién entonces mejor que el Parlamento para juzgar de la constitucionalidad, o no, de una ley?

Durante el siglo XX, uno de los acontecimientos institucionales más trascendentes fue la aparición y desarrollo del control jurisdiccional de constitucionalidad y de la pertinente justicia constitucional. Ello a través de órganos específicos como el tribunal constitucional, el consejo constitucional, el tribunal supremo constitucional, etcétera.

Desde sus orígenes, en 1920, la historia nos muestra tres etapas diferenciadas cronológicamente y que podemos reseñar de la siguiente manera:

Primera Etapa: si bien es cierto que la Constitución de Suiza de 1874 implícitamente contemplaba una suerte de control de constitucionalidad conforme se infiere de los artículos 113.3 y 114 *bis* (véase Jean F. AURET, *Tratado de droit constitutionnel suisse*, Ides et Calendes, Nueuchatel, 1967, vol. I, p. 94), no es menos cierto que este primer período se inicia casi cuarenta años después cuando, bajo la inspiración de Hans KELSEN en su proyecto austriaco de 1920, se conforman con el Tribunal Constitucional

En cambio, en Estados Unidos, la Constitución de Filadelfia de 1787 consagró, como regla, el concepto de “soberanía constitucional”. El texto inspirado por principios del iusnaturalismo ponía límites al poder constituido, seccionándolo en tres departamentos. Si bien la letra constitucional no establecía quién debía ejercer el poder de declarar la inconstitucionalidad de las normas contrarias a ella, existieron antecedentes en las ideas expuestas por HAMILTON en *El Federalista* e influencia mediata de un importante antecedente inglés. Me refiero al precedente “Bonham” de 1610 donde el *chief justice* del *common pleas*, sir Eduard Coke, desarrolló ideas semejantes a las que luego aparecen en HAMILTON y Marshall⁵⁸. Además de otros doctrinarios como IREDELL, resulta interesante estudiar algunos pronunciamientos de tribunales estatales y tres de la propia Corte Suprema de Estados Unidos.

Parafraseando a ALEXY, se puede decir que el modelo americano se caracterizó por: a) apoyarse en valores o principios para invalidar normas puestas por el legislador cuando resultaban contrarias a la Constitución; b) recurrir a la ponderación para aplicar principios; c) reivindicar la omnipotencia del departamento judicial, por encima de la autonomía del legislador democrático; y d) sostener la omnipresencia de la constitución, por encima del derecho ordinario⁵⁹.

La idea de constitución como ley suprema, desde luego en lo formal, es originaria de los Estados Unidos de Norteamérica. Sin embargo, este principio,

checoslovaco (Constitución del 29 de febrero de 1920, sancionada bajo el régimen Republicano que va de 1918 a 1938) y con el Alto Tribunal Constitucional de Austria (Constitución del 1º de octubre de 1920, dictada bajo el régimen de la República de Austria 1918-1933). Una década después, en la España Republicana se constituye el Tribunal de Garantías Constitucionales -Constitución de 1931, dictada bajo el Régimen de la II República Española 1931 a 1939 (véase Francisco FERNÁNDEZ SEGADO, *El sistema constitucional español*, Editorial Dykinson, Madrid, 1992, pp. 1043 y ss.).

Segunda Etapa: tras la segunda postguerra mundial y el nuevo movimiento constitucionalista, se sancionan las nuevas constituciones en diversos países: 1) el Tribunal Constitucional Italiano de la Constitución de 1948; 2) el Tribunal Constitucional Alemán de la Ley Federal de Bonn de 1949; y 3) el Consejo Constitucional Francés de la Constitución de 1958 de particulares connotaciones.

Tercera Etapa: luego de una década, nuevos Tribunales Constitucionales surgen debido a la sanción de las siguientes Constituciones trascendentales: 1) el Tribunal Constitucional Portugués, fruto de la Constitución de 1976 con las modificaciones de 1982; y 2) el Tribunal Constitucional Español de la Constitución de 1978.

⁵⁸ No obstante, cabe tener presente que la doctora Ángela FIGUERUELO planteaba en sus clases de postgrado de derecho constitucional en la Universidad de Salamanca -junio de 2008-, la existencia de varios precedentes anteriores al de Marshall de fines del siglo XVIII.

⁵⁹ Sostendrá VANOSSI que: “en el momento en el cual se produce la emancipación de las trece colonias, no existía una idea definida sobre el problema del poder judicial. Desde luego que conocían al poder judicial como tribunales y tenían poder judicial, que eran los magistrados y cortes locales de las trece colonias. Además, después de la independencia, la teoría y la práctica del control de constitucionalidad por los jueces era conocida, y puede afirmarse que al llegar a la reunión de Filadelfia existía conciencia sobre las bondades del sistema. En el orden local John Marshall había defendido su viabilidad en la Convención de su Estado y, para más, ninguno de los Estados opuso reservas en cuanto al control de las leyes al proceder a la ratificación de la Convención de Filadelfia. Puede decirse que era un valor entendido. Es por eso que, cuando en el preámbulo de la constitución de Filadelfia hablan de la justicia, dicen ‘constituir la justicia’, en el sentido de constituir un poder judicial nacional y federal, porque ya tenían el local. En cambio nosotros [en Argentina] decimos ‘afianzar la justicia’ porque utilizamos en nuestro preámbulo la palabra justicia con un sentido totalmente distinto: no es la justicia simplemente como tribunal o como simple administración de justicia, tal como está en el preámbulo norteamericano, sino la justicia como valor, como fin” (Jorge Reinaldo A. VANOSSI, *Teoría Constitucional...*, ob. cit., t. I, pp. 79-80).

encuentra sus raíces en el *common law* británico al ser considerado como “derecho fundamental”.

Antes del siglo XVII, el *common law*, en tanto norma no legislada, tenía primacía por sobre las leyes formales al concebirse como reglas particulares o de excepción al derecho consuetudinario establecido con anterioridad. Precisamente, esta tesis de supremacía del derecho consuetudinario sobre las leyes formales, fue desarrollada por Edward COKE, en el famoso caso “Bonham” en 1610⁶⁰.

El doctor Thomas Bonham era un médico egresado de la Universidad de Cambridge que ejerció la profesión en Londres sin la autorización del Colegio de Médicos. Conforme relata BIANCHI⁶¹, Bonham fue citado por el Presidente del Colegio y los Censores quienes, luego de encontrarlo deficiente en sus aptitudes, le impusieron una multa de 100 chelines y la prohibición de ejercer la profesión bajo pena de prisión. El médico continuó ejecutando sus artes y resultó nuevamente emplazado ante las autoridades del Colegio de Médicos de Londres en octubre de 1606. Esta vez no acudió a la cita y por ello se lo condenó con una nueva multa de 10 libras. Además, se lo detuvo en prisión.

Luego, fue nuevamente emplazado por el Colegio y se negó a ser reexaminado, alegando que al ser médico de Cambridge, el Colegio de Londres carecía de jurisdicción sobre él. Su actitud le valió ser condenado nuevamente y enviado a la cárcel. Bonham demandó a la institución médica londinense por encarcelamiento ilegítimo. En su defensa, los accionados invocaron un reglamento dictado bajo el reino de Enrique VIII, el cual facultaba al Real Colegio de Londres a ejercer el poder de policía sobre quienes practicaban la medicina y la autoridad para imponer multas. Éstas se dividían en partes iguales entre el Rey y el Colegio de Médicos. El caso, comenta BIANCHI, “provocó una larga disputa entre los mismos jueces del *Common Pleas*, y mientras uno de ellos, Walmesley defendía ardientemente la causa del Colegio, Coke lo hizo a favor del doctor Bonham, concurriendo con él los jueces Warburton y Daniel. De los varios argumentos que Coke empleó en la sentencia, uno de ellos es el que más trascendencia tuvo para el control de constitucionalidad. De acuerdo con los estatutos vigentes, el Colegio percibía la mitad de las multas cobradas; ello, a juicio de Coke, convertía al Colegio en juez y parte de la situación, lo que era contrario al *common law*, ya que de acuerdo a los principios de éste, nadie puede ser juez de su propio caso”⁶².

Sostuvo entonces Coke: “aparece en nuestros libros que en muchos casos, el *common law* controla los actos del Parlamento y a veces, los juzga totalmente nulos: pues, cuando un acto del Parlamento va en contra del sentido común y la razón, o es incompatible o imposible de aplicar, el *common law*, lo controlará y juzgará como nulo”⁶³.

⁶⁰ *Court of Common Pleas* de Inglaterra, “Bonham's Case”, sentenciado en 1610.

⁶¹ Véase Alberto BIANCHI, *Control de Constitucionalidad...*, ob. cit., t. I, p. 67.

⁶² *Ibidem*, p. 67.

⁶³ Véase Allan R. BREWER CARIAS, “La Justicia Constitucional”, http://derechogeneral.blogspot.com/2008/01/la-justicia-constitucional_05.html (acceso el 15-III-2009). Véase la cita y su comentario en Charles Howard MCILWAIN, *The High Court of Parliament and its Supremacy*, Yale 1919, pp. 286-301 y las críticas a las opiniones de Lord Coke en L. B. BOUDIN, *Government by Judiciary*, N.Y., 1932, t. I, pp. 485-517.

Luego de unos años, precisamente en 1615, en el caso “Day vs. Savadge”, cuando el juez Coke fue separado del más alto estrado por sus permanentes desafíos al rey Jacobo I, se reiteró el criterio sentado y, bajo la presidencia de *Sir Henry Hobart*, se dijo que: “hasta una ley del Parlamento, hecha contra la equidad natural, al punto de hacer a un hombre juez en su propia causa, es nula en sí misma; pues *jura naturae sunt immutabilia* (las leyes de la naturaleza son inmutables), y ellas son *leges legum* (las leyes de leyes)”⁶⁴. Con este pronunciamiento, la primacía del *common law* se consagró frente al poder real y se aseguró, también, frente al poder del Parlamento.

A pesar de la importancia que en materia de control de constitucionalidad tuvo el caso “Bonham”, no trascendió en el Reino Unido de la manera como, en efecto, lo hizo en las colonias británicas del “nuevo mundo”.

Al respecto sostuvo CAPPELLETTI que: “aun cuando la Gloriosa Revolución de 1688 marcó en Inglaterra el triunfo de la supremacía legislativa, las colonias americanas, sin embargo, habían heredado las ideas de Coke y Hobart, con respecto tanto a la subordinación de la Corona y del Parlamento a la ley suprema, como un poder judicial acostumbrado a interpretar y, a veces, a ignorar los actos legislativos que violaran principios superiores”⁶⁵. Continuaba subrayando que: “[e]n Inglaterra, el resultado consistió en despojar a los jueces de cualquier facultad de control sobre la validez de la legislación, a pesar de los primeros éxitos de la doctrina de Lord Coke”⁶⁶.

Asimismo, BRACON se ocupó de destacar el rol que jugó Sir Edward Coke y la importancia del fallo referenciado con el propósito de construir una doctrina que impulsara la supremacía del derecho⁶⁷. A propósito de la labor de Coke, resulta interesante tener presente la conferencia entre el rey Jacobo I y varios jueces de Inglaterra, del 10 de noviembre de 1612, a partir de la cual se marcó el inicio de una nueva etapa, cuya finalidad fue crear una doctrina para limitar el poder soberano del rey, hasta ese entonces inalcanzable por el derecho positivo⁶⁸. ¿En qué consiste entonces la doctrina de la supremacía del derecho? POUND la definirá y dirá que ella consiste “en que el Soberano y todos sus agentes están obligados a actuar de acuerdo con algunos principios legales o de justicia, en vez de proceder según su voluntad

⁶⁴ Francisco FERNÁNDEZ SEGADO, *La evolución de la justicia constitucional*, Editorial Dykinson, Madrid, 2013, p. 139.

⁶⁵ Mauro CAPPELLETTI, *Judicial Review in the Contemporary World*, Indianápolis, 1971, pp. 38-39. Sin embargo, a pesar del fracaso en el Reino Unido de la doctrina sentada por Coke, el propio Jeremy BENTHAM, en su difundida obra *A Fragment on Government*, cap. IV, 31 sostuvo que: “la consecuencia de que una ley sea nula, es que el pueblo debe actuar como si ella no existiera [...] ¿A quién corresponde los castigos con que se habrán de sancionar tales actos? A los jueces. En la práctica esto significa que se confiere a los jueces un poder de control sobre los actos de la legislatura”.

⁶⁶ Refiere Alberto BIANCHI, *Control de Constitucionalidad...*, ob. cit., t. I, p. 68, que la doctrina de Coke, tuvo inicialmente una importante recepción. “Su sucesor en el *Common Pleas*, Sir Henry Hobart, la empleó en “Day vs. Savadge”, sosteniendo allí que una ley en la cual se permitía a un hombre juzgar su propia causa es nula y contraria a la equidad natural. En el mismo sentido se pronunció PLUCKNETT cuando expuso que la tesis de Coke fue juzgada como muy peligrosa por la Corona inglesa y por ello se la mandó corregir (véase Th. F. T. PLUCKENNETT, *A Concise History of the Common Law*, cuarta edición, Londres, 1948, p. 51).

⁶⁷ Véase Th. F. T. PLUCKENNETT, *A Concise History...*, ob. cit., p. 51 nota 1.

⁶⁸ Véase José Julio SANTA PINTER, *Sistema del derecho anglosajón*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1956, p. 20.

arbitraria; están obligados a seguir la razón en lugar de ser libres de seguir sus caprichos”⁶⁹.

A su turno, GONZÁLEZ RIVAS, destaca la importancia del caso “Bonham”, señalando que el magistrado introdujo la idea de un derecho fundamental que “gozaba de supremacía sobre los actos del rey y las leyes del Parlamento, y de estos principios, dos iban a prosperar en Inglaterra: el de limitación de las autoridades ejecutivas por la superioridad de la ley y el de que los jueces hicieran valer tal supremacía”⁷⁰.

Como síntesis de la influencia que el precedente “Bonham” ejerció en el territorio americano, se debe tener presente lo expuesto por el profesor EKMEKDJIAN en tanto afirma que: “ya en 1657 los tribunales de Boston aplicaban la jurisprudencia del caso ‘Bonham’, para invalidar leyes locales consideradas inconstitucionales”⁷¹.

2) Precedentes del control judicial de constitucionalidad anteriores a la sanción de la Constitución de Filadelfia de 1787

En el fenómeno que se describe en el acápite anterior, se dijo que las colonias del nuevo mundo acogen abiertamente la doctrina del caso “Bonham”, en tanto van a defender la subordinación de la Corona y el Parlamento británico a una ley suprema, “consignada en gran medida en un documento singular que, después de la declaración de la independencia, se convirtió en una constitución adoptada por cada uno de los nuevos Estados. Por esa razón, después de 1776, en algunos Estados, particularmente en Pensylvania y Vermont, se fue insistiendo en la [necesidad] de que las leyes estatales no podían ser incompatibles con sus leyes fundamentales. De ahí que, los tribunales de New Jersey, en 1780, ya hubiesen empezado a aplicar la idea de control judicial de constitucionalidad”⁷².

Reforzando el concepto, se afirma que los norteamericanos, antes de independizarse de Gran Bretaña, aplicaron los principios del *judicial review* perfilados por Coke⁷³. Asimismo, se enuncian una serie de casos donde por distintos motivos se invalidaron normas al resultar contrarias al derecho fundamental. Por ejemplo: “ya en el siglo XVII, en ‘Giddings vs. Browne’, el *Justice* Sydmonds de Boston, Massachusetts, dispuso que una ley positiva no podía estar en contra de la ley natural

⁶⁹ Véase Roscoe POUND, *The Spirit of the Common Law*, Boston, 1921, p. 183.

⁷⁰ Juan José GONZÁLEZ RIVAS, “La justicia constitucional: derecho comparado y español”, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1985, p. 33.

⁷¹ Miguel Ángel EKMEKDJIAN, *Tratado de Derecho Constitucional*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 2004, t. III, p. 286.

⁷² Allan R. BREWER CARIAS, “La Justicia...”, ob. cit., documento preparado para el “Encuentro sobre Derecho Iberoamericano (Derecho Público), Fundación BBV, Toledo, diciembre 1994, p. 5. Véase W. J. WAGNER, *The Federal States and their Judiciary*, The Hague, 1959, pp. 87-88.

⁷³ Véase Alberto BIANCHI, *Control de Constitucionalidad...*, ob. cit., t. I, p. 71.

o fundamental⁷⁴. Esto fue repetido por James Otis, en el caso ‘Paxton’, en 1761 y fue aplicado también por la Suprema Corte de Rhode Island [...] en 1786 [...]”⁷⁵.

SAGÜÉS, en su obra de derecho procesal constitucional, confirma la existencia del último de los antecedentes al sostener: “En el campo del derecho estadual (provincial), la Corte Suprema de Rhode Island, en el caso ‘Trevett vs. Weeden’ (1786), había declarado a una ley local ‘repugnante e inconstitucional’”⁷⁶.

RAMELLA señala que al debatirse en la Convención de Filadelfia los alcances de la Constitución de los Estados de la Unión se tuvieron en cuenta los precedentes de los distintos tribunales estaduales “citándose especialmente el de Josich Philips (1778) motivado por un *bill of attainder* dictado por la Legislatura de Virginia contra su persona. Cuando estaba reunida la Convención se estableció por la Corte de North Carolina, en el caso ‘Bayard vs. Singleton’, que ninguna ley en ningún sentido podría derogar o alterar la Constitución”⁷⁷.

No obstante el punto de vista desarrollado hasta aquí, se advierte que sólo parte de la doctrina compartía la idea de que en este período el Poder Judicial podía invocar la primacía de la constitución para invalidar actos o leyes de los otros departamentos del Estado. Es que, por un principio de igualdad, se impedía que alguna de las ramas del poder se considerara superior a las otras. Para el período en estudio, el hecho de que las Cortes estaduales, “pudieran juzgar acciones de otras ramas, implicaba una intromisión en asuntos ajenos que no le correspondían [...] Sin embargo, no todos estaban en desacuerdo con algún tipo de mecanismo de tutela judicial sobre la constitución [...] Si la constitución era la ley suprema, los actos legislativos en contrario eran *ultra vires* y nulos”⁷⁸.

Una de los mejores argumentos en torno a la facultad de la judicatura de declarar la nulidad de una norma o un acto del ejecutivo contrario al texto de la constitución, anteriores a la sanción de la Constitución de Filadelfia, fue presentado por J. IREDELL un año antes de la sanción de aquélla⁷⁹. De manera categórica sostuvo:

⁷⁴ En este caso, la ciudad había decidido promover un fondo de 100 libras para la construcción de una casa para Mr. Cobbet, uno de los ministros. Browne, un ciudadano, se negó a pagar su cuota. La sentencia lo absolvió en la convicción de que una ley positiva no podía obligarlo a pagar.

⁷⁵ Alberto BIANCHI, *Control de Constitucionalidad...*, ob. cit., t. I, p. 71.

⁷⁶ Néstor Pedro SAGÜÉS, *Recurso Extraordinario*, cuarta edición actualizada y ampliada, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2002, t. I, p. 133.

⁷⁷ Pablo A. RAMELLA, *Derecho Constitucional*, segunda edición actualizada, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1982, pp. 207-208. En rigor, RAMELLA se remite a una obra de GONZÁLEZ CALDERÓN quien, en su *Curso de Derecho Constitucional*, explica que antes de la sanción de la Constitución Estadounidense, muchas cortes supremas de los distintos Estados de la Unión se rehusaron a aplicar leyes ordinarias al considerarlas contrarias a sus textos constitucionales locales conforme los casos que habrían recopilado los profesores HAINES y THAYER (véase Juan A. GONZÁLEZ CALDERÓN, *Curso de derecho constitucional*, cuarta edición, Editorial Guillermo Kraft Limitada, Buenos Aires, 1963, pp. 106).

⁷⁸ José Francisco GARCÍA, “El control de constitucionalidad en el *Federalista* y los fundamentos de una sociedad libre”, *Revista Chilena de Derecho*, Santiago de Chile, 2003, vol. 30 número 3, p. 502.

⁷⁹ Comenta José Francisco GARCÍA que: “IREDELL por esos tiempos era un abogado que representaba a un cliente cuya propiedad había sido confiscada sin un jurado que lo declarara, en caso pendiente ante la Corte de Carolina del Norte. Escribiendo bajo el pseudónimo de “Un elector”, IREDELL publicó un ensayo para un periódico en donde argumentó a favor de la autoridad judicial de declarar una ley inconstitucional, nula. Al respecto ver “Bayard vs. Singleton” -1787- (*ibidem*, nota al pie número 50, p. 503).

“por esta razón, un acto de la Asamblea, inconsistente con la Constitución, es nulo, y no puede ser obedecido, sin desobedecer a su vez a la ley superior, la cual hemos jurado servir, previa e irrevocablemente. Los jueces, por tanto, deben hacerse cargo en su labor, de que cada acto de la Asamblea que ellos manden a obedecer, sea garantizado por la Constitución, porque de lo contrario, no estarán actuando conforme a derecho. Esto no implica la usurpación o un poder discrecional, sino una conclusión inevitable del rol al que están llamados por la Constitución los jueces, para servir al pueblo y no a la asamblea”⁸⁰.

3) Principales notas en *El Federalista* sobre control de constitucionalidad

Con anterioridad al dictado del precedente “Marbury vs. Madison” (1803), los autores del *Federalista*⁸¹ estructuraron un modelo de declaración de inaplicabilidad de las leyes federales cuando fuesen contrarias a la constitución. Este mecanismo se sustentaba en la idea de que la constitución no era una simple ley, sino una norma de rango superior que sólo podía ser modificada a través de un procedimiento especial y distinto al que regulaba el proceso de formación y sanción de las leyes ordinarias.

HAMILTON se referirá, fundamentalmente, en el punto número 78 de *El Federalista* respecto a las funciones constitucionales del departamento jurisdiccional ligadas a la defensa de la supremacía de la ley fundamental. Al respecto expresó:

“aunque confío en que los partidarios de la Constitución que ha sido propuesta no estarán nunca de acuerdo con sus adversarios en poner en duda el principio fundamental del gobierno republicano que admite el derecho del pueblo a modificar o abolir la Constitución establecida en cualquier momento en que lo considere contradictorio con su felicidad, no debe inferirse de tal principio que los representantes del pueblo puedan violar justificadamente algunas de las previsiones de la Constitución, en cualquier momento en que una mayoría de sus electores de forma momentánea considerasen sus inclinaciones incompatibles con la Constitución existente; o que los tribunales deban convalidarse en la obligación de aceptar las infracciones cometidas por tal causa, de la misma forma que no lo estarían si las mismas procedieran de las intrigas del cuerpo representativo. Hasta que el pueblo por medio de alguna ley solemne y competente haya anulado o cambiado la forma de gobierno establecida, estará vinculado a la misma, tanto colectivamente, como desde el punto de vista individual; y ninguna

⁸⁰ J. IREDELL, “Un elector: al público” -1787- en *The Founders Constitution*, University of Chicago Press en <http://www.press-pubs.uchicago.edu/founders> (acceso el 15-III-2009).

⁸¹ *El Federalista* número 10 (conocido como El Federalista X o *Federalist Number 10* por su título original en inglés) es un ensayo del político liberal estadounidense James MADISON y el décimo de *The Federalist Papers*, una serie de ensayos iniciada por Alexander HAMILTON destinada a argumentar en favor de la ratificación de la Constitución de los Estados Unidos de América. HAMILTON escogió e invitó a James MADISON y John JAY para contribuir como co-autores bajo el seudónimo *Publius*, el mismo con el cual fueron publicados todos los ensayos de *The Federalist Papers*, pseudónimo con el cual Alexander HAMILTON escribió *el Federalista* número 1. *El Federalista* número 10 fue publicado el 22 de noviembre de 1787, y es en la actualidad, el ensayo más famoso de la serie junto a *El Federalista* número 51, también obra de MADISON, y uno de los más reconocidos de todos los escritos políticos estadounidenses (véase David EPSTEIN, *The Political Theory of The Federalist*, University of Chicago Press, Chicago, 1984, p. 59).

presunción, ni incluso ningún conocimiento de los sentimientos del pueblo, puede justificar a sus representantes para apartarse de la Constitución, antes de haber aprobado tal ley”⁸².

La pregunta que desde luego obligadamente surge es: ¿de qué manera HAMILTON entiende que se debe garantizar el respeto irrestricto a la Constitución? La respuesta se la encuentra, igualmente, en el número 78 de *El Federalista*:

“las limitaciones de esta clase no pueden preservarse en la práctica por otra vía que la de los tribunales de justicia, cuyo deber será declarar nulas todas las leyes contrarias al sentido manifiesto de la Constitución. Sin ello todas las reservas que se realicen respecto a determinados derechos o privilegios serían letra muerta”⁸³.

Para HAMILTON, el órgano jurisdiccional, por la naturaleza de sus funciones, es el menos peligroso de los tres (Ejecutivo, Legislativo y Judicial) para controlar los derechos políticos de la constitución, al tener una capacidad sumamente inferior para restringirlos o perjudicarlos. De ahí, se sostuvo que el Judicial es el departamento del poder que no tiene ni la espada ni la bolsa. Como advertía HAMILTON⁸⁴:

“[...] no es sólo como vía para prevenir las infracciones de la Constitución como la independencia judicial puede constituir una salvaguardia contra los efectos de los malos humores que pueden producirse ocasionalmente en la sociedad. En algunos casos, éstos no se extienden más allá de perjudicar en sus derechos a determinadas clases de ciudadanos particulares, por medio de leyes injustas y parciales. También aquí la firmeza de la magistratura tiene una gran importancia para mitigar la severidad y limitar los efectos de tales leyes”⁸⁵.

Este autor debía justificar que el poder constituyente estaba por encima del poder constituido, y que, los jueces, no tenían la potestad, sino la obligación de disponer la nulidad de una ley contraria a la constitución:

“no hay proposición que dependa de principios más claros que la que afirma que todo acto de una autoridad delegada, contrario al tenor del mandato bajo el cual se ejerce, es nulo. Por tanto, ninguna ley contraria a la Constitución puede ser válida. Negar esto sería tanto como afirmar que el diputado es superior al mandante; que el ciervo es superior al amo; que los representantes del pueblo son superiores al propio pueblo; y que los hombres que actúan en

⁸² Alexander HAMILTON, Santiago MADISON y John JAY, *EL Federalista*, Fondo de Cultura Económica, México, 1974, número 78, pp. 333-334.

⁸³ *Ibidem*, p. 331.

⁸⁴ Alexander HAMILTON, en *El Federalista* sostenía que: “el Judicial [...], no influye ni sobre las armas, ni sobre el tesoro: no dirige la riqueza ni la fuerza de la sociedad, y no puede tomar ninguna resolución activa. Puede decirse con verdad que no posee ni fuerza ni voluntad, sino únicamente discernimiento, y que ha de apoyarse en definitiva en la ayuda del brazo ejecutivo hasta para que tengan eficacia sus fallos [...] Aun cuando en ocasiones sean los tribunales de justicia los que oprimen a los individuos, la libertad general del pueblo no ha de temer amenazas [...] mientras [...] se mantenga realmente aislado tanto de la legislatura como del ejecutivo” (*ibidem*, pp. 330-331). Una idea que me ha gustado reiterar - que hasta ahora no la he visto desarrollada por ningún autor-, es que, a pesar de que el órgano jurisdiccional, como sostuvieran algunos, no cuenta ni con la espada ni con la bolsa, dispone del reloj a su favor, en tanto, resulta recomendable evitar la designación de jueces *a tempore* -como ocurre en la Provincia de Salta, con los siete ministros del Superior Tribunal de Justicia-. Esta necesidad de equilibrar las desventajas de un poder que, *a priori*, aparece como el más débil, también fue advertida por Alexander HAMILTON en *El Federalista*. Al respecto opinaba que: “no puede esperarse [imparcialidad] de jueces que estén en posesión de sus cargos en virtud de designaciones temporales [...] habría peligro de una complacencia indebida frente al poder que los designa” (*ibidem*, p. 335). Esta fórmula también la encontramos en el número 9 de *El Federalista*, al sugerirse la idea de constituir un poder judicial “integrado por jueces que conservarán sus cargos mientras dure su buena conducta” (*ibidem*, p. 32).

⁸⁵ *Ibidem*, p. 334.

virtud del apoderamiento pueden hacer sólo lo que éste no permite, sino incluso lo que prohíbe [...] No es admisible la suposición de que la Constitución haya tenido la intención de facultar a los representantes del pueblo para sustituir su voluntad por la de sus constituyentes. Es más racional suponer que los tribunales han sido concebidos como un cuerpo intermedio entre el pueblo y la legislatura, con la finalidad, entre otras, de mantener a aquélla dentro de los límites asignados a su autoridad. La interpretación de las leyes es propia y particularmente de la incumbencia de los tribunales. Una constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces. A ellos pertenece, por lo tanto, determinar su significado, así como el de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo. Y si ocurriere que entre las dos hay una discrepancia, debe preferirse, como es natural, aquélla que posee fuerza obligatoria y validez superiores; en otras palabras, debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la de sus mandatarios⁸⁶.

Lo importante es haber recorrido y transcripto los principales pasajes de *El Federalista* que se refieren, expresa y directamente, a los alcances del control de constitucionalidad. Ello así, con el propósito de colocar en cabeza del departamento judicial la delicada misión de ejercer la custodia de la constitución y de tener la última palabra a la hora de interpretarla.

4) Casos posteriores a la sanción de la Constitución de Filadelfia y anteriores al voto ponente del juez MARSHALL de 1803

Pese a los distintos antecedentes jurisprudenciales que cité anteriores a la Constitución de Filadelfia, a pesar de los criterios claros que surgen de los pasajes transcriptos de *El Federalista*, y pese a los debates y votaciones que se verifican en la convención constituyente de 1787⁸⁷, los tres casos que logré individualizar en los

⁸⁶ *Ibidem*, p. 332.

⁸⁷ Nos enseñaba SÁNCHEZ VIAMONTE que: “[I]a claridad de la Constitución argentina en esta materia (artículo 31), no presenta ninguna dificultad a la jurisprudencia ni tampoco a la doctrina constitucional. La Constitución de los Estados Unidos, que carece de una disposición semejante a nuestro art. 31 acerca de la supremacía constitucional, tuvo que ser interpretada por la Corte Suprema de aquel país [...]” (Carlos SÁNCHEZ VIAMONTE, *Manual de Derecho Constitucional...*, ob. cit., p. 93). Es que, en U.S. la cuestión vinculada a la revisión judicial de las normas dictadas por el poder legislativo, no tuvo una discusión trascendente, ni fue objeto de una regulación expresa en el texto de la Constitución. No obstante, surgen en torno del debate acerca de la conveniencia o no de crear un Consejo de Revisión de la legislación ordinaria, intervenciones de los constituyentes que, en cierto modo, tocan el problema del control de constitucionalidad de las leyes. Así, en el debate del 21 de julio el convencional WILSON reconocía como conveniente atribuir a los jueces la potestad de ejercer la revisión. En tal sentido dijo que: “la judicatura debe tener una oportunidad de protestar ante las usurpaciones contra el pueblo, así como también contra sí mismos. Se ha dicho que los jueces, como expositores de la ley tendrían la oportunidad de defender sus derechos constitucionales. Había peso en este argumento, pero este poder de los jueces no alcanzó a llegar tan lejos. Las leyes pueden ser injustas, pueden ser absurdas, peligrosas, destructivas; y aun no ser por ello inconstitucionales como para justificar el que los jueces rechacen su aplicación. Dejemos que participen del poder revisor y tendrán la oportunidad de tomar noticia de estas características de la ley, y de reducir los efectos perniciosos de estos productos de los defectos de la legislatura, mediante el propio peso de sus opiniones”. Martín LUTHER en contra de la creación del mencionado Consejo, sostuvo que: “las materias relativas a la constitucionalidad de las leyes responden a los jueces como consecuencia del ejercicio de sus funciones judiciales. En esa función tienen la posibilidad de oponerse a ellas. Unirlos al Poder Ejecutivo en la función de revisión es concederles una doble posibilidad de oposición” véase José Francisco GARCÍA, “Reseña de los `orígenes

cuales se trata la cuestión vinculada a la potestad del Poder Judicial de ejercer el control de constitucionalidad, carecen, en principio, de la extensión, de la claridad y de la autoridad con que MARSHALL destacó los perfiles del *judicial review*. Uno de los antecedentes que menciona la doctrina es el fallo de la Corte Suprema de Estados Unidos, en el caso “USA vs. Todd” del año 1794. En estos autos, la máxima instancia jurisdiccional invalidó una norma federal “concerniente a tareas extrajudiciales impuestas a una Corte de circuito”⁸⁸.

Existe un interesante precedente de la Corte Norteamericana que se tradujo íntegramente, el caso “Hylton vs. The United States”, en cuyo pronunciamiento se razonó del modo que sigue.

En el año 1796 se sometió a la decisión de la Suprema Corte, la cuestión relativa a la facultad del Congreso para imponer contribuciones.

El 5 de junio de 1794 el Congreso estableció un impuesto sobre carruajes, y se suscitó la cuestión de si era una contribución directa según el espíritu de la Constitución. En caso de no serlo, sería conforme a la Constitución, porque ésta dispone que los cargos, impuestos y derechos de importación, serán uniformes en todo el territorio de los Estados Unidos; mas no lo serían en caso de ser directa, pues la misma Constitución prevé que esta clase de contribuciones debe imponerse en cada Estado, teniendo presente sus respectivos censos.

Los magistrados que formaban parte del Tribunal de Circuito de Virginia se dividieron en sus opiniones; pero se apeló a la Suprema Corte, y ésta resolvió que el tributo no era directo, según el espíritu y texto de la Constitución, y que por lo mismo no era contraria a ella la ley que la impuso.

Se consideró que la cuestión era de suma importancia y fue muy debatida. El Congreso, se decía, tiene la facultad general e ilimitada de imponer y recaudar contribuciones (1; Artículo 2, sección 1; Artículo 3, sección 1 y 2).

Parece que esta distribución, tan hermosa y sencilla del poder, es demasiado clara para que pueda tergiversarse, y muy sagrada para que se viole. El juramento que se otorga de guardar la carta magna, por su propia fuerza y significado comprende necesariamente el deber de defender esa división de poderes, así como la jurisdicción para conocer los casos que dimanen de la carta constitucional, la cual abraza la cuestión, de si el Congreso puede erigir un banco nacional.

Las palabras necesarias y convenientes que usa la Constitución, no deben limitarse a los medios indispensables para el ejercicio de una facultad expresa, sino que comprenden todos los que el Congreso creyere adecuados, útiles y conducentes al fin perseguido mediante el ejercicio de dicha facultad⁸⁹.

Aquí, se debe reconocer que si bien el actor reclamó la declaración de inconstitucionalidad del gravamen dado su carácter de impuesto directo, la Corte, como paso previo a lo peticionado, no le reconoció tal calidad al defender la tesis de que se trataba de un impuesto indirecto y, por lo tanto, el Congreso Federal tenía la facultad de imponerlo con los requisitos establecidos por la Constitución para todo el territorio de la Unión. Entonces, la Corte consideró innecesario avanzar en el análisis de la inconstitucionalidad, respecto de las atribuciones del Poder Judicial de declarar la invalidez de una norma sancionada por los otros dos poderes del Estado Federal. No obstante, al igual que lo hizo Marshall en el caso “Marbury vs. Madison”, a través de

del control jurisdiccional..., ob. cit., pp. 505-506. El mismo autor indica que resulta difícil sacar una conclusión de los debates de la convención de Filadelfia, en torno al tópico aquí tratado. Lo cierto es que: “dado que la moción de Wilson fue consecuentemente derrotada, y ninguna otra fue presentada en torno al rol de los jueces en esta materia, es difícil concluir que la Convención misma estuviera interesada en establecer el sistema de revisión judicial”.

⁸⁸ Néstor Pedro SAGÜÉS, *Recurso Extraordinario...*, ob. cit., p. 133.

⁸⁹ Véase 3 U.S. (Dallas Bep.) 171-1796-.

un *obiter dictum*, sostuvo Chase al final de su ponencia: “Ya que no pienso que el impuesto sobre los carruajes sea un impuesto directo, es innecesario para mí, en este momento, determinar si esta Corte, posee de manera constitucional el poder de declarar una ley del Congreso nula, sobre la base de ser contraria y estar en violación de la Constitución; pero si la Corte posee tal poder, soy libre de declarar, que no lo voy a ejercer salvo en un caso muy claro”⁹⁰.

Por último, existe otro caso fallado por la Corte Suprema de los Estados Unidos el mismo año que el anterior (1796), en el cual se declaró la inconstitucionalidad de una ley local por ser contraria a un tratado internacional, el caso “Ware vs. Hylton”⁹¹ y que puede considerarse también un antecedente valioso para la génesis del control de constitucionalidad.

5) “William Marbury versus James Madison”

En el caso judicial “Marbury vs. Madison”, la Corte de Estados Unidos consagró ya de manera expresa la doctrina de la supremacía de la constitución y en su consecuencia la potestad del Poder Judicial de ejercer el control de constitucionalidad.

Con relación al primero de los aspectos se expresaba en los siguientes términos.

“La Constitución es, o bien una ley suprema y soberana, no susceptible de ser modificada por medios ordinarios, o bien está al nivel de las leyes ordinarias, y como todas las otras leyes, puede ser modificada cuando a la legislatura plazca modificarla. Si la primer parte de la alternativa es cierta, una ley contraria a la Constitución no es una ley; si la última parte es la verdadera, las constituciones escritas son tentativas absurdas por parte del pueblo de limitar un poder que, por su naturaleza misma, no puede ser limitado [...] Ciertamente, todos aquellos que han elaborado las constituciones escritas, las contemplaron como formando la ley fundamental y suprema de la nación, y consecuentemente, la teoría de cada uno en tal gobierno debe ser que una ley de la Legislatura repugnante a la Constitución es nula. Esta teoría acompaña esencialmente a una Constitución escrita, y debe ser considerada en consecuencia por las Cortes, como uno de los principios fundamentales de nuestra sociedad”⁹².

Vinculado a la potestad del poder judicial de ejercer el control de constitucionalidad sostuvo Marshall:

“la competencia y obligación del órgano judicial es esencialmente la de declarar lo que es la ley. Los que aplican las normas a los casos particulares, deben necesariamente, exponer e interpretar esa norma. Si dos normas entran en conflicto entre sí, los tribunales deben decidir cuál es el campo de aplicación de cada una. Y así, si una ley se opone a la Constitución, si ambas, la ley y la Constitución, son aplicables a un caso particular, por lo que el tribunal debe decidir ese caso de conformidad con la ley, sin tener en cuenta la Constitución, o de acuerdo con la Constitución sin tener en cuenta la ley; el tribunal debe determinar cuál de

⁹⁰ Traducido de la ponencia, en inglés antiguo, del juez Chase.

⁹¹ 3 U.S. (3 Dallas) 199 -1796-.

⁹² Carlos Sánchez VIAMONTE, *Manual de Derecho Constitucional...*, ob. cit., p. 93.

estas dos normas en conflicto es aplicable al caso. Ésa es la esencia verdadera de la obligación de los jueces”⁹³.

GELLI destaca el voto de Marshall por cuatro motivos: en primer lugar, porque crea un control que tiene a la Corte Suprema como intérprete final sobre los otras ramas del poder estatal; en segundo lugar, porque la Corte elaboró las bases de ese control apoyándose en el principio de supremacía constitucional, confiriendo al poder judicial la atribución de ejercer dicho control respecto de aspectos que versaran sobre la Constitución norteamericana; en tercer término, porque la más alta instancia jurisdiccional fijó los límites de su propio poder de declarar la inconstitucionalidad de las normas, a través de lo que se denominó doctrina de las cuestiones políticas no justiciables; por último, expone que la Corte declaró una inconstitucionalidad de oficio que nadie le había solicitado y lo hizo en materia de competencia pero, llamativamente, para declinarla. De ahí, que algunos autores opinen que todo el voto de Marshall es un *obiter dictum*⁹⁴.

A modo de conclusión, efectuaré una serie de glosas con el propósito de resumir la evolución del control de constitucionalidad y la supremacía de la Constitución en el marco del constitucionalismo clásico, ello, a partir de la incidencia del precedente “Bonham” y de la difusión de la doctrina del juez Coke, fundamentalmente en los pueblos de América.

En principio, a la luz de los antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales que individualicé, es evidente que existieron ideas anteriores a las plasmadas por Marshall en el célebre caso de 1803 (“Marbury vs. Madison”).

Además, conforme surge de alguno de aquéllos⁹⁵, se admitía por un lado la supremacía del derecho fundamental o de las constituciones por encima del derecho ordinario. Por el otro, se reconocía a los jueces la facultad de ejercer el control de constitucionalidad -salvo en el caso francés donde se rechazó la primera propuesta de SIEYÈS-.

En relación a la potestad de la judicatura de ejercer la revisión de la legislación ordinaria en orden a su adecuación con el texto de la Constitución, debo reconocer que no existía unanimidad de criterios; porque la Constitución de Filadelfia de 1787 no mencionó, de manera expresa, el control de constitucionalidad como una de las

⁹³ Del voto del *Chief Justice* Marshall, “William Marbury versus James Madison”, traducido al español en www.der.uva.es/constitucional/verdugo (acceso el 15-III-2009).

⁹⁴ Véase María Angélica GELLI, *Constitución de la Nación Argentina*, comentada y concordada, tercera edición ampliada y actualizada, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2007, pp. 365-366.

⁹⁵ Entre otros casos: “Bonham”, año 1610; “Day vs. Savadge”, año 1615; “Giddings vs. Browne”; “Paxton”, año 1761; “Josich Philips”, año 1778; “Trevett vs. Weeden”, año 1786; “Bayard vs. Singleton”; “USA vs. Todd”, año 1794; “Hylton vs. The United States”, año 1796 “Ware vs. Hylton”, año 1796; del texto de *El Federalista*, conforme número 9, número 78 y número 82; el artículo de IREDELL: “Un elector: al público” -1787- en *The Founders Constitution*. Podríamos agregar con BIANCHI los debates de la Convención de Filadelfia de 1787, los cuales si bien no resultan “absolutamente esclarecedores sobre este punto revelan la intención de crear un cuerpo u órgano encargado del control de los actos de la Legislatura y el Ejecutivo” (Alberto BIANCHI, *Control de Constitucionalidad...*, ob. cit., t. 1, p. 74) y finalmente la propuesta de SIEYÈS en lo que fuera la Constitución francesa de 1791.

facultades del departamento judicial en general “y, en especial, del supremo tribunal federal de ese país”⁹⁶.

Del análisis detenido del voto de Marshall, surgen puntos de contacto con las ideas que HAMILTON desarrolló en *El Federalista*. Básicamente, aquéllas que consagran el principio de supremacía constitucional y las que ponen en cabeza del poder judicial el ejercicio del control de constitucionalidad.

Si bien es cierto que la existencia de los antecedentes doctrinarios y judiciales, podrían quitarle a Marshall cierta cuota de originalidad, hay que destacar, que su decisión le otorga un fuerte halo de institucionalidad al *judicial review*. Máxime, cuando en algunos casos, se insinuó tímidamente la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de una norma (el ejemplo logra advertirse en el voto de CHASE en “*Hylton vs. The United States*”, 3 Dallas Bep. 171). Con posterioridad al voto de MARSHALL, ya no se duda de que la interpretación del derecho por parte de la judicatura es decisiva y obliga tanto a los demás departamentos del gobierno como al conjunto de la sociedad. Tanto el Congreso, depositario del poder legislativo, como el presidente, depositario del poder ejecutivo, están obligados a obedecer la interpretación que de la constitución efectúe el poder judicial en el ámbito de su competencia.

De lo expuesto, surge prístino que el caso proyectado por el *Chief* Marshall no fue el primero en el que se analiza la constitucionalidad de una ley. Tampoco fue el primer caso donde se anula una norma por ser contraria a otra disposición de mayor jerarquía; ni fue el primer antecedente en el que se atribuye a un determinado poder del Estado la facultad de revisar los preceptos sospechados de contrariar a la constitución u otra norma de mayor rango.

Según SOLÁ, el gran aporte que hace Marshall a través de su voto en el caso analizado fue “considerar a la Constitución como parte del derecho, lo que establece un vínculo directo entre el constitucionalismo como movimiento político y la competencia judicial para resolver las cuestiones constitucionales”⁹⁷.

Por lo expuesto, estimo que no es Marshall el creador de la doctrina de la supremacía constitucional y del control judicial de constitucionalidad. No obstante ello, fue quien impuso el control de constitucionalidad en cabeza de todo el poder

⁹⁶ Miguel Ángel EKMEKDJIAN, *Tratado de Derecho...*, ob. cit., t. III, p. 305.

⁹⁷ Juan Vicente SOLÁ, *Tratado de derecho constitucional*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2009, t. I, p. 41. Explica que la Constitución norteamericana no otorgó de manera explícita la facultad al Poder Judicial para ejercer control de constitucionalidad, que sí reclama MARSHALL en su tan comentado voto en el caso “*Marbury*”. El silencio, en tal sentido, habilitó el debate acerca de la legitimidad de la obra del juez americano. Por otro lado en la Convención Constituyente de Filadelfia se manejaron otras variables, como por ejemplo, la creación de un “Consejo de Revisión” que se integraría por los jueces de la Corte Suprema y el Presidente, quienes en conjunto resolverían sobre la validez de los vetos de las leyes ordinarias dictadas por el Congreso. Claro está que, en esta ingeniería, se consideraría al veto como un modo de evitar la entrada en vigencia de las normas contrarias a la Constitución. “Esta propuesta fue rechazada con argumentos que apoyan la legitimidad del control judicial y del debate puede decirse que los constituyentes en Filadelfia consideraban que la concesión de la competencia a los jueces debía incluir la necesaria para que en la decisión de casos se dejaran de lado y no se aplicaran las leyes federales y estatales que fueran consideradas inconstitucionales”.

judicial, convirtiéndolo en el instrumento más eficaz para la defensa de la constitución y su supremacía⁹⁸.

2. Síntesis del capítulo

Como expuse en la introducción de este primer capítulo, fueron varios los interrogantes que me inspiraron a trazar una línea investigativa tendiente a elucidar algunos aspectos que, entiendo, van a contribuir a tomar partida a favor o en contra de la hipótesis que inspira el trabajo.

1) El interrogante inicial que formulé apuntaba directamente a conocer -con el mayor grado de rigor posible- ¿en qué etapa de la historia se inicia fenómeno del constitucionalismo y dónde? Para despejar estas dudas escribiré una serie de glosas tratando de respetar, en la medida de lo posible un cierto orden cronológico.

1) Surge claro, de lo expuesto hasta aquí, que la primera constitución material puede encontrarse en la civilización hebrea. En efecto allí, bajo un régimen fuertemente teocrático, quienes ejercían la función de gobierno no lo hacían de manera arbitraria o absoluta, se encontraban limitados por la “ley divina”, que sometía por igual a gobernantes y gobernados. Sin perjuicio de ello, fueron los primeros en limitar el poder de las autoridades gubernamentales a través de la norma moral de carácter religioso. Se puede afirmar que en torno del primer aspecto se basaba su constitución material, la cual se erigía por sobre el poder constituido. Bajo esta ingeniería constitucional, los representantes de Dios en la tierra, eran quienes tenían por función interpretar la “ley divina” y juzgar a los hombres y a los detentadores del poder. En ejercicio de esa función eran, los miembros del Sanedrín, quienes tenían la última palabra.

2) Luego la civilización helénica, contribuye al desarrollo del constitucionalismo a través de la consolidación de la “democracia constitucional”. Se aprecia en el mundo griego un riguroso respeto por los principios del Estado de derecho de un orden (*eunomía*) regulado democrática y constitucionalmente, así como por la igualdad y la justicia igualitaria (*isonomía*). El sistema democrático de esta civilización instauró algunos principios, los cuales, incluso hoy, son observados por las modernas democracia tales como: a) el de primacía de las resoluciones de la Asamblea para la toma de decisiones de relevancia colectiva; b) el derecho de palabra y de propuesta dentro de la Asamblea conferido sin discriminación alguna; c) la

⁹⁸ La obra de Marshall, cobra mayor consideración si se tiene en cuenta, como señala ACOSTA SÁNCHEZ, que existen estudios de investigadores y constitucionalistas ingleses y norteamericanos que llegan a la conclusión de que el fallo del juez Coke no puede ser considerado como precedente del *judicial review* en la práctica británica pues los jueces reconocían el rango superior de *statute* sancionado por el Parlamento y “la universal obediencia debida al mismo” (José ACOSTA SÁNCHEZ, *Formación de la Constitución y jurisdicción constitucional*, Editorial Tecnos, Madrid, 1998, p. 93). AMAYA en idéntico sentido dice que “en definitiva, si Coke reconocía la soberanía del Parlamento, como él declaró expresamente, su doctrina no puede situarse en las raíces del control judicial de la ley, puesto que la esencia de dicho control es la limitación del legislador” (Jorge Alejandro AMAYA, *Control de constitucionalidad*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2012, p. 69).

extracción por suerte de los cargos públicos y de las magistraturas, comprendiendo los órganos jurisdiccionales; d) la alternancia anual de los gobernantes; y, e) la obligación de los detentadores del poder de rendir cuentas de sus actos. El constitucionalismo por estos tiempos parecía circunscribirse a una comparación entre políticas y leyes, era el resultado de un mero confronto intelectual. En Grecia se podía sostener que una ley era deficiente, pero jamás que no fuese obligatoria por ser contraria a la constitución. Sólo se admitía que esos preceptos legales fuesen malos, que no eran verdadero Derecho, pero nunca podía hacerse caso omiso de ellos invocando normas constitucionales. Lo expuesto equivalía a expresar que: la ley de la constitución no era obligatoria, tan solo normativa.

3) Son dos legados de la civilización romana al desarrollo del constitucionalismo. Uno tiene que ver con el funcionamiento de sistemas mixtos de gobierno. En ellos se establecieron “frenos y contrapesos” en la organización del departamento del poder. Si la constitución duraba mucho era, seguramente, por la persistente aplicación del “principio de contraposición”, cada poder estaba equilibrado y contrapesado por otro. Aquí la moderación y el equilibrio se resolvían en el ámbito del poder. El segundo marca diferencias con la etapa anterior y muestra un verdadero abismo entre el pensamiento de ARISTÓTELES y CICERÓN. Este último admite la existencia de un Derecho anterior al Estado como institución política. Señaló que los Estados no podrían aprobar una norma de carácter obligatoria contraria al derecho natural, cosa que ningún griego del siglo V o IV a. C. habría soñado en hacer, si se supone que hubiese podido comprenderlo.

4) En la etapa del medioevo surgen pautas que refuerzan la idea de un derecho natural prevaleciendo sobre el derecho positivo. Esta noción generó principios que se aprovecharon por parte del constitucionalismo. Entre ellos destacan: a) la regla de la jerarquía de derechos dada por la existencia de normas superiores a otras de inferior rango. Si la última era contraria a la superior resultaba nula aunque su origen estuviera vinculado a la más alta autoridad; b) la norma *ultra vires*, era inaplicable por el juez encargado de su ejecución; c) la norma inferior debía adecuarse a la de mayor rango y siempre debía interpretarse a la primera de conformidad con la segunda. Se reconocen ciertos derechos naturales superiores al derecho positivo. Existen derechos originarios de las comunidades, que no requieren de reconocimiento expreso de las autoridades para entrar en vigencia que jamás pueden ser ignorados por la ley positiva. Se admiten ciertos fines del Estado establecidos por el derecho natural como, por ejemplo, el afianzamiento de la justicia, la paz y el Derecho, la promoción de una vida plena y digna, la concreción de una moralidad cívica y el bienestar público. En Inglaterra se rescata la idea de que el Rey y el Parlamento, como autoridades constituidas, no podían modificar ninguna disposición del “derecho común”, del derecho legislado o de las costumbres del reino. Los fueros españoles robustecieron el principio de supremacía: era clara la primacía que ellos tenían respecto del resto del derecho positivo y su función limitante al poder del monarca. Además, destacó la figura de un magistrado, el justicia mayor, quien se encargaba de custodiar los derechos personales vulnerados por el rey o por otras personas.

ii) El segundo planteo apunta a conocer ¿cuáles fueron las características esenciales de las primeras constituciones? Para ello es menester poner el acento en dos textos:

1) En la Constitución francesa de 1791 que, como se vio, mantuvo numerosas desigualdades: sólo una reducida minoría ejerció el derecho al sufragio, el soberano fue el Parlamento, se impuso el predominio del legislativo sobre las restantes ramas del poder, y la norma jurídica superior no fue la constitución sino la ley, en tanto

resultaba la expresión del Parlamento. Existió gran desconfianza hacia la figura del juez, a quien se lo amenazaba con el tipo penal del prevaricato si se apartaba de reglado por la ley. El predominio del legalismo se caracterizó por: a) el rechazo de los valores o principios, sólo se consideraba la ley puesta por el legislador; b) se recurrió a la subsunción en la aplicación del Derecho descartando la ponderación; c) se reivindicó la autonomía del legislador democrático dentro de la constitución, y se postergó el rol de la judicatura; y, d) se priorizó sostener al derecho ordinario, en perjuicio de la constitución.

2) Asimismo, es en la Constitución de Filadelfia de 1787 donde se consagró el concepto de soberanía constitucional. Esta Carta constitucional se inspiró en principios del iusnaturalismo, puso límites al poder constituido, y seccionó al poder en tres departamentos. El modelo americano se caracterizó por: a) apoyarse en valores o principios para invalidar normas puestas por el legislador ordinario cuando resultaban contrarias a la constitución; b) se recurrió a la ponderación para aplicar principios; c) se reivindicó la omnipotencia del departamento judicial, por encima de la autonomía del legislador democrático; y d) se sostuvo la supremacía de la constitución, por encima del derecho ordinario.

III) En un tercer grupo de preguntas que se efectuaron se indagó dónde, y a partir de cuándo, se utilizó el principio de supremacía constitucional, cuáles fueron sus características y los principales antecedentes de la moderna herramienta del control de constitucionalidad.

1) Surge de estos antecedentes la supremacía y primacía normativa de las constituciones, respecto del derecho ordinario. Se reconocía a la figura del juez la facultad de ejercer el control de constitucionalidad conforme se advierte en los precedentes: “Bonham”, año 1610; “Day vs. Savadge”, año 1615; “Giddings vs. Browne”; “Paxton”, año 1761; “Josich Philips”, año 1778; “Trevett vs. Weeden”, año 1786; “Bayard vs. Singleton”; “USA vs. Todd” año 1794; “Ware vs. Hylton”, año 1796; del texto de *El Federalista*, conforme N° 9, N° 78 y N° 82; el artículo de IREDELL: “Un elector: al público” -1787- en *The Founders Constitution*; y los debates de la Convención de Filadelfia de 1787. Sin perjuicio de ello se debe reconocer que en el caso judicial “Marbury vs. Madison”, la Corte de Estados Unidos de Norteamérica consagró de manera expresa la doctrina de la supremacía de la constitución y atribuyó al Poder Judicial el ejercicio del control de constitucionalidad. La sentencia liderada por MARSHALL en el precedente referido destaca por cuatro razones: a) porque crea un control que tiene a la Corte Suprema como intérprete final sobre las otras ramas del poder estatal; b) porque la Corte elaboró las bases de ese control apoyándose en el principio de supremacía constitucional, dándole al Poder Judicial la facultad de ejercer este control en relación a cuestiones que tratan sobre la Constitución de USA; c) porque la Corte fijó los límites de su propio poder de declarar la inconstitucionalidad de las leyes; y, d) porque la Corte declaró una inconstitucionalidad de oficio que nadie le había solicitado y lo hizo en materia de competencia y para declinarla. El gran aporte MARSHALL en esa sentencia fue considerar a la Constitución como parte del derecho y generar así, un vínculo directo entre el constitucionalismo como movimiento político y la competencia judicial para resolver los asuntos constitucionales.

2) La supremacía constitucional establece un orden jerárquico entre distintos preceptos que conforman un ordenamiento jurídico y habilita la declaración de inconstitucionalidad cuando se rompe ese orden por un acto o disposición contraria a la constitución. El legislador ordinario, el presidente y los jueces estarán sometidos a la carta constitucional. En síntesis, la doctrina de la supremacía trae como lógica

consecuencia la doctrina del control de constitucionalidad, como mecanismo que, confrontando normas y actos con la constitución, verifica si están o no de acuerdo y, en caso de no estarlo los declara inconstitucionales, enervando su eficacia por falta de validez.

La supremacía de la constitución tiene naturalmente un sentido fáctico, que se identifica con la constitución material e implica que es el fundamento y pilar del ordenamiento político-jurídico del Estado. Además, posee otro vinculado a la constitución formal que, revestida de superlegalidad, hace que las normas y actos de los operadores públicos y privados se ajusten a ella. La tesis de la fuerza normativa de la constitución da cuenta de estas nociones y perfecciona la doctrina de la supremacía, al sostener que la carta magna tiene “fuerza normativa jurídica de aplicabilidad, exigibilidad y obligatoriedad”⁹⁹. De ahí que, deba garantizarse a la constitución su supremacía y estabilidad, ya sea en tanto regla de fondo o de procedimiento, anulando consecuentemente las disposiciones y actos que le sean contrarios.

Nace de esta manera, la justicia y la jurisdicción constitucional como reflejo de la inexistencia de la soberanía del legislador dentro del moderno Estado constitucional. El legislador estará siempre subordinado a la carta fundamental. Queda claro entonces que la “supremacía constitucional”: es una nota inherente al acto de creación y vigencia de cualquier instrumento normativo, que pretenda identificarse como la constitución de un ordenamiento jurídico.

⁹⁹ Jorge Alejandro AMAYA, *Control de constitucionalidad...*, ob. cit., p. 54.

CAPÍTULO II

Encuadre de la Constitución Nacional argentina en la tradición constitucional

En este segundo capítulo se hará un muy breve repaso sobre la tradición constitucional de la República Argentina para determinar las principales características de la Constitución Nacional. Se considerarán para ello, por un lado, el texto sancionado en 1853-1860 (reformado en 1866, 1898 y 1957) y, por el otro el texto vigente a partir de la innovación constitucional de 1994. En líneas generales cabe preguntarse ¿qué se entiende por constitución?; ¿cómo se puede conceptualizar a la Constitución argentina?; ¿qué consecuencias tiene, en una primera aproximación, el principio de la rigidez constitucional?; ¿cómo se compone, en un estadio temprano, el sistema de fuentes y qué rango jerárquico ocupa en él la Constitución Nacional?

1. Acerca del concepto de Constitución

Expondré aquí cómo se define a nuestra carta magna, desde la jurisprudencia y desde la doctrina. En otro capítulo se analizará, con mayor amplitud, cuál es el rango jerárquico que ocupa la Constitución en el ordenamiento jurídico argentino, conforme la postura de la tesis constitucionalista.

Desde el prisma de la etimología el término proviene del latín *constitutio, onis* y supone la acción y efecto de constituir¹⁰⁰. Luego constituir deriva del latín *constituere*, que significa formar, componer, ser, establecer, fundar, erigir, asignar, otorgar, “o dotar de una nueva posición o condición”¹⁰¹. Para ROSATTI, desde un punto de vista jurídico “la Constitución es el documento fundamental de un Estado en el que se establecen los basamentos generales de la comunidad política, se explican los derechos reconocidos a la población, así como sus deberes públicos y se estructura su organización institucional”¹⁰².

¹⁰⁰ Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, vigesimosegunda edición, Editor Espasa Calpe.

¹⁰¹ *Ibidem*, tercera acepción.

¹⁰² Horacio ROSATTI, *Tratado de derecho constitucional*, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2010, t. I, pp. 73-74.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación dice 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 tiempos de paz como en tiempos de guerra”¹⁰³. Allí, se halla el verdadero origen de los tres departamentos en los que nuestra constitución originaria segmentó al poder. Se encuentran limitadas las competencias normales de cada uno de aquéllos como, asimismo, se hallan expuestos y garantizados los derechos de los gobernados¹⁰⁴. El más alto tribunal opina que:

“la Constitución, es individualista pero debe entenderse tal calificación en el sentido de que reconoce al hombre derechos anteriores al Estado de los que éste no puede privarlo (artículos 14 y siguientes). Pero no es individualista en el sentido que la voluntad individual y la libre contratación no puedan ser sometidas a las exigencias de las normas reglamentarias: ‘conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio’ dice el artículo 14: el artículo 17 repite en dos ocasiones que los derechos que reconoce no pueden ser limitados por la ley y el artículo 19 fija como límites a la autonomía individual ‘el orden y la moral pública’. De su preámbulo y de su contexto se desprende el concepto de que la Constitución se propone ‘el bienestar común’ y el bien común de la filosofía clásica”¹⁰⁵.

En el ámbito del derecho público, no podríamos referirnos a Constitución como un simple instrumento de gobierno, sino a una manifestación primaria, de carácter extraordinaria e ilimitada de la soberanía¹⁰⁶.

Al fenómeno del constitucionalismo, SAGÜÉS lo entiende como “un proceso político-jurídico que tiene por meta establecer en cada Estado un documento normativo -la Constitución- con determinadas características formales (texto preferentemente escrito, orgánico, con supremacía sobre las demás reglas de derecho), y de contenido (organiza la estructura fundamental del Estado y define sus fines y enuncia los derechos de los habitantes)”¹⁰⁷. Para el autor el constitucionalismo apunta, como propósito central, a provocar una racionalización del poder, lo cual importa que todo “título de mando” y su consecuente ejercicio lícito debe desprenderse de una competencia establecida por la constitución. Para este autor, “el movimiento constitucionalista propone un nuevo tipo de régimen: la *nomocracia* o ‘gobierno de la ley’, distinguiendo respecto de ésta, una ley superior (la constitución) y otra inferior (las demás normas del aparato jurídico: decretos, leyes, ordenanzas, entre otras)”¹⁰⁸.

El análisis histórico del constitucionalismo, que realizara en los acápites anteriores, puede sintetizarse en la voz de BIDART CAMPOS para quien “todo Estado tiene Constitución; que toda formación política, por precaria que haya sido, ha tenido alguna estructura constitucional, y en su medida, alguna Constitución como norma básica y como realidad. El constitucionalismo es tan viejo como la humanidad, porque

¹⁰³ CSJN, Fallos 150:150, caso “Compañía Azucarera Tucumana contra la provincia de Tucumán, sobre devolución de dinero”, 1927.

¹⁰⁴ Véase Juan A. GONZÁLEZ CALDERÓN, *Curso de Derecho Constitucional...*, ob. cit., p. 21.

¹⁰⁵ CSJN, Fallos 179:117, caso “Quintero Leónidas Secundino contra Compañía de Tranvías Anglo Argentina”, 1937.

¹⁰⁶ Véase Carlos SÁNCHEZ VIAMONTE, *Manual de Derecho Constitucional...*, ob. cit., p. 64. Al respecto explica el autor que: “Algunos publicistas definen la Constitución diciendo que es un ‘instrumento de gobierno’. Debemos desechar esa expresión por anticuada y porque además, sugiere la idea de una clase social gobernante, que utiliza la Constitución como un elemento de su poder. El empleo de esa expresión proviene del nombre que dio Oliverio CROMWELL a una Constitución que promulgó como Protector de Inglaterra, el 16 de diciembre de 1653, pero que no se aplicó”.

¹⁰⁷ Néstor Pedro SAGÜÉS, *Teoría de la Constitución...*, ob. cit., p. 1.

¹⁰⁸ *Ibidem*.

creemos que desde su origen, el hombre actualizó necesariamente su apetito de vida política, y todas esas organizaciones, aun rudimentarias, han tenido su Constitución, su orden, su modo de ser”¹⁰⁹. También RAMELLA la define “como un conjunto de normas jurídicas, que regulan los poderes u órganos del Estado y establecen las obligaciones y derechos con respecto al Estado de las autoridades públicas y de los habitantes y ciudadanos, disponiendo el contenido social y político que debe animarla”¹¹⁰.

Hasta aquí el fenómeno que analicé apuntó a indagar en los orígenes más remotos del constitucionalismo en otras culturas, para comprender luego, la organización actual de la sociedad argentina a través de la incidencia de su Constitución, concebida ésta como norma suprema que cumple una función esencialmente limitadora del poder y que es interpretada y custodiada en última instancia por un órgano erigido a tal fin. En líneas generales, y en un sentido amplio, se puede afirmar que prácticamente todas las organizaciones políticas, por más primarias que parecieran, contaron con alguna estructura de poder o constitución. Tanto en la horda, en la tribu, en la *polis* como en el Estado fue posible detectar instrumentos que hoy, sin lugar a dudas, denominaríamos constitución, que se conformaban “por una serie de actos de mando y obediencia, por un conjunto de normas de derecho consuetudinario o de derecho formal y por una serie de objetos mínimos, aunque más no fuese la conservación del grupo en cuestión”¹¹¹. Estos elementos que hacen al contenido de la constitución se vieron presentes en las distintas etapas del constitucionalismo.

Mas, el concepto de constitución es uno de los que mayor cantidad de variantes muestra en la ciencia jurídica; a continuación del término suelen colocarse distintos adjetivos que cambian radicalmente en unos casos, el sentido o la definición que se da de la constitución. Entonces, no es lo mismo referirnos a constitución real, constitución formal, constitución jurídica, constitución material, constitución política, constitución normativa, constitución empírica o constitución ideal, de constitución en sentido amplio, en sentido estricto, etcétera. De ahí, la importancia de establecer, como lo hicieron algunos autores, un orden en relación a los conceptos de constitución. A lo largo de este acápite seleccionaré los que identifiqué como de mayor relevancia a los efectos de satisfacer el propósito de esta tesis.

Existen dos cuestiones que pueden alterarse respecto de la constitución: Una, implica que esta última puede ser reformada total o parcialmente por distintas vías y, otra, incluso más importante, es que puede variar el concepto que se tenga de ella en una organización determinada. Para VANOSI, el primero de los aspectos se relaciona con la rigidez, los cambios constitucionales y todas las cuestiones, claro está, que ello trae aparejado. El segundo, se vincula a la noción de constitución que se adopta por una corriente de pensamiento o que se origina como desprendimiento de una ideología existente en un momento puntual. Explica el autor que, a pesar de manifestarse como cuestiones muy disímiles, poseen una vinculación que las acerca “existencialmente, pues para que la constitución subsista o sobreviva, es menester que se logre un doble equilibrio entre la fijeza y el cambio constitucional por un lado, y entre los conceptos controvertidos de constitución por el otro. Sin ellos el Estado entra en crisis

¹⁰⁹ Germán J. BIDART CAMPOS, *Derecho Político*, Editorial Aguilar, Buenos Aires, 1962, p. 509.

¹¹⁰ Pablo RAMELLA, *Derecho constitucional...*, ob. cit., p. 2.

¹¹¹ Néstor Pedro SAGÜÉS, *Teoría de la Constitución...*, ob. cit., p. 2.

irreversible, por cuanto la descompensación de la ‘idea’ y de la ‘estabilidad’ constitucional traerá aparejado en algún momento el tránsito de un sistema de derecho a otro que lo desplazará y, así, sucesivamente”¹¹².

La distinción transcrita resulta de suma importancia para advertir el peligro que acecha a nuestro texto de máxima jerarquía, toda vez que se quiebre ese delicado equilibrio que describe el autor precitado. En una sociedad, que se precie de democrática, será menester mantener esa delicada armonía entre la rigidez constitucional y las pujas de las corrientes ideológicas, no siempre mayoritarias, que insisten en alterar las normas fundamentales sin respetar las reglas de juego. Máxime, cuando el órgano encargado de custodiar la salud de ese equilibrio no carga el acento en anular modificaciones que no respetan el proceso que la propia constitución prevé para convalidar su reforma, y sólo procuran, satisfacer los valores, las convicciones y, en definitiva, el obrar de sectores que carecen de legitimidad y apoyo popular suficiente.

Es digno señalar y, más adelante volveré sobre la cuestión, que toda constitución regula las competencias del Estado, ya sea en lo que respecta a los distintos departamentos del poder -parte orgánica-, o bien a la salvaguarda de libertad humana -derechos, declaraciones y garantías de las personas-. Es posible también que varíen las posiciones de las líneas demarcatorias, pero toda constitución contiene un conjunto de cláusulas de competencia a través de las cuales el poder constituyente ordena el aparato estatal y determina la relación entre éste y los administrados. Por ello, de esta idea “se advierte la preocupación que siempre ha existido en torno de la necesidad de asegurar una cierta presencia y control social del ejercicio del poder constituyente, a partir del tiempo en que ha pasado a reinar una creencia en la titularidad democrática del poder constituyente (SIEYÈS)”¹¹³.

Para este doctrinario, es evidente que en la noción de constitución no importa la pretensión de erigirse como fin en sí misma, que la “Constitución es un medio y no un fin”¹¹⁴, que los distintos conceptos de constitución, en tanto representen la manifestación de una idea o modo de concebirla, pueden ser el resultado del trabajo de una escuela o de un autor, como también el producto de una concepción que predomina en un conjunto social de un estadio determinado de su evolución político-cultural. “Es que el concepto de constitución pertenece al capítulo de las creencias y de las cosmovisiones que ven en aquélla el medio, el instrumento para institucionalizar sus planes. La constitución es siempre -en las diversas corrientes- el camino para alcanzar la vigencia de los ‘fines’ cuya primacía se procura”¹¹⁵.

¹¹² Jorge Reinaldo A. VANOSI, *Estado de derecho*, cuarta edición actualizada y ampliada, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2008, p. 61.

¹¹³ *Ibidem*, p. 62.

¹¹⁴ *Ibidem*. A esto añade que: “hemos vivido durante muchísimo tiempo la impresión generalizada, desde el enfoque místico y mítico al mismo tiempo de la constitución como un fin o como una panacea. Debemos rectificar el punto de partida del análisis para pensar en la constitución como un medio y no como un fin en sí misma. La constitución en nuestra acepción, es un instrumento que determina mediante un reparto de competencias cuáles han de ser las reglas del juego de la organización política de nuestro país” (Jorge Reinaldo A. VANOSI, *Teoría Constitucional...*, ob. cit., t. I, p. 622).

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 62.

Desde un concepto amplio, la constitución es como “el enunciado de las grandes ‘reglas del juego’ político y social que una comunidad adopta, para un cierto tiempo de su devenir histórico, por medio de un determinado reparto de competencias y con proyección u orientación hacia ciertos fines en los que la sociedad visualiza su porvenir”¹¹⁶. Por un lado, se constituye como constitución real cuando resulta posible aplicar las reglas de juego dadas, cuando son aptas para su procedencia y, fundamentalmente, cuando los principales agentes de la vida social se comprometen a cumplirlas y hacerlas cumplir. Por otro lado, la manifestación de esas “reglas del juego” dadas, son denominadas como constitución jurídica del Estado y, por lo general, se la identifica como la constitución escrita o formal¹¹⁷.

¿Cuáles serían esas reglas esenciales que se incorporan a la constitución? Al ubicarse del lado del derecho constitucional del poder, éstas se referirán: “a) al poder estatal; b) la distribución del poder entre sus órganos; c) las relaciones y controles entre esos órganos; d) los mecanismos de formación; e) los procedimientos de actuación; f) los ‘fines’ (mediatos) y las directivas (inmediatas) de los gobernantes; y g) genéricamente, las relaciones de los gobernantes con los gobernados, es decir, sus potestades sobre éstos”¹¹⁸. En cambio, si uno se posiciona en el espacio del derecho constitucional de la libertad, las reglas esenciales se referirán: “a) los derechos de las personas; y b) las garantías de los gobernados frente a los gobernantes”¹¹⁹.

En otro orden, las reflexiones que se efectúan en torno al concepto de constitución se pueden diferenciar en dos grupos: Los que nuclean conceptos de constituciones de tipo político y las que abrazan conceptos de constituciones científicas o más neutrales¹²⁰.

Sin profundizar aún el concepto, el cual desarrollaré párrafos más adelante, considero oportuno adelantar que a mi juicio el gran valor de la constitución se apoya en la aptitud para servir a la demarcación de la frontera entre la sociedad y el Estado, para establecer con claridad los espacios del derecho constitucional del poder y de la libertad, donde se pongan vallas para que los grupos con capacidad de influir en las decisiones de los aparatos estatales, no se constituyan en una amenaza al sostenimiento de los límites que fija la constitución. Es necesario, entonces, para mantener ese sano equilibrio que imponen las “reglas del juego”, que no exista desproporción de fuerza entre un poder y un contrapoder erigido como una suerte de freno o contrapeso. Es que, como sostuvo MONTESQUIEU, “solo el poder contiene al

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 63.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 64.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 73.

¹¹⁹ *Ibidem*.

¹²⁰ Véase *ibidem*, pp. 75-76. Afirma VANOSI que: “los conceptos políticos -cualquiera que sea un signo y lo bien intencionados que estén- lleva fatalmente a una suerte de maniqueísmo constitucional, en virtud del cual hay sistemas ‘reprobos’ y hasta sistemas ‘elegidos’...”. Adopta, en lo personal, un concepto de constitución más emparentado con las tipologías neutrales o científicas. Sin embargo, aclara que: “ello no nos inhibe de manifestar, en caso de ser llevado este tema al terreno de la política constitucional (es decir, ‘qué constitución se quiere’), habremos de pronunciarnos sin hesitación a favor de las manifestaciones del constitucionalismo (legalidad, representación política, separación de los poderes, libertad como ‘*prius*’) y el Estado de derecho (limitación del poder, garantismo, etcétera), en lo que bien puede ser considerado como andamiaje institucional de una democracia pluralista (creación representativa del derecho, predominio del elemento consensual, distribución del poder, pluripartidismo, controles del poder, integración política parcial, etcétera)”.

poder”¹²¹. Por ello “a todo acrecentamiento del poder debe corresponder un consiguiente fortalecimiento de los controles, es decir, que debe establecerse una relación directamente proporcional entre el aumento de las potestades y el vigorizamiento de los mecanismos de control”¹²².

La teoría constitucional, elaboró varios conceptos de constitución y varios autores se esmeraron por sistematizar el problema. De todos ellos GARCÍA PELAYO es uno de los que más destaca, dado el empeño que puso por ordenar y por sistematizar este fenómeno. En la tipología que elabora, muestra una estructura coherente en las tres acepciones que distingue para entender qué es una constitución¹²³. Cabe resaltar, como acertadamente refiere QUIROGA LAVIÉ, que si bien es cierto que cada corriente teórica construye distintos tipos conceptuales respecto de la constitución del Estado, no es menos cierto que aquellos “tipos construidos no se dan con pureza en ninguna realidad estatal; ellos son el metro o medida que tiene el teórico para verificar el grado de acercamiento al tipo, lo que se produce cuando se compara una constitución concreta con las abstracciones teóricas construidas”¹²⁴. Como se demostrará, un ejemplo patente se tiene en la Constitución Nacional.

A. Concepto racional normativo

Esta noción concibe a la constitución como un conjunto de normas que se sancionan de una sola vez, de manera completa y sistemática. En particular se fijan las funciones básicas del Estado y se regulan las competencias de sus órganos y las relaciones entre ellos. Dicho de otro modo, lo que procura esta idea de constitución, es que no representa la suma o el resultado de decisiones parciales adoptadas conforme surjan los acontecimientos, por el contrario, se apoya en la posibilidad de aprobar en un solo acto, para siempre y de manera universal un diseño de organización en el que se incluye toda la actividad del Estado y donde se subsume la mayor cantidad de casos posibles¹²⁵.

¹²¹ Citado por Jorge Reinaldo A. VANOSI, *Teoría Constitucional...*, ob. cit., t. II, p. 556.

¹²² *Ibidem*.

¹²³ Véase Manuel GARCÍA PELAYO, *Derecho constitucional comparado*, reimpresión de la séptima edición de 1961, Alianza Editorial, Madrid, 1984, pp. 33 a 53 (Capítulo 2, “Tipología de los conceptos de Constitución”).

¹²⁴ Humberto QUIROGA LAVIÉ, *Derecho Constitucional*, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1978, p. 23.

¹²⁵ QUIROGA LAVIÉ, destaca las siguientes características de esta concepción: “es racionalista”, dado que confía en que es posible crear una constitución en un solo acto y de una sola vez. “Se basa en el convencimiento de que la razón puede captar la esencia común de los acontecimientos variables que se producen en la historia y, sobre la base de esa esencia, elaborar la ley del Estado” (Humberto QUIROGA LAVIÉ, *Derecho Constitucional...*, ob. cit., p. 25). Esta característica es compartida entre otros por BIDART CAMPOS para quien este tipo de constituciones se presentan como un sistema racional de organización estructurado como un plan o programa, basado en la idea de subsumir la dinámica del sistema político en los preceptos normativos (véase German J. BIDART CAMPOS, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional...*, ob. cit., t. I-A, pp. 319-320). “Es normativista”, dado que se constituye el Estado a partir de reglas que marcan el deber ser y que alcanza con conocer una constitución, sólo averiguando el significado normativo plasmado en el texto supremo (véase Humberto QUIROGA LAVIÉ, *Derecho Constitucional...*, ob. cit., p. 25).

Las constituciones que se agrupan bajo esta tipología, procuran racionalizar y planificar la vida política a partir de crear una identidad sustancial de varios casos concretos y las distintas situaciones que capta la razón humana. Ello importa que, a partir de las categorías racionales que se conforman, se trata de poner orden en el caos de los fenómenos humanos. Para esta noción, sólo donde existe constitución normativa puede hablarse de orden político y estabilidad política y, cuando esta cuestión de la razón se utiliza en el campo político absolutamente, todos los poderes, todas las instituciones tradicionales, deben su vida y su competencia a la norma suprema. Consecuencia de ello es que, no puede admitirse la existencia de actividad jurídico-política por fuera de la constitución normativa. El propio BIDART CAMPOS explica que esta tipología pura defiende a la constitución como un complejo de normas, generalmente escritas y agrupadas en un cuerpo codificado¹²⁶.

En este concepto de constitución, resulta esencial la despersonalización de la soberanía y la consideración de la Ley Fundamental como soberana. Es decir, que si la soberanía consiste en la facultad de mandar sin excepción, y si la totalidad de las atribuciones del mando brotan del texto de la constitución, es evidente que ésta será indefectiblemente soberana. Por demás, si la constitución es la ley de leyes, de forma tal que una norma resultará válida en tanto no sea contraria a aquélla, es evidente que la soberanía cobra entidad en la propia constitución¹²⁷.

Se debe tener en cuenta, además, que la vigencia de una constitución concebida como racional normativa, se apoya en dos motivos esenciales. Por una parte, se plasma en sus textos una especial concepción de organización política, en virtud de la cual se pretende estructurar la vida del Estado con arreglo a preceptos predeterminados; ello necesariamente implica la finalización del proceso de racionalización y programación de la vida del Estado. También, junto a aquella planificación, la ratificación de la soberanía de la constitución, importa la eliminación de poderes arbitrarios, como asimismo, la negación de todo tipo de autoridad que no fuese expresamente concebida por las disposiciones constitucionales. La voluntad de la Asamblea Constituyente es superior a todas las demás, incluida la voluntad del Parlamento.

¹²⁶ Véase German J. BIDART CAMPOS, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino...*, ob. cit., t. I-A, p. 319. Es “liberal”, al admitir que el Estado, mediante el ejercicio del poder constituyente, asume que la libertad humana pueda concebir una constitución (Humberto QUIROGA LAVIÉ, *Derecho Constitucional...* ob. cit., p. 26). También, son “sistemáticas”, por cuanto aquí el ordenamiento elaborador muestra un orden y un equilibrio interno que lo tornen comprensible (*ibidem*). Indica BIDART CAMPOS que esta concepción cree en la fuerza estructuradora de la ley, o sea, en que las normas se constituyen como principio ordenador del sistema y que, en su fuerza normativa yace la eficacia para lograr que la realidad se exhiba tal cual lo muestran las normas constitucionales (véase German J. BIDART CAMPOS, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional...*, ob. cit., t. I-A, p. 319). Participa de la idea que la función constitucional consiste en “distribuir las competencias supremas del Estado. Constituir significa otorgar competencias” (Humberto QUIROGA LAVIÉ, *Derecho Constitucional...*, ob. cit., p. 26).

¹²⁷ En la Constitución Estadual se distingue, la “validez” -deriva de la norma hipotética lógica no positiva- y el contenido, que deviene de un acto de voluntad positivo carente de fundamento de validez (Humberto QUIROGA LAVIÉ, *Derecho Constitucional...*, ob. cit., p. 26). Despersonaliza la soberanía y la ubica en la propia constitución. Expone el autor que “soberana es la constitución y no el rey, ni el parlamento, ni el pueblo, pues soberanía significa invalidez, es decir la cualidad de la norma fundamental cuya validez no depende de otra superior” (*ibidem*). Se considera que en el Estado debe desterrarse la arbitrariedad y la irracionalidad al momento de adoptar una decisión política. El poder debe ejercerse en el cause del derecho respetando sus fronteras (véase *ibidem*).

Es característico de este concepto de constitución, considerar únicamente los textos expresados jurídicamente y de manera escrita, dado que aquí, sólo el derecho escrito garantiza la racionalidad frente a la irracionalidad de la costumbre constitucional; únicamente la forma escrita consolida un orden objetivo y estable en el tiempo de cara a la precariedad de las condiciones subjetivas. La precisión que ofrece la forma escrita consolida la seguridad jurídica y erradica cualquier intento de arbitrariedad por parte de la administración estatal, pues con esta modalidad, es posible contar siempre con un marco de referencia que permita comparar, en todo momento, los actos del poder, con los textos constitucionales.

De la constitución surgen los órganos e instituciones fundamentales del Estado y se derivan de ella sus competencias y poderes. De ahí, que no puedan ser aquéllos, a su vez, creadoras ni reformadoras de la constitución. De igual manera, como una de las funciones de esta concepción de constitución consiste en asegurar los derechos individuales es indudable que una garantía fundamental, para que ello se efectivice, consiste en el hecho de que los poderes constituidos no puedan alterar por sí mismos la organización constitucional. A todas luces, es esencial, para esta noción de constitución, la diferenciación clara entre poder constituyente y poder constituido, de modo tal que, sólo al primero se lo faculta para efectivizar una reforma total o parcial de la norma constitucional. Impera aquí una superlegalidad de la constitución, que subsume a todo el ordenamiento jurídico bajo la órbita de su influencia¹²⁸.

Por último, es preciso aclarar que además de un poder constituyente originario existe un poder constituyente derivado, lo que importa que a la par de los mecanismos de reforma de la legislación ordinaria, convivirá otro especial y más gravoso para viabilizar la reforma de la constitución¹²⁹.

Conforme agrega BIDART CAMPOS el tipo en trato procura conseguir: racionalidad, estabilidad y seguridad e insiste en que estos efectos se logran merced a la planificación preestablecida en la norma constitucional¹³⁰. Por distintos caminos, termina en el mismo espíritu conservador del historicismo. Ambas concepciones prefieren no modificar el texto constitucional. Sin embargo, el historicismo lo hará por cuestiones éticas mientras que el racionalismo por motivos formales¹³¹. Esta concepción resulta apta para ofrecer validez general a la totalidad de los Estados en todos los tiempos¹³². El método que utiliza el normativismo es el racional, “se parte de

¹²⁸ Subordina a todo el ordenamiento jurídico a la supremacía constitucional “y jerarquiza dicho ordenamiento a partir de esta última, en grados sucesivos cada vez más individualizados” (German J. BIDART CAMPOS, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional...*, ob. cit., t. I-A, p. 320), por ejemplo Constitución, ley, decretos, ordenanza, sentencia etcétera. Es esencial a la economía capitalista en tanto necesita un régimen basado en el cálculo más certero donde el sistema constitucional funcione para ofrecer garantía de estabilidad a los negocios (véase *ibidem*).

¹²⁹ Es “formalista”, al admitir para los textos constitucionales la forma escrita y su modificación sólo a través de los procedimientos habilitados por la constitución. Se distingue el poder constituyente del poder constituido y dentro de aquel el originario y el derivado. “Sólo el poder constituyente puede reformar la constitución, de acuerdo con los procedimientos y en los límites que le han sido fijados” (Germán J. BIDART CAMPOS, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional...*, ob. cit., t. I-A, p. 320). Esta tipología como destaca el autor apunta fundamentalmente a la constitución formal (véase *ibidem*).

¹³⁰ Véase *ibidem*.

¹³¹ Véase Humberto QUIROGA LAVIÉ, *Derecho Constitucional...*, ob. cit., p. 27.

¹³² Véase German J. BIDART CAMPOS, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional...*, ob. cit., t. I-A, p. 320.

un *a priori* que es la suposición de que por detrás de la constitución positiva existe una norma hipotética que permite reconocer la constitución del Estado”¹³³.

En tanto, QUIROGA LAVIÉ al afirmar que la concepción racional normativa contiene dos vertientes. Una, la *iusnaturalista*, que fuera desplegada a instancias del liberalismo burgués; afirma que el Estado no cuenta con constitución si ésta no brinda garantías a los derechos individuales y no respeta el principio de división del poder. “Esta corriente está comprometida con una tendencia política y mide las constituciones de acuerdo con su preponderancia con un escala de valores políticos (ROUSSEAU, JEFFERSON y Benjamín CONSTANT)”¹³⁴.

Otra, la positivista, desplegada por la conocida Escuela de Viena. Para esta visión cualquiera sea el contenido político de la constitución ella, sólo “será válida con tal que esté consolidada por el principio de efectividad: la norma fundamental existe cuando ella es eficaz (KELSEN y VATTEL)”¹³⁵. Para KELSEN la norma básica será aquella que no se pueda derivar de otra superior. De la validez de esta norma esencial, la que se da como presupuesto o axioma, dependen la validez de todas las normas del sistema jurídico. Para el maestro vienés un norma jurídica resulta válida sólo cuando es creada conforme a la norma básica y sólo por ella¹³⁶. KELSEN, indudablemente coloca en la cúspide del ordenamiento a la constitución y al responder a la pregunta de por qué un texto de máxima jerarquía es válido afirma que lo es porque deriva de la primera constitución -poder constituyente originario-. Dicho en otras palabras para el profesor de Viena el poder constituyente originario se funda en el presupuesto de que la primera constitución es una norma jurídica obligatoria.

Por último, al referirse a la legitimidad del ejercicio del poder constituyente originario, sin dar una respuesta acorde, ciento por ciento, a su afinidad con la escuela positivista, KELSEN, sostiene que la “última hipótesis del positivismo está en la norma de donde derivó su autoridad el primer legislador históricamente existente. Toda la función de esta norma básica consiste en conferir el poder creador del derecho al acto del primer legislador”¹³⁷.

B. Concepto de Constitución histórico tradicional

Para esta visión la constitución de un pueblo no es un sistema elaborado por la razón, sino que es una estructura producto de una lenta transformación histórica, en la que participan para constituirarla, elementos irracionales y hasta fortuitos imposibles de sistematizarse en un esquema. De ahí que, la constitución de una Estado no responde a la creación de un acto único y total, sino que es el resultado de actos parciales provocados por situaciones puntuales, que obedecen con frecuencia, a los usos y

¹³³ Humberto QUIROGA LAVIÉ, *Derecho Constitucional...*, ob. cit., p. 26.

¹³³ Véase *ibidem*.

¹³⁴ *Ibidem*.

¹³⁵ *Ibidem*.

¹³⁶ Véase Hans KELSEN, *Teoría general del derecho y del Estado*, Imprenta de la Universidad Autónoma de México, México D.F., 1958, p. 133.

¹³⁷ *Ibidem*, p. 137.

costumbres que asoman lentamente a lo largo del tiempo ignorándose, por lo general, su fecha de su nacimiento. Resulta que, como en cada sociedad donde se origine una constitución histórico tradicional existe una individualidad propia, distinta de otras, el orden constitucional responderá al espíritu nacional del pueblo de que se trate, y será casi imposible su aplicación a otros países para que sean receptados en sus constituciones.

Es pertinente destacar dos subgrupos de constitución histórico-tradicional. Por una parte, se ubican aquéllos que ven a este instrumento como el producto puro de la historia, enfrentada a la razón y a la planificación del hombre. La constitución no es otra cosa que una herencia legada por los antepasados y que se transmite por la vía de la tradición a las futuras generaciones. La legitimidad aquí va a estar dada por su origen en el pasado. La constitución existe y vale porque rige desde tiempos inmemoriales. Para otro sector se acepta la idea de que la razón puede incidir en la historia de algún modo, por ejemplo al interceder en la planificación dentro de un contexto histórico dado.

Para esta concepción, la constitución no precisa ser escrita totalmente, aquí la costumbre juega un rol esencial. Por lo general, en esta corriente no se distingue entre leyes constitucionales y ordinarias como ocurre en el Reino Unido, donde el Parlamento puede en cualquier momento dictar una ley en materia constitucional a través del mismo mecanismo que el previsto para la sanción de una ley común.

Finalmente, para los históricos, no corresponde, en principio la despersonalización de la soberanía, dado que ella residirá en un órgano o persona determinada y es el resultado de un proceso histórico generalmente aceptado.

En apretado resumen, BIDART CAMPOS refiere que esta tipología responde a la noción de que cada constitución es el resultado de una determinada tradición que respeta una sociedad dada, que viene desde el pasado y se consolida, se afianza en el presente. Indica que “cada comunidad, cada estado, tiene ‘su’ constitución así surgida y formada. La constitución no se elabora ni se escribe racionalmente, la constitución es algo propio y singular de cada régimen. Por eso descarta la generalidad y la racionalidad del tipo racional-normativo, para quedarse con lo individual, lo particular, lo concreto”¹³⁸.

QUIROGA LAVIÉ, destaca las siguientes características de esta concepción: Es “conservadora”, no acepta que la libertad del ser humano se configure en motor de la historia. Por una suerte de determinismo, la historia le es impuesta al hombre y por este motivo el hombre no puede alterar a su arbitrio el proceso que desenvuelve la historia como legado del pasado -historicismo conservador-. Para una posición más moderada, la libertad podría alterar levemente y hasta planificar el futuro histórico, mas nunca podría crearlo -historicismo liberal-. Se basa en la tradición, además en “los usos y costumbres constitucionales o en las convenciones, como fuente del ordenamiento -pero no en la ley-. La constitución no es lo que la ley escrita quiere, sino lo que manda la costumbre -la ley sólo puede recoger el dictado de la sagrada tradición, ella es declarativa pero no constitutiva”¹³⁹.

¹³⁸ German J. BIDART CAMPOS, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional...*, ob. cit., t. I-A, p. 320.

¹³⁹ Humberto QUIROGA LAVIÉ, *Derecho Constitucional...*, ob. cit., p. 24.

Es “individualista”, dado que quienes protagonizan la historia son unidades individuales que no pueden ser comprendidos por generalizaciones ya sea el pueblo, el rey, la nación, el parlamento, etcétera. “La historia es el reino de lo singular y de lo original en permanente devenir: pero en el devenir esta la continuidad, porque él sólo desenvuelve el pasado hacia el futuro -sólo gracias al pasado se entiende el presente y se avizora el futuro-. La constitución de un pueblo vale sólo para ese pueblo, pero no para otros pueblos”¹⁴⁰.

Es “irracional”, aquí la constitución de un pueblo no es el producto de la razón, al contrario es la resultante de factores irreductibles a un sistema o esquema dado. Se afirma que las constituciones tuvieron un origen que escapa al análisis dentro de un régimen. Es antiformalista, dado que no distingue entre normas constitucionales y normas ordinarias, ni entre poder constituyente y poder constituido. La estima al pasado obedece a motivos de índole éticos y hasta metafísicos, pero nunca a cuestiones formales. Se sustenta en la legitimidad, pues la ley de leyes existe, sólo en la medida que se encuentre validad por la historia, de este modo logra consenso. La soberanía se encuentra personalizada en ciertos órganos o individuos, sea el parlamento, sea el rey o el partido. De ninguna manera se reconoce la soberanía en cabeza del pueblo y así esta concepción opera en sentido opuesto a la Constitución republicana¹⁴¹.

Respecto del método utilizado por el historiador QUIROGA LAVIÉ, indica que es el metafísico, no el empírico, no el racional apriorístico ni el dialectico. “Se utiliza como fundamento la noción del espíritu del pueblo -SAVIGNY- o la lucha de clase -MARX-”¹⁴². Las que mejor representan esta concepción de constitución son las de Hungría e Inglaterra.

QUIROGA LAVIÉ finaliza el análisis de la noción de constitución historicista y destaca tres corrientes. A la primera de ellas la denomina historicismo conservador, representados por las figuras de BURKE y MAISTRE, caracterizándola como “un desenvolvimiento del pasado que ni la razón ni la libertad humana pueden modificar”¹⁴³. A la segunda la identifica como un historicismo liberal, representado por HUMBOLDT y CROCE; aquí la libertad planifica y hasta orienta a la historia, nunca la crea¹⁴⁴. Y, a la tercera vertiente la identifica con un historicismo radical, representado por MARX y “según el cual la historia se modifica a sí misma -en la historia está la revolución- por un proceso dialéctico inevitable”¹⁴⁵.

C. Constitución sociológica

Ésta se entiende como una concepción científica y una actitud que con diversa intensidad relativiza la política, la cultura y el Derecho, todos, a situaciones sociales.

¹⁴⁰ *Ibidem.*

¹⁴¹ Véase *ibidem.*

¹⁴² *Ibidem.*

¹⁴³ *Ibidem.*

¹⁴⁴ Véase *ibidem.*

¹⁴⁵ *Ibidem.*

En rigor, existen puntos de contacto inevitables entre las concepciones históricas y sociológicas de constitución dado que, por un lado resulta complejo discernir la realidad social de la histórica, pues la primera tiene rasgos de la última. Además, la noción histórica, se interesa siempre por ciertas estructuras de poderes sociales específicos o también de algunas conciencias sociales colectivas propias de estos grupos.

Para LASALLE la constitución de un Estado reuniría la suma de factores reales de poder que tienen vigencia en esa Nación. Explica, que cuando a esos factores reales del poder se los pone por escrito en un texto normativo se les da expresión y a partir de allí se erigen en Derecho. Sería esa la constitución jurídica del Estado¹⁴⁶. El referido autor afirma que a partir de este momento todo Estado va a tener indefectiblemente dos constituciones, una real que va a ser la que establezcan los factores reales de poder, y otra escrita, que va a ser “la hoja de papel” en el que se disfrazan las influencias de estos factores de poder. Para el autor de nada sirve una constitución normativa si ella no es el reflejo de la realidad que marcan los factores reales del poder¹⁴⁷ como las constituciones griegas o romanas.

Así, resulta menester establecer de manera precisa qué se entiende por concepto sociológico de la constitución, pero, haciendo énfasis en sus diferencias con las ideas racional-normativa e histórico-tradicional. Básicamente, se debe identificar a la tercera categoría, porque en principio la constitución es una forma del ser, no un deber ser. Asimismo, la ley de leyes no es el producto de un pasado, por el contrario, es una sustancia, un producto de las estructuras sociales actuales que suelen identificarse con relaciones económicas. Para esta posición, la constitución no se apoya en una norma trascendente, aquí la sociedad exhibe su propia legalidad y se revela contra la exclusiva normatividad de la concepción racional al punto que resulta imposible que se deje dominar por la norma constitucional. Para quienes se enrolan en estas ideas, el ser, no del pasado, sino del presente posee una estructura propia a la que debe adaptarse el deber ser. Sistematizando, la concepción racional respecto al Derecho, pone el acento en la noción de validez, la histórica lo hace sobre la legitimidad y la visión sociológica pone atención en la idea de vigencia¹⁴⁸.

Para la concepción sociológica, la característica saliente de toda constitución pasa por entender que la estructura social de un Estado, no es creación de una supernorma, por el contrario es la expresión de una infraestructura social y que, si esa normatividad pretende ser vigente debe ser, sin más, la expresión de la realidad social dada.

En relación a uno de los elementos que analicé en cada una de las corrientes, importa advertir que para las nociones sociológicas de constitución no es posible hablar de soberanía despersonalizada y abstracta, antes bien, aquí se debe hablar de poderes concretos¹⁴⁹.

¹⁴⁶ Véase Fernando LASSALLE, *¿Qué es una constitución?* Editorial Siglo XX, Buenos Aires, 1984, p. 48.

¹⁴⁷ Véase *ibidem*, p. 50.

¹⁴⁸ Véase German J. BIDART CAMPOS, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional...*, ob. cit., t. I-A, p. 320.

¹⁴⁹ QUIROGA LAVIÉ, destaca las siguientes características de esta concepción: Es estructuralista, dado que concibe a la Constitución con posibilidad de surgir de la estructura social que rige en el presente,

QUIROGA LAVIÉ culmina el análisis de la noción de constitución sociológica al destacar dos vertientes de la corriente. Por un lado, hace hincapié en una línea “conservadora”, e indica que es aquella que concibe a la constitución “como el estado de cosas favorables a los intereses creados y con tal de consolidarlo sostiene que las normas no deben modificar la realidad -VON STEIN-”¹⁵⁰.

Por el otro, una vertiente revolucionaria, donde se plantea la insuficiencia del modelo liberal burgués y de su constitución mientras que “la realidad muestra que la libertad y la igualdad predicadas no se cumplen, siendo necesario actuar sobre la estructura económica para modificar la constitución -LASSALLE-”¹⁵¹.

Sin embargo, como se verá QUIROGA LAVIÉ distingue dos conceptos más de constitución que desde luego resultará útil abordar.

D. Concepto de constitución decisionista

Para esta corriente, donde destacan doctrinarios como SCHMITT, la constitución es el resultado de una elección trascendental sobre la forma de gobierno que se elige para conducir los destinos de un pueblo. La constitución aquí será voluntarista, no es ni racionalista, ni estructuralista, tampoco historicista o dialéctica. Se conforma justamente a partir de las decisiones fundamentales de la sociedad sobre la forma en que resuelve organizar el gobierno. Por ejemplo, las que establecen un sistema unitario, republicano, liberal, etcétera. Estas decisiones fundamentales serán las que luego determinarán la unidad política del Estado, pero nunca la constitucional formal de aquél. Ésta, es sólo el resultado de las decisiones fundamentales, nunca serán el producto de la constitución formal. Es que, para concepción decisionista, “no es la

mas no como producto del devenir histórico. Afirma *el ser social* preferentemente al deber ser, “al que niega capacidad constituyente (contra la tesis expresa del racionalismo normativista: la constitución es lo que es y no lo que debe ser)” (Humberto QUIROGA LAVIÉ, *Derecho Constitucional...*, ob. cit., p. 25). Valora como prevalente a la infraestructura social, al colocarla por encima de la superestructura. La Constitución será lo que se constituyan como factores reales de poder, es decir, “la monarquía, la oligarquía, la burocracia, la burguesía, la clase obrera -LASSALLE-; o lo que quieren que sea los poseedores de los medios de producción -MARX-; o lo que resulta de la voluntad de la clase social dominante -ARISTÓTELES-” (*ibidem*). Se respalda en el noción de vigencia o efectividad constitucional, es decir que la Constitución sólo vale si es efectiva. Concibe a la libertad, ya no dependiendo del reconocimiento racional que efectúa el Estado, sino más bien “de las condiciones de vida existentes en la sociedad” (*ibidem*). Para esta concepción la revolución es posible sí y sólo sí se inicia a consecuencia de la modificación de la realidad social y no por el simple cambio operado desde la reforma normativa. “El auténtico motor de la revolución no es la idea de igualdad, sino la desigual distribución del bien social -VON STEIN-” (*ibidem*). Proclama la existencia de un tipo de legalidad propia de la realidad social que no acepta las influencias normatividad racional. Para esta corriente la “soberanía” no está en la constitución formal del Estado sino en los poderes concretos. Para establecer una constitución no se parte, como modos principales de la tradición o de la ley escrita, se parte de “la lucha social como actor dinámico que crea lo nuevo -lucha de clases en MARX, lucha de élites en PARETO, selección social en WEBER-” (*ibidem*). Se utiliza el método empírico inductivo a partir de la observación de la realidad social y la experimentación. No disuelve la antinomia que generan las concepciones racionalista e historicista, sólo se enfrenta a las dos sin hallar una síntesis (*ibidem*).

¹⁵⁰ *Ibidem*.

¹⁵¹ *Ibidem*.

norma la creadora del ordenamiento sino la decisión fundamental. La norma sólo estructura la ordenación preexistente”¹⁵².

Postula SCHMITH que la soberanía se constituye en la fuerza decisoria suprema, que no tiene dependencia con precepto jurídico alguno. Refiere, que “toda unidad política existente tiene su valor y su razón de existencia no en la justicia o conveniencia de las normas sino en su existencia misma”¹⁵³.

Normalmente, a la decisión fundamental puede llegarse a *posteriori* de un proceso de tensión que se genera entre sectores políticos contrarios los cuales luchan por determinar la forma de gobierno de un pueblo. Esos procesos de tensión es común encontrarlos en las páginas de la historia de varios países. Una muestra del fenómeno la tenemos en las pugnas entre unitarios y federales, entre monárquicos y republicanos. Por lo general, los enfrentamientos entre corrientes políticas antagónicas, culminan en una transacción entre sendos bandos¹⁵⁴.

SCHMITH, concibe al poder constituyente como una derivación de constitución positiva. Subraya que el poder constituyente es “la voluntad política cuya fuerza o autoridad es capaz de adoptar la concreta decisión de conjunto sobre modo y forma de la propia existencia política, determinando así la existencia de la unidad política como un todo”¹⁵⁵.

Esta corriente distingue la constitución -decisión fundamental- de las leyes constitucionales. Sólo serán consideradas como contenido constitucional las normas esenciales que se vinculan directamente a la forma o modo de gobierno. Tampoco se admite que las decisiones fundamentales sean alteradas por la reforma de la constitución de ahí que sólo se reconozca la validez del poder constituyente originario. “El poder constituyente no depende de una norma que le de validez sino de su simple existencia”¹⁵⁶. Por el proceso de reforma sólo pueden alterarse las leyes constitucionales pero nunca el texto de la constitución. Esta concepción descarta que, el proceso de reforma -en nuestro caso regulado por los artículos 30, básicamente, y el 75 inciso 22-, pueda ser considerado como parte del contenido de la constitución. Esto sólo lo admitiría la corriente racional normativa. Resulta imposible para el decisionismo alterar la constitución por esta vía. Con el mecanismo de reforma argentino se elevarían al ámbito de la constitución disposiciones que lejos se encuentran de ser fundamentales “y se rebaja el concepto de constitución al nivel de decisiones no fundamentales (en la Constitución de Weimar, por [ejemplo]: el derecho

¹⁵² *Ibidem*, p. 29.

¹⁵³ Karl SCHMITH, *Teoría de la Constitución*, Editorial Alianza Editores, Madrid, 1982, p. 25.

¹⁵⁴ Véase Humberto QUIROGA LAVIÉ, *Derecho Constitucional...*, ob. cit., p. 30.

¹⁵⁵ Karl SCHMITH, *Teoría de la Constitución...*, ob. cit., p. 86. Comenta EKMEKDJIAN respecto al pensamiento de SCHMITH sobre la material que: “si bien existe alguna referencia al fundamento de la legitimidad constitucional, la soberanía del pueblo, sin embargo afirma [en referencia a la opinión de SCHMITH] que se puede falsear o mal interpretar la voluntad popular, renegando del voto secreto como expresión democrática. Si el sufragio no es un medio idóneo para la expresión de la voluntad del pueblo, del *volkgeist*, la conclusión casi obvia es la necesidad de depositar esa voluntad en el líder, llámese caudillo, *führer* o *duce*” (Miguel Ángel EKMEKDJIAN, *Tratado de derecho constitucional...*, ob. cit., t. III, p. 144).

¹⁵⁶ Véase Humberto QUIROGA LAVIÉ, *Derecho Constitucional...*, ob. cit., p. 30.

de los empleados públicos a revisar su legajo personal o el de los alumnos a recibir un texto de esa Constitución)¹⁵⁷.

Refiere EKMEKDJIAN, que para esta corriente el poder constituyente no tiene fundamento iusnaturalista y menos político, contrariamente responde a un fundamento factual donde lo que importa es la capacidad de un individuo o grupo para imponer una decisión política fundamental. “Según la noción de SCHMITH acerca del poder constituyente, cualquier gobierno de facto que tenga suficiente poder para hacer cumplir las normas que él dicte, esta legitimado para hacerlo”¹⁵⁸. Con esto queda claro que el autor germano admite la ruptura del orden constitucional en aquellos casos donde se verifique alguna coyuntura imprevista que va a requerir la adopción de medidas concretas y de este modo dejar en claro la supremacía de los hechos por sobre la normatividad, donde el estado de necesidad viene a justificar las trasgresiones constitucionales. Para EKMEKDJIAN quien obra de esta manera, no hace otra cosa que usurpar la soberanía del pueblo. Comparto esta máxima de mi valorado maestro¹⁵⁹.

El método que utiliza esta corriente es el empírico, pues se basa únicamente en la observación y en la experiencia. Desde luego “no sistematiza, no es apriorística, no es metafísico, ni tampoco dialéctico”¹⁶⁰. Resulta útil aclarar que las decisiones fundamentales pueden ubicarse en cualquier parte de la constitución, sea en el preámbulo, sea en la parte orgánica o en el ámbito del derecho constitucional de la libertad. Estas decisiones esenciales, se adoptan en “cualquier circunstancia que sea propicia, no porque sean algo valioso, sino porque han sido establecidas: con motivo de una asamblea constituyente; en la oportunidad de la respuesta a un plebiscito; o con motivo de la no aceptación de un referéndum”¹⁶¹.

E. Concepto de Constitución de tipo dialéctico

Concibe a la ley mayor “como el producto normativizado -hecho forma- de la normalidad social -HELLER-”¹⁶². Para esta corriente no corresponde separar tajantemente el ser, del deber ser, la constitución aquí surge como un producto, no como un proceso de la historia y ello ocurre cuando la “normalidad” que rige en la vida social se formaliza a través de las normas jurídicas. La constitución de concepción dialéctica es un deber ser-ser en recíproca acción.

HELLER, obviamente plantea una división del universo en una dimensión conformada por la realidad y en otra dimensión conformada por el orden jurídico. Ni más ni menos lo que innumerables autores distinguen entre el mundo del ser y del deber ser¹⁶³.

¹⁵⁷ *Ibidem*.

¹⁵⁸ Miguel Ángel EKMEKDJIAN, *Tratado de derecho constitucional...*, ob. cit., t. III, p. 144.

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 145.

¹⁶⁰ Humberto QUIROGA LAVIÉ, *Derecho Constitucional...*, ob. cit., p. 31.

¹⁶¹ *Ibidem*.

¹⁶² *Ibidem*.

¹⁶³ Véase Hermann HELLER, *Teoría del Estado*, Ediciones Fondo de Cultura Económica, México, 1983, pp. 267 y ss.

La constitución total de un Estado, se integrará entonces por la “constitución no normada” y por la “constitución normada” que podrá ser o no jurídica o extrajurídica sea, verbigracia, que adopte la forma de costumbre, de precepto moral, religioso, etcétera. La constitución no normada es la normalidad y se integrará por actos que es posible encontrarlos en la realidad y que suponen para conformarse como tales, la concurrencia de: motivo, fin, medios, y sentido subjetivo.

“La normatividad es la objetivación del sentido objetivo social: es la conexión de los sentidos subjetivos que se dan en la realidad. Entre acto, sentido, realidad y significación hay una relación dialéctica”¹⁶⁴. Queda claro que para HELLER la constitución real de un Estado consistirá en las relaciones reales de poder¹⁶⁵.

Para esta escuela, entre normalidad y normatividad se da una relación de influencia recíproca, de manera tal que los hechos de la realidad pretenden convertirse en lo debido -normativamente hablando- y que “lo normativo impuesto por la voluntad consciente -de la autoridad- pretende convertirse en normalidad social [...] la diferencia entre la normalidad y la normatividad está en la necesaria valoración existente en la segunda”¹⁶⁶. Por ejemplo, es común que los hombres roben a sus semejantes y que lo hagan con una cierta regularidad en determinadas sociedades, sin embargo, esta práctica, jamás podría convertirse en norma por frecuente que resulte su ejercicio. Es que la prohibición de sustraerle a alguien parte de su propiedad se asienta sobre el valor de preservar el patrimonio de los seres humanos.

Bajo el prisma de la corriente analizada la normalidad es dinámica y la normatividad es estática. La organización, que puede cumplir la función de modificar o consolidar a la normalidad, debe renacer permanentemente “a tenor de la vida cambiante: la norma es forma abierta a través de la cual pasa la vida -HELLER-”¹⁶⁷. Este autor concibe al poder constituyente como la voluntad política idónea para determinar la unidad política en el todo. Se apunta a que, sin normas jurídicas, el ser humano no tiene voluntad, como tampoco poder o autoridad. No obstante, puede surgir un poder o autoridad por vía de la revolución, cuya legitimación, expresada en términos de consenso social, se sustenta en la ruptura del orden institucional¹⁶⁸. Aquí, el poder constituyente para obrar válidamente necesita de una norma jurídica o extrajurídica que lo habilite a crear o reformar una constitución. El Estado se muestra como una comunidad, que no puede soslayar el compromiso vital de sus integrantes, pues esta responsabilidad “constituye y renueva el producto constitucional”¹⁶⁹.

Se puede ver con claridad que la clave de este orden constitucional es la permanencia o continuidad de las conductas y las decisiones, dado que de este modo se asegura la predicción de lo que ocurrirá probablemente. La apreciación o estimación de los acontecimientos y la igualdad y la justicia societaria¹⁷⁰.

¹⁶⁴ Humberto QUIROGA LAVIÉ, *Derecho Constitucional...*, ob. cit., p. 32.

¹⁶⁵ Véase Hermann HELLER, *Teoría del Estado...*, ob. cit., pp. 269 y ss.

¹⁶⁶ Humberto QUIROGA LAVIÉ, *Derecho Constitucional...*, ob. cit., p. 32.

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 33.

¹⁶⁸ Véase Hermann HELLER, *Teoría del Estado...*, ob. cit., pp. 297 y ss.

¹⁶⁹ Humberto QUIROGA LAVIÉ, *Derecho Constitucional...*, ob. cit., p. 32.

¹⁷⁰ Véase *ibidem*.

Para el profesor alemán, la normatividad o existencialidad del poder constituyente se condicionan de manera mutua. Un poder constituyente que se desentienda de los factores reales de poder, indefectiblemente carecerá de vigencia¹⁷¹.

El método que elige esta escuela desde luego es el dialéctico el cual coloca en común a los opuestos y a partir de este proceso comprende la realidad del ser humano y del Estado. La normatividad constitucional se conforma con: 1) preceptos jurídicos que se dirigen de modo directo a regular la conducta humana. Son preceptos utilizados por los jueces para dirimir las controversias. 2) principios lógicos del Derecho, que los obtiene el científico a través de la abstracción de normas jurídicas, por ejemplo, el principio de razonabilidad. 3) principios generales del Derecho, que si bien surgen de la normalidad como principios éticos se convierten luego en una normatividad extrajurídica, sin afectar directamente la conducta o voluntad de los destinatarios de ello. Procuran, dado el alto grado de conocimiento por parte de los integrantes de la comunidad, asegurar el orden social. Habitualmente, esta tipología de principios se incorporan a la constitución jurídica de dos formas: materialmente, por formulaciones del contenido del principio, aunque no se expongan como una disposición concreta; y, formalmente, cuando se encomienda a la normalidad social el trabajo de concretar el principio. Ejemplos de este fenómeno serían las referencias que se hace a las “buenas costumbres”, al concepto de “buen padre de familia”, a la “buena fe”, etcétera. “En ambos casos la expresión normativa de los principios son la puerta por donde entra el cambio de la vida de las normas constitucionales y ello permite que la constitución sea permanente. Gracias a los principios, los preceptos constitucionales cobran sentido”¹⁷².

2. Dentro de qué categoría se ubica a la Constitución argentina

Para responder a esta pregunta debo segmentar la respuesta en dos tramos. Un primer enfoque lo haré ubicando a la Constitución originaria en algunas de las tipologías conocidas. Me refiero al texto sancionado en 1853-1860 con las modificaciones efectuadas en 1866, 1898 y 1957. Lo propio intentaré hacer con el texto reformado en el año 1994 por la convención convocada al efecto a mérito de lo establecido por la ley 24.309.

A. Conceptualización de la Constitución originaria

Desde distintos sectores de la doctrina constitucional se coincide en señalar que la Constitución originaria responde en su esencia a las características del tipo racional-

¹⁷¹ Véase Hermann HELLER, *Teoría del Estado...*, ob. cit., p. 298.

¹⁷² *Ibidem*, p. 34.

normativo¹⁷³. En este rumbo, el primer aspecto a tener en cuenta para encuadrarla como preponderantemente de tipo racional-normativo apunta a que la Constitución argentina es escrita y codificada. Se integra como un conjunto de normas que fueron sancionadas de una sola vez, completa y sistemáticamente. Fue concebida con la pretensión de planificar a futuro el destino del régimen político¹⁷⁴ que incluye la actividad y organización del Estado con el propósito de desterrar la arbitrariedad y racionalizar la vida política. La Constitución normativa, vino a garantizar un orden y una estabilidad política ajustando el obrar de todas las instituciones y la conducta de los habitantes a la ley suprema.

Algunas de las notas que caracterizan a nuestra Constitución Nacional dentro de esta conceptualización son las siguientes:

a) Del texto constitucional emergen los órganos fundamentales del Estado y de ese texto se derivan las competencias y poderes de cada uno de ellos. Ya en el Reglamento Provisional del 22 de octubre de 1811 se establece en Argentina la división de poderes. En la Sección Primera, se hace referencia a una Junta Conservadora que ejercía funciones legislativas; en la Sección Segunda se habla del denominado Poder Ejecutivo y en la Sección Tercera del Poder Judicial. Luego el Estatuto de 1815, el Reglamento de 1817 y las Constituciones de 1819 y 1826, establecieron la división tripartita del poder en los tres clásicos departamentos. Sin embargo, en la Constitución de Filadelfia de 1787 ya se había adoptado este sistema que fue defendido por MADISON antes de ser incorporado a la carta fundamental de los Estados Unidos de Norteamérica. ALBERDI, siguiendo el modelo americano y las tradiciones vernáculas, recoge para su proyecto de constitución este sistema que luego receptan las convenciones de 1853-1860¹⁷⁵.

b) La voluntad de la asamblea constituyente es siempre superior a todas las demás, esto abarca también a la voluntad del Congreso. La noción de poder constituyente está directamente vinculado a la evolución que experimenta el constitucionalismo clásico durante la segunda mitad del siglo XVIII¹⁷⁶. Como he dicho, el fenómeno se origina en las colonias inglesas de América del Norte en sus respectivas cartas y constituciones hasta consagrarse en la Constitución de Filadelfia de 1787, básicamente, a partir de la tradición y el sentido práctico del derecho anglosajón. En Europa, en cambio, los teóricos de la Revolución Francesa le

¹⁷³ Véase entre otros, Maximiliano TORICELLI, *Organización constitucional del poder*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2010, p. 17. Es posible detectar notas de las otras concepciones, pero lo que se quiere dejar claro aquí, es que se ajusta mayormente a la tipología referenciada, es decir la *racional-normativa*, véase por ejemplo lo expuesto por Miguel Ángel EKMEKDJIAN, *Tratado de Derecho...*, ob. cit., t. III, pp. 142-152.

¹⁷⁴ Conforme expone BIDART CAMPOS, no obstante no ha sido el resultado exclusivo de “puras abstracciones mentales ni con un razonamiento apriorístico, sino todo lo contrario tuvo un sentido realista de compromiso con todos los elementos de la estructura social de su época: cultura, religión, tradición, ideologías, creencias, factores geográficos y mesológicos, etc. [...] La Constitución argentina amalgama también -por eso- algunos caracteres del tipo tradicional-historicista, porque plasmó contenidos que ya estaban afincados en la comunidad social que preexistía y los legitimó a título de la continuidad y permanencia que acusaban en la estructura social” (Germán J. BIDART CAMPOS, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional argentino*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1995, t. I-A, p. 322).

¹⁷⁵ Véase Pablo A. RAMELLA, *Derecho Constitucional...*, ob. cit., p. 634.

¹⁷⁶ Véase Miguel Ángel EKMEKDJIAN, *Tratado de Derecho...*, ob. cit., t. III, p. 142.

confirieron a este movimiento un cariz racional al derivarlo esencialmente de la teoría del contrato social de ROUSSEAU¹⁷⁷.

La relación entre el poder constituyente y constituido, para esta noción de constitución, es uno de los fenómenos que contribuye a comprender cuánto y por qué vale nuestra constitución. Remontarme al nacimiento de este fructífero vínculo del constitucionalismo clásico resulta provechoso para entender el concepto de constituciones rígidas y el principio de supremacía constitucional. Se debe tener presente que en los textos de aquel tipo, como el sancionado en Argentina en 1853-1860, el poder constituyente se encuentra diferenciado del poder constituido. Las leyes fundamentales, suponen la existencia de un órgano constituyente con capacidad de concebir y modificar una constitución y, otro, que se erige en representante de la comunidad, se encuentra sujeto a reglas que no pueden cambiarse por el proceso ordinario de creación de preceptos jurídicos¹⁷⁸.

SIEYÈS, refiriéndose al dictado o reforma de la ley suprema, sostuvo que era imperioso destacar “la necesidad de constituir el cuerpo de los representantes ordinarios, como sobre la de no confiar esta gran obra sino a una diputación extraordinaria que tenga un poder especial *ad hoc*”¹⁷⁹. En concreto, apuntaba a que los detentadores del poder no pudiesen modificar o crear la constitución. Por el contrario, esa tarea le corresponderá en exclusividad a un órgano extraordinario convocado al efecto.

En este sentido, podría distinguir dos categorías del tipo de poder especial del que diera cuenta el prenombrado autor: uno denominado originario o fundacional y otro derivado o reformador. Adhiero con firmeza a la idea de SPOTA, en tanto sostiene que ambas categorías tienen raíces muy diferentes. La primera, es de naturaleza eminentemente política y la segunda de naturaleza preponderantemente jurídica¹⁸⁰. Estas diferencias parecen intrascendentes, pero no lo son. Antes bien, resultan esenciales para invalidar la reforma que opera a instancias del poder constituyente derivado, cuando no se respetan los términos, contenidos y procedimientos regulados en la constitución.

El ejercicio del poder constituyente fundacional le corresponde al pueblo, cuando lo hace para darse una organización jurídica y política, cuando regula los alcances de las libertades individuales, y fija límites a los departamentos u órganos que ejercen el poder. Aquí la comunidad despliega la capacidad política de sancionar, por primera vez, la constitución del Estado recién conformado. En cambio, el ejercicio del poder constituyente derivado en la constitución de 1853-1860 se le atribuye a una convención convocada al efecto, conforme artículo 30 de la Constitución Nacional. Ésta puede expedirse, o no, en los plazos determinados por el Congreso y sólo en

¹⁷⁷ *Ibidem*.

¹⁷⁸ Véase Arturo Enrique SAMPAY, *Constitución y pueblo*, Cuenca Ediciones, Buenos Aires 1973, p. 14. Sostiene el autor que VATTEL “con su magno tratado sobre el derecho de gentes aparecido en 1758, introduce en el vocabulario político el significado moderno del término constitución; asimismo, formula la idea revolucionaria de [aquella], al afirmar que el derecho de darla y cambiarla pertenece a la nación, y distingue claramente el poder constituyente del poder legislativo constituido. Estos conceptos serán desenvueltos por los revolucionarios norteamericanos y franceses”.

¹⁷⁹ Emanuel SIEYÈS, *¿Qué es el tercer Estado?* Editorial Américalee, Buenos Aires, 1943, p. 117.

¹⁸⁰ Véase Alberto A. SPOTA, *Origen y naturaleza del poder constituyente*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1970, p. 29.

relación a los temas habilitados a ser, o no, reformados. La supremacía constitucional impone, a los órganos estatales creados a instancias del poder constituyente, sancionar normas compatibles con la Constitución y sus procedimientos, caso contrario, resultarán inconstitucionales y podrán inaplicarse al caso concreto, e incluso, como lo hizo la Corte Suprema Argentina, en al menos un caso, declararlo nulo¹⁸¹.

Debo concluir, en coincidencia con EKMEKDJIAN, que para esta concepción de constitución el único habilitado para ejercer el poder constituyente es el Pueblo de la Nación o más precisamente el Electorado, concebido como comunidad política, ya sea que busque darse una organización primigenia, o bien para modificar la vigente. Es decir, que nadie aunque detente el poder de modo efectivo, puede reemplazar al titular natural del poder constituyente que no es otro que el Pueblo. “Las doctrinas expuestas *supra* [...] que niegan este axioma, implican una regresión a la ley de la selva, a etapas superadas de la historia del hombre, a una marcha atrás en la civilización y, por supuesto, pretenden legitimar la usurpación del poder que deviene siempre en totalitarismo”¹⁸². A ello debo agregar que, para la constitución eminentemente racional-normativa, existen límites que no pueden ser traspasados ni siquiera por la asamblea constituyente, como por ejemplo en 1994, cuando en la República Argentina aquel alto órgano actuó en ejercicio del poder constituyente derivado.

La identificación de la Constitución originaria argentina con el concepto de constitución racional-normativa importaría que, aquélla, sólo podría ser modificada a instancias de una convención convocada al efecto y en las materias para las que fue habilitada de manera expresa por el Congreso, al declararse su necesidad de reforma. Por demás, en este tipo de concepción, es posible que cualquier tribunal jurisdiccional ejerza el control de constitucionalidad en un caso concreto -control difuso- y así verificar la adecuación de los actos de todos los departamentos del poder del Estado y de los habitantes al texto de la Constitución, que se erige como norma superior del ordenamiento jurídico local, a la cual deben adecuarse el resto de las normas. Ello así, por imperio de los artículos 27, 28, 30 y 31 de la Constitución argentina¹⁸³. Finalmente, la última palabra en materia de interpretación para verificar aquella adecuación le cabría a un tribunal cabeza del poder judicial denominado Corte Suprema que habría sido erigido para convertirse en custodio o guardián final de la ley mayor. Al respecto, la más alta instancia instituyó esta regla de oro: “La Corte Suprema es el guardián de los derechos y garantías consagrados por la Constitución Nacional, y el intérprete final de sus preceptos”¹⁸⁴. Se profundizarán estas ideas al tratar los argumentos de las tesis

¹⁸¹ Véase CSJN, Fallos 322:1616, caso “Fayt”, 1999.

¹⁸² Miguel Ángel EKMEKDJIAN, *Tratado de Derecho Constitucional...*, ob. cit., t. III, pp. 152-153.

¹⁸³ Sostuvo la CSJN que: “La custodia de la supremacía constitucional está depositada en el quehacer de todos y cada uno de los jueces, sin distinción entre nacionales y provinciales, por lo que la elemental atribución y deber de los magistrados de verificar la compatibilidad constitucional de las leyes pertenece a todos los jueces de cualquier jerarquía y fuero, en tanto rige entre nosotros el sistema de control judicial difuso” (CSJN, Fallos 320:1092, caso “Ramos, Néstor H. s/ delito de robo calificado y abuso deshonesto reiterado”, 1997).

¹⁸⁴ CSJN, Fallos 317:874, caso “ATE. San Juan, Secretario General Héctor Sánchez s/ juicio político - inconstitucionalidad. (Escobar, Jorge Alberto)”, 1994. Voto de los jueces Julio S. NAZARENO y Guillermo A. F. LÓPEZ. En esa misma dirección se sostuvo en un voto en disidencia que: “La Corte Suprema está obligada, como guardián e intérprete final de la Constitución, a entender y declarar la invalidez de aquellas normas o actos que se sitúan a extramuros de sus principios, derechos y garantías y organización de los poderes” (CSJN, Fallos 317:335, caso “Polino, Héctor y otro c/ Poder Ejecutivo (Exp. Feria 5/94) s/ amparo”, 1994).

constitucionalista e internacionalista en la segunda y tercera parte de esta investigación.

Si bien nuestro texto constitucional posee normas del tipo historicista, por ejemplo el artículo 29, en general rompió con la tradición hispana de nuestra colonia al seguir el modelo de la Constitución de Filadelfia, como resultado de una construcción racional que se plasma por escrito. Sin embargo, para algunos, puede que la Constitución responda a la concepción sociológica, en razón de que la estructura social del Estado argentino es el producto de la supernorma sancionada en 1853-1860. La obra del constituyente vernáculo cargó más el acento en la idea de validez, verbigracia, al exigirle a los tratados el respeto a los principios de derecho público establecidos en la Constitución, a cambio de la noción de legitimidad o en la idea de vigencia que es propia de la concepción sociológica.

Se desecha el concepto de que nuestra ley mayor sea del tipo decisionista, dado que para esta escuela no se admite que la decisión fundamental, en virtud de la cual se sanciona una ley suprema, se vea alterada por una posterior reforma constitucional. De ahí que no existan en estos tipos de textos, mecanismos como el reglado por el artículo 30 de la Constitución Nacional. Esta noción, por cierto, rechaza la posibilidad de elevar al texto constitucional, disposiciones de derechos no fundamentales.

Por último, no advierto, que la Constitución originaria tenga rasgos que caracterizan a los textos dialécticos. En materia de reforma, para esta corriente, el poder constituyente si actúa bien necesita de una norma jurídica o extrajurídica. En ciertos casos, estos preceptos pueden ser el producto de una revolución que subvierte el orden preexistente y provoca reformas sin observar los mecanismos preestablecidos para ello, propiciando, como se verá en el noveno capítulo, un proceso al que se conoce como de desconstitucionalización. Una muestra palpable la podemos encontrar en la reforma de 1972 que se hizo a instancias de un gobierno autocrático orientado por una Comisión Asesora¹⁸⁵. La Constitución, para nuestro modelo, no puede renovarse a partir de esta práctica.

B. Conceptualización de la Constitución argentina, luego de la reforma constitucional de 1994

Anteriormente se manifestó que la constitución reformada de 1994, a diferencia de la original, no encajaba en ninguno de los conceptos descriptos. Me

¹⁸⁵ Explica EKMEKDJIAN que: "...esta Comisión remitió al Presidente *de facto*, Alejandro A. Lanuse, un informe sobre las reformas constitucionales propuestas, con una serie de dictámenes independientes, coincidentes algunos y otros en disidencia. / De conformidad con estos dictámenes, la Junta de Comandantes en Jefe sancionó la ley de facto 19.608, denominada 'ley declarativa fundamental' que declaró la necesidad de una serie de reformas a la Constitución. Estas reformas se efectuaron por un 'Estatuto Fundamental' del 24 de agosto de 1972. Como se puede apreciar, estos pasos pretenden ser un remedo de las dos etapas previstas en el art. 30 de la Constitución nacional [...] Si bien algunas de sus disposiciones se aplicaron en el gobierno constitucional que asumió en 1973, otras no se cumplieron y la historia posterior dejó en el olvido a esta reforma, sin declaración expresa en ningún sentido" (Miguel Ángel EKMEKDJIAN, *Tratado de Derecho Constitucional...*, ob. cit., t. III, pp. 248-249).

refiero, especialmente, a los modelos racional-normativo, historicista, sociológico, decisionista y dialéctico. Al decir de TORRICELLI, la Constitución adolece de una serie de contradicciones que la divorcian con las tipologías referidas más arriba¹⁸⁶. Uno de los mayores reproches que se le formula apunta a la redacción de normas de manera ambigua, habilitando a los operadores que interpretan su texto a una hermenéutica “no carente de contradicciones”¹⁸⁷.

A partir de la nueva redacción del artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, es posible que el poder constituido, por la vía de la incorporación de los tratados de derechos humanos, amplíe el abanico de derechos que podrían ser considerados con jerarquía constitucional sin seguir el procedimiento reglado por el artículo 30 *ejusdem*. Es decir que, ahora, se podría modificar la Constitución añadiendo tratados de derechos humanos, y soslayar la intervención del poder constituyente derivado¹⁸⁸. Este nuevo procedimiento puso en crisis, para algunos autores, principios que caracterizaron al texto constitucional bajo la concepción racional-normativa. Entre otros, destacan el de “rigidez”, el de “supremacía constitucional”, el concepto de “soberanía” y, sobre todo, para la tesis internacionalista, habría perdido importancia el control de constitucionalidad y el rol de la Corte Suprema de Justicia de la Nación como última instancia de interpretación al imponer un nuevo modo de validar la adecuación del derecho interno, incluida la Constitución, al derecho internacional de los derechos humanos mediante un novedoso método denominado control de convencionalidad. Éste, en sede internacional, es efectuado por un órgano jurisdiccional que en los hechos se comporta como una instancia adicional a las previstas en la Constitución, que decide en último término los casos, y lo hace de modo tal que sus sentencias y su jurisprudencia, para la postura internacionalista, resultan irrecurribles e inobjectables. En rigor de verdad, este tipo de tribunal internacional pretende desempeñarse, ahora, como una instancia supraconstitucional y por ello las constituciones y las cortes nacionales habrían perdido su condición de supremas merced de estos tratados y tribunales internacionales.

¿Se podría hablar entonces de una autonomía del control de convencionalidad? A guisa de ejemplo, entre nuestros autores, ROSATTI mantiene la idea de que la reforma de 1994 no autorizaría a sostener la especie. Y además que no es posible hablar de un control de convencionalidad por fuera del control de constitucionalidad, dado que los instrumentos internacionales que aprueba y ratifica la República Argentina, no se desvinculan de la Constitución y siempre que se incorpore un tratado por la vía del artículo 75 inciso 22, no podría desligárselo de la interpretación judicial que de ellos pueden hacer los tribunales nacionales cuando ejercen el control de constitucionalidad. A esto se podría añadir que, después que en sede internacional se ejerza el control de convencionalidad, debería hacerse nuevamente un control de constitucionalidad, como en efecto, y se verá más adelante, se ha insinuado aquí en nuestro ordenamiento local.

¹⁸⁶ Véase, Maximiliano TORRICELLI, *Organización constitucional del poder...*, ob. cit., p. 20.

¹⁸⁷ *Ibidem*, p. 21.

¹⁸⁸ Nótese que, existen tratados de derechos humanos que no sólo se conforman con un catálogo de los precitados derechos. En ciertos casos, como ocurre con el Pacto de San José de Costa Rica, también cuentan con partes orgánicas, que en ocasiones resultan contrarias a las respectivas áreas de las cartas constitucionales nacionales.

3. Síntesis del capítulo

En relación al interrogante sobre la noción de constitución y cómo se la puede conceptualizar en la República Argentina, se mostró, desde una visión netamente jurídica, que la constitución es el instrumento fundamental de un Estado en el que se plasman las bases generales de la comunidad política, se explican los derechos, garantías, declaraciones y principios reconocidos a la población, sus deberes públicos y se estructura su organización institucional. Nuestra ley fundamental es eminentemente de tipo racional-normativo. Sin perjuicio de poseer rasgos del tipo tradicional-historicista, de ser escrita y codificada, y de integrarse como un conjunto de normas que fueron sancionadas de una sola vez de manera completa y sistemática, fue concebida con la pretensión de planificar a futuro el destino del régimen político.

Además: a) del texto constitucional emergen los órganos fundamentales del Estado y de esa letra se derivan las competencias y poderes de cada uno de ellos; y, b) la voluntad de la asamblea constituyente es siempre superior a todas las demás, abarcando también a la voluntad del Congreso.

Ligado al último postulado de la conclusión anterior, se impone ahora, responder en cómo afecta el principio de rigidez. Éste, es una de las características centrales donde se asienta la supremacía de la Constitución. Ella sólo podría ser modificada a instancias de una convención convocada al efecto y, en aquellas materias en las que fue habilitada de manera expresa por el Congreso al declararse su necesidad de reforma. Básicamente, por imperio del artículo 30, aunque también contribuyen a la rigidez, la hermenéutica de los artículos 27, 28 y 31 de la Constitución argentina. En este esquema, la última *ratio*, en materia de interpretación para verificar aquella adecuación y salvaguardar los principios de supremacía y rigidez, le corresponderá, en nuestro sistema, a la cabeza del poder judicial. De ahí, que sea la Corte Suprema el órgano encargado de convertirse, por la vía del control de constitucionalidad, en custodio máximo o guardián final de la carta constitucional.

No yendo aún al núcleo de la cuestión, resulta preciso determinar cómo se compone la canasta de fuentes y el rango jerárquico que cada una de ellas ocuparía en el escenario jurídico de la República Argentina. De mayor a menor importancia se podría establecer, el siguiente esquema:

- 1) La Constitución Nacional y los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional.
- 2) Los tratados internacionales con jerarquía *supra* legal.
- 3) Las leyes dictadas por el Congreso de la Nación.
- 4) El resto de las normas inferiores a las individualizadas como supremas por el artículo 31 de la Constitución Nacional, a la cual nos remite la segunda parte de él.

Un tópico que viene a irrumpir en la escala de fuentes es el fenómeno de la recepción del derecho transnacional, hecho que importa el reconocimiento internacional de los derechos humanos y la habilitación de la pertinente inspección del

cumplimiento de esos instrumentos internacionales en cabeza de órganos de aplicación supraconstitucionales. Esta cuestión, en principio, se hace presente a partir de la innovación constitucional de 1994. La nueva herramienta puso en crisis valores que caracterizaron al texto constitucional bajo la concepción racional-normativa, entre los cuales destacan el de rigidez, el de supremacía constitucional, el concepto de soberanía. Bajo estas premisas, habría perdido relevancia el control de constitucionalidad y el rol de la Corte, como última instancia de interpretación, al imponer un nuevo modo de validar la adecuación del derecho doméstico, incluida la propia carta constitucional, al derecho internacional de los derechos humanos mediante el método denominado control de convencionalidad.

A medida que se avance en el estudio de estos mecanismos de control se pondrán de manifiesto los argumentos que me inclinan a preferir uno u otro sistema de control de los derechos consagrados para tutelar a la persona humana en cada una de sus dimensiones.

Como cierre de lo dicho hasta aquí, es evidente que, en el constitucionalismo actual, existen más principios que reglas; se practica más la ponderación que la subsunción; se cuenta con más jueces que legisladores; y vale más la constitución, como expresión del poder constituyente, que la ley, como obra del poder constituido¹⁸⁹.

¹⁸⁹ Véase Robert ALEXY, *El concepto y validez del derecho*, Editorial Gedisa, Barcelona, 1994, traducción J. M. Seña, p. 160.

CAPÍTULO III

Nacimiento y evolución del derecho internacional de los derechos humanos *post* constitucionalismo clásico

En este tercer capítulo, se evaluará el reconocimiento, la evolución de los derechos humanos en perspectiva internacional y, centralmente, cómo se enlaza con el fenómeno del constitucionalismo clásico para garantizar estándares de tutela de la dignidad humana, superiores a los alcanzados hasta aquella época. Para ello, cabe preguntarse: ¿cómo son reconocidos internacionalmente los derechos humanos a partir de la segunda guerra mundial?; ¿cuáles son las características de este tipo de derechos?; ¿cómo se desarrolla la internacionalización de los derechos humanos?; ¿cómo se puede producir la inserción de este verdadero plexo normativo hacia el interior de los ordenamientos jurídicos nacionales?; ¿cuál es el valor que adquiere el *ius cogens*?; ¿cuáles son los puntos de contacto entre el *ius cogens* y el derecho natural?; ¿existen límites para la actuación de los tribunales internacionales de derechos humanos?; ¿cómo se debe ordenar jerárquicamente la canasta de fuentes que rige en materia de derechos humanos, considerando la supuesta primacía de éste sobre el derecho interno?

Éstas son las inquietudes que se tratarán de evacuar a lo largo del desarrollo del capítulo tercero.

1. Nueva conceptualización del derecho internacional de los derechos humanos

A. La internacionalización de los derechos humanos: Como *ius commune*, *ius gentium* o *lex universalis*

Para tener un noción etimológica de los derechos humanos es importante retrotraerse al Imperio Romano, ya que aquí radicaba la noción de que todas las personas de existencia visible, sin distinción alguna, debían regular sus actos, sus relaciones en función a un conjunto de principios jurídicos expresados en el *ius gentium*. Este marco normativo resultaba aplicable a todos, al contrario del *ius civilis*,

destinado a reglar las relaciones jurídicas de los miembros de la *polis*, es decir, de los ciudadanos. El *ius gentium* es el derecho de todos de ser tratados con igualdad por el hecho de su condición de ser humano. Existe aquí, un reconocimiento con fundamento en la dignidad igual para todos los hombres y mujeres¹⁹⁰. Precisamente, ese *ius gentium* es el que trascendió en la historia, incluso, con posterioridad a la caída del Imperio Romano, llegando a identificarse con el derecho natural. Y luego, sirvió de base para el desarrollo ulterior del *ius commune* hasta épocas recientes en que algunos autores lo identifican con los derechos humanos en su evolución en el derecho internacional¹⁹¹.

Conforme afirma PÉREZ MARTÍN el denominado *ius commune* constituye el cuerpo jurídico general vigente en Europa, desde el siglo XII hasta el siglo XIX, que fue gestado a instancia de los glosadores, en un primer período, a partir de la obra de IRNERIUS en Bolonia y luego continuada merced a la intervención de los postglosadores¹⁹². Por entonces, no existían los derechos nacionales y la mayoría de los juristas de la época estudiaban, en el mundo occidental, los mismos textos y el mismo derecho. Los conflictos que se gestaban en distintos lugares del mundo eran resueltos sobre la base de este derecho, previa adaptación a las circunstancias regionales. De a poco, comenzaron a proliferar normas locales en cada una de las naciones, pero siempre sobre la base de aquel ordenamiento, como ocurriera con el derecho indiano¹⁹³.

Ese *ius commune* fue desapareciendo a medida que surgieron los Estados nacionales y avanzaron los derechos locales sobre la base de sus respectivas constituciones (*iura propria*). Si bien, en esta evolución, el derecho común sirve de anclaje sobre el que se erigen los nuevos ordenamientos a partir del fortalecimiento de

¹⁹⁰ Véase Víctor M. MARTÍNEZ BULLÉ GOYRI, “Los Derechos Humanos como *Ius Commune* en la interpretación constitucional”, *Revista Urbe et Ius*, Buenos Aires, 2015, p. 47. Aclara con puntilloso rigor el autor: “No debemos olvidar, por supuesto, que el *ius gentium* no era aplicado a los esclavos, pero la concepción misma de la esclavitud, como sometimiento para los vencidos, y la posibilidad de alcanzar la libertad, implica en sí el reconocimiento de que existe una dignidad básica en todos los seres humanos”.

¹⁹¹ Véase Sergio GARCÍA RAMÍREZ, “Relación entre la jurisdicción interamericana y los Estados (sistemas nacionales). Algunas cuestiones relevantes”, en el *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, número 18, 2014. “Para la escuela clásica del Derecho de gentes, la universalidad de los principios de la *comunitas gentium* era el fundamento del orden internacional, donde la teología y el derecho aparecían confundidos dentro de la herencia medieval, que recogió Francisco DE VITTORIA, a partir del año 1526. Este autor ‘le abre al derecho de gentes las puertas de la modernidad’ [...] ‘derecho de gentes’, según DE VITORIA, deriva del derecho natural, y tiene en miras limitar los poderes temporales, aun los del Papa. En esta postura la doctrina del derecho de gentes aparece con fuerza de ley. Se dice que todo el orbe es una república, lo que demuestra la idea de universalidad; Francisco SUÁREZ habla de *Civitas* máxima. / Luego Hugo CROCIO, por el año 1625 profundiza estas ideas universalistas formando con sus discípulos la escuela clásica del derecho de gentes que tiene como sustrato no ya la teología, sino el derecho natural...” (véase Alfredo VÁZQUEZ CARRIZOSA, “Los derechos humanos como normas universales” *Juris Gentium*, en *Derechos Humanos en las Américas*, OEA, Washington, 1984, pp. 3-21, citado por Juan Carlos HITTERS, Oscar Luján FAPPIANO, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2007, t. I, vol. 1, p. 407).

¹⁹² Véase Antonio PÉREZ MARTÍN, “El *ius commune*: artificio de juristas” en *Historia del pensamiento jurídico*, Universat Pompeu Fabra, Barcelona, 1999, p. 71. Al decir del autor, se basaba de manera fundamental en el derecho romano justinianeo, el *Corpus Iuris Civile* y el *Corpus Iuris Canonici* de la Iglesia (Véase *ibidem*, pp. 74-75).

¹⁹³ Véase Antonio PÉREZ MARTÍN, “Derecho Común, Derecho Castellano, Derecho Indiano”, en *Rivista internazionale di diritto commune* 3, 1994, pp. 43-89.

los estados nacionales, se produce una transformación radical en la forma de concebir y operar el derecho¹⁹⁴.

En un primer estadio evolutivo, como se indicó, fueron las distintas constituciones estatales, dictadas en la mayoría de los países de occidente, las que plasmaron en sus textos un variado cúmulo de derechos fundamentales y las herramientas para hacerlos efectivos. Para CAPPELLETTI esta corriente se considera como la “dimensión constitucional del derecho y de la justicia”¹⁹⁵. Se explica que, ante el supuesto fracaso del constitucionalismo para salvaguardar las prerrogativas inmanentes del ser humano, dado que se alteraba el trato de país a país, se dispuso, para tutela integral de la humanidad, extenderlas de modo que la protección alcanzara a los individuos en cualquier territorio donde se encontrara el titular de un derecho humano vulnerado. Nace de este modo, “la *dimensión transnacional* del derecho de la justicia, con la evidente intención de que el respeto de las prerrogativas humanas logre un nivel metanacional, a través de organismos colocados *fuera* de las fronteras [...]”¹⁹⁶. Así, la salvaguarda de los derechos humanos se convirtió en el marco de las relaciones internacionales, “en criterio de desarrollo moral y en requisito para ser considerado parte de la comunidad internacional, que excluye -e incluso sanciona- a los países que no presentan un cumplimiento de estándares mínimos en cuanto al respeto de los derechos humanos”¹⁹⁷.

Si bien es cierto que la “internacionalización” y la “universalización” de los derechos humanos tienen su epicentro con la redacción de la Carta de las Naciones Unidas¹⁹⁸, también lo es que, a partir de la globalización y el fenómeno de la integración regional, vuelve a gestarse hoy un nuevo derecho común sobre la base de redacción de tratados internacionales que implementan preceptos jurídicos genéricos y universales. Ello frente a problemas que trascienden los límites de las fronteras nacionales y afectan por igual a varios países en simultáneo¹⁹⁹.

El proceso de conformación de un nuevo *ius commune* tiene como eje central el rol que juegan los derechos humanos, pues al representar un paradigma ético para los países que conforman la comunidad internacional, afectan tanto a los preceptos que

¹⁹⁴ Véase *ibidem*, pp. 73, 77 y 78.

¹⁹⁵ Véase Mauro CAPPELLETTI, “Acceso a la Justicia. Conclusiones de un proyecto de investigación jurídico-sociológica”, *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 1981, traducido por Juan Carlos Hitters, v. III, pp. 810-814.

¹⁹⁶ Véase Juan Carlos HITTERS, Oscar Luján FAPPIANO, *Derecho Internacional...*, ob. cit., t. I, vol. 1, p. 78.

¹⁹⁷ Víctor M. MARTÍNEZ BULLÉ GOYRI, “Los Derechos Humanos...”, ob. cit., p. 49. Aclaro en este sentido que, en el marco de la OEA no existen sanciones para aquellos países que incumplen, verbigracia, con las sentencias de la Corte IDH, incluso, para los pronunciamientos dictados en los términos del artículo 68.1 del Pacto de San José de Costa Rica.

¹⁹⁸ Juan Carlos HITTERS, Oscar Luján FAPPIANO, *Derecho Internacional...*, ob. cit., t. I, vol. 1, p. 407. En página anterior aclaran los autores que “en puridad de verdad ambos conceptos deben diferenciarse, pues *internacionalización*, significa que los derechos humanos nos son protegidos, no sólo por los órganos domésticos sino por los internacionales. En cambio *universalización* (o universalidad) quiere decir que estas prerrogativas acompañan al hombre como una sombrilla protectora en cualquier lugar que se encuentre por ello hablamos de un *bill of rights* transnacional, aunque ambos conceptos tienen una notable correlación”.

¹⁹⁹ Actualmente, entre otros, podría incluirse el conflicto del narcotráfico, la migración internacional, la trata de personas, las investigaciones vinculadas a la bioética y a las nuevas tecnologías y, desde luego, la que involucra a los derechos humanos de primera, segunda y tercera generación.

se incorporan a los nuevos tratados como a las relaciones entre los Estados. Esencialmente, inciden en la actuación de los organismos internacionales entre los que se incluyen a la Corte IDH y al Tribunal Europeo de Derechos Humanos -Tribunal EDH-. Esta tendencia, hará que los Estados nacionales, hacia el interior de sus ordenamientos jurídicos, promuevan las reformas necesarias para adecuarse a los estándares internacionales de protección de los derechos humanos²⁰⁰.

El carácter universal de los derechos humanos constituye una cuestión vital para que se puedan cumplir las funciones del *ius commune* internacional, pues esta característica la impone la propia naturaleza de estos derechos, que se fundan, notoriamente, en la condición humana. En América Latina hace tiempo que se habla de la existencia de un *ius commune* latinoamericano, producto de una tradición común que nos vincula desde la época de las colonias. Por cierto se dijo que: “en el espacio jurídico latinoamericano se está conformando una cultura jurídica común en base al cuerpo normativo, doctrinario y jurisprudencia de derechos humanos”²⁰¹.

B. De la aparición del derecho internacional de los derechos humanos

Con la sanción de distintos instrumentos jurídicos superiores, no sólo se consagraron derechos sustantivos a favor del hombre, sino también y, al mismo tiempo, efectivas herramientas para salvaguardar aquellos derechos esenciales²⁰². Se cristalizan principios, valores e instituciones que se funden en un nuevo modelo de organización político-social²⁰³, donde el individuo puede, inicialmente, vivir con dignidad, en libertad y en condiciones de igualdad conforme sostuviera ROUSSEAU²⁰⁴.

²⁰⁰ Véase Víctor M. MARTÍNEZ BULLÉ GOYRI, “Los Derechos Humanos...”, ob. cit., p. 53.

²⁰¹ Armin VON BOGDANDY, *Ius Constitutionale Commune en América Latina: Rasgos, potencialidades y desafíos*, UNAM-Max Planck Institut Für Ausländisches Recht und Völkerrecht-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Héctor Fix Fierro - Mariela Morales Antoniazzi (Coords.), México, 2014, p. 12.

²⁰² Véanse Charles Howard MACILWAIN, *Constitucionalismo Antiguo...*, ob. cit., p. 95; Néstor Pedro SAGÜÉS, *Teoría de la Constitución...*, ob. cit., pp. 2-3; Juan Carlos HITTERS, Oscar Luján FAPPIANO, *Derecho Internacional...*, ob. cit., t. I, vol. 1, pp. 154-155.

²⁰³ Si tuviera que explicar como reaparecen los derechos humanos en una etapa tardía, antes, debería recordar que su verdadera génesis es tan antigua como la historia de la humanidad. Este movimiento, desde sus orígenes, procuró limitar el poder estatal en favor del individuo y sus derechos conformándose como “ciertas esferas privadas, que se han dado en llamar ‘derechos del hombre’ o ‘libertades individuales’ y que constituyen el soporte del sistema político de la democracia constitucional, basado en el apotegma de que cuando más amplias son estas potestades, menor es el peligro contra la concentración del poder” (Juan Carlos HITTERS, Oscar Luján FAPPIANO, *Derecho Internacional ...*, ob. cit., t. I, vol. 1, p. 165). Agregan los autores que el modelo al que aluden “aparece contrapuesto a la autocracia donde el ser humano carece de esos sectores o cotos privados libres de la intromisión estatal” (*ibidem*).

²⁰⁴ Véase George JELLINEK, “La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano”, en Jesús GONZÁLEZ AMUCHÁSTEGUI, *Orígenes de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano*,

Así, el Estado liberal se ocupó, principalmente, de la defensa de los derechos del individuo potenciando sus libertades²⁰⁵. En este marco, los textos constitucionales de los siglos XVIII y XIX se convirtieron en destino natural de los derechos humanos, conforme se advierte en los dos instrumentos de mayor trascendencia de esta etapa: la Constitución norteamericana²⁰⁶ y la Constitución francesa de 1791 que coloca a la cabeza de la norma de máxima jerarquía a la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* de 1789²⁰⁷.

A partir de la sanción de estas dos herramientas jurídico-políticas la mayoría de las cartas magnas incluyeron derechos humanos vinculados a los derechos individuales y políticos²⁰⁸. Cabe aquí tener presente la importancia de la doctrina de la supremacía constitucional y el ejercicio del control de constitucionalidad para garantizar la defensa de los denominados derechos humanos de primera generación. En este tipo de ordenamiento jurídico, el rol del juez constitucional se limita a analizar la compatibilidad de normas o actos, con los preceptos constitucionales y, llegado el caso, invalidarlos por ser contrarios a la norma suprema.

Se puede sostener que, desde el inicio de este período se fueron expandiendo los derechos humanos de primera generación por todo el mundo, a la par de las constituciones y como parte esencial de ellas. Es posible afirmar, que la génesis de las

Editora Nacional, Madrid, 1984. Debo agregar, en cuanto al fenómeno intelectual que hizo factible la revolución, que es importante destacar también las obras de DESCARTES (uno de los filósofos más influyentes del siglo XVII, fundador del racionalismo y autor del *Discurso del método*). También cabe añadir a otros pensadores como Thomas HOBBS, Baruch de SPINOZA, GROCIO, WOLF, PUFENDORF, HOLBACH, KANT, Wilhelm LEIBNITZ, John LOCKE Y MONTESQUIEU entre otros. Para TUNNERMANN BEMHEIM, como señala Edgar BODENHEIMER “la combinación de la teoría del derecho natural de LOCKE con la doctrina de la separación de poderes de MONTESQUIEU forman la base filosófica del sistema de gobierno norteamericano” (Carlos TUNNERMANN BEMHEIM, *Evolución Histórica de los Derechos Humanos*, segunda edición, UNESCO, Caracas, 1997, p. 13).

²⁰⁵ *Ibidem*.

²⁰⁶ La Constitución de Filadelfia de 1787, que se adelantó históricamente a la francesa respecto de la incorporación de derechos individuales al agregar el 25 de septiembre de 1789 las 10 primeras enmiendas que representan el *bill of rights* del pueblo Estadounidense (véase Carlos TUNNERMANN BEMHEIM, *Evolución Histórica de los Derechos...*, ob. cit., p. 22). En puridad, señala NIKKEN que antes se constituye el *Bill of rights* del Estado de Virginia, el 12 de junio de 1776, al declararse: “todos los hombre son por naturaleza igualmente libres e independientes y tienen ciertos derechos innatos, de los cuales, cuando entran en estado de sociedad, no pueden por ningún pacto privar o desposeer a su propiedad, a saber: el goce de la vida y de la libertad, con los medios para adquirir y poseer la propiedad, y buscar y conseguir la felicidad y la seguridad”. Al poco tiempo con la declaración de la independencia de los Estados Unidos de Norteamérica el 4 de julio de 1776 se afirmó que: “tenemos por evidentes en sí mismas estas verdades: que todos los hombres son creados iguales, que han sido dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; que entre éstos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad; que para asegurar esos derechos, se instituyen entre los hombres Gobiernos los cuales derivan sus legítimos poderes del consentimiento de los gobernados...” (Pedro NIKKEN, “La protección de los derechos humanos: haciendo efectiva la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales”, en *Revista IIDH*, San José, 2010, vol. 52, p. 58).

²⁰⁷ El Preámbulo de la Constitución francesa de 1791 fue la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*.

²⁰⁸ Se podría afirmar, que con la Declaración francesa se cierra una “etapa teórica o doctrinaria de los derechos naturales y se inicia, en lo que se refiere a protección normativa de los derechos humanos, la fase de su incorporación [de estos derechos] a los textos de las constituciones políticas, [elevándolos] así a la categoría de preceptos de máxima jerarquía dentro del ordenamiento legal de cada país, cuya tutela pasa al propio Parlamento o a un poder judicial independiente de las autoridades centrales” (*ibidem*, p. 22).

primeras cartas constitucionales clásicas, en cada uno de los países, se funde con la reaparición de los derechos humanos en la modernidad²⁰⁹.

Transcurrieron más de cien años para que el rol del Estado cambiara y se incluyeran en la agenda gubernamental derechos sociales e intervención estatal para corregir situaciones de desigualdad. Esta circunstancia dio origen a los denominados derechos humanos de segunda generación, como por ejemplo: los derechos económicos sociales y culturales (constitucionalismo social)²¹⁰. En rigor, los cambios operados, en estas dos fases de evolución de los derechos humanos, surtieron efecto sólo fronteras adentro de los países que dictaron o modificaron sus constituciones. Se consolidó un modelo de derechos humanos sólo hacia el interior de aquéllos y, paulatinamente, se pasó de la tutela de sectores específicos de la población a toda la comunidad y de una determinada región de un país a la nación entera. Recientemente, la defensa de los derechos humanos se convierte en universal e internacional, ahora alcanza al hombre sin distinción de nacionalidad y sin límites geográficos establecidos por las fronteras estatales. Así, el ser humano se transforma en titular de los derechos ante toda la humanidad²¹¹.

Resulta útil precisar que esta tercera fase de evolución de los derechos humanos se caracteriza, también, por la creación de organismos internacionales, tanto universales como regionales, destinados a brindar protección específica. Asimismo, se produce una expansión del catálogo de derechos humanos como derivación de categorías ya existentes y más genéricas²¹². Los derechos humanos exhiben una naturaleza multidimensional que requiere ser considerada por quienes operan, en la defensa de éstos, desde cualquier ámbito que se realice²¹³. Apunta MARTÍNEZ BULLÉ GOYRI que es posible tomar en consideración cuatro dimensiones de los derechos humanos: una dimensión moral o ética; una dimensión social; una dimensión política y, desde luego, una dimensión jurídica²¹⁴.

En síntesis, este tercer período evolutivo comienza con la culminación de la Segunda Guerra Mundial en 1945. Marcó el inicio de una nueva etapa en la vida del Derecho, del derecho público y del derecho constitucional, especialmente. Tanto los juicios de Núremberg en 1947, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 1948, y el dictado de la Constitución de Bonn de 1949 se convirtieron en acontecimientos que signaron el principio de una nueva era jurídica²¹⁵. En ese marco genérico, a lo largo de casi setenta años, se desarrollaron, tres procesos esenciales en el ámbito específico del derecho constitucional²¹⁶: “La expansión de las democracias

²⁰⁹ Véase Víctor M. MARTÍNEZ BULLÉ GOYRI, “Los Derechos Humanos...”, ob. cit., p. 48.

²¹⁰ Néstor Pedro SAGÜÉS, *Teoría de la Constitución...*, ob. cit. pp. 53-54.

²¹¹ Véase Jorge Iván HÜBNER GALLO, *Panorama de los derechos humanos*, Editorial Eudeba, Buenos Aires, 1977, p. 22.

²¹² Véase Juan Carlos HITTERS, Oscar Luján FAPPIANO, *Derecho Internacional...*, ob. cit., t. I, vol. 1, p. 180.

²¹³ Véase Víctor M. MARTÍNEZ BULLÉ GOYRI, “Los Derechos Humanos...”, ob. cit., p. 49.

²¹⁴ Véase *ibidem*, p. 50.

²¹⁵ Véase Alfonso SANTIAGO, *La progresiva apertura e incorporación del Derecho internacional de los derechos humanos en la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina*, exposición realizada en la sesión privada de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, el 23 de junio 2016, en http://aadconst.org.ar/archivos/_ponenciasXIII/SantiagoAlfonso.pdf (acceso el 17-VII-2018).

²¹⁶ Véase *ibidem*.

constitucionales como forma de Estado, a través de las distintas olas democráticas²¹⁷; “La progresiva constitucionalización de los ordenamientos jurídicos”²¹⁸ y “el surgimiento y desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos y su recepción en los ámbitos nacionales”²¹⁹.

²¹⁷ *Ibidem*. Agrega SANTIAGO que: “Italia, en 1947, y Alemania Federal, en 1949, sancionaron sus nuevas constituciones y retornaron al sistema de las democracias constitucionales como forma de organización estatal; a fines de la década del setenta, ello mismo ocurrió en España, Portugal y Grecia; durante la década del ochenta, numerosos países latinoamericanos retomaron el camino democrático; tras la caída del muro en 1989, ese fenómeno se trasladó a los países de Europa oriental. También Sudáfrica puso, en esos años, fin al régimen del *apartheid*.”

²¹⁸ *Ibidem*. Añade SANTIAGO: “A partir de las nuevas constituciones y de la influencia de los nuevos tribunales constitucionales, en particular el alemán, se produce una fuerte constitucionalización de los ordenamientos jurídicos europeos y se intensifica ese fenómeno en los países que siguen el modelo constitucional norteamericano. Se pone énfasis en el carácter normativo directo de la constitución que es considerada estructura axiológica cuyos principios y valores permean las leyes y normas jurídicas que integran el ordenamiento jurídico”.

²¹⁹ *Ibidem*. Expone al respecto SANTIAGO que: “El 10 de diciembre de 1948 ocurrió uno de los mayores hitos en la historia mundial: la proclamación por parte de la Asamblea General de la ONU de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Este acontecimiento, con notables y profundas repercusiones culturales, éticas, políticas y jurídicas, tenía como antecedentes inmediatos la cruel experiencia de las dos guerras mundiales y de los regímenes totalitarios que gobernaron durante las décadas anteriores algunos países europeos. Mediante ese documento, los Estados nacionales y los propios organismos internacionales se comprometían ética y jurídicamente a aceptar como base de la convivencia humana, tanto interna como externa, el principio de la dignidad humana y el respeto de los derechos intrínsecos e inviolables que de ella dimanaban. La Declaración Universal de los Derechos Humanos es una muestra sublime de civilización, uno de los acontecimientos que ponen de manifiesto la grandeza del espíritu humano, una expresión que es motivo de orgullo para la conciencia ética de la humanidad. Este documento inicial motivó más tarde la firma de otras Convenciones y Tratados, dando así origen a lo que se ha dado en llamar el Derecho internacional de los derechos humanos, tal vez la transformación más profunda de los sistemas jurídicos de la historia occidental reciente, cuyos efectos aún no se han puesto total y plenamente de manifiesto. De las primeras simples declaraciones de 1948 (primero, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y, pocos meses después, la Declaración Universal de los Derechos Humanos), se pasó en años posteriores a pactos que contenían compromisos jurídicos más firmes por parte de los Estados. Entre ellos, cabe mencionar especialmente el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el PIDESC, ambos de 1966. También se firmaron convenciones regionales, como la Convención Europea de Derechos Humanos, de 1950, y la CADH, de 1969, que crearon órganos específicos para el juzgamiento de la violación a los compromisos de los Estados. Además, se promovieron muchas otras convenciones específicas o sectoriales sobre determinados temas de la problemática iushumana, entre las que se puede mencionar la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, de 1948; las cuatro Convenciones de Ginebra sobre Derecho Internacional Humanitario, de 1949, destinadas a proteger a las personas que no toman parte en las hostilidades; la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, de 1965; la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, de 1979; la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Cruces, Inhumanos o Degradantes, de 1984; la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989; la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 2006, y muchos otros documentos internacionales en materia de derechos humanos, nuevos o complementarios de los anteriores, que progresivamente fueron elaborados por los organismos internacionales y han ido entrando en vigencia mediante su ratificación por parte de los Estados nacionales. Tras la caída del muro de Berlín en 1989 y el surgimiento de una nueva ola democratizadora a partir de la década del noventa, el Derecho internacional de los derechos humanos ha experimentado un nuevo impulso global. Junto con la firma de estos tratados internacionales sobre derechos humanos, corresponde también remarcar los destacados aportes, impactos y transformaciones de los sistemas jurídicos nacionales producidos por la jurisprudencia de los tribunales y organismos internacionales, en especial de la Corte EDH y de la Corte IDH”.

En líneas generales se observa que, luego de este período, se produce la convergencia de dos trascendentales fenómenos jurídico-políticos: “la consolidación y expansión del constitucionalismo, y el nacimiento y la progresiva expansión del derecho internacional de los derechos humanos”²²⁰. Para SANTIAGO, éstos dos episodios resultan complementarios y, como se expuso anteriormente, poseen varios objetivos comunes, especialmente, la tutela de la dignidad humana a partir del reconocimiento y defensa de los derechos humanos, además de someter al proceso político a las reglas, a los procedimientos y a los principios jurídicos provenientes del orden internacional. No obstante, los fenómenos exhiben cierta autonomía entre sí; cuestión que “requiere el establecimiento de criterios y principios para su adecuada armonización”²²¹.

Puede apreciarse como, progresivamente, el carácter complementario de la protección internacional dio paso a una tutela cada vez mayor y directa por parte del sistema internacional de los derechos humanos. Además, se advierte que, así como la irrupción de las constituciones, en tanto normas jurídicas supremas, colocó en un segundo plano a las leyes ordinarias erradicándolas de su lugar de prelación, actualmente, los preceptos y principios del derecho internacional de los derechos humanos, conforme resultan interpretados por los organismos y tribunales internacionales, colocaron en crisis “no sólo ya la primacía y centralidad de la ley, sino aún de la propia constitución nacional”²²².

Tras lo expuesto aquí se mostrará, sucintamente, cómo evolucionaron en este escenario los derechos humanos a través de la *res declarata*, la *res pactata*, la *res iudicta* y la *res interpretata*; concebidos, aquéllos, como *ius commune*, *ius gentium*, *ius universalis* o *ius cogens*.

1) De la *res declarata*

La internacionalización de los derechos humanos se inicia al poco tiempo de finalizar la segunda guerra mundial, con las declaraciones Americana y Universal. Luego, el proceso se consolida con “los pactos y convenciones posteriores, al renacer el movimiento iusnaturalista con la influencia del cristianismo (católico y protestante), pautas éstas -no pocas- volcadas en la Carta de las Naciones Unidas (ONU)”²²³. Al

²²⁰ *Ibidem*.

²²¹ *Ibidem*.

²²² *Ibidem*.

²²³ Juan Carlos HITTERS, Oscar Luján FAPPIANO, *Derecho Internacional...*, ob. cit., t. I, vol. 1, p. 178. La *Declaración Americana*, en rigor, es anterior a la *Declaración Universal*, data del 30 de abril de 1948. Tiene como antecedente temprano tres importantes resoluciones adoptadas por la *Octava Conferencia Internacional Americana*, desarrollada en Lima en 1938: a) la referente a la Libre Asociación y Libertad de Expresión de los Obreros; b) la Declaración de Lima en favor de los Derechos de la Mujer; y c) la Declaración en Defensa de los Derechos Humanos. Como antecedente tardío vale citar la celebración, en la ciudad de México durante los meses de febrero y marzo de 1945, de la *Conferencia Interamericana sobre los Problemas de la Guerra y de la Paz* -conocida también como

crearse este organismo internacional, en el preámbulo de su carta fundacional, se destacan como valores centrales la necesidad de tutelar a la dignidad de la persona humana sin distinción de sexo con el propósito de generar condiciones de vida que viabilicen el progreso social, la conveniencia de alcanzar estándares de justicia óptimos donde se honren las fuentes del derecho internacional. Y, por sobre todas las cosas, se procuró que rija el más amplio concepto de libertad²²⁴. La Carta de las Naciones Unidas rompe con el principio de que los Estados pueden tratar a las personas a su arbitrio, e impone otro en virtud del cual la tutela de los derechos humanos conforma una cuestión con profusas connotaciones internacionales²²⁵.

La Declaración Universal de Derechos Humanos surge como una enérgica respuesta a las atrocidades cometidas por el nazismo y el fascismo al violar horrenda, criminal y sistemáticamente todos los derechos humanos, incluso, los de sus propios ciudadanos²²⁶. El organismo internacional en 1945 designó a una “Comisión de Derechos Humanos” a la que le requirió elaborar un instrumento internacional que abarcara tres aspectos fundamentales: “a) una declaración de derechos humanos; b) un convenio internacional o pacto de derechos humanos, es decir, un instrumento

Conferencia de Chapultepec-, que adoptó dos importantes disposiciones: a) La Resolución XXVII sobre *Libertad de Información*; y b) La Resolución XL, sobre *Protección Internacional de los Derechos esenciales del Hombre*. Otro antecedente cercano lo constituye el Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (TIAR), celebrado en Río de Janeiro en 1947, véase “Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre” http://www.gloobal.net/iepala/gloobal/fichas/ficha.php?entidad=Instrumentos_Juridicos&id=1777&opcion=descripcion (acceso el 22-XI-2015).

Por otro lado refiere Alfonso SANTIAGO que: “Sobre la importante influencia de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en la elaboración de la Declaración Universal sobre Derechos Humanos, puede verse el muy interesante artículo de Mary Ann GLENDON, profesora de la Universidad de Harvard y embajadora de Estados Unidos ante la Santa Sede, titulado “La aportación de los países de América Latina a la Declaración universal de derechos humanos”, publicado en *L'Osservatore Romano*, 23-V-08”. Comenta la autora que la Conferencia de San Francisco de 1945, contó con la participación de representantes de países Latinoamericanos quienes habrían intervenido de manera activa en la Conferencia de Chapultepec y por ello se habría requerido incluir expresamente el catálogo de derechos humanos, como en verdad se hizo, dado que: “después de la Segunda Guerra Mundial la idea de que entre las Naciones Unidas pudiera incluirse la tutela de los derechos humanos estaba muy lejos de la mente de las grandes potencias” (Mary Ann GLENDON, “La aportación de los países de América Latina a la Declaración universal...”, ob. cit.).

²²⁴ Al respecto se dijo textualmente: “Nosotros los Pueblos de las Naciones Unidas, resueltos a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y en el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y de mujeres y de las naciones grandes y pequeñas, a crear condiciones bajo las cuales puedan mantenerse la justicia y el respeto a las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes de derecho internacional, a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de libertad”.

²²⁵ Véase Carlos TUNNERMANN BEMHEIM, *Evolución Histórica de los Derechos...*, ob. cit., p. 31.

²²⁶ En tal sentido sostiene Alfonso SANTIAGO que: “Este acontecimiento, con notables y profundas repercusiones culturales, éticas, políticas y jurídicas, tenía como antecedentes inmediatos la cruel experiencia de las dos guerras mundiales y de los regímenes totalitarios que gobernaron durante las décadas anteriores algunos países europeos. Mediante ese documento [en referencia a la *Declaración Universal de Derechos Humanos*] los estados nacionales y los propios organismos internacionales se comprometían ética y jurídicamente a aceptar como base de la convivencia humana, tanto interna como externa, el principio de la dignidad humana y el respeto de los derechos intrínsecos e inviolables que de ella dimanaban. / La *Declaración Universal de los Derechos Humanos* es una muestra sublime de civilización, uno de los acontecimientos que ponen de manifiesto la grandeza del espíritu humano, una expresión que es motivo de orgullo para la conciencia ética de la humanidad” (Alfonso SANTIAGO, “El Derecho Internacional de los Derechos humanos...”, ob. cit., pp. 4-5).

destinado a vincular jurídicamente al mayor número posible de Estados; y c) medidas de aplicación, es decir, medidas destinadas a hacer efectivo el respeto a los derechos humanos²²⁷. Como resultado del trabajo de esa comisión el 10 de diciembre de 1948, se aprobó en París la Declaración Universal de Derechos Humanos²²⁸.

Sin duda, la firma de la Declaración Universal representó, para la cuestión de los derechos humanos, un gran avance respecto de los instrumentos anteriores²²⁹. Podría decirse que, por primera vez, se plasmó en un plexo jurídico de validez universal, y de un modo preciso, un piso de derechos del que todo ser humano debe gozar sea cual fuere su condición y ubicación en la tierra. En esta dirección, se apuntó que: “Del 10 de diciembre de 1948 en adelante los pueblos del mundo saben cuáles son sus derechos fundamentales y habrán de exigir cada vez más su estricto cumplimiento”²³⁰.

En ese momento, además, se plantearon algunos interrogantes en torno al valor que cabía atribuir a la Declaración Universal y, puntualmente, a la pregunta que sigue: ¿obligaba jurídicamente a los Estados que integraban las Naciones Unidas? Para LEVIN, la Declaración no resulta un documento que obligue jurídicamente; no obstante, refiere que los estados al invocarla o emplearla le brindan una legitimidad que permite recurrir a ella, tanto en el plano local como en el internacional²³¹. Vale puntualizar, que en la Conferencia de Teherán de 1968, la comunidad internacional acordó que “la Declaración Universal significa que hay en los pueblos del mundo un consenso en cuanto a los derechos inalienables de todos los integrantes de la familia humana, y constituye una obligación para los miembros de la comunidad internacional”²³². No obstante, ante supuestos incumplimientos de alguno de los preceptos plasmados en la Declaración, no existía sanción jurídica alguna que constriñese a los Estados a acatarla²³³.

Este documento se convierte en una pauta de interpretación jurídica del organismo internacional, en un ideal común por el que todos los pueblos y naciones

²²⁷ Carlos TUNNERMANN BEMHEIM, *Evolución Histórica de los Derechos...*, ob. cit., pp. 24-25.

²²⁸ Véase *ibidem*, p. 25. El preámbulo de la declaración reza: “considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana. Considerado que los Estados miembros se han comprometido a asegurar, en cooperación con la Organización de las Naciones Unidas, el respeto universal y efectivo de los derechos y libertades fundamentales del hombre La Asamblea General proclama la presente declaración como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, en fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universal y efectivo, tanto entre los pueblos de los Estados miembros, como los de los territorios colocados bajo su jurisdicción”.

²²⁹ Véase Carlos TUNNERMANN BEMHEIM, *Evolución Histórica de los Derechos...*, ob. cit., p. 26.

²³⁰ Carlos GARCÍA BAUER, *Los Derechos Humanos preocupación universal*, Editorial Universitaria, Nueva Guatemala de la Asunción, 1960, p. 79.

²³¹ Véase Leah LEVIN, *Derechos humanos: preguntas y respuestas*, UNESCO, París, 1998, p. 123.

²³² Carlos TUNNERMANN BEMHEIM, *Evolución Histórica de los Derechos...*, ob. cit., p. 27.

²³³ Véase Leah LEVIN, *Derechos humanos...*, ob. cit., pp. 123-124. Sin perjuicio de ello, en esta disciplina, como en otras ramas del derecho y la costumbre internacional “la sanción de que dispone la comunidad internacional es el retiro de la confianza por parte de los Estados frente a quienes no están dispuestos a cooperar en el cumplimiento de sus obligaciones” (Lilian CELIBERTI, *Estudios básicos de derechos humanos IX*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1999, p. 121).

deben esforzarse²³⁴. Incluso, si la declaración introduce una nueva regla en el ámbito del derecho, constituyéndose en una *opinio juris*, puede abrir paso al nacimiento de una nueva costumbre internacional en tanto sea seguida por cierta generalidad de Estados, aún con la abstención de otros²³⁵. Tiempo después, como se explicará, aparecen los pactos generando compromisos jurídicos más sólidos en aras a la protección de los derechos humanos²³⁶.

2) De la *res pactata*, de la *res iudicata* y de la *res interpretata*

En el plano regional se aprobaron dos instrumentos de valor. Por un lado, el Convenio Europeo de Derechos Humanos que data de 1950; y, por el otro, el suscrito en el marco de la Organización de Estados Americanos conocido como Convención Americana sobre Derechos Humanos o, también, como Protocolo de San José, que data de 1969.

Lo novedoso de la Convención Americana se da por el hecho de incluir, entre sus preceptos, mecanismos concretos para promover la protección de los derechos humanos²³⁷. En tal sentido, se confiere competencia para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos asumidos por los Estados partes de la Convención, tanto a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Además, como se verá, el propio pacto

²³⁴ Véase Carlos TUNNERMANN BEMHEIM, *Evolución Histórica de los Derechos...*, ob. cit., p. 28. Para este autor la Declaración no es más que uno de las tres herramientas que las Naciones Unidas elaboraron para impulsar la protección de los Derechos Humanos. Refiere que: “Los otros dos son el ‘Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales’ y el ‘Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos’, aprobados en 1966 y que entraron en vigor en 1976, cuando cada uno de ellos fue ratificado por los 35 Estados necesarios. Estos Pactos si son instrumentos jurídicamente obligatorios, que imponen a los Estados que los suscriben y ratifican la aceptación de los procedimientos de aplicación en ellos previstos y la obligación de presentar informes sobre el cumplimiento de lo dispuesto en ellos, que se refieren al respeto a los derechos humanos incluidos en la Declaración y las circunstancias excepcionales que permiten a los Estados restringirlos [...]”.

²³⁵ Véase V. Miaja DE LA MUELA, *Introducción al derecho internacional público*, séptima edición, Editorial Atlas, Madrid, 1979, pp. 210-211. En igual sentido se expresa VAN BOVEN: “Los instrumentos internacionales relativos a los derechos humanos adoptados por los organismos políticos, tanto en forma de convenciones -que requieren, no obstante, la ratificación de los Estados para entrara en vigor- como en forma de declaraciones, e incluso, de recomendaciones, son parte del derecho internacional sobre derechos humanos, o se integran en él mediante su continua afirmación y puesta en práctica” (Theo VAN BOVEN, “El derecho internacional positivo sobre derechos humanos”, en VASAK Karel El At, *Las Dimensiones Internacionales de los Derechos Humanos*, UNESCO, Barcelona, 1984, t. I, p. 164.

²³⁶ Alfonso SANTIAGO, “El Derecho Internacional de los Derechos humanos...”, ob. cit., p. 6.

²³⁷ Véase Carlos TUNNERMANN BEMHEIM, *Evolución Histórica de los Derechos...*, ob. cit., p. 30. Explica el autor que: “En esa protección supranacional, no sólo participan los organismos gubernamentales internacionales, sino también toda una gama de organismos no gubernamentales de carácter internacional [...]”.

obliga, al Estado demandado en la *litis* internacional, a cumplir con la sentencia dictada por el órgano jurisdiccional internacional *-res iudicata-*.

En el ámbito europeo, inicialmente se instituyeron dos órganos que se encargarían de velar también por la defensa de los derechos humanos: una Comisión y un Tribunal. En el año 1998, se disolvió la Comisión y ahora los habitantes de los países que se encuentran sujetos al Convenio Europeo acceden directamente al órgano jurisdiccional para obtener tutela de sus derechos fundamentales.

Lo cierto es que, ambos instrumentos, aportan de manera significativa a la promoción y defensa de las libertades del ser humano, dado que: “a diferencia de las declaraciones, tanto Universal como Americana [...], se crea un cuerpo típicamente jurisdiccional -Corte o Tribunal- que controla, inicialmente junto a la Comisión, la efectividad del sistema”²³⁸.

Paulatinamente, se promovieron convenciones sectoriales o específicas sobre distintas materias abarcativas de la problemática iushumana²³⁹ y fueron puestas en vigencia, a través de la ratificación de éstas, por parte de los distintos países signatarios²⁴⁰. Con la caída del muro de Berlín, en 1989, y el proceso de democratización que opera a partir de 1990, el derecho internacional de los derechos humanos cobra una nueva impronta y se convierte en “un nuevo *ius commune*, *ius gentium* o *lex universalis*, [en] un nuevo orden público internacional, un derecho sin fronteras, con una clara fuerza de penetración y transformación de los propios ordenamientos jurídicos locales”²⁴¹.

Esta nueva concepción, como se puede advertir, tiene características propias que la distinguen de su rama ancestral, “tales como la posibilidad de que el ser humano reclame *per se* ante los órganos metanacionales. Esto lo hace desde una perspectiva distinta, ya que los tratados que abordan estas cuestiones se distinguen de los tradicionales, pues en los aquí estudiados, el hombre es sujeto de derecho mientras que en los otros solamente los Estados tienen esa condición [...] En efecto, aquí el individuo aisladamente (o en grupos) es considerado sujeto del derecho internacional”²⁴².

Así como el derecho constitucional provocó cambios en la legislación vernácula, ahora el derecho internacional de los derechos humanos modifica el derecho constitucional y la legislación interna de los estados. En el plano político, el proceso importa un traspaso de soberanía desde el Estado nacional al ámbito de órganos internacionales, creados para que la protección de los derechos humanos no

²³⁸ Juan Carlos HITTERS, Oscar Luján FAPPIANO, *Derecho Internacional...*, ob. cit., t. II, vol. 1, p. 39.

²³⁹ Véase Alfonso SANTIAGO, “El Derecho Internacional de los Derechos humanos...”, ob. cit., pp. 6-7. Menciona el autor, entre los documentos internacionales sobre derechos humanos que destacan, a: la “*Convención sobre la prevención y la sanción del delito de genocidio* (1948); las cuatro Convenciones de Ginebra sobre Derecho Internacional Humanitario (1949), destinada a proteger a las personas que no toman parte en las hostilidades; la *Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* (1979); la *Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes* (1984); la *Convención de los Derechos del Niño* (1989); la *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad* (2006) y otros muchos documentos [...] nuevos o complementarios de los anteriores”.

²⁴⁰ Véase *ibidem*, p. 7.

²⁴¹ *Ibidem*, pp. 7-8.

²⁴² Juan Carlos HITTERS, Oscar Luján FAPPIANO, *Derecho Internacional...*, ob. cit., t. I, vol. 1, p. 404.

sólo se asuma desde el ámbito local sino también por tribunales internacionales creados a tal fin²⁴³. Para algunos autores, ahora, resulta imperativo modificar la clásica noción de la soberanía estatal absoluta a efectos de garantizar con mayor eficacia la protección de los derechos humanos. “Hans Kelsen y Gustav Radbruch sostienen que si no se revisa el concepto de soberanía absoluta de los estados ello implica la negación del derecho internacional”²⁴⁴. Para otros, esto no es necesario dado que, cuando un Estado soberano suscribe y ratifica un pacto internacional de derechos humanos, y lo hace libremente, acepta los mecanismos y procedimientos de salvaguarda que se articulan para la protección internacional de los derechos humanos²⁴⁵.

En adelante, se explicará esta última etapa evolutiva de los derechos humanos; proceso que incluye, sin más, una sostenida y progresiva transferencia de potestades jurisdiccionales en favor órganos distintos a los previstos en las constituciones estatales. Resultará provechoso indagar si aquella delegación se hizo cumpliendo con los recaudos establecidos en los respectivos textos de máxima jerarquía y evaluar cuáles son las consecuencias prácticas que provocó el fenómeno en la República Argentina.

Este proceso de cambio contó, a nivel continental, con el aporte directo de órganos internacionales, los cuales señalaron la obligación que pesa sobre las autoridades de cada país, especialmente, en la figura de sus jueces, quienes deben aplicar, de modo directo, los tratados internacionales de derechos humanos, prestando especial respeto por los criterios interpretativos que emite la Corte IDH *-res interpretata-*. En esta dirección, se pronunció el entonces presidente del órgano internacional Sergio GARCÍA RAMÍREZ en su voto del caso “Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú”. Al respecto manifestó que:

“[...] los instrumentos internacionales son inmediatamente aplicables en el ámbito interno, los tribunales nacionales pueden y deben llevar a cabo su propio ‘control de convencionalidad’. Así lo han hecho diversos órganos de la justicia interna, despejando el horizonte que se hallaba ensombrecido, inaugurando una nueva etapa de mejor protección de los seres humanos y acreditando la idea -que he reiterado- de que la gran batalla por los derechos humanos se ganará en el ámbito interno, del que es coadyuvante o complemento, pero no sustituto el internacional”²⁴⁶.

Surge del párrafo transcrito que, para el entonces presidente de la Corte IDH, el esfuerzo por la defensa de los derechos humanos se debería dar hacia el interior de cada uno de los Estados, apuntando a la labor de los jueces quienes definen el derecho aplicable al caso concreto. En algunos supuestos colocando su lealtad en el derecho internacional de los derechos humanos, en otros, junto a la constitución o priorizando, por sobre los dos anteriores, al derecho natural.

²⁴³ Véase Alfonso SANTIAGO, “El Derecho Internacional de los Derechos humanos...”, ob. cit., p. 8.

²⁴⁴ Véase Hans Kelsen, *Les rapports de système entre droit e le droit international public*, Recueil IV, París, 1925, p. 326. A esto debemos agregar que la ampliación de catálogo de libertades de los que goza el ser humano por su condición de tal dada por la incidencia del derecho internacional de los derechos humanos, importa, a no dudarlo, una merma en la soberanía que como puso de resalto el autor vienes la conceptualización de tipo estatista hizo fracasar, con o sin razón, la mayoría de los proyectos para transformar la comunidad internacional, por entonces escasamente desarrollada, en una *civitas* máxima

²⁴⁵ Véase *ibidem*.

²⁴⁶ Sergio GARCÍA RAMÍREZ, “El control judicial interno de constitucionalidad”, en *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, año 5, número 28, 2011, p. 141.

C. La obligatoriedad como característica central de los derechos humanos. ¿Cómo juega respecto de la inserción de éstos en los ordenamientos locales?

Hasta aquí, no cabe duda de que el derecho internacional de los derechos humanos se caracteriza, en líneas generales, por ser un conjunto de normas, de principios, de valores tendientes a regular la relación del individuo con el Estado y que limitan, incluso, la soberanía estadual con el propósito de instituir procedimientos de protección de la persona humana frente a los actos arbitrarios de los gobiernos nacionales²⁴⁷. Es posible individualizar un conjunto de características propias de los derechos humanos. Sin embargo, la que mayor relevancia exhibe, a propósito de esta investigación, es la vinculada al carácter imperativo que poseen²⁴⁸.

En relación a esta peculiaridad, se evidencia que el *corpus iuris*, que se integra con el conjunto de derechos humanos, obliga a todos, sean autoridades o ciudadanos, en cualquier circunstancia de lugar, tiempo y modo. Cuando las autoridades de un Estado, por la influencia de condiciones externas, se obligan a paralizar el goce de algún derecho, las herramientas e instrumentos internacionales restringen las prerrogativas de esta índole que pueden ser objeto de suspensión. En simultáneo, fijan las salvaguardas “para evitar abusos y volver a la situación de normalidad en la vigencia de los derechos a la mayor brevedad”²⁴⁹.

Así, respecto del fundamento último de la obligatoriedad de las normas del derecho internacional de los derechos humanos, se ofrecen dos alternativas claramente opuestas.

i) Una que sostiene la obligatoriedad en base al “consentimiento” que los Estados confieren al momento de suscribir los tratados internacionales sobre esta materia. Aceptando, incluso, la competencia de los tribunales internacionales que asumen el rol de garantizar el cumplimiento de sus preceptos. De esta doctrina se derivan las siguientes consecuencias: El compromiso que asumen los Estados que adhieren a los tratados sólo se limita al cumplimiento de lo pactado *-res pactata-*; aquí resultan válidas, plenamente, las reservas efectuadas al momento de la ratificación del, o los, instrumentos internacionales. La competencia de los tribunales internacionales de derechos humanos se restringe a la voluntad declarada por los Estados signatarios al reconocerla *-res judicata-*, de ahí que no se admita la interpretación expansiva *-res interpretata-*. Además, la denuncia del tratado por parte de un Estado lo desvincula de las obligaciones internacionales asumidas oportunamente.

²⁴⁷ Véase Pedro NIKKEN, “La protección de los derechos humanos...”, ob. cit., p. 55.

²⁴⁸ Véanse Víctor M. MARTÍNEZ BULLÉ GOYRI, “Los Derechos Humanos...”, ob. cit., p. 54, Pedro NIKKEN, “La protección de los derechos humanos...”, ob. cit., p. 68; *Código de Derechos Humanos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1991, *passim*; y, Thomas BUERGENTHAL, Claudio GROSSMAN y Pedro NIKKEN, *Manual internacional de derechos humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos - Editorial Jurídica Venezolana, Caracas-San José, 1990, pp. 171-186.

²⁴⁹ Víctor M. MARTÍNEZ BULLÉ GOYRI, “Los Derechos Humanos...”, ob. cit., p. 55.

ii) Para una segunda noción las disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos tienen *per se vigore*; constituyen normas imperativas *erga omnes* e imperativas para todos los Estados más allá del asentimiento que hubieren dado e incluso sin él. Para esta posición, las reservas que se articulan carecen de relevancia jurídica. Los tribunales internacionales de derechos humanos poseen jurisdicción sobre la totalidad de los Estados locales aunque éstos no le hayan reconocido competencia. Su jurisprudencia *-res interpretata-* es tan obligatoria como la misma letra de los tratados *-res pactata-*. La denuncia de un tratado de derechos humanos es irrelevante a los efectos de la obligación, que tienen los Estados nacionales, de cumplir con los compromisos oportunamente asumidos. En relación a estos fenómenos, expresa Alfonso SANTIAGO que: “el derecho internacional de los derechos humanos operaría, en su conjunto, como una especie de *ius cogens*, un derecho cuyos principios y exigencias no pueden ser desconocidos en ningún caso por los Estados que integran la comunidad internacional”²⁵⁰.

1) Dimensión jurídica de los derechos humanos. Influencia de la actividad jurisdiccional

Es en la esfera de lo jurídico donde, con mayor impacto, inciden de manera directa los órganos encargados de decir el derecho y de administrar justicia, de ahí su importancia entre otras razones²⁵¹. Las decisiones judiciales deben ser fundadas en

²⁵⁰ Alfonso SANTIAGO, *En las fronteras entre el Derecho Constitucional y la Filosofía del Derecho. Consideraciones iusfilosóficas acerca de algunos temas constitucionales*, Editorial Marcial Pons, Buenos Aires, 2010, pp. 204-205.

²⁵¹ Es posible distinguir, al menos, cuatro dimensiones en torno a la proyección de los derechos humanos: *Una dimensión ética o moral*, entre otras cosas al ser considerados los derechos humanos como paradigma ético universal (véase Miguel CARBONELL, *Una historia de los derechos fundamentales*, UNAM, México, 2005, pp. 10-18; véase Joel J. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, “La fundamentación de los derechos humanos. Los derechos humanos como derechos morales”, en *Cuadernos Electrónicos de filosofía del Derecho*, número 1, en <http://www.uv.es/cefd/1/Jimenez.html> -acceso el 9-VIII-2015-. “Y si como señalamos los derechos humanos son el paradigma ético de las sociedades contemporáneas necesariamente la percepción de la sociedad del bien y de la justicia pasan por ellos [...]” *-ibidem-*. Modernamente los derechos humanos están de manera cotidiana en el discurso de los ciudadanos que ya no los utilizan como medio de defensa frente al poder estatal, sino ahora como regla de conducta que rige las relaciones entre particulares que, al decir de MARTÍNEZ BULLÉ GOYRI, se constituyeron en una herramienta para requerir la satisfacción de las necesidades más básicas y, como se sabe, son el contenido de los derechos económicos y sociales (véase Víctor M. MARTÍNEZ BULLÉ GOYRI, “La construcción jurídica de los derechos económicos, sociales y culturales en México”, en *Los derechos económicos, sociales y culturales: Hacia una cultura de bienestar*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 2007, pp. 32 y ss.). Otra *dimensión social* de los derechos humanos que reviste una gran importancia para las personas y operadores del derecho en general y los jueces en particular, en cuanto, la apreciación que la sociedad haga de sus resoluciones estarán ligadas a la consideración y respeto que se tenga de ese juzgador. Una tercera dimensión que apunta a la vigencia y proyección de los derechos humanos, en *la faz política* y es de tal importancia que hoy por hoy es muy difícil que un gobierno pueda exhibir legitimidad política sin respeto por los derechos humanos (véase Víctor M. MARTÍNEZ BULLÉ GOYRI, “Los Derechos Humanos...”, ob. cit., p. 51). A mayor abundamiento añade el autor: “No debe obviarse, por otra parte, que esta legitimidad en el ejercicio del poder tiene una especial

derecho y, al mismo tiempo, ser razonables respecto de su contenido. Resulta improbable dictar una sentencia judicial, sin explicar los argumentos que motivan el pronunciamiento y no sólo a las partes, sino a los otras instancias jurisdiccionales que pueden revisar lo decidido, a la opinión pública, a la academia y a toda la sociedad. De la calidad de esos argumentos depende la validez, el prestigio y la perdurabilidad de lo decidido²⁵². Agrega SANTIAGO que “el medio que tiene el juez para mostrar que su decisión no es subjetiva, arbitraria ni se funda en su propia voluntad, es la fundamentación de la sentencia en el sistema de fuentes del derecho propio de todo sistema jurídico [...] El juez ‘objetiviza’ sus posturas y fundamentos personales acudiendo al sistema de fuentes. De este modo también garantiza la necesaria objetividad que ha de estar presente en toda decisión judicial”²⁵³.

Resulta esencial, a los efectos de dar contenido a los distintos derechos que constituyen el *corpus iuris* de los derechos humanos, el rol que juegan los jueces internos en todas sus instancias; pero también es trascendente, para la comprensión de la materia, el protagonismo que se asume, en los últimos tiempos, desde los tribunales internacionales. A veces, como se verá, haciéndole decir a los pactos cosas que ellos no dicen; provocando en ciertos momentos tensiones entre las más altas instancias locales y los tribunales internacionales. En este proceso juegan un rol destacado, la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos cuyos argumentos se apoyan, en muchas ocasiones, en ciertas normas imperativas del derecho internacional conocidas como *ius cogens*.

Ocurre a menudo que aunque los tribunales nacionales e internacionales compartan los mismos principios exegéticos, suelen verificarse en los casos concretos que dirimen cada uno de ellos, interpretaciones muy distintas entre unos y otros respecto de la extensión e intensidad con que se van a aplicar los derechos humanos. De ahí que, SAGÜES se pregunte si los órganos jurisdiccionales del ámbito

relevancia en el caso de quienes tienen la responsabilidad de administrar justicia, esto es, los jueces en todos los niveles y ámbitos, pues son ellos quienes determinan finalmente el derecho, su contenido y sus alcances, función en la que están obligados ética, política y jurídicamente a promover, respetar y garantizar los derechos humanos y reparar las violaciones que se cometen, como en el caso de México estableció el legislador constitucional al realizar una amplia reforma de la Constitución -artículo 1, párrafo tercero- para dotar de la relevancia y peso que requieren los derechos humanos dentro del sistema jurídico: Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley”. Es a todas luces cierto que ya en los tiempos de la ciencia política tradicional se concebía como legítimo el ejercicio del poder cuando se lo direccionaba al logro del bien común. No obstante, la noción de *bien común* puede resultar un concepto abstracto que incluso requiriera para su comprensión acabada del auxilio de la filosofía. De ahí, que resulte una noción lejana y de difícil comprensión para la persona media. “Hoy ese bien común se identifica con los derechos humanos, y en nuestras sociedades se entiende que si un gobernante en su actuar cotidiano tutela, protege y promueve los derechos humanos está realizando un ejercicio legítimo del poder” (*ibidem*). Y, por último una *dimensión jurídica* de los derechos humanos.

²⁵² Al respecto señala Petracchi que “el efecto perdurable de las decisiones judiciales depende de la argumentación que contengan y de la aceptación que encuentren en la opinión pública, con la que los jueces se hallan en una relación dialéctica distinta que la que mantiene el legislador. Esa relación es también relevante pues no posee otro medio de imposición que el derivado del reconocimiento de la autoridad argumentativa y ética de su fallo y del decoro de su actuación” (CSJN, Fallos 308:2268, caso “Sejean, Juan Bautista c/ Ana María Zaks de Sejean”, 1986, del voto del doctor Santiago Petracchi).

²⁵³ Alfonso SANTIAGO, *En las fronteras entre el Derecho Constitucional...*, ob. cit., p. 155.

internacional deben interpretar los derechos humanos de la misma manera que los jueces estaduales, y viceversa; o si resulta razonable que ambas jurisdicciones apliquen pautas de interpretación diferentes²⁵⁴.

Apunta el constitucionalista que una alternativa pasa por ensayar, en relación a la hermenéutica de los derechos humanos de fuente internacional, una técnica similar a la que se aplica cuando se valora un tratado o convención internacional. Es decir, emplear lisa y llanamente las disposiciones de los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y así utilizar dos tipos de métodos: el primero de ellos, obrando de buena fe, aplica el texto del instrumento a meritarse, conforme el sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objetivo y fin. El segundo mecanismo para confirmar el resultado de la labor valorativa o para echar luz sobre textos oscuros y ambiguos o, bien, para no seguir conclusiones manifiestamente absurdas, consiste en recurrir a otros medios complementarios como, por ejemplo, los trabajos preparatorios del tratado.

Esta última técnica a tener en cuenta fue sugerida por la propia Corte IDH²⁵⁵, cuando sostuvo que importa seguir las pautas de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados y así, inicialmente, efectuar una interpretación objetiva, gramatical, luego una orgánica o sistémica, posteriormente una interpretación teleológica y por último una hermenéutica de tipo voluntarista, apuntando a escudriñar la intención de las partes, en función, de los documentos preparatorios del tratado²⁵⁶.

A pesar de lo expuesto la doctrina ha dicho que en materia de interpretación de un tratado internacional sobre derechos humanos no puede admitirse las mismas técnicas que para valoración de un tratado común entre Estados. Es preciso tener en cuenta que un tratado de derechos humanos no constituye un instrumento que se elabora a favor mutuo de los Estados signatarios, sino de los seres humanos. Por ello, no puede interpretárselo a la luz de la soberanía de las naciones, ni de acuerdo a la intención particular de aquéllos al momento de suscribirlos; por el contrario, se deberá privilegiar una interpretación objetiva a favor de los derechos del hombre, superando los intereses particulares de los Estados. Como indica SAGÜÉS, “esto lleva, también, a patrocinar una exégesis dinámica y evolutiva de los derechos contenidos en tales documentos, que aconseja desplegarlos y desarrollarlos cada día, ampliándolos en razón de los nuevos contextos de vida, por los que los tratados o convenciones del caso pasan a ser ‘instrumentos vivos’ a favor de las personas”²⁵⁷.

Esta doctrina importa al mismo tiempo que si un derecho es abordado por varias normas internacionales, de existir un conflicto exegético debe utilizarse, a los efectos de resolver el entuerto, el *test* de primacía favoreciendo la aplicación del precepto más favorable a los intereses de la persona humana. Dicho con otro giro, el

²⁵⁴ Néstor Pedro SAGÜÉS, *La interpretación judicial de la Constitución*, segunda edición, editorial Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, p. 216.

²⁵⁵ Véase Corte IDH, Opinión Consultiva -OC- 3/83.

²⁵⁶ Véase Néstor Pedro SAGÜÉS, *La interpretación Judicial...*, ob. cit., p. 217.

²⁵⁷ *Ibidem*.

operador del sistema, frente a la disyuntiva, debe optar por la disposición internacional más favorable a la víctima de una transgresión a un derecho humano²⁵⁸.

Resulta necesario advertir que en el ámbito del derecho local de una Nación política y jurídicamente organizada, respecto de su derecho constitucional, las reglas de interpretación de los derechos humanos de fuente estadual, puede no coincidir con las de los operadores internacionales que interpretan preceptos de fuente foránea. En general, apunta SAGÜÉS, existe consenso en orden a admitir que la interpretación constitucional parte del texto del precepto normativo. Las diferencias aparecen rápidamente entre los partidarios de la superioridad de una interpretación voluntarista, que se apoya en la intención del autor de la norma, o teleológica, que apunta a los fines sobre la letra de la norma constitucional. Afirma el autor argentino que: “el problema se ahonda ante la lucha entre las posturas ‘preservacionistas’, apegadas a una interpretación estática o conservadoras de las reglas constitucionales, y quienes promueven una interpretación evolutiva, o decididamente mutativa, del documento en cuestión, muchas veces francamente ‘despegada’ de la voluntad del constituyente histórico. El peso de estas corrientes, y el resultado de su confrontación varía de país en país”²⁵⁹.

Sin perjuicio de lo expuesto, es lógico suponer que los jueces de la Corte IDH, priorizarán siempre la interpretación que ellos mismos efectúen respecto de los instrumentos normativos de derechos humanos de fuente internacional. Al mismo tiempo, no es menos lógico suponer que en muchos Estados que integran el sistema interamericano y adhirieron a la jurisdicción de la Corte IDH, que los jueces nacionales prioricen la interpretación de algún derecho humano, conforme lo tutele su constitución, por encima de lo que explicita un tratado o convención internacional de derechos humanos.

No es posible soslayar que la lealtad del juez internacional probablemente esté a favor de la convención o el tratado de derechos humanos. Sin embargo, tampoco se puede desconocer que la labor de la jurisdicción internacional procura remediar las transgresiones a los derechos humanos provenientes de las autoridades nacionales. Como apunta Alfonso SANTIAGO, se debe tener en cuenta que aquellas lesiones pueden tener origen en el desempeño de ciertos organismos o en los fallos de los tribunales internacionales. De este modo, si un tribunal internacional dispusiera, como lo hicieron algunos tribunales nacionales, “que forma parte del derecho a la privacidad de la madre decidir sobre la vida de las personas por nacer, estaría lesionando el contenido esencial de un derecho humano fundamental como es el derecho a la vida. Lo mismo ocurriría si un tribunal internacional dejara abiertamente de lado el principio de legalidad en materia penal para proteger de manera desmedida, en un determinado supuesto, el derecho a la tutela judicial efectiva de las víctimas”²⁶⁰.

En este tipo de situaciones, sostiene el autor, de manera alguna existiría obligación de seguir la jurisprudencia que pretenden imponer los órganos

²⁵⁸ Véase Antonio A. CANÇADO TRINDADE, “Co-existence and Coordination of Mechanisms of International Protection of Human Right”, en *Recueil des Cours de la Académie de Droit International*, La Haya, 1987, t. CCII, p. 100. Se debe tener en cuenta que este método no resuelve las tensiones entre derechos. Si hay tensión entre la libertad de expresión y el derecho a la honra: ¿quién es la víctima, el ofendido o el periodista? Verbigracia, lo mismo podría decirse sobre el aborto.

²⁵⁹ Néstor Pedro SAGÜÉS, *La interpretación Judicial...*, ob. cit., p. 218.

²⁶⁰ Alfonso SANTIAGO, *En las fronteras entre el Derecho Constitucional...*, ob. cit., p. 217.

jurisdiccionales internacionales. Es que el principio *pro homine*, fundamento de todo el sistema jurídico de protección de los derechos humanos, sea en la dimensión nacional como la internacional, exige a los operadores del derecho y principalmente a los jueces inaplicar decisiones y criterios jurisprudenciales lesivos de los derechos del ser humano, incluso, los que tengan origen en la Corte IDH²⁶¹ a través de su jurisprudencia.

Es evidente entonces, que la actividad interpretativa de los jueces influye de manera directa en la vinculación del ordenamiento internacional de los derechos humanos con los distintos ordenamientos jurídicos nacionales. Al decir de SANTIAGO, la dinámica del derecho internacional de los derechos humanos pone en evidencia que se está produciendo un lento, pero firme movimiento desde el primer criterio, basado en el consentimiento y obligatoriedad para los Estados al momento de suscribir un tratado de esta naturaleza, hacia la segunda concepción “particularmente por obra de la jurisprudencia de los tribunales internacionales, e incluso, por algunos tribunales nacionales que le hacen eco”²⁶². En esta investigación, se indagará, en el caso argentino, si el movimiento que describe el prestigioso jurista se orienta en sentido contrario o si aún conserva la dirección que sugiere Alfonso SANTIAGO desde el primer criterio al segundo. “Se trata de una cuestión de fundamentación última del nuevo orden del derecho internacional de los derechos humanos, aún abierta a la discusión jurídica y no definitivamente resuelta”²⁶³.

El respeto, hacia el ser humano y su dignidad constituyen el objeto y la razón de ser del derecho internacional de los derechos humanos y éste, desde luego como una porción del valor fundamental para la comunidad internacional, es una prioridad de los preceptos del *ius cogens*. Es por ello que CARRILLO SALCEDO señala: “la noción jurídica de la dignidad de la persona [...] expresa una aspiración ética que ha contribuido a dar concreción y precisión jurídicas a las nociones de *ius cogens* y de obligaciones *erga omnes*, categorías que han ido entrando progresivamente en la doctrina y en la práctica internacional ante la necesidad de establecer barreras objetivas, inspiradas en la idea de humanidad, frente a la pretendida omnipotencia de la voluntad de los Estados en derecho internacional”²⁶⁴.

D. Acerca del derecho natural y el *ius cogens*

Con el aparición de las constituciones, los derechos de las personas se fueron positivizando en sus textos. No obstante, el derecho natural, por ser impreciso y

²⁶¹ Véase *ibidem*.

²⁶² Alfonso SANTIAGO, *En las fronteras entre el Derecho Constitucional...*, ob. cit., p. 205.

²⁶³ *Ibidem*, p. 207.

²⁶⁴ J. A. CARRILLO SALCEDO, *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en el Derecho Internacional Contemporáneo*, segunda edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2001, p. 150.

abstracto, careció de instrumentación integral, pues como decía SPAEMAN el derecho natural constituía más una mentalidad que un código de normas²⁶⁵.

En el ámbito del derecho constitucional argentino la disposición final del preámbulo en tanto invoca la protección de Dios “fuente de toda razón y justicia” tiene una gran significación política, importa al decir del profesor SANTIAGO “una clara adhesión de nuestra Constitución a una cosmovisión teísta e iusnaturalista. Hay un expreso reconocimiento a una instancia jurídica que está más allá del propio constituyente y que funda todo el derecho positivo de nuestro país. Dios, y no sólo la voluntad de las autoridades estatales es la última fuente de ‘razón y justicia’. Es más, los constituyentes dejan claro, antes de ordenar y establecer nuestra norma jurídica fundamental, que reconocen una fuente de justicia, de juridicidad, distintas de ellos mismos y que implícitamente [...] consideran como suprema y definitiva”²⁶⁶.

SAGÜÉS se apunta en la misma senda interpretativa y dice que la invocación a la protección de Dios que efectúa la última parte del preámbulo no es una cuestión trivial. Al tiempo que es una manifestación de teísmo, destaca que existe un derecho y una justicia que se ubican por encima de la voluntad de los derechos humanos, y que éstos no pueden válidamente transgredir. Traduce ni más ni menos que la superioridad, en nuestra organización político-institucional del derecho natural por sobre el derecho positivo²⁶⁷ incluido el *ius cogens*.

BIDART CAMPOS refiere, en el mismo sentido, que la medida de lo razonable y de lo justo para el constituyente originario proviene de Dios. Explica que los valores que recoge nuestro preámbulo basan su raíz última en Dios. Ratifica que nuestro régimen constitucional no es ateo ni neutro, sino teísta. “Y el patrón o *standard* para el derecho positivo justo es el derecho natural (o valor justicia)”²⁶⁸. Cierra el concepto SANTIAGO y subraya que la invocación preambular implica la “adhesión y recepción genérica del orden jurídico natural, en nuestro sistema jurídico constitucional, más allá de que muchos de sus contenidos específicos hayan sido positivizados en otras cláusulas constitucionales más concretas y específicas”²⁶⁹.

Resulta interesante la posición que asume el juez Belluscio en el caso “Arancibia Clavel” fallado por la CSJN²⁷⁰. Acusa, a quienes concurrieron en tal sentido con su voluntad, de aplicar una suerte de derecho natural, en lugar de las normas que en concreto ofrece el ordenamiento jurídico argentino.

²⁶⁵ Véase Ana Marta GONZÁLEZ, “Derecho natural y derechos humanos: síntesis práctica y complementariedad teórica”, <http://biblio.upmx.mx/textos/R0010119.pdf>, (acceso 31-III-2015), p. 76.

²⁶⁶ Alfonso SANTIAGO, *Religión y Política. Sus relaciones con el actual magisterio de la Iglesia Católica y a través de la historia constitucional argentina*, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 2008, p. 240.

²⁶⁷ Véase Néstor Pedro SAGÜÉS, *Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1996, p. 42.

²⁶⁸ Germán J. BIDART CAMPOS, *Tratado elemental...*, ob. cit., t. I, p. 57.

²⁶⁹ Alfonso SANTIAGO, *Religión y Política...*, ob. cit., p. 242.

²⁷⁰ CSJN, Fallos 327:3312, caso “Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros -causa n° 259-”, 2004.

El *ius cogens* es un término jurídico latino que se utiliza en el ámbito del derecho internacional público para referirse a las normas de derecho imperativo, es decir, a aquellas disposiciones que no admiten ni la exclusión ni la alteración de su contenido, de manera tal que cualquier acto o precepto que sea contrario al mismo será considerado nulo. Con el *ius cogens* se procura salvaguardar los intereses colectivos esenciales del grupo social, por lo que se explica que esta clase de normas se encuentren en una posición jerárquica superior con respecto al resto de disposiciones del ordenamiento internacional. En apretado resumen resultan distintas a los preceptos de derecho dispositivo internacional -*ius dispositivum*-²⁷¹.

No existe un catálogo expreso que contenga normas de *ius cogens* hecho que torna difícil su individualización y efectividad. QUISPE REMÓN entiende, “que no todas las normas generales de derecho internacional tienen la naturaleza de *ius cogens*, pudiendo serlo sólo aquellas imprescindibles para la convivencia”²⁷². Afirma la autora que las dificultades que impiden una correcta identificación de este derecho existen desde su génesis²⁷³.

Así, se tiene conciencia en el concierto de la comunidad internacional sobre la existencia de innegables principios destinados a tutelar ciertos valores supremos de la humanidad, que despiertan el interés de las naciones porque su transgresión es susceptible de perjudicar a la sociedad universal en su conjunto²⁷⁴. Estas normas superiores e imperativas de la comunidad internacional, son conocidas como *ius cogens*. QUISPE REMÓN las concibe como normas básicas y necesarias para garantizar la convivencia en paz las cuales “se encuentran en la cúspide del ordenamiento jurídico internacional”²⁷⁵. Para BARBERIS, los preceptos del *ius cogens* constituyen normas de un grado sumo, no son susceptibles de ser alteradas o derogadas mediante un tratado al punto tal que “WEIL, en algún momento, las considera como supernormas”²⁷⁶.

En lo concerniente al fundamento filosófico del *ius cogens* y en parte también marcando la diferencia con el derecho natural, la razón de su obligatoriedad para los

²⁷¹ Véase Tribunal Supremo Español, sentencia dictada el 2 de Julio de 2015, F.J. 3ero., <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=TS&reference=7405373&optimize=20150612&publicinterface=true> (acceso el 15-VII-2018).

²⁷² Florabel QUISPE REMÓN, “*Ius cogens* en el Sistema Interamericano: Su relación con el debido proceso”, en *Revista de Derecho*, Universidad del Norte, Barranquilla, 2010, número 34, p. 45.

²⁷³ Véase *ibidem*. Puede consultarse respecto de esta situación las obras de: Antonio GÓMEZ ROBLEDO, *El ius cogens internacional, Estudio histórico-crítico*, Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2003, pp. 37-51; F. MARIÑO MENÉNDEZ, *Derecho Internacional Público*, Editorial Trota, Madrid, 1999, pp. 328-329 y A. REMIRO BROTONS, *El debido proceso en el Derecho Internacional y en el Sistema Interamericano*, Editorial Tecnos, Madrid, 1987, pp. 763-780.

²⁷⁴ Véase Juan Carlos HITTERS, Oscar Luján FAPPIANO, *Derecho Internacional...*, ob. cit., t. I, vol. 1, p. 429. Los autores individualizan como objeto de salvaguardar, entre otros, a: “La prevención y represión del genocidio; la prohibición del uso de la fuerza, de la piratería; de toma de rehenes,” etcétera.

²⁷⁵ Florabel QUISPE REMÓN, “*Ius cogens* en el Sistema Interamericano: Su relación...”, ob. cit., p. 44. Refiere la autora que: “No obstante, su reconocimiento en el derecho internacional, hace ya cuatro décadas, existe falta de claridad en la determinación de cual o cuales son estas normas, ausencia de mecanismos que contribuyan a su efectividad, además del papel difuso de la Corte Internacional de Justicia (CIJ), razones que en la práctica no han permitido su desarrollo y efectividad”.

²⁷⁶ Julio A. BARBERIS, *Formación del derecho internacional*, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1994, p. 289.

iusnaturalistas depende del derecho natural y para los positivistas del orden público²⁷⁷ y las buenas costumbres internacionales²⁷⁸. Se ha señalado que: “el derecho natural nutre al derecho positivo [incluido el *ius cogens*] como la sangre al cuerpo; que el derecho natural es un derecho positivo en potencia; que el derecho positivo se construye sobre él”²⁷⁹.

El hecho es que la Convención de Viena de 1969 en materia de tratados define a la norma imperativa de derecho internacional general como la que resulta “aceptada” y “reconocida” por la comunidad internacional en cuanto no admite acuerdo en contrario y sólo puede ser modificada por una norma ulterior que tenga el mismo carácter.

En apoyo a lo expuesto se dijo que tanto la “aceptación” como el “reconocimiento”, si bien constituyen procesos distintos, los dos necesitan de la “preexistencia” de la formulación normativa, colocando al *ius cogens* en un nivel extrapositivo. Aquéllos que no admiten que exista recepción alguna del iusnaturalismo en esa noción normativa, exigen, para que la norma exista, la voluntad de la comunidad internacional de Estados aceptándola y reconociéndola como tal²⁸⁰.

THIERRY destaca que si bien las normas del *ius cogens* tienen una significativa connotación ética, ello no implica que constituyan disposiciones normativas éticas propias del derecho natural exterior al derecho positivo con una jerarquía superlativa en el seno de ese tipo de normas²⁸¹.

BARBERIS pone atención en cómo se originan las normas del *ius cogens*. Expone que, en la génesis de toda norma imperativa, se encuentran siempre valores: por ejemplo la dignidad humana, el respeto por la vida del prójimo, el principio de buena fe, etcétera. Para el notable profesor, son estos valores y su reconocimiento por parte de la mayoría de la comunidad internacional, el causante de la disposición jurídica imperativa internacional, ello, a través de la costumbre²⁸². El proceso “se

²⁷⁷ Fue acogido con distintas formas en los diversos ordenamientos jurídicos: en el derecho francés con la designación de *ordre public*; en el italiano, *ordine pubblico*; en el alemán, *Vorbehaltsklausel*; en el angloamericano, *public policy* (véase, Pedro Antonio FERRER SANCHÍS, “Los Conceptos *Jus Cogens* y *Jus Dispositivum* y la Labor de la Comisión de Derecho Internacional”, RED, número 21, 1968, pp. 778-779).

²⁷⁸ Véase Ernesto DE LA GUARDIA, *Derecho de los tratados internacionales*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1997, p. 75.

²⁷⁹ Zlata DRNAS DE CLÉMENT, “Las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*). Dimensión sustancial”, en Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, <http://www.acader.unc.edu.ar> (acceso 21-VIII-2015), p. 6.

²⁸⁰ En tal sentido importa recordar las expresiones vertidas por René-Jean DUPUY en la Conferencia de Viena que adoptara la Convención en 1969, representante de la Santa Sede, cuando sostuvo que: “si bien el *ius cogens* no debía ser confundido con la ley natural, ya que esto no estaba en las reglas inmutables de la ocurrencia, sin embargo contenía principios tales como la prohibición de la esclavitud y el genocidio que habían entrado al derecho positivo; pero que estos imperativos de la ley natural habían sido ratificados y consagrados en la ley positiva sin perder su valor de reglas fundamentales respondiendo a una exigencia de la conciencia universal. Y que incluso se podía afirmar que esa integración progresiva de la ley natural en el derecho positivo era altamente deseable, ya que él aportaba una precisión creciente” (véase Zlata DRNAS DE CLÉMENT, “Las normas imperativas de derecho internacional...”, ob. cit., pp. 8-9).

²⁸¹ Véase Hubert THIERRY, “Cours Général de Droit International Public”, en *RCADIH*, número 22, 1990-III, pp. 60 y ss.

²⁸² Véase Julio A. BARBERIS, *Formación del derecho internacional...*, ob. cit., p. 291.

desarrolla sin la necesidad de la conclusión de tratados. En general, cuando la norma consuetudinaria aparece en el orden jurídico los Estados intervienen para recibirla en un texto convencional y darle un enunciado preciso. Tal ha sido, por ejemplo, lo ocurrido con la norma relativa a la prohibición de genocidio²⁸³.

El *ius cogens* tomó su lugar en el derecho positivo como respuesta a los crímenes contra la humanidad cometidos en el siglo pasado. Tal es el caso destacado por BARBERIS en torno del genocidio, “acto de interdicción plena, absoluta, definitiva, por parte del derecho internacional”²⁸⁴.

Vale afirmar que grandes transgresiones a los derechos humanos atentan contra las disposiciones de *ius cogens* aceptadas universalmente. No es dable suponer que puedan, sin más, ser derogadas en momento alguno. Ello, no sólo por razones axiológicas, sino básicamente por motivos lógicos, ya que una consideración a contrario *sensu* llevaría, indefectiblemente, a tener por lícita la destrucción del género humano y los cimientos del propio derecho internacional²⁸⁵. Debe quedar claro que las disposiciones de *ius cogens* son inderogables y no sólo en tiempos de paz sino también en tiempos de guerra. Sus transgresiones son las más graves del derecho internacional, constituyendo crímenes internacionales²⁸⁶.

No obstante, cabe diferenciar las normas de *ius cogens* -preceptos imperativos, impuestos, coactivos, núcleo duro de los bases sobre la que se asienta la comunidad internacional- de otras disposiciones que tiene el carácter de *erga omnes* respecto de la comunidad internacional en su conjunto como por ejemplo: el derecho de paso por un estrecho internacional, las libertades del alta mar, etcétera²⁸⁷. Se puede afirmar que, entre estos dos tipos de normas rige una suerte de relación de género a especie, pues todas las normas de *ius cogens* constituyen obligaciones *erga omnes*, pero no todas las normas *erga omnes*, son normas de *ius cogens*²⁸⁸.

E. El *ius cogens* y la competencia de los tribunales internacionales de derechos humanos

En relación a la competencia de los tribunales internacionales con las normas de carácter imperativo, señala BARBERIS, que los jueces en una controversia internacional reciben de los Estados las facultades para dictar sentencia. Aclara en tal sentido, que ellas se encontrarán limitadas por el *ius cogens*, respecto de la capacidad

²⁸³ *Ibidem*.

²⁸⁴ Zlata DRNAS DE CLÉMENT, “Las normas imperativas de derecho internacional...”, ob. cit., p. 9.

²⁸⁵ Véase Zlata DRNAS DE CLÉMENT, “Las normas imperativas de derecho internacional...”, ob. cit., p. 12.

²⁸⁶ Véase *ibidem*.

²⁸⁷ Charles DE VISSCHER, “Positivism et Jus Cogens”, *RGDIP*, número 75, 1971, pp. 1 y ss. Véase, asimismo, el Informe de la CDI sobre la labor realizada en su 46 Período de Sesiones (1994). AG Documentos Oficiales. 49 Período de Sesiones. Sup. número 10 (A/49/10), p. 260.

²⁸⁸ Véase Zlata DRNAS DE CLÉMENT, “Las normas imperativas de derecho internacional...”, ob. cit., p. 13.

de celebrar tratados y de formular declaraciones unilaterales²⁸⁹. A ningún Estado que adhiere a una convención internacional podría autorizárselo válidamente a efectuar una reserva que afectase normas imperativas del derecho internacional, por ejemplo, aquellas que prohíben la esclavitud. Continúa el profesor argentino refiriéndose al límite del poder normativo de los principales creadores del *ius cogens* y sostiene que, los Estados no pueden otorgar a los jueces internacionales mayor competencia que la que ellos mismos poseen. Por este motivo, las normas imperativas en vigencia para los sujetos internacionales son válidas para el juez o los jueces. Subraya que, entre aquellas normas de *ius cogens* merece destacar una que impide que las sentencias de los tribunales internacionales tengan efecto respecto de terceros que no participaron en la *litis*, conforme la regla que se expresa a través del adagio latino que sigue: *res inter alios judicata allis neque prodest*²⁹⁰.

En el proceso de reconocimiento y progreso del derecho internacional y, consecuentemente en el *ius cogens*, los Estados miembros de la comunidad, en su conjunto, juegan un rol destacado. Pues son quienes de manera unilateral y voluntaria crean los instrumentos jurídicos de este derecho que se obligan a cumplir. Se dijo pues, que la importancia del consentimiento de los Estados resulta muy valioso para el proceso de positivización del derecho internacional. Se constituye en la base sobre la que se erige luego la jurisdicción internacional, que será voluntaria y que no es sino en la medida que los distintos Estados la aprueben de manera expresa²⁹¹. Culmina BARBERIS: “Una sentencia no puede decidir cuestiones que van más allá de la competencia del tribunal. Éste sólo es competente en la medida en que las Partes le han otorgado la capacidad suficiente. Cuando excede este marco, el tribunal incurre en *excès de pouvoir* y su decisión carece de validez”²⁹².

1) Breve mirada sobre la penetración del *ius cogens* en el sistema interamericano

Lo que procuro investigar en el acápite es la aplicación y desarrollo de este especial derecho en el sistema de protección de los derechos humanos del continente americano. Es que resulta evidente que no todos los derechos universales de importancia son aplicados del mismo modo por los tribunales internacionales que existen en el mundo. Su meritución no es uniforme, incluso, respecto de países de un mismo continente, por ejemplo, a partir de considerar aplicable en ciertos espacios la doctrina del margen de apreciación nacional.

De modo puntual abordaré, para el ámbito interamericano, de qué manera se concibe y se desarrolla el *ius cogens* en este espacio normativo y cómo sirve al propósito de efectivizar la tutela de la dignidad humana. Para ello, se hace

²⁸⁹ Véase Julio A. BARBERIS, *Formación del derecho internacional...*, ob. cit., pp. 300-301.

²⁹⁰ Véase *ibidem*, p. 301.

²⁹¹ Véase Florabel QUISPE REMÓN, “*Ius cogens* en el Sistema Interamericano: Su relación...”, ob. cit., pp. 48-49.

²⁹² Julio A. BARBERIS, *Formación del derecho internacional...*, ob. cit., p. 301.

imprescindible repasar lo actuado por dos órganos del sistema, la Comisión y la Corte IDH a través de sus decisiones dado que, de diversas formas y en tiempos distintos, fueron incorporando preceptos del *ius cogens* en sus pronunciamientos.

A) La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y el *ius cogens*

Este órgano del sistema interamericano ya en el caso “Roach y Pinkerton *versus* Estados Unidos”²⁹³ hace mención a las disposiciones del *ius cogens*. En los autos de referencia los peticionantes plantearon ante la Comisión la transgresión, esencialmente, del derecho a la vida tutelado por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. La Comisión, al considerar que el instrumento aludido no hace mención alguna respecto de la pena capital y, como consecuencia de las reservas formuladas por Estados Unidos a la DADDH, expuso que para que una disposición de derecho internacional consuetudinaria resulte obligatoria para el Estado requerido, esta norma debe gozar del rango de *ius cogens*. Si bien es cierto que los requirentes no alegaron en sus presentaciones la existencia de una norma imperativa que prohibiera la imposición de la pena de muerte a menores de 18 años, no lo es menos que al tramitarse las actuaciones ante un órgano no judicial como la Comisión, ésta no se encontraba limitada a considerar únicamente los fundamentos de las partes²⁹⁴. De ahí que, en su informe, avanzó más allá de lo solicitado y consideró aplicable al caso el derecho de gentes²⁹⁵.

Este precedente es el primero en el que el alto órgano interamericano señaló que los preceptos a regir la petición se derivaban de un “orden superior” de normas puestas en vigor en tiempos antiguos y que no podían ser vulneradas por las disposiciones convencionales, dado el carácter imperativo de aquéllas. Así, los preceptos de *ius cogens*, como normas del “orden internacional” fueron aceptadas, explícitamente en un tratado o de manera tácita, por la costumbre como útiles para salvaguardar el interés público de la comunidad internacional o mantener los niveles de moralidad reconocidos por los Estados²⁹⁶.

²⁹³ Ese caso se vinculaba a dos delincuentes juveniles, James Terry Roach y Jay Pinkerton, que fueron sentenciados a muerte por los Estados de Carolina del Sur y Texas, respectivamente, por delitos cometidos cuando tenían 17 años de edad. Ambos peticionarios fueron posteriormente ejecutados por esos Estados.

²⁹⁴ Véase Comisión IDH, “Roach y Pinkerton *versus* Estados Unidos”, 1985, párrafo 54. Se trata de un caso tramitado ante este órgano interamericano, en el que dos menores de 18 años fueron condenados a pena de muerte.

²⁹⁵ Cabe tener presente que el artículo 4.5 de la CADH establece que no se impondrá la pena de muerte a personas que al momento de la comisión del delito tuvieran menos de 18 años de edad y más de 70 ni se le aplicará a las mujeres en estado de gravidez. No obstante la obligación internacional de los Estados Unidos como miembro de la Organización de Estados Americanos, en nada lo obliga a acatar las disposiciones de la CADH, dado que si bien es miembro de la OEA, no adhirió a aquel instrumento y consecuentemente no puede alegarse que lo haya violado. Expresamente dice: “no se impondrá la pena de muerte a personas que, en el momento de la comisión del delito, tuvieran menos de dieciocho años de edad o más de setenta, ni se le aplicará a las mujeres en estado de gravidez”.

²⁹⁶ Véase, Comisión IDH, “Roach y Pinkerton *versus* Estados Unidos”, 1985, párrafo 55. Nótese que la Comisión en ningún momento hace referencia a la Convención de Viena de 1969, sobre Derecho de los

En el caso bajo estudio, la Comisión indicó que los Estados miembros de la OEA admiten la vigencia de un precepto de *ius cogens* que veda la ejecución de niños y de menores de edad. Sostuvo que esa disposición fue aceptada por la totalidad de los Estados del Sistema Interamericano entre los que se encontraba EE UU y que, además, en ninguna jurisdicción local se permitía a los tribunales nacionales de menores la aplicación de la pena de muerte²⁹⁷.

No se comparte esta afirmación del órgano interamericano pues, como expresó en su voto disidente Marco Gerardo MONROY CABRA, la prohibición de la pena de muerte a personas que cometieron delitos siendo menores de 18 años no constituye norma de *ius cogens*, pues no se probó que existiera uniformidad respecto de la veda, dado que no todos los Estados prohíben la pena de muerte y, menos aún, no todos ellos la tachan en relación a los menores de 18 años. Ni siquiera se verifica aquella uniformidad fronteras adentro de los Estados Unidos, dado que algunas de sus jurisdicciones estatales prevén la pena de muerte, incluso, para menores de 18 años computados al momento del hecho juzgado²⁹⁸.

En su disidencia expone que, no es correcto hablar de la existencia de *ius cogens* para los Estados miembros de la OEA, ya que la Convención Americana que veda la aplicación de la pena de muerte a menores de 18 años fue ratificada únicamente por 19 países, además, muchos hicieron reservas en la materia y, en rigor de verdad, la norma no había sido aceptada por los 32 estados americanos menos aún por la totalidad de los estados que integraban la comunidad internacional. De este modo, resultaba infundado conferirle la calidad de norma imperativa inderogable. Por otro lado, se pronunció respecto a la imposibilidad de plantear la vigencia de un *ius cogens* regional. Refiere que mal podía hablarse de la existencia de un *ius cogens* africano u otro americano. Contrariamente, insistió en la necesidad de que esa disposición para gozar de la calidad de derechos de gentes debía ser aceptada por el conjunto de la comunidad internacional.

Al transcurrir casi dos décadas, del anterior precedente en el que fueron ejecutados los presentantes, la Comisión vuelve a pronunciarse ahora, en las actuaciones conocidas como “Michael Domínguez *versus* Estados Unidos”, sobre las

Tratados, ni a los requisitos que este instrumento impone para el reconocimiento de este tipo de normas. En cambio la Comisión IDH, trae en apoyo de su resolución decisiones de la CIJ y doctrina jurídica. Refiere que la disposición que prohíbe el genocidio comprometería también a los Estados que no fueron parte de la Convención sobre Genocidio, aunque fuese derivada sólo del derecho internacional consuetudinario y, desde luego sin que hubiese adquirido el rango de *ius cogens*, pues obtiene dicha condición porque es un tipo de norma que, de ser rechazada por un Estado, ofendería la moralidad pública y la conciencia de la humanidad toda.

²⁹⁷ Nótese que en esta resolución la Comisión evita referirse a si la frase “los principios y normas relativos a los derechos básicos de la persona humana” tiene por objeto declamar que todas las normas en materias de derechos humanos plasmadas en los tratados internacionales se encuentran comprendidas dentro de los preceptos del *ius cogens*.

²⁹⁸ El mencionado miembro de la Comisión IDH, en su disidencia manifestó que el órgano interamericano carece de facultades para emitir opiniones consultivas; sólo es competente para interpretar la Declaración Americana pudiendo para ello recurrir al derecho internacional general. Además sostuvo que no era posible aplicar al caso en estudio tratados no vigentes en los Estados Unidos, toda vez que al momento de su voto, no existía una norma de derecho internacional consuetudinario que prohibiese la aplicación de la pena de muerte a quienes cometieron delitos capitales siendo menores de 18 años, no era esta una norma de *ius cogens*.

disposiciones de *ius cogens* en un nuevo caso sobre pena de muerte²⁹⁹. En esta oportunidad, el órgano interamericano reiteró los argumentos que esgrimiera en Roach y Pinkerton pero en esta ocasión añade otro. Explica, que las normas imperativas generales derivan de la tutela del derecho a la vida como valor esencial defendido por la comunidad internacional y, en la medida que la afectación de estos preceptos fundamentales conmueven la conciencia de la humanidad, obligan al conjunto de los miembros de esa comunidad como si se tratara de un todo con prescindencia de las reservas o protestas que hagan algunos Estados³⁰⁰. Al mismo tiempo, la Comisión insiste en marcar un punto de partida para ampliar la nómina de preceptos jurídicos internacionales *ius cogens* y, en esta línea de trabajo, sugiere considerar las disposiciones que los tratados internacionales de derechos humanos regulan como inalienables³⁰¹.

En el caso, amén de apoyarse en las mismas fuentes y plexo probatorio, ahora, la Comisión admite que para determinar que una norma pertenece al *ius cogens* los mecanismos son rigurosos al punto de exigirse evidencias del reconocimiento de ese estatus por parte de la comunidad internacional en su conjunto. Sin embargo, esgrime que este consentimiento se perfecciona si la aceptación y reconocimiento es efectuado por una mayoría importante de Estados. Para la Comisión no hace falta la unanimidad, es decir, que se puede soslayar el disenso de un pequeño grupo de Estados³⁰².

En “Domínguez”, el órgano interamericano, indica que desde 1987 al momento de la resolución, se produjo una evolución en el estado del derecho internacional que habría colocado a los EE UU en franca violación de una disposición de *ius cogens* al condenar a la pena de muerte a una persona por haber delinquirido a los 16 años. Ese comportamiento del Estado, a criterio de la Comisión, resultaba violatorio de una norma imperativa del derecho internacional general: el artículo I de la Declaración Americana³⁰³.

Para el alto órgano interamericano se tuvo por probado el carácter de inalienable de la norma infringida por los Estados Unidos y de ahí su calidad de *ius*

²⁹⁹ Comisión IDH, “Michael Domínguez *versus* Estados Unidos”, 2002.

³⁰⁰ En esta oportunidad la Comisión sostuvo que el derecho a la vida resulta sobradamente reconocido como derecho supremo del ser humano y condición *sine qua non* para el usufructo de otros derechos fundamentales. De este modo, el órgano interamericano se fijó como obligación el deber de garantizar que toda pena de muerte que se intente aplicar en algún Estado miembro de la OEA, cumpla de manera estricta con los recaudos que imponen los instrumentos de derechos humanos interamericanos aplicables, mandato que incluye la Declaración Americana.

³⁰¹ Véase *ibidem*, párrafo 49.

³⁰² Véase *ibidem*, párrafo 50.

³⁰³ QUISPE REMÓN indica al respecto: “Para llegar a esta conclusión la Comisión realizó un seguimiento de los tratados internacionales, fundamentalmente los nacidos en el seno de las Naciones Unidas; asimismo, analizó la práctica de los estados entre los años 1987 y 2001 relacionada con la ejecución de delincuentes juveniles. Advirtiendo que sólo Estados Unidos se singulariza entre las naciones del mundo desarrollado tradicional y en el sistema interamericanos por persistir en la práctica de ejecutar delincuentes menores de 18 años, y queda cada vez más aislado en la comunidad mundial. Afirma la Comisión que las pruebas abrumadoras de la práctica mundial de los estados indicada ilustra la congruencia y generalización entre los estados del mundo en el sentido de que la comunidad mundial considera que la ejecución de delincuentes menores de 18 años en momentos de cometer el delito es incongruente con las normas imperantes de decencia. Por lo tanto, la Comisión opina que ha surgido una norma del derecho internacional consuetudinario que prohíbe la ejecución de delincuentes menores de 18 años en momentos de cometer el delito. Ver párrafo 84 del Informe número 62/02” (Florabel QUISPE REMÓN, “*Ius cogens* en el Sistema Interamericano: Su relación..., ob. cit., p. 57).

cogens. Surge del párrafo 85 del informe que, las naciones rechazaron la aplicación de la pena de muerte a personas que al momento de la comisión de un delito reprimido con esta pena tuvieran menos de 18 años de edad. Refiere al respecto, que esta condición se cumple a partir de la ratificación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, instrumentos internacionales en los que esta proscripción se declara como inderogable. Insiste, que el reconocimiento de la mencionada disposición perfora las fronteras ideológicas, políticas y la tozudez de algunos Estados por no aceptarlas. Estas actitudes, a criterio de la Comisión, fueron condenadas firmemente por los miembros de la comunidad internacional, como intoleradas a la luz de las nuevas normas sobre derechos humanos. En esta línea, se destaca que los Estados Unidos reconocieron la trascendencia de este precepto al generar, por la vía de la legislación federal, una norma que establece un piso etario de 18 años para autorizar la aplicación de la pena de muerte³⁰⁴.

Este reconocimiento, se produjo al ser ratificado por Estados Unidos el Cuarto Convenio de Ginebra, sin reservas a esta prescripción. Sobre esta base, la Comisión sostuvo que, ahora, EE UU se encontraba obligado por una disposición de *ius cogens* a no imponer pena de muerte a personas que al momento de cometer delitos reprimidos con aquella sanción, no hubieran alcanzado la edad de 18 años. A manera de cierre, la Comisión subrayó que, como precepto del *ius cogens*, la regla obliga al conjunto de la comunidad de Estados, dentro de los cuales indefectiblemente se encuentran los EE UU. Finalmente, se sostiene que el precepto no puede ser derogado válidamente sea por medio de un tratado o por objeción de un Estado de la comunidad de naciones³⁰⁵.

El tercer informe que se considerará, es el producido al año del anterior, que se conoce como informe del caso “Sankofa”³⁰⁶. Aquí, la Comisión ratifica los argumentos que esgrimiera en el caso “Domínguez”³⁰⁷ y agrega que la prueba a la que se refirieron

³⁰⁴ 18 U.S.C. número 3591 (1994).

³⁰⁵ Véase Comisión IDH, “Michael Domínguez *versus* Estados Unidos”, 2002, párrafo 85. Dentro de los Estados Unidos, los dictámenes judiciales y las iniciativas legislativas de los últimos 20 años también ponen en evidencia la tendencia hacia la prohibición de la aplicación de la pena de muerte a personas menores de 18 años. En la época de la decisión de la Suprema Corte de Estados Unidos en el caso “Thompson *vs.* Oklahoma”, en 1988, 37 Estados autorizaban la ejecución de la pena de muerte y de esos, 18 exigían que el acusado no fuese menor de 16 años al momento de cometer el delito, en tanto los 19 restantes no fijaban un piso etario para la imposición de la pena de muerte. En la decisión en “Thompson”, la Suprema Corte de Estados Unidos expresó que la ejecución de menores de 16 años en momentos de cometer el delito estaba prohibida por la Octava Enmienda de la Constitución de Estados Unidos (véase “Thompson *vs.* Oklahoma”, 487 U.S. 815, 823-831, 1988). Además, desde esta decisión de la Suprema Corte de Estados Unidos, otras jurisdicciones estatales avanzaron hacia una norma más restrictiva. En 1999, por ejemplo, la Suprema Corte de Florida interpretó su Constitución en el sentido de que prohíbe la pena de muerte contra delincuentes menores de 16 años. Para ese estrado local la ejecución de una persona que tuviera 16 años en momentos de cometer el delito violaba la Constitución de Florida y su prohibición de un castigo cruel e inusual. El 30 de abril de 1999, mediante una revisión de la ley del Estado de Montana, se elevó la edad mínima de los delincuentes calificados para sufrir la pena de muerte de 16 a 18 años (“Brennan *vs.* Florida” 754 So. 2d 1 -Florida, 8 de julio de 1999-, sigue su decisión en “Allen *vs.* El Estado” 636 So. 2d 494 -Florida, 1994-).

Por entonces, dentro de Estados Unidos, 38 Estados y las jurisdicciones militares y civiles federales contaban con disposiciones que autorizaban la pena de muerte por delitos punibles con la pena capital. De estas jurisdicciones, 16 ya habían establecido de manera expresa la edad de 18 años al momento de cometer el delito como la edad mínima para poder aplicar la sentencia de muerte.

³⁰⁶ Comisión IDH, “Shaka Sankofa *vs.* Estados Unidos”, 2003.

³⁰⁷ Comisión IDH, “Michael Domínguez *vs.* Estados Unidos”, 2002.

en aquel caso se vinculaba esencialmente a describir la práctica internacional y de los Estados antes de la ejecución de Shaka Sankofa el 22 de julio del año 2000. Por ello se explica que, el órgano interamericano, reitere los fundamentos brindados en el fallo referido y concluya que al materializarse la ejecución del señor Sankofa, Estados Unidos ya se encontraba obligado, por analogía, a cumplir con una disposición de *ius cogens*, en virtud de la cual se le prohibía aplicar la pena de muerte a personas que al momento del hecho por el que fueron condenadas, no tenían la edad mínima de 18 años. Para emitir el informe del caso se valoró la circunstancia en torno a que el ejecutado era menor de edad cuando cometió el ilícito por el que fuera condenado a pena de muerte. Así, la declaración de culpabilidad, la condena y su posterior ejecución, carecieron de base normativa requerida por el estricto cumplimiento del debido proceso al transgredir normas de *ius cogens*, como el artículo I de la Declaración Americana, entre otras.

A modo de síntesis, se puede afirmar que en un primer estadio, para la Comisión no existía en ese momento una norma *ius cogens* u otra disposición del derecho internacional consuetudinario que prohibiera la ejecución de menores de 18 años. Sin embargo, desde 1987, se suscitaron varios hechos de notable valor para provocar un cambio de opinión,

Como se expuso, a partir de esa fecha entran en vigencia ciertos tratados que explícitamente prohíben la ejecución de personas menores de 18 años de edad computables al momento de cometer el ilícito. Este progreso evolutivo incluye también el hecho comprobado de una mayor ratificación de los tratados existentes por parte de los Estados que integran la comunidad internacional. Resulta palpable, que prácticamente todos los países del mundo reconocieron, sin reservas, una norma que prohíbe la ejecución de menores de 18 años computados al momento de la comisión del delito. Al mismo tiempo, los órganos de la ONU responsables de los derechos humanos y la justicia penal respaldaron de modo sistemático la regla plasmada en los acuerdos internacionales de derechos humanos que prohíbe la ejecución de personas menores de 18 años.

Queda claro, entonces, que para la Comisión los hechos descriptos ponen de resalto la idea congruente y generalizada de que la comunidad mundial considera que la ejecución de personas menores de 18 años, estimados al momento de cometer el delito, resulta incompatible con una norma de *ius cogens* que surgió del derecho internacional consuetudinario.

B) La Corte Interamericana de Derechos Humanos y el *ius cogens*

Es momento de ver ahora cómo se inicia la penetración y evolución del *ius cogens*, ello, a través de la actividad esencial del organismo: sus sentencias.

La Corte IDH hace uso de este instituto por primera vez en el año 1993 en el caso “Aloeboetoe y otros *versus* Surinam”³⁰⁸ donde abre juicio de valor respecto de un

³⁰⁸ Corte IDH, caso “Aloeboetoe y otros *vs.* Surinam”, 10 de septiembre de 1993. En el párrafo 57 de esta sentencia la Corte, si bien no efectuó un desarrollo del instituto del *ius cogens* explica el porqué de

tratado celebrado el 19 de septiembre de 1762 entre una tribu autónoma de Surinam, los Saramacas, y los Países Bajos. El alto estrado, sólo se limitó a señalar que dicho tratado hoy sería nulo al ser contrario a una regla de *ius cogens supervivens*.

Hubo de transcurrir más de una década desde que se puso en funcionamiento el tribunal internacional para que hiciera mención a las normas del *ius cogens*. En efecto, es a partir del voto razonado del juez CANÇADO TRINDADE, en el caso “Blake”³⁰⁹, al referir que los casos de desaparición de personas figuran entre los derechos conexos, derechos fundamentales inderogables. El desafío para este juez consistía en avanzar de manera resuelta hacia una gradual humanización del derecho de los tratados. Estima que el proceso se origina con la emergencia de la noción de *ius cogens* al encontrarse muy condicionada esta disciplina jurídica internacional, por un exagerado voluntarismo estatal y altamente influido por un indebido valor que se atribuye a las formas y manifestaciones del consentimiento³¹⁰. En razón del cumplimiento de este propósito, se sostuvo que resulta “una aspiración que se plasmó hace más de 10 años en el seno del sistema interamericano pero que aun continúa siendo una tarea pendiente en el derecho internacional”³¹¹.

Luego de dos años la Corte IDH vuelve a pronunciarse en el caso “Blake” y lo hace a través del voto razonado del juez Cançado Trindade. Allí nuevamente se referencia, en la sentencia de fondo, que se está frente a normas de derecho inderogables en el caso de la desaparición forzada de personas, como delitos de acción continuada, en tanto el valor en juego es siempre la vida humana. Para el juez, en delitos de la especie, se comprometen múltiples derechos humanos como también derechos de carácter humanitario. Pone de manifiesto que la tendencia doctrinaria más reciente apunta a la criminalización de transgresiones graves a los derechos humanos, entre las que menciona la tortura, las ejecuciones sumarias y extralegales y, en especial, la desaparición forzada de personas. Estas restricciones, estas suertes de

su nulidad. En estas actuaciones, previamente la Comisión IDH, sostuvo que los Saramacas gozaban de autonomía interna a instancias de un tratado que habrían suscripto con los Países Bajos en 1762 en virtud del cual entre otras obligaciones la tribu originaria se encargaría de capturar a los esclavos que desertaran haciéndolos prisioneros y entregándolos luego al gobernador de Surinam. Como contraprestación las autoridades coloniales se comprometieron a pagarles por cada esclavo capturado la suma de 10 a 50 Florines, dependiendo de la distancia del lugar de su captura. Otra disposición del acuerdo facultaba a los saramacas a vender a los holandeses en calidad de esclavos, otros prisioneros que pudieran capturar. Ante este cuadro la Corte IDH no consideró útil valorar si este convenio constituía o no un tratado internacional. Sólo se limitó a manifestar que si así hubiera sido, el instrumento carecería de valor, o sea, sería nulo por ser contrario a los preceptos del *ius cogens superveniens*. Se insistió en que un instrumento de estas características no podía hacerse valer ante un tribunal internacional de derechos humanos.

³⁰⁹ Corte IDH, caso “Nicholas Chapman Blake vs. Guatemala”, sentencia del 2 de julio de 1996, véase voto razonado del juez Cançado Trindade, párrafos 11 y 14.

³¹⁰ Véase *ibidem*, párrafo 14. El mismo magistrado de la Corte IDH, añade: “Llama la atención que, en las circunstancias del presente caso, se haya tenido que resignarse al *renvoi* o abandono a la jurisdicción nacional de las cuestiones de la investigación de la detención y muerte de una persona, y de la punición de los responsables, después de haberse acudido a la jurisdicción internacional precisamente en razón de las carencias o insuficiencias de la jurisdicción nacional en este propósito. El gran reto que se vislumbra en el horizonte consiste, a mi modo de ver, en seguir avanzando resueltamente hacia la gradual humanización del derecho de los tratados (proceso ya iniciado con la emergencia del concepto de *ius cogens*), por persistir este capítulo del derecho internacional todavía fuertemente impregnado del voluntarismo estatal y de un peso indebido atribuido a las formas y manifestaciones del consentimiento”.

³¹¹ Florabel QUISPE REMÓN, “*Ius cogens* en el Sistema Interamericano: Su relación...”, ob. cit., p. 60.

vedas, sostiene el juez de la Corte, lleva a transitar por la *terra nova del ius cogens* internacional. Por otro lado, advirtió, que la emergencia y la consagración de preceptos imperativos del derecho internacional general entrarían en una situación de real amenaza si se pasase a descaracterizar los crímenes de *lesa humanidad* que se encuentran prohibidos. No resulta posible soslayar que las disposiciones de *ius cogens* traen aparejada obligaciones jurídicas hacia los Estados constituyendo un límite infranqueable y absoluto en torno a la voluntad de éstos³¹².

Recién a fines de 2003 la Corte IDH se pronuncia a través de una opinión consultiva³¹³ y se avoca, ya de manera más exhaustiva, a pronunciarse sobre el instituto del *ius cogens*. Podría decir que, por primera vez, se expide el alto estrado interamericano con el propósito de perfilar la importancia y el alcance del *ius cogens* en el sistema hemisférico americano, ello a merced de una solicitud de opinión consultiva, en la que se le pregunta, respecto a la materia en trato, si el principio de no discriminación y el derecho a la protección igualitaria y efectiva de la ley pueden ser consideradas como dispositivos del *ius cogens*³¹⁴. Es la primera vez luego de 26 años que se encuentra un pronunciamiento sobre este tipo de normas en una opinión consultiva y llama la atención que los Estados miembros del sistema interamericano de derechos humanos hayan demorado tanto en someter un asunto vinculado al *ius cogens* a consideración de la Corte.

En oportunidad de efectuar las observaciones escritas y orales, la Comisión IDH manifestó, en torno al requerimiento, que existe consenso en la comunidad de naciones en considerar que la veda a la discriminación racial y las prácticas vinculadas a ella constituyen obligaciones *erga omnes*. La calidad de *ius cogens* del referido principio de no discriminación significa que por su naturaleza perentoria, estas disposiciones esenciales deben ser acatadas por el conjunto de los Estados, hubiesen o

³¹² Corte IDH, “Nicholas Chapman Blake vs. Guatemala”, sentencia de fondo, 24 de enero de 1998, voto razonado del juez Cançado Trindade, párrafo 15. “Estamos, en definitiva, ante una violación particularmente grave de múltiples derechos humanos. Entre éstos se encuentran derechos fundamentales inderogables, protegidos tanto por los tratados de derechos humanos como por los de Derecho Internacional Humanitario. Los desarrollos doctrinales más recientes en el presente dominio de protección revelan una tendencia hacia la “criminalización” de violaciones graves de los derechos humanos, como las prácticas de tortura, de ejecuciones sumarias y extra-legales, y de desaparición forzada de personas. Las prohibiciones de dichas prácticas nos hacen ingresar en la *terra nova* del *ius cogens* internacional. La emergencia y consagración de normas imperativas del derecho internacional general estarían seriamente amenazadas si se pasase a descaracterizar los crímenes de *lesa humanidad* que recaen bajo su prohibición.

³¹³ Corte IDH, Opinión Consultiva -OC-18/03, de 17 de septiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, sobre condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados.

³¹⁴ Al respecto cabe decir que la consulta fue materializada a instancia de los Estados Unidos Mexicanos y en lo que aquí importa en los siguientes términos: “...privación del goce y ejercicio de ciertos derechos laborales a los trabajadores migrantes y su compatibilidad con la obligación de los estados americanos de garantizar los principios de igualdad jurídica, no discriminación y protección igualitaria y efectiva de la ley consagrados en instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos; así como con la subordinación o condicionamiento de la observancia de las obligaciones impuestas por el derecho internacional de los derechos humanos, incluidas aquellas oponibles *erga omnes*, frente a la consecución de ciertos objetivos de política interna de un Estado americano”. En este marco preguntó: “¿Qué carácter tienen hoy el principio de no discriminación y el derecho a la protección igualitaria y efectiva de la ley en la jerarquía normativa que establece el derecho internacional general, y en ese contexto, puede considerarse como la expresión de normas de *ius cogens*?”.

no ratificado las convenciones que los contemplan, dado que integran un catálogo de principios ineluctables del derecho internacional consuetudinario³¹⁵.

La Corte IDH, por su parte afirmó que el *ius cogens* por evolución y por su propio concepto no se limitó al derecho de los tratados. Su influencia se amplificó de modo tal que alcanza al derecho internacional general y abarca a todos los actos jurídicos. De ahí que el *ius cogens* se haga presente también en el derecho de la responsabilidad internacional de los Estados y haya sido decisivo en los propios fundamentos del orden jurídico internacional³¹⁶.

Queda claro para la Corte IDH que el principio de igualdad ante la ley y de no discriminación informan toda la actuación de los poderes del Estado, en cualquier modo que éste se desenvuelva, vinculada a la garantía y respecto de los derechos humanos. Así, el principio referido debe considerarse como un imperativo del derecho internacional general, en tanto resulta aplicable al conjunto de las naciones, con prescindencia de que sea o no parte de un determinado tratado internacional. En rigor, sostuvo la Corte internacional, que este tipo de normas genera efectos en relación a terceros, incluso, respecto de particulares.

Como consecuencia de esta doctrina de la Corte Interamericana, ahora el Estado, ya sea a nivel doméstico como internacional y por los actos de cualquiera de sus poderes o de terceros que actúen bajo su tolerancia, aquiescencia o negligencia, no puede soslayar el principio de igualdad y de no discriminación en perjuicio de una o más personas³¹⁷. La Corte IDH considera que los principios expuestos pertenecen al *ius cogens*, dado que sobre él descansa toda la estructura jurídica del orden público nacional e internacional. Para el alto estrado interamericano, actualmente, no es posible admitir acto jurídico que pueda entrar en colisión con alguno de estos principios esenciales. Por ello, no se aceptan tratos discriminatorios de ninguna naturaleza en perjuicio de persona alguna basados en motivos de raza, género, color, idioma, religión o convicción, opinión pública, filiación política, origen nacional, étnico o social, en razón de la edad, del patrimonio, del estado civil, nacimientos o cualquier otro tipo de condición. Para la Corte IDH, en la actual etapa evolutiva del derecho internacional, los principios de igualdad y no discriminación ingresaron, sin posibilidad de dar marcha atrás, a integrar el catálogo de derechos que integran el *ius cogens*³¹⁸.

Queda claro entonces que, en opinión de la Corte IDH, estos principios alcanzan a todos los Estados, justamente por pertenecer al dominio del *ius cogens*, tienen carácter imperativo, implican obligaciones *erga omnes* de tutela que vinculan a todas las naciones e irradian efectos con respecto a terceros o particulares. En este sentido, la violación a tales principios por parte de los Estados, los hace responsables internacionalmente agravándose la situación cuando esa transgresión importa la violación de normas perentorias de la Declaración Internacional de Derechos

³¹⁵ Comisión IDH, observaciones de la -OC-18/03, p. 27. Al respecto dijo de manera categórica que: “Si bien, fuera de la prohibición de la discriminación racial, no ha existido hasta ahora el consenso de la comunidad internacional, para considerar la prohibición de la discriminación basada en otros motivos, ello no menoscaba la importancia fundamental y básica que las mismas revisten en todo el ordenamiento jurídico internacional”.

³¹⁶ *Ibidem*, párrafo 99.

³¹⁷ *Ibidem*, párrafo 100.

³¹⁸ *Ibidem*, párrafo 101.

Humanos. De esta manera, la Corte indica que el deber general de respetar y salvaguardar los derechos humanos relaciona a la totalidad de los Estados, con prescindencia de cualquier circunstancia o consideración, incluso, el estatus migratorio de las personas³¹⁹.

La importancia de este acto de la Corte radica en que por primera vez le reconoce la condición de *ius cogens* a un derecho, cuestión de mucha trascendencia para la tutela de los derechos del ser humano, aunque, lo hizo en el seno de una opinión consultiva y no a través de una sentencia contenciosa³²⁰. Esta opinión consultiva contó con el enriquecedor aporte, a través de sendos votos concurrentes, de tres destacados integrantes del Tribunal internacional. En tal dirección sostuvo Abreu Burrelli: “Que la observancia por el Estado del principio de la igualdad y no discriminación y el derecho al debido proceso legal, no puede estar subordinada a objetivos de sus políticas, cualesquiera que sean éstas, incluidas las de carácter migratorio”³²¹.

Por idéntico carril de avance sugiere, el juez García Ramírez, tres órdenes de acciones que deben ser desarrolladas en tres planos mutuamente complementarios, para tener por cierto que los Estados cumplen con sus obligaciones de *ius cogens*, ya no sólo del ámbito del derecho internacional general sino también respecto del derecho internacional de los derechos humanos. Concretamente propone: a) asegurar, a través de medidas legislativas y de cualquier otra naturaleza, el respecto de todas las atribuciones y funciones del Estado, la concreta vigencia, no sólo la consagración meramente formal, de los derechos humanos de los trabajadores en forma igualitaria y sin discriminación; b) suprimir todo tipo de precepto sin importar su rango o su alcance, que importen desigualdad indebida o discriminación; y, c) combatir las prácticas públicas o privadas que posean idénticas consecuencias³²². Finalmente, destaca la idea de que toda proclamación de derechos sin las garantías y órganos que los tutelen quedan en el vacío, convirtiéndose en una mera declamación estéril que no hace más que sembrar expectativas y generar frustraciones.

³¹⁹ *Ibidem*, párrafo 106.

³²⁰ Respecto del valor de las opiniones consultivas se dijo: “Las decisiones plasmadas en una sentencia por parte de la Corte Interamericana tienen carácter vinculante para todos los Estados que han reconocido la competencia contenciosa de este órgano judicial. Empero, las opiniones consultivas, como las de otros tribunales internacionales, no tienen el mismo efecto vinculante que se reconoce para sus sentencias en materia contenciosa en el artículo 68 de la CADH. Ver, Corte IDH (1982). Pero no hay que olvidar que el derecho internacional avanza constantemente, y si hace más de veinte años la Corte se pronunció sobre las opiniones consultivas de ese modo, hoy las cosas han cambiado y existe una conciencia colectiva de su fuerza jurídica. Es imposible no tomar en cuenta opiniones tan importantes como las plasmadas en las opiniones consultivas -OC-16/99 del 1 de octubre de 1999 y -OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Sin duda son fuentes jurisprudenciales de interpretación que permiten entender el alcance de las normas relacionadas con los derechos humanos” (Florabel QUISPE REMÓN, “*Ius cogens* en el Sistema Interamericano: Su relación...”, ob. cit., p. 65).

³²¹ *Ibidem*, voto concurrente del juez Abreu Burrelli. El magistrado indica que no obstante la naturaleza no contenciosa de las opiniones consultivas, en principio por su fuerza moral, y por estrictas razones de buena fe en el que se apoyan los tratados internacionales que las avalan, poseen efectos innegables tanto para la actividad legislativa, administrativa y en lo judicial al ser interpretado y aplicado por los jueces el derecho internacional de los derechos humanos.

³²² Véase *ibidem*, voto concurrente del juez García Ramírez.

Asimismo, en el párrafo 17 de la opinión consultiva en trato destaca la opinión de los amigos del Tribunal respecto del concepto y alcance que estos le atribuyen al *ius cogens*:

“esa idea, que se afirma en la -OC-18/2003, fue expresada en el curso de los trabajos conducentes a ella. Así, en la participación como *amicus curiae* del Consejo Centroamericano de Procuradores de Derechos Humanos, con el apoyo de su Secretaría Técnica, el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, se mencionó, en síntesis, que ‘habida cuenta del desarrollo progresivo del derecho internacional de los derechos humanos, el principio de no discriminación y el derecho a la protección igualitaria y efectiva de la ley, deben ser consideradas como normas de *ius cogens*, y en ese sentido se trata de normas de derecho internacional imperativo que integran un orden público internacional al cual no pueden oponerse válidamente el resto de [las] normas del derecho internacional, y menos las normas domésticas de los Estados’. En fin, sin la consagración y vigencia de la igualdad ante la ley y el rechazo de la discriminación sería imposible entender el desarrollo humano y apreciar el momento actual de la evolución jurídica”.

Nótese la especial importancia que se le atribuye al *ius cogens* al colocarlo por encima de todo el derecho internacional y, particularmente, por encima del derecho interno incluidas aquí las propias constituciones y las políticas públicas que se dictan en su consecuencia³²³.

Por último, el juez Cançado Trindade expresa, en relación a la *ius cogens*, que éste debe concebirse como una categoría abierta. Subraya que toda la evolución doctrinaria que experimentó el *ius cogens* apunta en dirección a la consagración de obligaciones *erga omnes* de protección de la persona humana. Refiere que sin la consolidación de este tipo de obligaciones se avanzará escasa y muy lentamente en la lucha contra la transgresión de los derechos humanos³²⁴. De esta manera, para el juez internacional, la emergencia y la consagración del *ius cogens* remite a la idea de interés público internacional y a un rango de normas jurídicas donde existe primacía del *ius necessarium* sobre el *ius voluntarium*. El *ius cogens*, continúa el destacado juez, se exhibe como la expresión jurídica de la propia comunidad internacional,

³²³ *Ibidem*, voto concurrente del juez García Ramírez. En los párrafos 40 y 41 se asienta muy claramente este principio: “40. La Opinión Consultiva a la que concurro con este voto razonado aborda el tema de las políticas públicas, planteado en la solicitud formulada por el Estado requirente. A este respecto, se reconoce que los Estados tienen la facultad de adoptar políticas públicas -que se manifiestan en leyes, reglamentos y otras normas, planes, programas y acciones diversas- conducentes a la obtención de fines colectivos legítimos. Entre esas políticas figuran las relativas a los procesos poblacionales, que incluyen las cuestiones migratorias, además de las concernientes al manejo de la economía, el empleo de la mano de obra, el fomento de ciertas actividades productivas, la protección de sectores específicos de la agricultura, la industria, el comercio y los servicios, etcétera. 41. Surge un problema, sin embargo, cuando algunos aspectos específicos de una política del Estado entran en colisión con los derechos humanos de cierto sector de la población. Evidentemente, esto no debiera ocurrir en ninguna circunstancia. Es función del Estado que responde a una vocación democrática y reconoce y garantiza los derechos humanos de sus habitantes, llevar adelante las diversas políticas públicas de manera que se preserven esos derechos y al mismo tiempo se procuren y alcancen los legítimos objetivos que aquellas políticas pretenden. Digamos, de nueva cuenta, que el fin plausible no justifica el empleo de medios ilegítimos. En tales casos prevalecen los compromisos esenciales del Estado con los derechos humanos, cuya preservación constituye la razón de ser de la organización política, como se ha manifestado constantemente a partir de los más importantes documentos políticos de la etapa moderna, generados por los grandes movimientos insurgentes y revolucionarios de Estados Unidos y Francia en el último tercio del siglo XVIII. Si este es el dato ético y jurídico esencial de la sociedad política, un Estado no podría vulnerar los derechos humanos de las personas sujetas a su jurisdicción aduciendo para ello determinadas políticas.

³²⁴ Véase *ibidem*, voto concurrente del juez Cançado Trindade, párrafo 72.

entendida ésta como un todo que toma conciencia de sí misma y de los valores y principios fundamentales que le servirán de norte. Insiste que resulta de trascendental importancia darle impulso a esta creciente evolución en la ampliación de las normas del *ius cogens* y las obligaciones *erga omnes* de tutela, procurando asegurar su más amplia y plena aplicación práctica en beneficio de toda persona humana. Para el jurista brasileño estas nuevas ideas son las que se imponen en la actualidad, y de su fiel seguimiento, a su criterio, dependerá mayormente la evolución de la tutela de los derechos humanos y del derecho internacional como un todo³²⁵.

C) Una última consideración sobre el tópico

Para finalizar, se puede decir que el origen del *ius cogens* tiene su razón de ser en el derecho natural, con la salvedad de que aquél procura por el derecho de los pueblos, perfilando un derecho internacional de normas insoslayables, mientras que el derecho natural se identifica exclusivamente con la persona humana.

Por todo lo dicho hasta aquí se puede afirmar que las categorías de derechos a las que nos referimos, más allá de ser concebidas, en función al concepto del derecho que se tenga, cuentan con rasgos distintivos que podrían hacerse jugar frente a un potencial conflicto normativo entre los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional, la jurisprudencia de un tribunal internacional de los derechos humanos, por un lado, y, por el otro frente a un derecho fundamental contenido en la Constitución argentina, ya sea de manera expresa, o sea de manera implícita conforme lo reglado por su artículo 33, incluso, aquéllos que se incorporen como derecho natural por la vía del preámbulo o por la vía del *ius cogens*, conforme lo establece el artículo 118 CN. En una obra dedicada al tema es posible leer: “Si es necesario hablar de la manera que sea de derechos humanos, hay que admitir que existen derechos que no derivan de la legislación positiva de los Estados [...] esta legislación misma es la que debe juzgarse a la luz de los derechos humanos, y si éstos no tuviesen otras fuentes nos encontraríamos ante un círculo vicioso”³²⁶. En consecuencia, con esta idea se afirma que: “el concepto mismo de derechos humanos

³²⁵ *Ibidem*, voto concurrente del juez Cançado Trindade, párrafo 73. “Las manifestaciones del *ius cogens* internacional marcan presencia en la propia manera como los tratados de derechos humanos han sido interpretados y aplicados: las restricciones, en estos previstas, a los derechos humanos que consagran, son restrictivamente interpretadas, salvaguardando el estado de derecho, y demostrando que los derechos humanos no pertenecen al dominio del *ius dispositivum*, y no pueden ser considerados como simplemente ‘negociables’; todo lo contrario, permean ellos el propio orden jurídico nacional e internacional. En suma y conclusión sobre el punto en examen, la emergencia y consagración del *ius cogens* evocan las nociones de orden público internacional y de una jerarquía de normas jurídicas, así como la prevalencia del *ius necessarium* sobre el *ius voluntarium*; el *ius cogens* se presenta como la expresión jurídica de la propia comunidad internacional como un todo, la cual, en fin, toma conciencia de sí misma, y de los principios y valores fundamentales que la guían”.

³²⁶ Vittorio MATHIEU, “Prolegómenos a un estudio de los derechos humanos desde el punto de vista de la comunidad internacional”, en *Los fundamentos filosóficos de los derechos humanos*, Serbal UNESCO, 1985, pp. 46-47.

es un desafío al iuspositivismo, cualesquiera que sean las dificultades de las doctrinas iusnaturalistas”³²⁷.

Como ejemplo de la riqueza de las diferenciaciones que se pueden ensayar, SAGÜÉS explica al referirse al fallo “Aquino”³²⁸ de la CSJN que sería posible diferenciar derechos humanos fundamentales, “sobre los cuales no cabe imaginar ni aceptar involuciones normativas, y derechos humanos de nivel más secundario, como el ejercicio del derecho de réplica, que no obstante su bondad no cabe considerarlo como vital e imprescindible para la dignidad humana [...]”³²⁹.

En este capítulo se propuso responder cómo se debe ordenar jerárquicamente la canasta de fuentes que rige en materia de derechos humanos, contemplando que el *corpus iuris* del derecho internacional de los derechos humanos, incluye también la jurisprudencia de los tribunales internacionales. Se aclara, además, que se lo hace sobre la base de presumir la prelación de aquel nivel de juridicidad sobre el derecho interno de los Estados.

Entonces, es posible identificar en la dimensión del derecho internacional de los derechos humanos múltiples normas que tienen por objeto la tutela de la dignidad humana. Sin perjuicio de ello, resultará imposible desconocer la fuerza vinculante del derecho natural o de un orden público conformado por la costumbre internacional integrado por disposiciones conocidas como *ius cogens*.

1) Téngase en cuenta que: en un conflicto entre una norma imperativa y otra que no reúne esa calidad, la primera tiene primacía y las que se oponen a ella resultan nulas. Esta regla se aplica a todo conflicto entre una norma de *ius cogens* y cualquier otra, independientemente de la forma cómo hubiera sido creada.

2) Las reglas imperativas de derecho internacional general, sean de fuente convencional o consuetudinaria, analizadas desde el visor del iusnaturalismo, se ubican casi en la cúspide del ordenamiento jurídico internacional, es decir, por debajo del derecho natural y por encima del resto de las normas que integran el *corpus iuris* del ordenamiento jurídico internacional. De ahí, que se le confieran la aptitud para invalidar cualquier disposición que se le oponga, sea ésta, producto de la costumbre internacional o el resultado de una convención. Luego se ubican las reglas *erga omnes*, sean de carácter convencional o consuetudinario.

A todo esto no debe perderse de vista que el conflicto normativo puede suscitarse no sólo entre los derechos fundamentales y el derecho internacional de los humanos sino que, también, puede existir como consecuencia de un choque entre los primeros y la jurisprudencia de los tribunales internacionales. Y ello ocurrirá cuando, los jueces internacionales además de interpretar al derecho internacional de los derechos humanos lo hagan respecto del derecho natural o del *ius cogens* y esa hermenéutica sea contraria a la que efectúan los jueces nacionales. Más abajo se verá cómo se resuelve este tipo de entuertos.

³²⁷ *Ibidem*.

³²⁸ CSJN, Fallos 327:3753, caso “Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidentes ley 9688”, 2004.

³²⁹ Néstor Pedro SAGÜÉS, *Interpretación Judicial...*, ob. cit., pp. 213-214.

2. Síntesis del capítulo

A. Los interrogantes iniciales que formulé en el inicio de este tercer capítulo apuntaban a indagar sobre los orígenes de los derechos humanos en una etapa más reciente y en cómo se produce el proceso de la internacionalización de los derechos humanos.

1) Este período, en la evolución de los derechos humanos, marca una etapa de constitucionalización de los derechos humanos de primera generación, que se expandieron por todo el mundo a la par de las constituciones como parte esencial de ellas.

2) Un segundo fenómeno se da como consecuencia de un proceso de internacionalización de los derechos humanos. Se inicia al poco tiempo de finalizar la segunda guerra mundial con las declaraciones Universal y Americana *-res declarata-*; luego, esta fase se consolida con los pactos y convenciones posteriores, al renacer el movimiento *iusnaturalista* con la influencia del cristianismo (católico y protestante) *-res pactata-*. Los valores y principios que inspiran este movimiento se vuelcan en la Carta de las Naciones Unidas (ONU).

3) La internacionalización y la universalización de los derechos humanos tienen su epicentro con la redacción de la Carta de las Naciones Unidas y a partir de la globalización y el fenómeno de la integración regional vuelve a gestarse un nuevo derecho común sobre la base de redacción de tratados internacionales que implementan preceptos jurídicos genéricos, universales ello, frente a problemas que trascienden los límites de las fronteras nacionales y afectan por igual a varios países en simultáneo.

La internacionalización de los derechos humanos coadyuvó, en el plano regional, a la sanción de dos instrumentos. En Europa, el Convenio Europeo de Derechos Humanos que data de 1950 instituye dos órganos que se encargarían de velar por la defensa de los derechos humanos: un Tribunal y una Comisión (disuelta en 1998). En el continente americano, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que data de 1969 e incluye también la creación de órganos para promover la protección de los derechos humanos: La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Los órganos internacionales de aplicación de los instrumentos de derechos humanos destacan la obligación que pesa sobre las autoridades de cada país, especialmente en la figura de sus jueces, de aplicar de modo directo los tratados internacionales de derechos humanos, sus sentencias y la jurisprudencia que se desprende de sus resoluciones *-res iudicata* y *res interpretata-*.

B. Un sector de la doctrina adhirió a la postura en virtud de la cual los derechos humanos están por encima del Estado y su soberanía. Por tanto, no puede considerarse que se violenta el principio de no intervención cuando se ponen en movimiento los mecanismos organizados por la comunidad internacional para su promoción y protección al punto que, si no se revisa el concepto de soberanía absoluta de los Estados, se estarían negando la esencia misma del derecho internacional o la vigencia del *ius cogens*. Las principales notas de este tipo de derechos son su carácter universal, inalienabilidad, indivisibilidad e interdependencia, inviolabilidad, irreversibilidad, progresividad y obligatoriedad.

C. Esta última característica puede relacionarse con la inserción del derecho internacional hacia el interior de los ordenamientos jurídicos nacionales. Es posible distinguir al respecto dos posibilidades:

1) Una sostiene la obligatoriedad en base al consentimiento que los Estados confieren al momento de suscribir los instrumentos internacionales de derechos humanos (*pacta sunt servanda*). Puede aceptarse la competencia de los tribunales internacionales para garantizar el cumplimiento de sus preceptos. De ello, se desprenden las siguientes consecuencias: a) el compromiso que asumen los Estados que adhieren a los tratados sólo se limitan al cumplimiento de lo pactado *-res legislata-*; b) son válidas las reservas efectuadas al momento de la ratificación del instrumento internacional; c) la competencia de los tribunales internacionales de derechos humanos se limita a la voluntad declarada por los Estados signatarios al reconocerla *-res iudicata-*; d) no se admite la interpretación expansiva *-res interpretata-*; y, e) la denuncia del instrumento por parte de un Estado lo desvincula de las obligaciones internacionales asumidas oportunamente.

2) Otra considera que las disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos tienen *per se vigore*; constituyen normas imperativas *erga omnes* e imperativas para todos los Estados más allá del asentimiento que hubieren dado e incluso sin él. Para esta posición, las reservas que se articulan carecen de relevancia jurídica. Se desprenden las siguientes consecuencias: a) los tribunales internacionales de derechos humanos poseen jurisdicción sobre la totalidad de los Estados locales, aunque éstos no le hayan reconocido competencia; b) su jurisprudencia *-res interpretata-* es tan obligatoria como la misma letra de los tratados; c) la denuncia a un instrumento de derechos humanos es irrelevante a los efectos de la obligación que tiene los Estados nacionales de cumplir con los compromisos oportunamente asumidos; y, d) finalmente el derecho internacional de los derechos humanos opera, en su conjunto, como una especie de *ius cogens*, un Derecho cuyos principios y exigencias no pueden ser desconocidos en ningún caso por los Estados que integran la comunidad internacional.

El respeto hacia el ser humano y su dignidad, constituyen, el objeto y la razón de ser del derecho internacional de los derechos humanos y éste, desde luego como una porción del valor fundamental para la comunidad internacional, es una prioridad de los preceptos del *ius cogens*.

D. El cuarto tópico a tratar procuró develar en qué consiste el *ius cogens* y cuál es su valor. Éste está conformado por normas superiores e imperativas de la comunidad internacional. Son normas básicas y necesarias concebidas para garantizar la convivencia en paz de la humanidad. Ellas se ubican en la cúspide del ordenamiento jurídico internacional. Los preceptos del *ius cogens* constituyen normas de un grado sumo, no son susceptibles de ser alteradas o derogadas mediante un tratado al punto tal que se las considera como supernormas.

La formación de *ius cogens* se vincula con consideraciones de tipo axiológicas, donde los valores no sean creados artificialmente por la voluntad de los integrantes de la comunidad internacional. Caso contrario, si concurriesen la totalidad de los Estados a firmar un Convenio para crear normas de *ius cogens*, sólo habrían hecho lo que se denomina *ius cogens* convencional. Algunos internacionalistas afirman que el artículo 53 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados refleja el reconocimiento de la existencia del derecho natural. En apoyo a lo expuesto se dijo que tanto la “aceptación” como el “reconocimiento”, si bien constituyen procesos distintos, lo dos necesitan de la “preexistencia” de la formulación normativa, colocando al *ius cogens* en un nivel extrapositivo. De ahí que, con apoyo en el *ius cogens*, se pueda sostener

que las ordenaciones que tienen por contenido violaciones flagrantes de los derechos humanos no sólo son un derecho injusto, sino que carecen de toda obligatoriedad, pues frente a injusticias tales, no pesa ya el principio de seguridad jurídica.

Las normas que gozan de la calidad de *ius cogens* son disposiciones de derecho internacional general de condición especial: normas consuetudinarias o principios generales de carácter superior. Para que adquieran esta naturaleza es preciso que garanticen un valor reconocido como esencial para la supervivencia de la humanidad.

E. El quinto grupo de interrogantes nos impone explicar cuáles son los puntos de contacto entre el *ius cogens* y el derecho natural. Ya se definió qué se entiende *ius cogens*, veamos cómo se concibe al derecho natural: éste es entendido como fundamento del derecho positivo, es decir, que se encuentra subordinado al natural. El derecho natural constituye una suerte de control, de límite y además de complemento del derecho positivo. El derecho natural, en cierta medida justifica la razón de ser y el carácter obligatorio del positivo, pero no puede ser concebido como una simple repetición del aquél.

Cabe aclarar por último, que más allá de las diferencias conceptuales de una u otra categoría de derechos y de las diferencias en cuanto a los mecanismos de articulación y salvaguarda, todos absolutamente confluyen, se tocan y complementan en rededor de un mismo objetivo: la defensa de la dignidad humana.

F. Como se vio, existen al menos dos posiciones donde deben arbitrarse recetas que pongan fin a los conflictos normativos a los que se puede enfrenar el juez: a) la tesis de la supremacía constitucional tiende a priorizar la constitución sobre los tratados internacionales de derechos humanos y el derecho internacional no convencional; y, b) la tesis internacionalista postula la solución adversa, esto es, priorizar los instrumentos internacionales de derechos humanos y la jurisprudencia de los tribunales internacionales sobre el derecho local, a cualquier costo, incluso, visualizando al derecho doméstico como mero 'hecho', que además, como regla, no puede invocarse para desconocer al derecho emergente de fuente internacional. De ahí surge el séptimo planteo que consiste en evaluar si existen límites para la actuación de los tribunales internacionales de derechos humanos.

Los jueces en una controversia internacional reciben de los Estados las facultades para dictar sentencias. Ellas se encontrarán limitadas por el *ius cogens*, respecto de la capacidad de celebrar tratados y de formular declaraciones unilaterales. A ningún Estado que adhiere a una convención internacional podría autorizársele válidamente a efectuar una reserva que afectase normas imperativas del derecho internacional, por ejemplo, aquéllas que prohíben la esclavitud. Los Estados no pueden otorgar a los jueces internacionales mayor competencia que la que ellos mismos poseen. Por este motivo, las normas imperativas en vigencia para los sujetos internacionales son válidas para el juez o los jueces. Debe destacarse, entre aquellas normas de *ius cogens*, una que impide que las sentencias de los tribunales internacionales tengan efecto respecto de terceros que no participaron en la *litis*, conforme la regla que se expresa a través del adagio latino que sigue: *res inter alios judicata allis neque prodest*.

Se dijo con clarividencia que la importancia del consentimiento de los Estados resulta muy valioso para el proceso de positivización del derecho internacional, verdad es decirlo, se constituye en la base sobre la que se erige luego la jurisdicción internacional, que resulta voluntaria y que no es sino en la medida que los distintos Estados la aprueben de manera expresa. De lo expuesto se concluye que: una sentencia de un tribunal internacional de derechos humanos no puede decidir cuestiones que van más allá de la competencia que se le atribuye. Éste sólo es competente en la medida en

que las partes le han otorgado la capacidad suficiente. Cuando excede este marco, el tribunal incurre en exceso de poder y su decisión carece de validez.

G. La última respuesta apunta a develar cómo se debe ordenar jerárquicamente el sistema de fuentes que rige en materia de derechos humanos, desde el punto de vista de la tesis internacionalista y constitutivo del derecho internacional de los derechos humanos, incluida la jurisprudencia de los tribunales internacionales.

Sin ir aún al núcleo de la cuestión, se podría ensayar un sistema de fuentes que, ordenadas jerárquicamente, conforman el *corpus iuris* del derecho internacional. De mayor a menor importancia se podría establecer el siguiente esquema:

- 1) Derecho natural.
- 2) *Ius cogens*.
- 3) Derecho dispositivo internacional (instrumentos internacionales).
 - A) *Res declarata* y *res pactata*.
 - B) *Res iudicata* y *res interpretata* (emanada de los tribunales internacionales de derechos humanos).
 - C) Obligaciones *erga omnes* respecto de la comunidad internacional.

En principio, dependiendo del concepto del Derecho que se asuma, el derecho natural y las reglas imperativas de derecho internacional general, sean de fuente convencional o consuetudinaria, se ubican en la cúspide del ordenamiento jurídico internacional. De ahí, que se le confieran la aptitud para invalidar cualquier disposición que se le oponga, sea esta producto de la costumbre internacional o el resultado de una convención. En la base del ordenamiento jurídico internacional se ubican las reglas *erga omnes*, sean de carácter convencional o consuetudinario.

Tampoco debe perderse de vista que el conflicto normativo puede suscitarse no sólo entre los derechos constitucionales y el derecho internacional de los humanos, sino que, también, puede existir como consecuencia de un choque entre la jurisprudencia de los tribunales internacionales respecto del derecho natural o del *ius cogens*. Son desafíos a los que, como se explicará en las próximas dos partes de la investigación, debe enfrentarse el juez nacional.

CAPÍTULO IV

Descripción de los sistemas de incorporación de los tratados internacionales y del *ius cogens* al ordenamiento jurídico argentino

En este capítulo de la tesis se explicará de qué manera se incorporan al ordenamiento jurídico argentino, los instrumentos internacionales en general, los tratados de derechos humanos en particular, y las normas de *ius cogens*. Se considerarán por separado las disposiciones vigentes antes y después de la reforma constitucional de 1994.

La mera idea de la convivencia de dos ordenamientos jurídicos distintos, me refiero al local y al internacional, genera tensiones, especialmente, cuando ambos plexos normativos intentan coexistir en un mismo ámbito de aplicación. “Al tener los dos ordenamientos fuentes distintas, la regulación que hagan de la misma conducta puede ser diferente y, de darse esa contradicción, se afectaría la definición misma del Derecho y la propia concepción del Estado”³³⁰.

KELSEN refleja esta noción al sostener que:

“si por el término ‘Estado’ se entiende una comunidad de hombres, debe admitirse que esa comunidad está constituida por un orden normativo que regula la conducta mutua de los hombres que, como se suele decir, ‘pertenecen’ o ‘forman’ esa comunidad [...] lo que tienen en común los hombres que pertenecen a la comunidad llamada Estado, no es otra cosa que el orden normativo que regula su conducta mutua [...] el Estado, como una comunidad, es un orden normativo. Este orden normativo sólo puede ser un orden jurídico”³³¹.

Siguiendo esta línea de pensamiento se puede decir que en un Estado debe regir sólo un ordenamiento jurídico, pues ese Estado es el que monopoliza la creación de un único Derecho. De ahí que, cuando se intenta relacionar el derecho internacional con el derecho interno, se “presenta la posibilidad de un conflicto que rompería con la concepción unitaria de ‘un Estado, un Derecho’”³³².

Abonando lo dicho explica KELSEN que:

“[...]la Teoría Pura del Derecho, como Ciencia del Derecho, concibe al Derecho en su totalidad como un sistema de normas que no entran en conflicto. Esto parece ser imposible por

³³⁰Gattas Elías ABUGATTAS GIADALAH, “Sistemas de incorporación monista y dualista: ¿tema resuelto o asignatura pendiente?”, *Agenda Internacional*, año XII, número 23, Lima, 2006, pp. 443-444.

³³¹Hans KELSEN, *Introducción a la Teoría Pura del Derecho*, tercera edición, Asociación Peruana de Derecho Constitucional, Lima 2001, p. 53.

³³²Gattas Elías ABUGATTAS GIADALAH, “Sistemas de incorporación...”, ob. cit., p. 444.

lo que atañe a la relación entre el Derecho Nacional e Internacional los que, de conformidad con la doctrina tradicional, son dos sistemas de normas independientes el uno del otro y, consecuentemente, se encuentran en posibilidad de entrar en contradicción o conflicto”³³³.

Considerando lo expuesto precedentemente, para que no exista contradicción o conflicto de normas, si se afirma que existe un solo orden normativo, surge la necesidad de proyectar un mecanismo que articule adecuadamente la relación entre el derecho interno y el derecho internacional de manera que, sin prescindir de alguno de ellos, pueda asegurarse la coexistencia armónica de ambos. Para el logro de este propósito, se proyectan distintos sistemas de incorporación de preceptos del derecho internacional a los diversos ordenamientos internos de los Estados³³⁴.

Bajo estos parámetros, se debe admitir que “[...] la incorporación alude a la forma cómo las normas internacionales ingresan a los ordenamientos estatales”³³⁵. La incorporación debe entenderse, entonces, cómo agregar en el derecho interno las normas de derecho internacional, para permitir que estas últimas sean consideradas parte del derecho interno y se vinculen con las normas del mismo ordenamiento tal cual lo haría cualquier disposición interna³³⁶.

Para ABUGATTAS GIADALAH, la incorporación del derecho internacional al ordenamiento jurídico interno es un asunto regulado por el derecho interno de cada Estado. Con ese propósito, éstos pueden optar entre tres posturas o mixturas de ambas: una monista, otra dualista y agrega una tercera variante que consiste en no regular el tema. En relación a esta última opción, se indica que: “[...] en algunos sistemas constitucionales no existe una referencia expresa en relación con la incorporación de los tratados al derecho interno. En estos casos, habrá que examinar la práctica administrativa o jurisprudencia para determinar si es necesario o no un acto formal de incorporación”³³⁷.

No obstante lo expuesto, respecto del tercer mecanismo de incorporación del derecho internacional al interno, los tratados internacionales y el derecho internacional de los derechos humanos (convencional o consuetudinario), esencialmente, se incorporan a los ordenamientos jurídicos nacionales de dos modos³³⁸:

a) De manera automática, cuando el Estado a través de un acto formal así lo dispone (sea, por ejemplo, a través de un precepto constitucional) o mediante otro tipo de acto jurídico que recepte al derecho internacional, lo transforme o integre de algún modo y lo agregue, sin más, al derecho interno (sea, a través de actos jurídicos de rango igual o superior a las leyes del Congreso). La incorporación automática o directa de los tratados de derechos humanos o de la costumbre internacional en la materia, es tenida en cuenta por la escuela que la doctrina llama teoría monista, la cual concibe al derecho internacional y al derecho local de un Estado como dos subsistemas que pertenecen a un mismo sistema jurídico. En relación al sistema de incorporación

³³³ Hans Kelsen, *Introducción a la Teoría...*, ob. cit., p. 81.

³³⁴ Véase Gattas Elías ABUGATTAS GIADALAH, “Sistemas de incorporación...”, ob. cit., p. 445.

³³⁵ Elizabeth SALMÓN, “Los aspectos internacionales en la reforma de la Constitución”, *Pensamiento Constitucional*, año IX, número 9, Lima, 2003, p. 151.

³³⁶ Véase Gattas Elías ABUGATTAS GIADALAH, “Sistemas de incorporación...”, ob. cit., p. 445.

³³⁷ Fabián NOVAK y Luis GARCÍA-CORROCHANO, *Derecho Internacional Público*; Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2001, t. I, vol. I, p. 326.

³³⁸ Sobre la cuestión puede verse con provecho a Néstor Pedro SAGÜÉS, “Los tratados internacionales en la Reforma constitucional argentina de 1994,” *La Ley*, t. 1994-E, sección Doctrina, pp. 1036 y ss.

monista o automático se puede decir que: “[...] supone la aplicación de las normas convencionales en el ordenamiento interno una vez que el tratado ha entrado en vigor internacionalmente, sin requerirse ningún acto posterior interno de conversión en norma jurídica interna, para consolidar que la norma convencional está en vigor internamente”³³⁹.

BIDART CAMPOS explicaba que un denominado “monismo absoluto” ponía al derecho internacional por encima de la Constitución; es decir, propiciaba la supremacía del derecho internacional. “Así, la constitución de los Países Bajos desde su reforma de 1956 prevé que si el desarrollo del orden jurídico internacional lo hace necesario, los acuerdos internacionales podrán dejar sin efecto las disposiciones de la constitución”³⁴⁰; y,

b) Por expresa aprobación del Estado, dado que para esta escuela existen dos sistemas jurídicos distintos: el derecho internacional y el derecho interno. Para que se integren en un mismo ordenamiento, es necesaria la transformación del derecho internacional en derecho interno, mediante la aprobación expresa por parte de determinados órganos del poder autorizados a tal fin (por ejemplo a través del Congreso, del Senado, etcétera). A esta última escuela se la conoce como teoría dualista.

Respecto de este sistema de incorporación dualista NOVAK y GARCÍA-CORROCHANO afirman: “Otros sistemas constitucionales exigen algún tipo de procedimiento interno, con independencia del que se exija para la entrada en vigor internacional del tratado, para que las normas internacionales vinculen en el orden interno. En consecuencia, en estos sistemas la entrada en vigor interna e internacional del tratado se producen en momentos diferentes”³⁴¹.

El dualismo considera que cada ordenamiento jurídico interno posee su propia norma fundante y resultará válido, independientemente del derecho internacional. No obstante, si bien es cierto que las fuentes de ambos derechos son distintas, no es

³³⁹ Fabián NOVAK y Luis GARCÍA-CORROCHANO, *Derecho Internacional...*, ob. cit., p. 325.

³⁴⁰ Germán J. BIDART CAMPOS, *Manual de derecho constitucional*, segunda edición actualizada, Ediar, Buenos Aires, 1974, p. 69.

³⁴¹ *Ibidem*. En el caso de la adopción de un sistema dualista, el ordenamiento jurídico internacional y el ordenamiento jurídico interno, son dos plexos normativos separados. En virtud de este modelo, para que una norma de fuente internacional pueda tener algún valor en el ordenamiento interno de un país, es necesario un expreso acto de transformación legislativa, esto es, una ley que rescriba el contenido de la norma internacional, siguiendo el procedimiento interno establecido para la aprobación de leyes (véase Humberto HENDERSON, “Los Tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio *pro homine*”, *Revista II DH*, p. 73, www.corteidh.or.cr/tablas/R06729-3.pdf - acceso el 22-XI-16-). Por lo tanto, el *status* de los tratados internacionales en el ordenamiento interno está determinado por dos técnicas constitucionales diferentes, que corresponden a los sistemas enunciados con anterioridad. Una conocida como de incorporación legislativa y la otra denominada de incorporación automática. Algunos países requieren que, además de la ratificación, exista otro acto legislativo que cree la norma en el orden nacional nuevamente y distinguen, a este acto legislativo, con el de la ratificación. Ésta es la técnica seguida por el Reino Unido, los países del *Commonwealth* y los países escandinavos. Otros Estados adoptan la incorporación automática de los tratados en el orden interno, en virtud del mero acto de ratificación, tales como Francia, Suiza, Países Bajos, algunos países africanos y asiáticos, y, como se verá más adelante, la amplia mayoría de los de América Latina (véase Enry STEINER y Philip ALSTON, *International Human Rights in context: Law, Politics, Morals*, Oxford University Press, Londres, 2008, *passim*).

posible sostener que cada uno regula relaciones diferentes³⁴². Se darán casos en que ambos regulen el mismo tema y, si el derecho internacional quiere aplicarse a nivel interno, debe, conforme la teoría dualista, transformarse en derecho interno para someterse a la norma fundante de dicho ordenamiento jurídico y convertirse en una disposición obligatoria en el ámbito local, sin entrar en contradicciones.

Sobre la base de estas ideas, resulta esclarecedor tener en cuenta lo expuesto por DIEZ DE VELASCO:

“las consecuencias prácticas de esta posición dualista o de separación de los ordenamientos son, básicamente, dos: *primero*, una norma internacional no puede ser directamente obligatoria en el orden jurídico interno; el destinatario son los Estados que han prestado su consentimiento [...] para que un Tratado internacional sea aplicable en el orden interno deberá ser transformado en norma interna mediante un acto del legislador; *segundo*, como el tratado se transforma en norma interna, la norma posterior puede derogar o modificar la norma anterior”³⁴³.

Para la teoría dualista los motivos que justifican la separación de los dos sistemas normativos son: a) el objeto de la reglamentación: el derecho interno regula las relaciones entre gobernantes y sus gobernados, o las de éstos entre sí, mientras que el derecho internacional se concentra en las relaciones entre Estados soberanos; b) las fuentes que originan sus normas: el derecho interno posee su fuente en los órganos del Estado conforme la competencia que le asigna su respectiva constitución, en cambio, el derecho internacional basa su vigencia en la voluntad de los Estados, materializada a través de la forma de tratados-leyes; y, c) los destinatarios de las normas jurídicas: en el derecho interno son las personas físicas y jurídicas que se encuentran bajo la jurisdicción del Estado, mientras que en el derecho internacional, son los Estados soberanos colocados en un pie de igualdad³⁴⁴. Expresa LALANNE que: “esta doctrina parte del criterio según el cual no puede imponerse obligación alguna al Estado nacional que él no hubiera consentido libremente”³⁴⁵.

Las derivaciones más importantes del dualismo importan que: a) el Estado es sujeto de derecho internacional y, al mismo tiempo, creador de normas de derecho local; b) en la función creativa, el Estado se obliga a adecuar su derecho interno a los compromisos asumidos en el plano internacional; c) la sanción que trae aparejada el incumplimiento de aquella obligación es de las más débiles, de modo que, si el Estado establece su derecho interno sin tener en cuenta sus obligaciones internacionales, la validez de este derecho no se verá afectada en manera alguna. En estos casos, la infracción reprochable al Estado incumplidor no tendrá más consecuencia que la atribución de responsabilidad internacional a éste; d) una norma internacional resulta aplicable en el ámbito interno si fue incorporada al escenario local transformando ese derecho en norma interna. De este modo el juez, al momento de aplicar una disposición internacional, sólo aplica una norma interna; e) una vez incorporada la

³⁴² Véase José Antonio PASTOR RIDRUEJO, *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, octava edición, Tecnos, Madrid, 2001, p. 167.

³⁴³ Manuel DIEZ DE VELASCO, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, decimo tercera edición, Tecnos, Madrid, 2001, p. 197.

³⁴⁴ Véase *ibidem*, p. 2.

³⁴⁵ *Ibidem*.

norma internacional al derecho nacional, mediante una norma local, es susceptible de ser mantenida, modificada o abrogada por una norma interna posterior³⁴⁶.

Para el monismo, el derecho internacional y el derecho interno conforman un conjunto único en virtud del carácter unitario del Derecho. De ahí que, ambos órdenes jurídicos, sean considerados como partes de un mismo sistema. No obstante, se debe tener presente que, para esta teoría, no se está frente a dos órdenes jurídicos coordinados, sino de un régimen jurídico *supra*-ordenado (derecho internacional) y otro, subordinado (derecho interno). Para el monismo, el derecho interno constituye una simple delegación del derecho internacional. Ésta es la postura que asume la “Escuela Normativista Austriaca” en la que destacan KELSEN³⁴⁷ y VERDROSS³⁴⁸.

Queda claro, para estos autores, que el ordenamiento a aplicar por los jueces es único, de ahí el nombre de monismo; cada precepto normativo depende del otro hasta alcanzar una norma superior en la cúspide de la pirámide jurídica. Ambos autores, tras algunas posiciones intermedias, concluyeron que la norma suprema o fundante es la máxima *pacta sunt servanda*, un viejo principio superior a todo ordenamiento jurídico estadual³⁴⁹. Esta idea se consolidará más tarde en las Convenciones de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 y 1986 como se analizará específicamente en el capítulo siguiente.

La consecuencia fundamental de la tesis monista es que el derecho internacional está vigente y resulta aplicable en el orden interno de manera directa, en tanto tenga condiciones de aplicabilidad, sin necesidad de que una norma del derecho interno prevea una regla de admisión al ordenamiento nacional.

Explica LALANNE, que el monismo exhibe dos variantes: el monismo absoluto y el monismo moderado. Ambas se relacionan con la cuestión de la jerarquía recíproca del derecho internacional y el derecho interno. Por un lado, el monismo absoluto está a la prevalencia irrestricta de los instrumentos internacionales, incluso, por sobre la constitución local. Por el otro, para un monismo moderado existe superioridad de los instrumentos internacionales sobre las leyes internas, pero no admite la supremacía del derecho internacional sobre la constitución del Estado³⁵⁰.

³⁴⁶ Véase *ibidem*.

³⁴⁷ Véase Hans KELSEN, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, Tübingen, 1920, p. 204; Recueil des Cours (RdC), 1926-IV <http://www.iusfull.ch/letztehefte/documents> (acceso 21-V-2014), pp. 231 y ss.

³⁴⁸ Véase Alfred VERDROSS, *Die Einheit des rechtlichen Weltbildes*, Tübingen, 1923, *passim*. En rigor fue VERDROSS quien utilizó las expresiones teoría monista: para explicar que el derecho internacional y el derecho interno constituyen un único sistema normativo; y, teoría dualista: para expresar que el derecho internacional y el derecho interno conforman dos regímenes divorciados el uno del otro. Esta clasificación tuvo aceptación generalizada y se encuentra vigente aún hoy.

³⁴⁹ La razón de validez del derecho internacional, conforme explica KELSEN, se encuentra en última instancia en la costumbre internacional. Expone que los principios *pacta sunt servanda* y buena fe, justifican porque se presume que: “[...] los Estados deben comportarse tal como los Estados consuetudinariamente se comportaban”; esto es, cumpliendo sus acuerdos y respetando los principios generales del Derecho internacional, entre otros” (Hans KELSEN, *Introducción a la Teoría...*, ob. cit., p. 89).

³⁵⁰ Véase Julio E. LALANNE, “La Corte reafirma la teoría monista: los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo prevalecen sobre las leyes internas”, http://www.academia.edu/4988635/_La_Corte_reafirma_la_teor%C3%ADa_monista_los_Convenios_d

Toca ahora exponer brevemente cómo diseñaron este delicado mecanismo de incorporación del derecho internacional al ordenamiento jurídico interno, el convencional constituyente originario de 1853-1860 y el convencional constituyente reformador de 1994.

1. En la Constitución originaria

A. A través de los tratados celebrados por escrito

A partir de lo expuesto hasta aquí, se afirmó que la Constitución de 1853-60 incorporó, de manera fundamental en la primera parte de su texto, aquellos derechos humanos que fueron denominados como de primera generación, por ejemplo, los reglados por los artículos 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20 y 33 entre otros. Casi un siglo más tarde se incorporarían, al texto constitucional, los denominados derechos sociales, en principio, a través de la fallida reforma de 1949 y luego gracias a la incorporación del nuevo artículo denominado 14 *bis* en la primera parte de la Constitución y del artículo 67 inciso 11 en la segunda parte, ello, convención reformadora mediante convocada al efecto en 1957. A partir del ejercicio del poder constituyente derivado se plasmaron en el primer párrafo del artículo 14 *bis* un catálogo de derechos individuales; en el segundo, un elenco de derechos colectivos; y en un tercer párrafo, una serie de derechos vinculados a la seguridad social. Luego, en la norma que reglaba las facultades del Congreso, se lo habilitó para dictar el código del trabajo y la seguridad social.

En resumen, se puede afirmar que se consagraron de manera explícita los valores, principios y derechos que emergen de la lectura del preámbulo y varios de sus primeros preceptos. Además, en la revisión de 1860, se anexó el artículo 33 el cual refiere a los derechos implícitos, es decir, aquéllos no mencionados de manera expresa, pero que emanaban del principio de la soberanía del pueblo, de la forma republicana de gobierno³⁵¹ o bien del derecho natural. Al respecto, la Comisión

e_la_Organización_Internacional_del_Trabajo_prevalen_sobre_las_leyes_internas_ (acceso el 23-VI-2015), pp. 2-3.

³⁵¹ Expone GELLI que cuando se sancionó la Constitución de Filadelfia en 1787 no se previó en su texto ninguna declaración de derechos en favor de los habitantes de Estados Unidos de Norteamérica. “La decisión tuvo por objeto evitar que una enunciación, necesariamente limitada, dejara en el olvido algún derecho propio de las personas que luego el gobierno no reconociese. Pero en 1789 se propusieron 10 enmiendas conocidas como Ley de Derechos de la Constitución. Entre ellas la IX dispuso que: ‘la enunciación de ciertos derechos en la Constitución no será interpretada como la negación o el menoscabo de otros retenidos por el pueblo’. En la norma se plasmó la concepción iusnaturalista que predica la existencia de derechos anteriores a cualquier organización estatal, ligada al principio de soberanía del pueblo. / En cambio en el texto del artículo 33 de la Constitución Nacional se indicaron

Examinadora de la Constitución de 1853 sostuvo que: “los derechos de los hombres que nacen de su propia naturaleza, como los derechos de los pueblos que conservando su independencia se federan con otros, no pueden ser enumerados de una manera precisa. No obstante esa deficiencia de la letra de la ley, ellos forman el derecho natural de los individuos y de las sociedades, porque fluyen de la razón del género humano, del objeto mismo de la reunión de los hombres en una comunidad política, y del fin que cada individuo tiene derechos a alcanzar”³⁵².

Una de las finalidades de esta cláusula apunta, también, a limitar el poder de los gobernantes al hacerles saber que debían respetar los derechos de los habitantes, aunque no estuvieran expresamente reglados en el texto de la Constitución. Para EKMEKDJIAN, en la Carta Constitucional de 1853-1860 “los derechos y garantías implícitos cubrían una amplia gama, tales como los derechos políticos, el derecho de reunión, el derecho a la vida, a la dignidad, al honor, etcétera. También, entre las garantías no enumeradas cabía mencionar a la acción de amparo, el hábeas data, las formas semidirecta de democracia, etcétera”³⁵³. Todos estos aspectos integran hoy el catálogo de derechos humanos que recogen las convenciones y declaraciones que, sobre la materia, se dictaron en los últimos ochenta años.

Respecto a los tratados de derechos humanos celebrados por escrito, se encontraban regulados, como el resto de los tratados, por dos acuerdos internacionales: a) la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados³⁵⁴ que se aplica a los tratados celebrados por escrito entre distintos Estados; y, b) la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales³⁵⁵.

Explica GONZÁLEZ NAPOLITANO que, los tratados que son celebrados en buena y debida forma -opuestos a los acuerdos que de manera simplificada se concluyen a través de la negociación y la firma- atraviesan distintas fases: a) negociación; b) adopción del texto; y, c) autenticación y manifestación del consentimiento en obligarse. “Esta última etapa puede realizarse por medio de la ratificación, adhesión (en el caso de terceros Estados), etcétera”³⁵⁶.

como sustento de los derechos implícitos, el principio de soberanía del popular y la forma republicana de gobierno. De esa redacción podría inferirse que los derechos no enunciados, son exclusivamente, de raíz política -por ejemplo, el de reunión-, y están enderezados a ampliar los horizontes de la participación popular -de los instrumentos adecuados para ejercerla- y las notas de la república, por ejemplo, el derecho a la información de todos los actos de gobierno” (María Angélica GELLI, *Constitución de la Nación Argentina...*, ob. cit., pp. 379-380).

³⁵² Arturo Enrique SAMPAY, *Las constituciones de la Argentina (1810-1972)*, Editorial Eudeba, Buenos Aires, 1995, p. 395. Véase punto II del informe de la Comisión examinadora de la Constitución de 1853.

³⁵³ Miguel Ángel EKMEKDJIAN, *Tratado de Derecho Constitucional...*, ob. cit., t. III, p. 371.

³⁵⁴ Suscripta en la ciudad de Viena en 1969, ratificada por nuestro país el 05 de diciembre de 1972 y en vigor desde el 27 de enero de 1980.

³⁵⁵ Suscripta también en la ciudad de Viena en 1986, firmado por la República Argentina el 30 de enero de 1987, ratificada por nuestro país el 17 de agosto de 1990 -aún no entró en vigencia-.

³⁵⁶ Silvia S. GONZÁLEZ NAPOLITANO, “Las relaciones entre el derecho internacional y el derecho argentino”, Este artículo constituye una versión actualizada y adaptada del publicado en en *Revista Prudentia Iuris*, número 37 (edición de abril 1995), <http://portalacademico.derecho.uba.ar/catedras/archivos/catedras/75/relac%20di%20y%20d%20interno.pdf> (acceso el 23-VII-2016), pp. 131-144. Para la autora, en nuestro derecho, los tratados internacionales constituyen un acto complejo federal, dado que en su celebración intervienen los Poderes Ejecutivo y el Legislativo de la Nación.

En sede internacional, era el Poder Ejecutivo Nacional quien negociaba y ratificaba los tratados internacionales, incluidos, desde luego, los de derechos humanos. Así, el artículo 86 de nuestra Carta Constitucional, en su inciso 14 establecía que el Poder Ejecutivo: “Concluye y firma tratados de paz, de comercio, de navegación, de alianza, de límites y de neutralidad, concordatos y otras negociaciones requeridas para el mantenimiento de buenas relaciones con las potencias extranjeras...”³⁵⁷.

En el ámbito interno, nuestra Constitución exigía que los tratados con las Naciones extranjeras fuesen aprobados por el Congreso de la Nación, tal como prescribía el artículo 67, en el inciso 19: “Aprobar o desechar los tratados concluidos con las demás naciones y los concordatos con la Silla Apostólica; y arreglar el ejercicio del patronato de toda la Nación”³⁵⁸.

³⁵⁷ La voz concluir fue empleada por constituyente originario como sinónimo de negociar, dado que como certeramente afirman DE LA GUARDIA y DELPECH: “no podría pensarse que el Presidente concluyera en el sentido de expresar el consentimiento definitivo y luego firmara” (Ernesto DE LA GUARDIA y Marcelo DELPECH, *El Derecho de los Tratados y la Convención de Viena de 1969*, La Ley, Buenos Aires, 1970, p. 511).

³⁵⁸ GONZÁLEZ NAPOLITANO refiere al respecto que: “resulta imprescindible destacar que la aprobación que realiza el Congreso Nacional en el orden interno -por medio de una ley- es sólo un paso intermedio en el proceso de conclusión de los tratados, previo a la ratificación en el ámbito internacional y, por ende, no implica su incorporación al derecho interno. Cuando el Poder Legislativo aprueba (el texto del futuro tratado -o del tratado, en el caso de adhesión-), solamente está dando conformidad para que el Poder Ejecutivo se obligue posteriormente en base a dicho texto (o con las reservas que se indiquen). Luego el PEN podría ratificarlo o no, ya que se encuentra dentro de sus facultades. Hasta ese momento, sólo es un tratado inconcluso, no obligatorio, puesto que aún nuestro Estado no ha prestado su consentimiento en obligarse. Los tratados adquieren fuerza obligatoria recién a partir de su entrada en vigor, y para que esto ocurra se deben dar dos requisitos: 1) que el tratado se encuentre en vigor y 2) que el Estado se haya obligado -por ejemplo a través de la ratificación o adhesión-, ello sin perjuicio de la obligación de no frustrar el objeto y fin del tratado antes de su entrada en vigencia, prevista en el artículo 18 de la Convención de Viena de 1969.

Una vez ratificado (o adherido) por acción del Poder Ejecutivo, el tratado se incorpora automáticamente a nuestro derecho, sin necesidad de ser receptado o transformado a través de una ley u otro acto interno formal. Si ello no fuera así, y consideráramos que el tratado es transformado en derecho interno por una ley, esto derivaría en el absurdo de existir dos normas jurídicas: el tratado, que sería válido para el derecho internacional, y la ley del Congreso, obligatoria en el orden jurídico argentino (véase Julio BARBERIS, ‘La Relación entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno en la República Argentina’, en *Jornadas sobre los Sistemas internacionales de Protección Jurídica de la Persona Humana*, Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales, Buenos Aires, 1991, p. 19).

Por lo expuesto, es incorrecto asimilar al tratado internacional con la ley interna aprobatoria, ya que el tratado y la ley son dos fuentes de derecho autónomas y distintas (de lo contrario nuestra CN no haría referencia a los ‘tratados’ sino solamente a las ‘leyes’). Asimismo es incorrecto confundir al acto internacional de ‘ratificación’ con la ley interna que lo aprueba, tal como erróneamente lo han establecido nuestros tribunales en numerosos precedentes (En el caso ‘Ponzetti de Balbín, Indalia vs. Editorial Atlántida S.A.’ del 11/12/84 (*LL*, t. 1985-B, p. 114 y ss. CSJN, Fallos: 306:1892), se hace referencia a ‘... la Convención Americana de Derechos Humanos, llamada Pacto de San José de Costa Rica, ratificada por ley 23.054...’ (considerando 4 del voto de los jueces Caballero y Belluscio); ‘toda vez que está en vigencia la ley 23.045, que ratifica la Convención Americana de Derechos Humanos, y cuyo instrumento de ratificación ha sido oportunamente depositado...’ y ‘el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, cuyo proyecto de ley ratificatoria...’ (considerando 8 del voto del juez Petracchi). En el caso ‘Campillay, Julio C. vs. La Razón y otros’ (CSJN, Fallos [308:789] del 15/05/86, en *LL*, t. 1986-C, p. 411 y ss.) también se hace referencia a la Convención Americana de Derechos Humanos ‘...ratificada por la ley 23.054...’ en el considerando 4 del voto de la mayoría. En el caso ‘Capalbo, Alejandro C.’ (CSJN, Fallos [308:1392] del 29/08/86, en *LL*, t. 1986-D,

De este modo, para el derecho nacional, la celebración de los tratados comprendía tres etapas: a) una primera, a cargo del poder ejecutivo -generalmente a través de la Cancillería- la cual incluía la negociación, la adopción y autenticación del texto; b) una segunda, a cargo del poder legislativo -efectuado a través de una ley del Congreso- que consistía en la aprobación del texto; y c) una tercera etapa, a cargo del Presidente de la Nación, que consistía en la ratificación del tratado³⁵⁹.

B. A través del derecho internacional consuetudinario

La Constitución originaria hacía referencia al derecho de gentes en la redacción del artículo 102³⁶⁰.

Como se desarrolló precedentemente, este tipo de derecho se integra, fundamentalmente, por normas consuetudinarias. Para GONZÁLEZ NAPOLITANO es preciso destacar que, en reiteradas ocasiones, nuestro cimero tribunal de justicia hizo alusión directa a esta expresión para aplicar normas consuetudinarias de fuente

p. 582 y ss.), los jueces Caballero y Fayt en su voto en disidencia hacen la siguiente referencia: "...la Convención Única de Estupefacientes de 1961 de las Naciones Unidas (ratificada por decreto-ley 7672/63: ley 16.478)... (considerando 8).

En el caso 'Eusebio, Felipe E. s/sucesión' (CSJN, [Fallos 310:1080] del 09/06/87, en *LL*, t. 1987, p. 335 y ss.), el Procurador General de la Nación expresa: 'La aprobación exteriorizada de la ley 23.054 no ha podido tener otro sentido, pues, que el de ratificar la asunción de ese compromiso por parte de la República, es decir, el compromiso de adecuar su legislación a los principios contenidos en la Convención' (p. 340). En el caso 'Jáuregui, Luciano A.' (CSJN, Fallos [311:274], del 15/03/88, en *Revista LL*, del 21/10/88, p. 3 y ss.), la Corte expresaba: 'Cabe agregar, en tal sentido, que el requisito previsto en el artículo 8, apartado 2, inciso h), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (ratificada por la ley 23.044)...' (considerando 6 del voto mayoritario y considerando 6 del voto del juez PETRACCHI). En el caso citado 'Sánchez Abelenda vs. Ediciones de la Urraca' (causa S-454.XXI, del 01/12/88 [CSJN, Fallos 311: 2553]), el juez de primera instancia hace referencia al derecho de réplica diciendo 'que a partir de la sanción de la ley 23.054 [EDLA, 1984-22], que ha ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos [...] tal garantía ha quedado consagrada normativamente...' (según surge del considerando 3 de la sentencia de la CSJN), no siendo tal imprecisión advertida por el Tribunal Supremo. Asimismo la Cámara Nacional Civil, Sala A, repite el error en el considerando 4 de su sentencia de fecha 03/03/88 (*Revista LL*, del 25/04/88, p. 7). Además, dicha ley aprobatoria no puede tener la función de incorporar el tratado" (Silvia S. GONZÁLEZ NAPOLITANO, "Las relaciones entre el derecho internacional y el derecho argentino...", ob. cit., pp. 3-4).

³⁵⁹ El artículo 2.2 de la Convención de Viena de 1969 establece que: "se entiende por ratificación, aceptación, aprobación y adhesión, según el caso, el acto unilateral así denominado por el cual un Estado hace constar en el ámbito internacional, su consentimiento en obligarse por un tratado". Para DE LA GUARDIA y DELPECH a través de la ratificación "el órgano competente de un Estado causa la vinculación obligatoria de éste a un tratado" (Ernesto DE LA GUARDIA y Marcelo DELPECH, *El Derecho de los Tratados...*, ob. cit., p. 213).

³⁶⁰ Constitución Nacional 1853-1860, artículo 102: "Todos los juicios criminales ordinarios que no se deriven del derecho de acusación concedido a la Cámara de Diputados se terminarán por jurados, luego que se establezca en la República esta institución. La actuación de estos juicios se hará en la misma provincia donde se hubiese cometido el delito; pero cuando éste se cometa fuera de los límites de la Nación, contra el derecho de gentes, el Congreso, determinará por una ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio".

internacional, tales como aquéllas vinculadas a inmunidades de los Estados y de agentes diplomáticos y consulares³⁶¹.

La autora precitada deja al desnudo que la Corte Suprema, antes de la reforma de 1994, utilizó principios del derecho internacional consuetudinario para juzgar casos sometidos a su consideración. En un antecedente que data del año 1976, la CSJN expuso: "...no se han aplicado correctamente las disposiciones vigentes ni se dio cumplimiento a los principios de derecho internacional que rigen la convivencia entre las naciones"³⁶². "Que en tal supuesto, se impone dar adecuada solución al problema planteado, según principios del derecho de gentes, de modo que no resulten violadas las bases del orden público internacional que, por encima de las formas en que se encausa el proceso, son de aplicación prioritaria en el caso"³⁶³.

El criterio sentado por la CSJN fue reiterado en 1983 al decir en la misma dirección: "Que los suscriptos comparten las consideraciones y la conclusión del voto de la minoría del Tribunal, en cuanto fundadas sustancialmente en el derecho de gentes"³⁶⁴; "...el deber de preservar por razones de prudencia la estabilidad de los pactos internacionales válidos celebrados por la República Argentina según el derecho de gentes..."³⁶⁵; "De acuerdo con criterios elementales del derecho internacional consuetudinario, aplicables por esta Corte..."³⁶⁶ (ampliaré oportunamente los alcances que le atribuyo al derecho de gentes en la Constitución originaria y la definida a partir de la última innovación de 1994).

2. En la Constitución de 1994

A. A través de los tratados celebrados por escrito

Se puede afirmar que, en principio, las modificaciones provocadas por la reforma de 1994 mantuvieron, en general, la esencia del constitucionalismo liberal. La referencia a los derechos implícitos, el reconocimiento expreso de nuevos instrumentos de participación, como también la preservación del ambiente como valor a resguardar en *pos* de las generaciones futuras, parecen abrir muy limitadamente una perspectiva al constitucionalismo más actual. Esta reforma, como se señalará más abajo, generó o trató de generar importantes cambios respecto de la incorporación de

³⁶¹ Véase Silvia S. GONZÁLEZ NAPOLITANO, "Las relaciones entre el derecho internacional y el derecho argentino...", ob. cit., p. 6.

³⁶² CSJN, Fallos 295:176, caso "Gómez, Samuel c/ Embajada Británica. Embajada de Francia", 1976, considerando 4.

³⁶³ *Idem*, considerando 5.

³⁶⁴ CSJN, Fallos 305:2150, caso "Cabrera, Washington Julio Efraín c/ Comisión Técnica Mixta de Salto Grande", 1983, considerando único del voto de la mayoría.

³⁶⁵ *Idem*, considerando 7 del voto de la minoría.

³⁶⁶ *Idem*, considerando 10 del voto de la minoría.

tratados y declaraciones internacionales sobre derechos humanos. Al mismo tiempo, se propuso modificar la jerarquía de estos tratados y declaraciones dentro del ordenamiento jurídico argentino. En esta idea, es preciso tener en cuenta cuáles fueron los puntos que, oportunamente y vinculados a esta investigación, habilitó el Congreso de la Nación a través de la ley que declaró la necesidad de reforma.

En efecto, el artículo 3 de la ley 24.309 dispuso en lo pertinente que:

“se habilitan también para su debate y resolución en la Convención Constituyente los puntos que se explicitan y los artículos que se discriminan a continuación:

A tal efecto la Convención Constituyente podrá:

a) Modificar los artículos 63, 67, 106, 107 y 108[...]

En todos los casos esa habilitación está referida a los siguientes:

TEMAS QUE SON HABILITADOS POR EL CONGRESO NACIONAL PARA SU DEBATE POR LA CONVENCION CONSTITUYENTE [...]

I.-INSTITUTOS PARA LA INTEGRACION Y JERARQUIA DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES.

* Por incisos nuevos al artículo 67 de la Constitución Nacional...”.

Respecto de los puntos de interés para este trabajo, distingue GONZÁLEZ NAPOLITANO, dos tipos de cambios. Por un lado, los que surten efecto en sede internacional y, por el otro, los que influyen en el plano interno³⁶⁷. En el primer espacio, el que tiene que ver con la dimensión internacional, se autoriza al poder ejecutivo federal a negociar y ratificar los tratados internacionales incluidos los de derechos humanos. De este modo, el actual artículo 99 de nuestra carta constitucional, en su inciso 11 dispone que el PEN “concluye y firma tratados, concordatos y otras negociaciones requeridas para el mantenimiento de buenas relaciones con las organizaciones internacionales y las naciones extranjeras...”. Apunta GONZÁLEZ NAPOLITANO que, este párrafo coincide, en líneas generales, con el anterior artículo 86 inciso 14, pero ahora se da la posibilidad al presidente de ampliar su margen de actuación, al evitar hacer referencia al objeto de los tratados y, también, celebrar otros con las organizaciones internacionales³⁶⁸.

En el ámbito interno, nuestra carta constitucional exige que los tratados con las naciones extranjeras sean aprobados por el Congreso de la Nación, tal como prescribe el reformado artículo 75, en el inciso 22: “Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede”. También, en este artículo, se hizo referencia a las organizaciones internacionales, a diferencia del anterior artículo 67, inciso 19.

Por lo tanto, para el derecho argentino, la celebración de los tratados comprende las siguientes etapas: negociación, adopción y autenticación del texto (por el poder ejecutivo nacional, -generalmente a través de la Cancillería-; aprobación del texto (efectuado a través del Honorable Congreso de la Nación -poder legislativo); y, por último, la ratificación que es efectuada por el Presidente de la Nación.

³⁶⁷ Véase Silvia S. GONZÁLEZ NAPOLITANO, “Las relaciones entre el derecho internacional y el derecho argentino...”, ob. cit., p. 2.

³⁶⁸ Véase *ibidem*.

Subraya GONZÁLEZ NAPOLITANO, en relación a los efectos que produce la sanción de la ley aprobatoria de un tratado internacional en el sistema jurídico local, que es útil tener en cuenta lo resuelto por la CSJN en el precedente “Frites”³⁶⁹. Eulogio Frites y América Angélica Alemán de Barrera, en su carácter de actores, en representación de los Pueblos Indígenas, sus organizaciones y comunidades, requirieron del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, en 1992, que se les informara si el poder ejecutivo había comunicado a la Organización Internacional del Trabajo (OIT) la ratificación, por el Estado argentino, del Convenio 169/89 sobre *Pueblos Indígenas y Tribales*, que había sido aprobado por el Congreso a través de la Ley 24.071. Ante el silencio de la administración, iniciaron acción de amparo por mora, peticionando que se le fijara un plazo al presidente para enviar los instrumentos de depósito de la ratificación del Convenio 169/89, al director General de la OIT. Interpretaron, equivocadamente, que el poder ejecutivo se encontraba obligado a comunicar la ratificación, ya efectivizada por la ley del Congreso, y que lo solicitado constituía un simple trámite de la administración, de carácter rutinario, que se habría omitido de manera inexplicable, por impericia u otros motivos desconocidos.

A su turno la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal dejó sin efecto el fallo de primera instancia recurrido y declaró improcedente la acción incoada, al entender que “el acto cuya emisión pretenden los actores (ratificación de un tratado internacional), excede a todas luces el marco de la medida intentada”, en los términos del artículo 28 de la Ley de Procedimientos Administrativos. Luego, la mayoría del cimero tribunal de la Nación, declaró inadmisibles el recurso extraordinario articulado por los actores, desechando la queja planteada. No obstante, el juez Boggiano, votó en disidencia, al interpretar que el remedio interpuesto resultaba formalmente admisible, en tanto se cuestionaban cláusulas de la Constitución Nacional que regulan las atribuciones del PEN vinculadas al trámite previsto para la aprobación y ratificación de tratados internacionales. En cuanto al fondo del planteo, juzgó que correspondía confirmar la sentencia puesta en crisis por los siguientes razones³⁷⁰:

“que la ratificación de un tratado, considerada como una de las formas de manifestación del consentimiento contempladas en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (artículos 11 y 14), es indudablemente un acto internacional y, como tal, debe ser realizada por el jefe de Estado, jefe de Gobierno, ministro de relaciones exteriores, o sus representantes (artículo 7 de dicha Convención). Esta ratificación, como acto internacional vinculante para el Estado, no es la aprobación del poder legislativo contemplada en el artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional -a veces confundida con la ratificación- pues esta última sólo tiene por efecto autorizar al poder ejecutivo nacional a ratificar el tratado en sede internacional.

Que, como ya ha dicho esta Corte, con la aprobación de un tratado el Congreso participa en el acto federal complejo en el cual el poder ejecutivo concluye y firma el tratado, el Congreso Nacional lo desecha o aprueba y el poder ejecutivo nacional lo ratifica (artículo 75, inciso 22 y artículo 99, inciso 11 de la Constitución Nacional). Pero en este acto complejo federal la participación del Congreso, aunque es necesaria, no es definitiva. En nuestro régimen constitucional, es el poder ejecutivo, en representación de la Nación, quien ejerce competencias constitucionales exclusivas para asumir obligaciones internacionales por la decisión de ratificar los tratados internacionales (artículos 27 y 99 inciso 1, 11 de la Constitución Nacional).

³⁶⁹ CSJN, Fallos 318:2513, caso “Frites, Eulogio y Alemán, América Angélica c/ Poder Ejecutivo Nacional -Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto-”, 1995.

³⁷⁰ Véase Silvia S. GONZÁLEZ NAPOLITANO, “Las relaciones entre el derecho internacional y el derecho argentino...”, ob. cit., pp. 4-5.

Que las características especiales de los convenios celebrados en el marco de la OIT no puede conmovir esta facultad del poder ejecutivo. Si bien el artículo 19 de la Constitución de la OIT contempla la obligación del Estado de someter el convenio adoptado a la autoridad competente para que le dé forma de ley o se adopten otras medidas, esta obligación de someter los convenios a los órganos competentes y de informar al director general acerca de la resolución adoptada no puede ser razonablemente interpretada en el sentido de obligar a la ratificación en el plano internacional, suprimiendo la potestad discrecional de ratificar o no, potestad que constituye un principio fundamental del derecho público argentino (artículo 27 Constitución Nacional).

Que, los tratados tienen primacía sobre las leyes (Constitución Nacional, artículo 75, inciso 22). Y es atribución del poder ejecutivo asumir para la Nación, por ratificación, obligaciones internacionales con el alcance de tal primacía.

Que por lo demás, no podría suscitarse en el caso un supuesto de responsabilidad internacional del Estado por no ratificar el Convenio de la OIT, como afirma el recurrente, ya que la violación de un tratado internacional sólo es posible -obviamente- una vez que el tratado sea obligatorio para la República Argentina, es decir, cuando haya sido ratificado por el poder ejecutivo nacional”.

Para LALANNE, la reforma de la Constitución de 1994 impuso definitivamente un monismo moderado, siguiendo la línea del caso “Ekmekdjian”³⁷¹ y, sobre todo, de “Fibraca”³⁷². Conforme lo plasmado en el artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional reformada “los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes, pero, se entienden, inferiores a la Constitución, que predomina conforme a su propio artículo 27. La regla general es, entonces, que primero viene la CN, luego los tratados internacionales y a continuación las leyes internas”³⁷³.

B. A través del derecho internacional consuetudinario

La reforma constitucional de 1994 no alteró de manera alguna el artículo 102 del texto a modificar, y lo mantuvo con su redacción originaria en el actual artículo 118. Sólo se incorporó, en relación a la materia en trato, en la primera disposición transitoria, una referencia a los principios del derecho internacional, respecto de los derechos soberanos de la Nación argentina sobre las islas del Atlántico Sur. Puntualmente se sostuvo: “La Nación Argentina ratifica su legítima e imprescindible soberanía sobre las islas Malvinas, Georgias del Sur y Sándwich del Sur y los espacios marítimos e insulares correspondientes, por ser parte integrante del territorio nacional. La recuperación de dichos territorios y el ejercicio pleno de la soberanía respetando el modo de vida de sus habitantes, y conforme a los principios del derecho internacional, constituyen un objetivo permanente e irrenunciable del pueblo argentino”³⁷⁴.

³⁷¹ CSJN, Fallos 315:1492, caso “Ekmekdjian, Miguel Ángel c/ Sofovich, Gerardo y otros”, 1992.

³⁷² CSJN, Fallos 316:1669, caso “Fibraca Constructora SCA. c/ Comisión Técnica Mixta de Salto Grande”, 1993.

³⁷³ Julio E. LALANNE, “La Corte reafirma la teoría monista...”, ob. cit., p. 4. Expone el autor que: “Por eso, dice Julio OYHANARTE que ‘fue el pensamiento de la Corte Suprema el que guió la mano que escribió el artículo 75, inciso 22 de la CN’”, en “La visión universalista de la Corte Suprema”, *La Ley*, 1995-D, p. 1606, reproducido <http://antonioboggiano.com/025.htm> (acceso el 23-V-2015).

³⁷⁴ Constitución Nacional, Cláusula Transitoria Primera.

Expone GONZÁLEZ NAPOLITANO, que a diferencia de los principios generales de derecho que receptan los derechos internos de los Estados, los llamados principios generales del derecho internacional se conforman con las “abstracciones de las normas que integran el ordenamiento jurídico internacional general...”³⁷⁵ y que, en la mayoría de los casos, son deducidas de la costumbre internacional. Cabe decir, que la remisión que formuló el constituyente de 1994, a los principios del derecho internacional relacionados con la recuperación de las islas del Atlántico Sur, se interpretan “como una reafirmación del respeto de las normas básicas del derecho internacional, reconocidas por el derecho consuetudinario, como aquélla que prohíbe el uso de la fuerza en las relaciones interestatales”³⁷⁶.

Por ello, para la autora, la costumbre internacional se integra directamente al ordenamiento jurídico argentino. “Esto prueba, una vez más, que no se requiere de un acto formal interno para incorporar al derecho internacional”³⁷⁷. Esta idea debe completarse aclarando que, la norma a la que alude la autora, es, necesariamente, la que proviene de la costumbre internacional. Consideración aparte merece el nivel jerárquico que ocupan aquellas disposiciones en el ordenamiento nacional (el tópico será abordado en la conclusión de esta investigación, al explicar cómo, con qué normas y qué rango ocupan, el que se denomina “Núcleo Supremo de Juridicidad Constitucional”).

Cobra significado lo dicho por el juez Boggiano sobre el alcance del *ius cogens*, como sinónimo del derecho de gentes y como derecho ínsito de todo hombre: “Además y concordantemente ‘los derechos básicos de la persona humana’ son considerados de *ius cogens*, esto es, normas imperativas e inderogables de derecho internacional consuetudinario”³⁷⁸. Luego, en el caso “Simón”, agregó: “Que de antaño y hogaño, esta Corte ha considerado que las normas del *ius cogens* del derecho internacional consuetudinario forman parte del derecho interno (“*the law of the land*”, Fallos: 43:321; 125:40; 176:218; 178:173; 182:185, entre muchos otros)”³⁷⁹.

En resumen, para la Corte Suprema, la consagración positiva del derecho de gentes en la carta constitucional, por la vía del artículo 118, autoriza a sostener que existía un sistema de tutela de derechos que devenía obligatorio, con prescindencia del consentimiento expreso de los Estados que integran el concierto de las naciones del mundo, que los vinculaba a unos con otros y se conoce en la actualidad como *ius cogens*³⁸⁰, ello, sin perjuicio de concebir a todo el derecho internacional de los derechos humanos en una posición suprema frente a la propia Constitución Nacional.

³⁷⁵ Guillermo R. MONCAYO, Raúl VINUESA y Hortensia GUTIÉRREZ POSSE, *Derecho Internacional Público*, segunda reimpresión, Editorial Zavallia, Buenos Aires, 1987, t. I, p. 151.

³⁷⁶ Silvia S. GONZÁLEZ NAPOLITANO, “Las relaciones entre el derecho internacional y el derecho argentino...”, ob. cit., p. 6.

³⁷⁷ *Ibidem*.

³⁷⁸ CSJN, Fallos 327:3312, caso “Arancibia Clavel”, 2004, juez Boggiano, según su voto.

³⁷⁹ CSJN, Fallos 328:2056, caso “Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. (Poblete) -causa N° 17.768-”, 2005, juez Boggiano, según su voto considerado 36.

³⁸⁰ Este criterio no sólo se aprecia de la lectura del voto de la mayoría en el caso “Simón” (CSJN, Fallos 328:2056, caso “Simón”, 2005), sino también en CSJN, E. 191. XLIII REX, caso “Etchecolatz, Miguel Osvaldo s/recurso extraordinario”, 2009.

3. Síntesis del capítulo

Como conclusión de lo expuesto se puede decir con BIDART CAMPOS, que la Constitución argentina no impone un sistema dualista sino más bien lo contrario. “En ninguna de sus normas [la Constitución] deja entrever la necesidad de que el congreso dicte una ley después de haber sido aprobado el tratado por el propio congreso y de haberlo ratificado el ejecutivo”³⁸¹. Para ciertos autores como SANTIAGO, LALANNE y BIDART CAMPOS rige, en el ordenamiento jurídico argentino, un monismo atenuado. Para otros, como BOGGIANO, podría imponerse un monismo absoluto, con primacía del derecho internacional sobre el derecho interno incluida en este subsistema a la propia Constitución Nacional. Se entiende que este mecanismo puede operar tanto respecto del ingreso al derecho interno de normas de *ius cogens*, como en relación a la incorporación de declaraciones, pactos, convenciones internacionales -en general, me refiero a todo tipo de tratados celebrados por escrito-.

Los tratados internacionales, aún los de derechos humanos, en tanto no integren el denominado *ius cogens*, para incorporarse al ordenamiento local con la jerarquía que les confiere el artículo 31 de la Constitución argentina y 75 inciso 22, deben someterse al trámite reglado por la carta fundamental, el cual fue descrito más arriba y que, en términos generales, comprende la negociación del tratado, su adopción y autenticación del texto por parte del poder ejecutivo nacional, la aprobación que es realizada por el Congreso -poder legislativo- y, por último, la ratificación que la lleva a cabo el Presidente de la Nación. De ahí, siguiendo la postura de SANTIAGO, podría sostenerse que, respecto de la *res pactata* o la *res declarata*, regiría en Argentina un sistema monista atenuado o deferente, donde el consentimiento del Estado, para la entrada en vigencia de las específicas normas del derecho internacional en el ordenamiento local es esencial. Además, resultan válidas las reservas efectuadas al momento de la ratificación y, consecuentemente, la competencia de los tribunales internacionales de derechos humanos queda limitada a la voluntad declarada por nuestro país. Incluso, no existe impedimento para que Argentina, en el futuro, pueda desvincularse de la competencia de la Corte IDH, conforme lo prevé el texto de nuestra Constitución y la propia CADH.

Recién, a partir de estos pasos, el tratado ingresa al ordenamiento jurídico nacional y, en principio, sujeto al control de constitucionalidad, que en un sistema difuso como el nuestro pueden efectuar los jueces argentinos y, en última instancia, la Corte Suprema de Justicia. En cambio, el *ius cogens* se integra al ordenamiento jurídico nacional de manera directa.

Al abordar la incorporación de los instrumentos internacionales en general y de los tratados de derechos humanos en particular, debe analizarse si el Estado en cuestión adoptó una posición dualista o monista en cualquiera de sus variables, respecto a la relación entre ordenamiento jurídico internacional y ordenamiento jurídico interno. Según los internacionalistas ambos subsistemas, el interno y el internacional, se interconectan y se constituyen en un único régimen jurídico estrechamente relacionado, donde las normas convencionales ingresan de forma

³⁸¹ Germán J. BIDART CAMPOS, *Manual...*, ob. cit., p. 25.

automática, y por ende, también, se constituyen en preceptos de aplicación inmediata para los tribunales nacionales *-per se vigore-*.

Para la tesis constitucionalista, el hecho de que un determinado Estado regule la incorporación del derecho internacional al derecho interno por un sistema dualista o monista no depende de lo que establezcan las normas internacionales o el derecho internacional de los derechos humanos; es el derecho constitucional de cada país, como norma máxima de un ordenamiento jurídico nacional, el que finalmente decide por uno u otro sistema. En la actualidad, para los internacionalistas, la mayoría de las constituciones latinoamericanas adoptaron la tesis monista, con leves oscilaciones que van desde la regulación expresa, hasta el más absoluto silencio. Algunas de las constituciones nacionales de América, disponen expresamente que el derecho internacional de los derechos humanos o el derecho internacional, forman parte del derecho del Estado³⁸².

De esta manera, una vez incorporado el derecho convencional, en el derecho doméstico de cada Estado, debe analizarse una cuestión de vital importancia como es la ubicación jerárquica del derecho internacional dentro del derecho interno, es decir, en qué nivel normativo se sitúa la norma convencional en el derecho local. Reitero que esta cuestión fundamental, para la tesis constitucionalista, tampoco es resuelta por el derecho internacional, sino que, una vez más, son las propias constituciones nacionales las que indefectiblemente definen qué tipo de jerarquía debe ostentar el tratado internacional dentro del ordenamiento nacional. “Huelga decir que la ubicación jerárquica de los instrumentos internacionales de derechos humanos es un factor de extrema importancia en el momento de solicitar la aplicación de ese derecho ante los tribunales domésticos para que éstos puedan interpretarlo y aplicarlo debidamente”³⁸³.

Poco a poco, el derecho internacional de los derechos humanos avanzó hacia un reconocimiento verdaderamente universal de los derechos individuales, por encima de los ordenamientos jurídicos nacionales, modificando y limitando el concepto tradicional de soberanía estatal; hecho que impide invocar preceptos jurídicos del derecho interno, incluidas las constituciones, para incumplir los tratados de derechos humanos³⁸⁴. De allí, fluye la necesidad de que este nuevo derecho se integre al derecho interno de los Estados, superando la antigua dicotomía monismo-dualismo, que ya había sido criticada por autores como KELSEN.

Sin perjuicio de la opinión de los destacados autores citados en este capítulo, resulta trascendente determinar, con categórica precisión, cuál es el sistema que, en definitiva, adopta nuestra Constitución a los efectos de incorporar la norma convencional al derecho nacional y, además, establecer con que rango jerárquico se insertan los instrumentos internacionales de derechos humanos y el *ius cogens* al ordenamiento jurídico argentino. Esta cuestión será abordada, desde las posturas internacionalistas y constitucionalista, a lo largo de los siguientes capítulos de la

³⁸² Humberto HENDERSON, “Los Tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno...”, ob. cit., p. 74.

³⁸³ *Ibidem*, p. 75.

³⁸⁴ Véase Alfredo M. VÍTOLO, “El derecho internacional de los derechos humanos y los ordenamientos jurídicos nacionales. Corpus Iuris Regiones”, *Revista Jurídica Regional y Subregional Andina*, 6 (2006), p. 285. Véase en similar sentido, Corte IDH, caso “Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú”, Solicitud de Interpretación de la sentencia, 30 de noviembre de 2007, serie C, número 174, voto disidente del juez A.A. Cançado Trindade, párrafo 6 y ss.

segunda y tercera parte de la tesis. Asimismo, se analizará desde aquellas corrientes, la posición que asumen, en torno a la cuestión, los convencionales constituyentes de 1994 y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a través de los votos mayoritarios y minoritarios de sus miembros.

SEGUNDA PARTE

LA PROGRESIVA INCORPORACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS AL ORDENAMIENTO JURÍDICO ARGENTINO Y LOS FUNDAMENTOS DE SU PRETENDIDA SUPREMACÍA SOBRE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES

Resulta esencial, a propósito de responder al interrogante fundamental de esta tesis, esto es, a quién le debe lealtad el juez nacional en casos de conflictos normativos insalvables entre la Constitución Nacional, los IIC y la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos, conocer las razones esgrimidas para justificar la supremacía del derecho internacional de los derechos humanos por sobre cualquier norma de derecho interno, incluida, la Constitución argentina. Ello, resulta particularmente relevante, luego de la reforma de la carta constitucional en 1994, puesto que en el nuevo artículo 75 inciso 22 se le otorga jerarquía constitucional a los tratados internacionales de derechos humanos.

Para el estudio y resolución de la cuestión que se plantea en esta tesis, se tendrán en cuenta, en esta segunda parte, los argumentos esgrimidos en favor de la supremacía y primacía de las normas internacionales por distintos operadores jurídicos, en particular, la doctrina internacionalista, la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia y de la Corte IDH. En su exposición y fundamentación se asignará especial importancia al análisis de ciertos preceptos como los artículos 27 y 46 de la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados de 1969. Obviamente, se lo hará desde la perspectiva internacionalista, y considerando la opinión de algunos convencionales constituyentes de 1994 sobre la inserción del derecho internacional de los derechos humanos en el ordenamiento jurídico argentino. Además, cuando se expliquen, progresivamente, los argumentos de la postura internacionalista, se elaborarán distintos sistemas de fuentes del ordenamiento jurídico argentino, específicamente, en la conclusión de alguno de los capítulos en que se divide esta segunda parte de la tesis. Para ello, se propondrán sistemas que se tornan más complejos, a medida que se avanza en el tratamiento de las razones que abonan la postura de la tesis internacionalista.

Es evidente que, en un régimen de tutela como el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, la supremacía y primacía de los tratados internacionales de la especie y la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos zanjaría, definitivamente, el conflicto normativo que se aborda en esta investigación; aplicando, entre otras, la regla de la jerarquía (sobre el tópico véase capítulo XII, punto 2. B). Entonces, se justifica el énfasis que le asigna, la postura internacionalista, a la jerarquía superlativa y primacía normativa de los tratados y la jurisprudencia que emana de los tribunales internacionales de derechos humanos por sobre la Constitución Nacional.

Corresponde expresar aquí que se trabajará en la evaluación de algunos precedentes que serán tratados también en la tercera parte. Sin embargo, se aclara que, en esta oportunidad, serán ponderados desde el visor de la tesis internacionalista, de modo tal que ahora se repasarán sólo los argumentos de los votos de jueces que apoyaron estas ideas. Como señala HITTERS, el derecho internacional de los derechos humanos, pivotea sobre dos escenarios fundamentales, “por un lado el valor del derecho de gentes, y por otro la influencia de los tratados y de la jurisprudencia

internacional”³⁸⁵. A lo largo de este segmento de la investigación, se expondrá acerca del valor jerárquico que le asigna a estos últimos instrumentos la postura internacionalista.

³⁸⁵ Véase Juan Carlos HITTERS, “¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? *La Ley*, año LXXII, número 179, p. 2.

CAPÍTULO V

Fundamentos para sostener la supremacía y primacía del derecho internacional de los derechos humanos en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico argentino, según la tesis internacionalista

En el presente capítulo se expondrán algunos argumentos que, según la tesis internacionalista, coadyuvan a sostener la supremacía y primacía normativa del derecho internacional de los derechos humanos por sobre el derecho interno en el ordenamiento jurídico argentino. Con esta finalidad, se tratarán en primer término los alcances que esta postura le confiere a los artículos 27 y 30 de la Constitución nacional. Este último precepto, con el propósito de justificar que el poder constituyente reformador no tenía limitación alguna para prever el ingreso del derecho internacional al sistema local, incluso, en escenarios de supraconstitucionalidad. Luego, se analizarán los alcances que, la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, le confieren al artículo 75 inciso 22 de la carta constitucional argentina. Asimismo, se expondrán, a criterio de la tesis internacionalista, cuáles son los alcances de los artículos 26, 27 y 46 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 para probar la supremacía y primacía normativa del derecho internacional sobre el derecho interno. A continuación, se hará referencia a los argumentos de la postura, para justificar la primacía normativa de la Convención Americana de Derechos Humanos sobre la totalidad de las normas que integran el ordenamiento jurídico argentino. Finalmente, considerando las razones que esgrime la tesis internacionalista, se propondrá un sistema de fuentes jerárquicamente ordenadas para el régimen jurídico nacional.

1. Argumentos que surgen del propio texto de la Constitución argentina

El profesor de Viena, Hans Kelsen, en un estadio temprano, consideró esencial establecer un rango jerárquico entre las normas que integran un sistema jurídico, el cual fue representado a través de una pirámide, en cuya cúspide se halla la

Constitución Nacional³⁸⁶. Va de suyo que, en este modelo, serán los jueces, control de constitucionalidad mediante, quienes garantizarán la vigencia del Estado de derecho³⁸⁷.

A mediados del siglo pasado se gestó, en occidente, una corriente tendiente a reconocer la dimensión de los derechos humanos, mediante la celebración de tratados internacionales, de convenciones internacionales, del reconocimiento como fuente del derecho a la costumbre internacional, etcétera. La reforma constitucional de 1994 se enroló en esa corriente e invistió, de jerarquía constitucional, a una serie de tratados y convenciones sobre derechos humanos, apartándose de la concepción triangular de rango normativo.

Esta circunstancia, dio lugar a sendas interpretaciones doctrinarias, entre las que destacan la defendida por VEGA quien atribuye, a los tratados de derechos humanos celebrados y aprobados con el voto de las dos terceras partes de los miembros de ambas Cámaras del Congreso, jerarquía superior a la propia Constitución³⁸⁸.

A partir de esta nueva hermenéutica, se consolidó un cierto consenso para profundizar aquellas tendencias jurisprudenciales vinculadas a la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos. La fuerza del fenómeno descripto llegó a un punto que los entonces jueces Petracchi y Zaffaroni sustentaron la idea de que la Corte Suprema “está obligada a cumplir una decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aún cuando guarde una fundamentada disidencia con el contenido de esa decisión e incluso considere que ella puede lesionar derechos de particulares”³⁸⁹. Para ABRAMOVICH, la doctrina referida marca la clara voluntad del más alto estrado local de “respetar la regla básica que sostiene el sistema de articulación entre jurisdicción local e internacional, esto es, el carácter obligatorio de las decisiones de la Corte Interamericana [donde claro está, se incluye también la jurisprudencia internacional que lo lee e interpreta]. Esta posición, por lo demás, desecha de plano la idea de la existencia de un cierto orden público constitucional que no puede ser alterado por las decisiones internacionales y la necesidad de que los tribunales locales cuenten con la facultad de controlar la adecuación de las sentencias de la Corte Interamericana, que es la postura sostenida por el juez Fayt en varios precedentes”³⁹⁰.

Desde la ribera contraria a este último magistrado expuso el juez Boggiano:

“que el derecho internacional, como todo el derecho, está en movimiento y lo que era antes reconocido como derecho internacional consuetudinario viene ahora configurándose como derecho convencional de fijación y reconocimiento en una gran cantidad de instrumentos internacionales. Los crímenes de guerra y delitos contra la humanidad lesionan el derecho internacional y están regidos eminentemente por la Constitución Nacional, pues la Convención sobre la Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y de los Crímenes de *Les a Humanidad* de

³⁸⁶ Véase Hans Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1969, p. 79.

³⁸⁷ Pedro J. FRÍAS, “Los derechos humanos en el contexto cultural de Latinoamérica”, *Derechos humanos y Constitución de Iberoamérica* (Libro Homenaje a Germán J. Bidart Campos), publicado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Editorial Grijley, Perú, 2001, p. 91.

³⁸⁸ Véase Juan Carlos VEGA, *Jerarquía Constitucional de los tratados internacionales*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1996, p. 39.

³⁸⁹ Víctor ABRAMOVICH, “Una nueva institucionalidad pública. Los tratados de derechos humanos en el orden constitucional argentino”, en *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, Centro de Estudios Legales y Sociales, Buenos Aires, 2007, p. VI.

³⁹⁰ *Ibidem*.

1968, tiene jerarquía constitucional y debe tenerse, en cuanto a su jerarquía normativa, como la Constitución misma”³⁹¹.

Resulta evidente, ahora, que aquellos cambios en la matriz jurídica suscitaron el nacimiento de situaciones especiales que trajeron aparejados nuevos interrogantes, por ejemplo: ¿cómo puede conciliarse la Constitución Nacional con los tratados y la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos, ante un eventual caso de conflicto normativo insalvable?; ¿se han incorporado nuevos principios o directrices con la jerarquización de tratados y el nuevo valor que ostenta la jurisprudencia de los tribunales internacionales?; ¿cómo se asientan los derechos humanos y la jurisprudencia internacional de los derechos humanos en el “Bloque de Constitucionalidad Federal”?; ¿qué implicancias tiene la jerarquización de los tratados y la jurisprudencia internacional de los derechos humanos en el control de constitucionalidad?; ¿cómo funciona, en la nueva matriz, el sistema protector de los derechos humanos?; ¿qué relación media entre los tribunales nacionales y los tribunales internacionales?

En esta parte de la investigación, se intentará dar respuesta a estos nuevos problemas y desafíos del constitucionalismo argentino, conforme las razones que brinda la tesis internacionalista. Esta corriente del pensamiento jurídico juzga como correcta la novedosa interpretación que, de las distintas disposiciones de la Constitución argentina, efectúa la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en particular, cuando se apoya en las ideas que predominan, en los últimos 60 años, respecto al derecho internacional de los derechos humanos.

A. El alcance del artículo 27 de la Constitución: el concepto estricto de tratados de paz y comercio

El artículo 27 de la Constitución argentina dispone: “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”. Como se expondrá en este punto, para un sector de la doctrina identificada con la postura internacionalista, los condiciones de adecuación que impone el artículo transcrito sólo son exigibles en relación a los tratados de paz y comercio; no así respecto de los tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos, cuya naturaleza jurídica y características difieren de los expresamente indicados por el convencional constituyente originario. El mismo principio resulta aplicable a las normas de *ius cogens* que, como se vio en el capítulo IV, ingresan de manera directa al ordenamiento jurídico argentino (véase artículo 118 CN).

En este orden, conforme lo establece la Convención de Viena de 1969, se entiende por tratado a: “un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o en más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular”³⁹². De esta

³⁹¹ CSJN, Fallos 327:3312, caso “Arancibia Clavel”, 2004, juez Boggiano, según su voto considerado 7.

³⁹² Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados Internacionales, artículo 2.

definición, surgen los requisitos que debe reunir un instrumento jurídico para ser considerado como tratado internacional. No obstante, que la tesis no profundizará en la consideración de cada uno de ellos. Interesa tener presente, con el propósito de avanzar en el desarrollo del argumento que se introduce en este acápite, que una clasificación de los tratados internacionales distingue entre: tratados contratos y tratados normativos. Importa esta clasificación dado que los instrumentos mencionados en el artículo 27 de la Constitución Nacional, es decir los tratados de paz y comercio, son de distinta especie que los tratados de derechos humanos³⁹³.

Los tratados conocidos como de tipo contractual son aquéllos que expresan la voluntad de un signatario, que resulta distinta y complementaria del otro -por ejemplo, una parte quiere adquirir un derecho sobre un bien mueble y la otra cederlo-. En cambio, en los tratados de tipo normativo se traduce una voluntad común de uno o más Estados que se expresan a través de normas generales, como podría ser una Convención -la Convención Americana de Derechos Humanos, entre otras tantas-³⁹⁴. De esta distinción, resulta lógico que no corresponda limitar de manera alguna a los tratados internacionales de derechos humanos, bajo un supuesto orden público consagrado por el artículo 27 de la Constitución Nacional. Es claro, para la tesis internacionalista, que, cuando el artículo referido de la primera parte de la Constitución impide que los tratados celebrados por el gobierno Federal con las potencias extranjeras violen el orden público constitucional, lo hace sólo respecto de los de paz y comercio, es decir, que tal limitación no alcanza a los tratados internacionales de derechos humanos, los cuales, como se expuso, tienen características distintas dada su condición de tratados normativos.

Asimismo, si se pone atención a la clásica división del derecho internacional en privado y público, se debería incluir, dentro de este último, al llamado derecho internacional de los derechos humanos, el cual está compuesto, entre otros tantos instrumentos, por los tratados sobre derechos humanos. Los tratados especializados se diferencian de manera sustancial de los tratados clásicos, dado que a diferencia de éstos, aquéllos, no son recíprocos y cuentan con una vocación progresiva o de desarrollo. Esto es, “que los derechos reconocidos en el catálogo constituyen un estándar mínimo que se exige al Estado”³⁹⁵. Por intermedio de estos tratados no sólo se procura reconocer que los seres humanos son titulares de tales derechos, sino también

³⁹³ Esta distinción también puede verse en la forma de titular a los tratados. Apunta BENADABA que: “es corriente que los tratados estén precedidos de un título, tal como Tratado de Paz y Amistad, Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, Tratado de Amistad, Comercio y Navegación... (Santiago BENADABA, *Derecho Internacional Público*, quinta edición, Editorial Jurídica Cono Sur, Santiago de Chile, 1997, p. 36)”.

³⁹⁴ Véase Julio BARBOSA, *Derecho Internacional...*, ob. cit., p. 113. Agrega el autor que para TRIEPEL, sólo los segundos, a los que llama tratados leyes, serían fuente del derecho internacional. KELSEN, en cambio, piensa que en ambos existiría “una voluntad común, sólo que complementaria: un contrato de compraventa crea *una sola norma jurídica* que impone conductas diferentes a cada parte, a una entregar la cosa y recibir el precio; a la otra recibir la cosa y entregar el precio”.

³⁹⁵ Fabián NOVAK y Elizabeth SALMÓN, *Las obligaciones internacionales del Perú en materia de Derechos Humanos*, primera edición, Instituto de Estudios Internacionales, Fondo Editorial PUCP, Lima, 2000, p. 62.

la de su real protección, la que se tutela a través de diversos sistemas internacionales como el Sistema Interamericano³⁹⁶.

La propia Corte Suprema se encargó, recientemente, de marcar las diferencias que existen entre los clásicos tratados internacionales y los de derechos humanos. Advirtió al respecto en el caso “Carranza Latrubesse” que:

“en este orden de ideas, procede recordar otra invariable doctrina de la Corte IDH, coincidente, como esta misma lo señala, con la de otros órganos jurisdiccionales internacionales: ‘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 su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción’ [...] La exégesis, en consecuencia, ha de ser hecha de forma tal que no conduzca ‘de manera alguna a debilitar el sistema de protección consagrado en la Convención’ y siempre teniendo en cuenta que el objeto y fin de la misma ‘son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos’ [...] Huelga puntualizar que el significado *sub examine* ha de ser buscado como término incluido en un tratado internacional, con indiferencia del que pudiera tener en el derecho interno de los Estados Parte”³⁹⁷.

Es posible hallar cuatro denominaciones diferentes (convención, pacto, protocolo facultativo y declaración) para individualizar textos que contienen normas jurídicas de igual jerarquía. Se impone, pues, la necesidad de encontrar una noción totalizadora que tienda a agrupar los conceptos en una unidad. Es posible apelar al término instrumento internacional³⁹⁸. No obstante ello, la doctrina especializada discute si una declaración *-res declarata-* tiene los mismos efectos jurídicos que un tratado internacional *-res pactata o res legislata-*³⁹⁹. Pero, no es por lo que podrían tener de diferente, sino por lo que tienen en común, que dichos tratados y declaraciones fueron convertidos en normas básicas de referencia. La tesis se remite a la materia que regula los derechos humanos. De consiguiente, la noción totalizadora que se busca puede ser hallada en la noción instrumentos internacionales de derechos humanos. La misma permite individualizar las características propias y comunes que poseen los subconjuntos normativos que, con igual jerarquía entre sí, convergen en el

³⁹⁶Véase Luis Enrique GAMERO URMENETA, “Fuerza vinculante de las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, <http://www.derechocambiosocial.com/revista009/fuerza%20vinculante.htm> (acceso 21-V-2014).

³⁹⁷CSJN, Fallos 336:1024, caso “Carranza Latrubesse Gustavo c/ Estado Nacional - Ministerio de Relaciones Exteriores - Provincia del Chubut - s/proceso de conocimiento”, 2013, considerando 5 *in fine*.

³⁹⁸El tratado internacional, según la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (1969) en su artículo 2.a, viene definido como “un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un (1) instrumento único o en dos (2) o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación en particular”.

³⁹⁹En este sentido se manifiesta DULITZY, para quien “no es posible equiparar jurídicamente a las declaraciones y los tratados, en tanto que cada uno está sujeto a diversos regímenes normativos y tiene diversa fuerza obligatoria”. Sin embargo, afirma DULITZY, esto no significa que ambas declaraciones (DADDH y DUDH) estén desprovistas de todo valor jurídico. Ambas tienen cierta fuerza obligatoria, a la vez que califica su “equiparación” con los tratados como “un error jurídico en el que incurrió el constituyente” (Ariel DULITZY, “La jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos en la nueva constitución argentina”, *El Derecho*, t. CLXIII, pp. 942-946).

subsistema compuesto por las normas convencionales internacionales que, a la sazón, resultan muy distintas a los tratados de paz y comercio a los que refiere el artículo 27, de la carta constitucional.

En toda esta cuestión parece ilustrativa la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en ocasión de establecer los efectos jurídicos de la DADDH. Concretamente, se preguntaba si la DADDH podía ser objeto de interpretación por el nombrado tribunal. Sobre este aspecto, algunos Estados miembros de la OEA, esto en el marco de aquel proceso consultivo, se mostraron contrarios a reconocerle a la DADDH el *status* jurídico de un tratado⁴⁰⁰. Esta interpretación fue abiertamente rechazada por la Corte IDH⁴⁰¹.

La evolución registrada en el derecho internacional, y de la cual da cuenta la Corte IDH en su jurisprudencia, impone caracterizar los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, atendiendo a su contenido, y no tanto a su forma o denominación jurídica, pues sólo en razón de aquél generan obligaciones específicas⁴⁰².

La sola existencia de una obligación internacional en materia de derechos humanos genera, para el Estado que la asume, la obligación de garantizar su

⁴⁰⁰ Para los Estados Unidos de América, por caso, la DADDH, a diferencia de la CADH, “no fue redactada como un instrumento jurídico y carece de la precisión necesaria para resolver complejas dudas legales. Su valor normativo finca en ser una declaración de principios básicos de carácter moral y de carácter político y en ser la base para velar por el cumplimiento general de los derechos humanos por parte de los Estados miembros; no en ser un conjunto de obligaciones vinculantes. Los Estados Unidos de América reconocen las buenas intenciones de aquéllos que intentan transformar la Declaración Americana de un enunciado de principios en un instrumento jurídico vinculante. Pero las buenas intenciones no crean derecho. Debilitaría seriamente el proceso internacional de creación del derecho - por el cual los Estados soberanos voluntariamente asumen específicas obligaciones legales- el imponer obligaciones legales a los Estados a través de un proceso de “reinterpretación” o “inferencia” de un enunciado de principios no obligatorios” (Corte IDH, Opinión Consultiva -OC-10/89 del 14 de julio de 1989, serie A, número 10, año 1989), Interpretación de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, párrafo 12. Puede consultarse su texto en AA.VV., *Derechos humanos. Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana. Textos completos y comentarios*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2000, Germán Bidart Campos, Calogero Pizzolo (Coords.), t. II, p. 599.

⁴⁰¹ Para ello se consideró necesario aclarar que no es a la luz de lo que en 1948 se estimó que era el valor y la significación de la DADDH como la cuestión del *status* jurídico que debe ser analizada, sino que es preciso determinarlo en el momento actual, ante lo que es hoy el sistema interamericano, habida consideración de la evolución experimentada desde la adopción de la DADDH. La evolución del “derecho americano” en la materia, continúa la Corte IDH, es una expresión regional de la experimentada por el derecho internacional contemporáneo y en especial por el de los derechos humanos, que presentan hoy algunos “elementos diferenciales” de alta significación con el derecho internacional clásico. Es así como, por ejemplo, “la obligación de respetar ciertos derechos humanos esenciales es considerada hoy como una obligación *erga omnes* [...] Puede considerarse entonces que, a manera de interpretación autorizada, los Estados miembros han entendido que la Declaración contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta se refiere, de manera que no se puede interpretar y aplicar la Carta de la Organización en materia de derechos humanos, sin integrar las normas pertinentes de ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración, como resulta de la práctica seguida por los órganos de la OEA” (véase Corte IDH, Opinión Consultiva -OC-10/89 -ya citada-, párrafos 37-43).

⁴⁰² Véase Corte IDH, Opinión Consultiva -OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982, serie A, número 2, año 1982. “El Efecto de las Reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 74 y 75 CADH), párrafo 29”. Puede consultarse su texto en AA.VV. *Derechos humanos. Opiniones...*, ob. cit., t. I, p. 71.

cumplimiento. En esta materia, no es posible admitir un doble estándar. No se puede, por un lado, afirmar que hay que cumplir inexcusablemente la obligación cuando se enuncia en un pacto o convención y, por otro, que la misma obligación constituye una mera exigencia moral, cuando se encuentra en una declaración.

En suma, se pueden señalar, como características propias de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, las siguientes: en cuanto al sujeto se señala que son celebrados por personas distintas de aquéllas cuyos derechos y obligaciones se regulan, ya que los individuos no intervienen en su celebración (salvo los que actúan en representación de los Estados signatarios) a pesar de ser los principales beneficiarios de sus normas. Como consecuencia de lo anterior, las obligaciones asumidas no son recíprocas o conmutativas entre las partes contratantes, por no haber intercambio de prestaciones, sino que todas las partes asumen el mismo tipo de obligaciones de naturaleza objetiva e invocables ante ese Estado por cualquier individuo. Asimismo, tampoco se aplica el principio de reciprocidad, esto es, no se puede justificar el incumplimiento de una obligación en materia de derechos humanos justificándose en el incumplimiento de otro Estado parte en el instrumento⁴⁰³.

Además, como se ve en otros acápites, las reservas proceden en la medida que no violen el objeto y fin del instrumento. Por lo tanto, los organismos internacionales de control se atribuyeron competencias para decidir sobre la validez, o no, de las reservas formuladas subrogándose así a la voluntad de los Estados parte⁴⁰⁴.

Es posible detectar la distinción que se planteó al comienzo del punto en el artículo 35 del proyecto de ALBERDI, el cual puede ser considerado como antecedente del artículo 27 de la vigente Constitución argentina. En efecto, aquel precepto disponía: “Las relaciones de la Confederación con las naciones extranjeras respecto de comercio, navegación y mutua frecuencia serán consignadas en tratados, que tendrán por bases las garantías constitucionales referidas a los extranjeros. El gobierno tiene el deber de promoverlos”⁴⁰⁵. Surge del presente artículo que, el doctrinario, se refería

⁴⁰³ Mantiene DULITZY que: “en materia de derechos humanos, resulta inadecuado aplicar la máxima del derecho romano *exceptio non adimpleti contractus*. Por eso, la terminación o suspensión de un tratado por una de las partes, a causa del incumplimiento grave de sus obligaciones por otra -uno de los efectos típicos de la reciprocidad- no es aplicable en este ámbito” (Ariel DULITZY, “La jerarquía constitucional...”, ob. cit., p. 944).

⁴⁰⁴ En este sentido el Comité de Derechos Humanos, en relación a las reservas al PIDCP, tiene dicho que: “es en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados donde se definen las reservas y también donde se prevé la aplicación de la prueba del objeto y fin a falta de otras disposiciones concretas. Pero el Comité considera que las disposiciones de la Convención relativas a la función de las objeciones de los Estados en relación con las reservas no son adecuadas para abordar el problema de las reservas a los tratados de derechos humanos. Esos tratados, y concretamente el Pacto, no son una red de intercambios de obligaciones entre los Estados. Se refieren a la otorgación de derechos a las personas. No ha lugar al principio de la reciprocidad entre los Estados [...] por necesidad ha de ser el Comité quien decida si una determinada reserva es compatible con el objeto y fin del Pacto. Ello se debe en parte, tal como se indica anteriormente, a que se trata de una tarea inadecuada para los Estados Partes en relación con los tratados de derechos humanos y, en parte, a que es una tarea que el Comité no puede eludir en el desempeño de sus funciones [...] Dado el carácter especial de los tratados de derechos humanos, debe establecerse objetivamente la compatibilidad de una reserva con el objeto y fin del Pacto en relación con un principio jurídico, y el Comité está en condiciones especialmente adecuadas para realizar esta tarea” (Comité de Derechos Humanos, Observación General número 24 -ya citada-, párrafos 17-18).

⁴⁰⁵ Manuel José GARCÍA MANSILLA, Ricardo PÉREZ CALVO, *Las Fuentes de la Constitución Nacional*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, p. 224.

únicamente a los tipos de tratados que en definitiva terminan plasmados por el convencional originario en el referido artículo 27, y que se circunscriben únicamente a los de paz y comercio. Nótese, también, que se quitó expresamente del artículo 28, de la actual carta constitucional, la referencia que se hacía de los tratados. Ello así, conforme se evidencia del cotejo con la norma que sirvió de fuente de este precepto, la tesis se refiere al artículo 23 del proyecto de ALBERDI. Cabe recordar que, en virtud de esta disposición, se impedía que por la vía de un tratado o una ley se alteraran garantías o derechos constitucionales.

Respecto de la interpretación, que en rigor corresponde hacer de los alcances del artículo 27 de la CN, el juez Boggiano sostuvo que:

“bien se advierte pues que no es dable adoptar una hermenéutica [...] dogmática del artículo 27 de la Constitución Nacional con prescindencia de las valoraciones históricas que obligan a tomar en cuenta los nuevos desarrollos del derecho internacional. Aquella inteligencia dogmática y en cierto modo obsoleta de la supremacía soberana del derecho interno hubiese hecho imposible por cierto adherir a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y a la jurisdicción de su Corte que se hicieron bien antes de la reforma de 1994, por ley 23.054”⁴⁰⁶.

Lo cierto es que, finalmente, conforme quedó redactada la norma, la prohibición de desnaturalizar un derecho o garantía de jerarquía constitucional sólo se limita actualmente a las leyes que dicta el Congreso, no así a los tratados internacionales distintos a los de paz y comercio, como podrían ser la Convención Americana de Derechos Humanos o la propia Declaración Universal de Derechos Humanos⁴⁰⁷. Como se indicó más arriba, el entonces artículo 23 del proyecto de ALBERDI establecía: “Las leyes y los tratados reglan el ejercicio de estas garantías [vinculadas al derecho público referido a los extranjeros, capítulo III], sin poderlas alterar ni disminuir”⁴⁰⁸.

Entre otros autores, a modo de ejemplo, MANILI se refiere acerca de la diferencia que, como fuente de derecho internacional, existe entre los tratados y las declaraciones internacionales. Apunta que, los primeros, se encuentran individualizados como fuente principal del derecho internacional en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia y deben cumplir para su celebración con un determinado formato instrumental. En cambio, las declaraciones no siguen un procedimiento dado, son adoptadas por consenso en el seno de ciertos organismos internacionales⁴⁰⁹. Fueron definidas por JIMÉNEZ DE ARECHAGA como un “instrumento solemne, que es utilizado sólo en casos muy especiales en cuestiones de grande y verdadera importancia y cuando se espera obtener el máximo de observancia por parte del mayor número de estados posibles”⁴¹⁰.

Destaca MANILI, en cuanto a la obligatoriedad de la DUDH, que por ser éste un instrumento que se originó en el ámbito de la Asamblea de las Naciones Unidas forma

⁴⁰⁶ CSJN, Fallos 327:3312, caso “Arancibia Clavel”, 2004, juez Boggiano, según su voto considerado 15.

⁴⁰⁷ Véase *ibidem*.

⁴⁰⁸ *Ibidem*.

⁴⁰⁹ Véase Pablo L. MANILI, “A Sesenta años de la Declaración Universal de Derechos Humanos”, *La Ley*, Buenos Aires, 10 de diciembre de 2008, año LXXII, número 237, p. 2.

⁴¹⁰ Eduardo GIMÉNEZ DE ARECHAGA, *Derecho Internacional y Contemporáneo*, Editorial Tecnos, Madrid, 1980, p. 39.

parte de los denominados “Derechos de la Carta”. Refiere el autor que, el respeto de estos derechos son exigidos a los Estados miembros de la organización que en la actualidad son más de 200. Conforme esta tesis, “en materia de derechos humanos las resoluciones de la Asamblea que se fundan directamente en la Carta constituyen una de las fuentes principales de derecho, sin necesidad de acudir a otra fuente para darle obligatoriedad, como si ocurre en otras áreas del derecho internacional, en las cuales la resolución sólo constituye la prueba del elemento psicológico de una costumbre...”⁴¹¹.

En nuestro país, a poco más de diez años de la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Corte Suprema, en el caso “Kot”, la invocó como argumento para sustentar lo decidido en torno a la creación pretoriana de la acción de amparo contra actos de particulares. Cabe destacar, que lo hizo conjuntamente con el preámbulo y el artículo 33 de la Constitución Nacional, al ser concebidas como fuente de derechos no enumerados pero implícitos⁴¹².

En síntesis, si se tuviera que responder a la pregunta que se formuló al inicio del capítulo, vinculada a la reforma del artículo 27 de la CN en la innovación de 1994, deberíamos decir que en nada afecta a la supremacía de los tratados internacionales de derechos humanos, dado que la adecuación que exige la norma constitucional está, solamente, dirigida a los tratados de paz y comercio, nunca a los de derechos humanos e, incluso, al *ius cogens*.

De ahí que, conforme expone LALANNE, la Corte Suprema, luego de la reforma de 1994, admitió de manera expresa la primacía del derecho internacional por sobre la Constitución Nacional con relación a las normas del *ius cogens*, en especial, las vinculadas a los crímenes de *lesa humanidad*, en los que prevaleció la disposición internacional respecto de la primera parte de la Constitución argentina e, incluso, sobre los principios del derecho público de ella (por ejemplo el *non bis in idem*, el principio de no retroactividad de la ley penal, la prescripción, el principio de tribunal preconstituido, etcétera)⁴¹³.

B. ¿Inexistencia de límites a las facultades del poder constituyente reformador de 1994?

En este punto, la tesis internacionalista, sostendrá que la Convención Constituyente de 1994 se encontraba facultada para dotar con jerarquía constitucional

⁴¹¹ Pablo L. MANILI, “A Sesenta años de...”, ob. cit., p. 3.

⁴¹² Véase CSJN, Fallos 241:291, caso “Samuel, Kot S.R.L.”, 1958.

⁴¹³ Véase Julio E. LALANNE, “La Corte reafirma la teoría monista...”, ob. cit., p. 5. Para LALANNE, “la doctrina actualmente vigente en nuestro país, en cuanto al orden jerárquico de las fuentes, es la siguiente: primero viene la Constitución Nacional junto con los tratados de derechos humanos positivizados en el artículo 75, inciso 22, conjunto normativo que [se dio] en llamar ‘bloque de constitucionalidad’; en el siguiente nivel jerárquico se ubican los tratados internacionales en general [...] y, a continuación, las leyes internas. El orden jurídico argentino actualmente vigente, por lo tanto, ha quedado configurado, para el autor, como una posición monista (con predominio del derecho internacional) pero moderada (en tanto que el derecho internacional no prevalece sobre la constitución local)” (*ibidem*).

o supraconstitucional a los instrumentos internacionales de derechos humanos. Ciertamente, un sector de la doctrina constitucional insiste en sostener que la Asamblea constituyente reformadora se encuentra funcionalmente limitada. Por ejemplo, desde el plano de los contenidos -como se explicó en la primera parte de la investigación, capítulo II, punto 2, acápite A)-, sólo se encontraría habilitada a tratar los puntos que fueron expresamente incluidos en el temario de la ley, que declara la necesidad de reforma, en ejercicio del poder preconstituyente. Para otro sector, no existe limitación alguna respecto de los temas que el poder constituyente reformador puede tratar, dado que, de la lectura del artículo 30 de la Constitución Nacional, sólo surge que la reforma total o parcial la debe efectuar una Convención convocada al efecto, que es elegida y conformada a *posteriori* de que el Congreso declare la necesidad de reforma con las dos terceras partes de sus miembros.

En la doctrina extranjera, Paolo BISCARETTI DI RUFFIA disiente sobre la validez de la imposición de límites al poder constituyente derivado. En el ámbito local, la tesis fue defendida, entre otros autores, por Luis R. LONGHI, quien entendía que la Constitución no necesitó establecer límites, porque debió ser consecuente consigo misma. Ello, al haber sido una emanación del poder constituyente distinto y superior al poder constituido, no podía haber dejado subordinada la acción futura de ese poder al poder legislativo y, en consecuencia, el hecho de que el artículo 30 de la Constitución Nacional nada dice al respecto, sirve de argumento, tanto para postular la existencia de límites como para negarlos⁴¹⁴.

Para LONGHI, el artículo 30 no dispone de manera expresa que el Congreso deba fijar el temario a considerar por la Convención Constituyente derivada y, respecto a la Asamblea reformadora de 1898, se señaló:

“en primer lugar, esta resolución fue adoptada circunstancialmente para evitar un serio conflicto de índole religiosa; en segundo término, que las razones que se dieron son poco ilustrativas y convincentes, referidas como fueron a la ley de convocatoria de la Convención. Por lo demás, no hubo verdadero debate: una simple moción del diputado Romero en la sesión del día 2 de marzo y un pedido posterior del diputado Ferrer en la reunión del día 4, para que no se trataran más asuntos que los incluidos en la convocatoria. Frente a esa decisión que, repito, fue de emergencia, se opone la labor y la doctrina consecuente de la Convención reformadora de 1860 reunida bajo el imperio de la misma cláusula constitucional, la que, en ejercicio de su poder constituyente, introdujo libremente las reformas que más conveniente le pareció y que en su mayoría fueron aceptadas por la Convención nacional sin ninguna clase de reservas”⁴¹⁵.

En relación a esta tesis, en oportunidad de discutirse los alcances del artículo 129 del Reglamento de la Convención reformadora del año 1994, varios convencionales expresaron su opinión respecto del alcance del artículo 30 de la carta constitucional. Uno de ellos fue el convencional representante de la Provincia de Chubut, FERREYRA DE LAS CASAS, quien sostuvo sobre la cuestión que se está evaluando:

“señor presidente [...] Creo que mi posición será única teniendo en cuenta lo que he venido escuchando hasta este momento, porque el artículo 30 de la Constitución no posibilita que el Congreso imponga ningún tipo de límites a la Convención. Sólo dice que tiene que declarar la necesidad de la reforma y que ella será efectuada por una Convención convocada al

⁴¹⁴ Véase Luis R. LONGHI, *Derecho constitucional argentino y comparado*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945, t. I, pp. 107-108.

⁴¹⁵ *Ibidem*, p. 108.

efecto. Conozco la doctrina mayoritaria y también la minoritaria; pero esta última no es para mí sinónimo de incorrecta, y como me debo en primer lugar a la interpretación literal de la norma, debemos coincidir, señor presidente, en que este artículo no dice lo que la jerarquizada doctrina le hace decir.

El convencional, doctor NATALE, trajo un argumento muy práctico. Y lo quiero recrear acá. El dijo que las constituciones de las provincias quisieron zanjar todo tipo de duda y dijeron en sus textos que en los casos de reformas la Legislatura iba a indicar a la Convención las materias. Yo me pregunto, si la cuestión fuese tan cristalina en la doctrina nacional, ¿hubiese sido necesario que los legisladores provinciales fueran tajantes en este tipo de definiciones?

Entiendo, señor presidente, que esa misma duda subyace en los que han redactado el Reglamento. Y pido disculpas; en el despacho de la mayoría, pero también en el de la minoría he visto que todo se circunscribe al tratamiento de los temas enunciados en la ley 24.309.

Creo que esta Convención está habilitada para tocar todos aquellos temas que a su solo juicio interesen a la sociedad argentina. Esta Convención es la única que debe juzgar sobre la pertinencia de los temas que aquí se van a tratar [...].

El doctor Reinaldo VANOSI en su teoría constitucional cita un ejemplo. Y dice que se estaba reformando la Constitución de la provincia de Mendoza en 1965 y la Convención se abocó al tema de la reelección, de la forma de elección del gobernador, que no estaba previsto en la ley de convocatoria. Y se dijo entonces en defensa de la tesis que, como la provincia no tenía previsión institucional sobre el tema, los enunciados de la ley de convocatoria eran simplemente enunciativos y no taxativos. Y la Convención se abocó al tema y quedó consagrada la reforma.

Sintetizando este caso, dice el doctor VANOSI que de abrirse paso en el futuro constitucional al precedente mendocino de 1966, tendríamos que reconocer que nuestra práctica constitucional se aparta de la tesis mayoritaria de los autores GONZÁLEZ CALDERÓN, LINARES QUINTANA, DALLA MONTAGNA, RAMELLA, y del antecedente de la Convención Nacional de 1898 para volcarse en cambio en favor de la doctrina sustentada por LONGHI, hasta hoy minoritaria. Y dice también que las razones expuestas por este autor sobre LONGHI son básicamente las siguientes. Me voy a permitir reproducirlas, señor presidente. 'a) El artículo 30 de la Constitución Nacional no dice expresamente que la necesidad de la reforma deba ser acompañada por la Declaración del Congreso sobre los puntos concretos a reformar y que esa iniciativa sea la única que pueda considerar la Convención; b) Que la Convención no puede ser considerada como un mero cuerpo de figuración sin más función que la de legislar las iniciativas legislativas del legislador ordinario; c) Que del sistema ideado por los constituyentes de 1853 se desprende que fue su intención independizar a la Convención de los poderes constituidos; d) Que con la práctica actual se llega al predominio de los intereses creados, siempre vencedores en su oposición a la reforma o a ciertas reformas, con lo que no se respeta el principio fundamental consagrado en el artículo 33 de la Constitución, la soberanía del pueblo'. Y finalmente: 'e) que el precedente de 1898 fue solamente circunstancial, no habiendo sentado una doctrina de alcance general en la materia' [...]

Digo, señor presidente, que esta Convención, como se ha manifestado, representa el poder más alto de la República, y está ejerciendo el poder constituyente y no está atada entonces a las directivas de la ley. El artículo 4º de la 24.309 dice que la Convención no podrá tocar otros temas que los enunciados en esa norma. Y ése es, concretamente, el motivo de mi agravio⁴¹⁶.

En una misma línea, el representante de la Unión Cívica Radical por La Pampa, BERTHONGARAY, dejó sentada la idea de atribuir una nueva jerarquía a los tratados internacionales. Al respecto expresó:

“en ese entonces, como durante toda la campaña electoral, dijimos que las puertas del constitucionalismo social estaban abiertas libremente a través del rango que queremos darle a los tratados internacionales.

⁴¹⁶ Ignacio FERREYRA DE LAS CASAS, *Diario de Sesiones de la Convención Constituyente de 1994*, Biblioteca Honorable Congreso de la Nación, pp. 562-564.

Quiero dar lectura a lo que en aquella oportunidad señalé en la Cámara de Diputados. Decía en diciembre: ‘Mediante la habilitación de este tema...’ -me refiero a la jerarquía de los tratados- ‘...estamos diciendo a la Convención Constituyente que tendrá que determinar cuál será el nivel y la jerarquía de los tratados internacionales dentro del ordenamiento jurídico’. Me refería a los tres sistemas más antiguos que le dan a los tratados la misma jerarquía que a las leyes, como el mejicano, el americano o el argentino, aunque los últimos fallos de la Corte han elevado esta interpretación a un estadio superior, como en el caso ‘Ekmekdjian contra Sofovich’. Aquellos tratados -exceptuando lo que establecen el artículo 25 de la Constitución alemana y el 7° de la de Costa Rica- tenían un estadio superior a las leyes, pero todavía no estaban en un pie de igualdad con la Constitución.

Finalmente, constituciones más modernas -como la española- establecen una jerarquía igual o superior a las leyes. Por lo tanto, pensamos que los tratados vinculados con los derechos humanos, como el Pacto de San José de Costa Rica o el Interamericano contra toda forma de discriminación de la mujer, o los referidos a cualquier tipo de violación como el apartheid o la tortura deben tener rango constitucional. A través de este tema, que está abierto para todos, seguramente la ancha puerta del constitucionalismo se va a ver remozada en esta Constitución”⁴¹⁷.

Cabe ahora retomar el argumento insinuado por el convencional y constitucionalista Alberto NATALE, respecto a que, numerosas Constituciones provinciales se refieren de manera expresa, que las Asambleas reformadoras de varias provincias argentinas sólo podían modificar los artículos expresamente habilitados por las legislaturas estadales, porque sus constituciones contenían disposiciones puntuales que así lo disponían. Este argumento es tomado por el convencional FERREYRA DE LAS CASAS en el debate constituyente, como se vio más arriba, precisamente, para demostrar que el artículo 30 de la Constitución Nacional, al no prever este requisito de manera explícita, no exige la sujeción de la Convención Constituyente a temario alguno que le quiera imponer el Congreso, al declarar la necesidad de reforma de la Constitución.

Un ejemplo de esta estructura constitucional se ve, de manera evidente, en la carta fundamental de la Provincia de Tierra del Fuego. En efecto, el artículo 194.1 dispone textualmente los siguiente: “la ley debe determinar: 1- Si la reforma es total o parcial, y en este último caso, cuáles son los artículos que se considere necesario reformar”⁴¹⁸. Luego esta disposición es completada por el artículo 195 que aclara aún más la competencia material de la Asamblea derivada. La norma expresa: “Límites de la reforma [...] Si la reforma es parcial, la Convención Constituyente no podrá apartarse de los artículos para cuyo tratamiento fue convocada. Se limitará a analizar y resolver los puntos previstos en la convocatoria pero no estará obligada a hacer la reforma si no lo creyere conveniente”⁴¹⁹.

Del texto transcrito surge, con claridad, cuál fue la voluntad del constituyente originario de segundo grado en la Provincia de Tierra del Fuego, al establecer límites materiales al proceso de reforma constitucional parcial. No hizo lo mismo el legislador constituyente nacional, al redactar el artículo 30, de ahí que se interprete que la convención constituyente de primer grado, no tenga límite alguno en cuanto al contenido de la reforma constitucional.

Otra cuestión a tener en cuenta, es un aspecto que nuestra Corte Suprema dejó aclarado en el precedente “Schiffrin”, ello, a través de los votos de la mayoría de la

⁴¹⁷ Antonio BERTHONGARAY, *Diario de Sesiones...*, ob. cit., pp. 705-706.

⁴¹⁸ *Constitución Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur*, artículo 194.1.

⁴¹⁹ *Ibidem*, artículo 195.

sentencia dictada el 27 de marzo de 2017. En concreto, surge patente la voluntad de abandonar la doctrina del caso “Fayt” y, con ello, modificar los estándares de apreciación de la actividad de la convención constituyente que ya no se regirán por un criterio estricto de escrutinio. Ahora, la CSJN requiere del juzgador “que la interpretación no puede ser restrictiva, como se desprende del caso ‘Fayt’, de manera de limitar severamente la soberanía de la Convención; por el contrario, el criterio de interpretación debe ser amplio, extensivo, y, en caso de duda, debe juzgarse a favor de la plenitud de poderes de la Convención”⁴²⁰. A ello agrega el juez Lorenzetti que: “[e]ste estándar, del más amplio respeto hacia la actividad de la Convención Constituyente, tiene sustento en un hecho de singular importancia: se trata de la voluntad soberana del pueblo, expresada a través de un órgano -como lo es la Convención Reformadora- que cuenta con el más alto grado de representatividad, ya que los ciudadanos eligen a los convencionales con plena conciencia y conocimiento de que llevarán a cabo en forma inmediata y concreta la misión de reformar la Ley Fundamental”⁴²¹.

En ese mismo sentido se ha expresado el juez Rosatti, en tanto afirma:

“que si bien es deseable y conveniente que los precedentes de esta Corte sean debidamente considerados y seguidos en casos posteriores, a fin de preservar la seguridad jurídica, esta regla no es absoluta ni impide la modificación de la jurisprudencia cuando existen causas suficientemente graves o median razones de justicia, entre las cuales se encuentra el reconocimiento del carácter erróneo de la decisión que no decide seguirse (Fallos: 183:409; 313:1333, disidencia del juez Petracchi; 329:759 y 337:47) [...] La doctrina utilizada en el caso “Fayt” debe ser abandonada y sustituida por un nuevo estándar de control, que sea deferente y respetuoso de la voluntad soberana del pueblo...”⁴²².

En respuesta al interrogante que se plantea como título de este acápite, se debe tener en claro que, la doctrina del caso “Fayt”, en tanto estándar de escrutinio estricto para valorar la validez de una reforma de la ley fundamental, debe ser abandonada, conforme lo expuesto por la mayoría de los integrantes de la Corte Suprema en el caso “Schiffrin” y ser sustituida por una que confiera mayor deferencia y respeto a la voluntad del pueblo, que se ve reflejada en la composición de la Asamblea reformadora.

Por las razones dadas, para la tesis internacionalista debe admitirse que la Convención Constituyente de 1994 se encontraba facultada para dotar con jerarquía constitucional o supraconstitucional a los instrumentos internacionales de derechos humanos.

⁴²⁰ CSJN, Fallos 340:257, caso “Schiffrin, Leopoldo Héctor contra Poder Ejecutivo Nacional sobre acción meramente declarativa”, 2017, considerando 7 inciso e), del voto del juez Lorenzetti.

⁴²¹ *Idem*, considerando 10 *in fine*. En el considerando 16 el ministro agrega: “En otras palabras, resulta necesario abandonar la doctrina del caso “Fayt”, y adoptar un nuevo estándar de control, que sea deferente y respetuoso de la voluntad soberana del pueblo expresada por la Convención Reformadora con las disposiciones que aprobare, pero que, a su vez, preserve en cabeza del Departamento Judicial la atribución para revisar dichas cláusulas y, como última *ratio* de la más marcada rigurosidad, descalificarlas”.

⁴²² *Idem*, considerandos 22 y 25 inciso g), del voto concurrente del juez Rosatti.

2. Argumentos a favor de la tesis internacionalista que surgen de las cláusulas incorporadas por la reforma constitucional de 1994

A. ¿Cómo se incorporan los tratados internacionales de derechos humanos al ordenamiento local en función a lo reglado por el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, según la tesis internacionalista?

Es evidente, que a partir de la reforma constitucional de 1994, operaron cambios significativos en el ordenamiento jurídico respecto de los referentes que actúan, al decir de PIZZOLO, como criterios iniciales de validez⁴²³. Es que la nueva redacción del inciso 22 del artículo 75 de la ley fundamental, para el autor citado, modificó de raíz el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico argentino. Al reconocérsele jerarquía constitucional a 11 tratados y convenciones internacionales de derechos humanos de manera directa y, la posibilidad de incorporar otros instrumentos de derechos humanos, se consagra una clara apertura hacia el derecho internacional de los derechos humanos⁴²⁴.

Explica PIZZOLO, que como consecuencia del nuevo inciso que se añade al artículo, que regula las facultades del Honorable Congreso de la Nación, se altera la clásica pirámide de KELSEN, que antes colocaba en su vértice a la Constitución Nacional sola. Ahora, esa figura kelseniana se transformó, como indicara también BAZÁN, en una suerte de trapecio, al achatarse la parte superior del triángulo, donde el reinado de la carta fundamental ya no es más absoluto, y exclusivo, sino que se constituyó en un gobierno mancomunado, conjuntamente con normas de fuente internacional, que pasan a gozar de su mismo rango. Para el doctrinario, la Constitución “ha renunciado a ejercer en soledad la función de concordancia, ha renunciado a ser fuente única de la validez jurídica del resto de las normas que forman parte del sistema”⁴²⁵.

Para PIZZOLO, lo expuesto no debe entenderse como que se hubiera sacrificado la noción de supremacía constitucional. Pues, los instrumentos internacionales, ahora

⁴²³ Véase Calogero PIZZOLO, “La relación entre la Corte Suprema de Justicia y la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la luz del bloque de constitucionalidad federal”, *El control de convencionalidad*, Susana Albanese (Coord.), Ediar, Buenos Aires, 2008, p. 189.

⁴²⁴ Véase Víctor BAZÁN, “El derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno en el escenario argentino: convergencias y desencuentros”, *El Derecho*, Buenos Aires, 2007, número 11.885, año XLV, p. 2. Agrega el autor que, si bien es cierto, que el ordenamiento jurídico argentino, admitía, antes de la modificación al texto de la Carta Constitucional en 1994, la posibilidad de incorporar normas convencionales internacionales a través de la regulación constitucional del sistema de aprobación de tratados internacionales, no es menos cierto que la reforma referida provocó la reingeniería de la jerarquía de fuentes hasta ese momento inédita en el escenario nacional referido a las mentadas normas internacionales.

⁴²⁵ Calogero PIZZOLO, “La relación entre la Corte Suprema...”, ob. cit., p. 190.

alcanzan la máxima jerarquía normativa, por una habilitación expresa de la propia Constitución. Fueron las propias disposiciones constitucionales las que invitaron a ciertos preceptos convencionales internacionales a compartir el orden jurídico interno, y no estos últimos, los que se impusieron en el rango constitucional. La Constitución sigue siendo, en esta idea, la norma fundante, esto es, el precepto normativo que configura todo el sistema como -por caso- determina qué jerarquía tienen normas no constitucionales como las normas convencionales internacionales. De suyo, en esta particularidad radica su supremacía⁴²⁶.

A fin de comprender la dimensión del cambio copernicano, en el sistema de fuentes, se debe explicar que a partir de la reforma constitucional de 1994, un conjunto de disposiciones convencionales internacionales ingresaron en, lo que el profesor PIZZOLO denomina, “fórmula primaria de validez”. Ella reúne las disposiciones de mayor rango jerárquico dentro del sistema que, hasta poco antes de la última modificación del texto constitucional, sólo integraban ese conjunto las normas constitucionales. La función de este plexo normativo es determinar, tanto los criterios de concordancia material, es decir los contenidos normativos inferiores⁴²⁷, como los criterios de concordancia formal, es decir, la competencia para la sanción de normas inferiores⁴²⁸. En este línea, se habla “de normas básicas de referencia para identificar las normas que habitan en la fórmula primaria de validez. Este tipo de normas contiene a los nombrados criterios de validez”⁴²⁹.

⁴²⁶ Véase Calogero PIZZOLO, *Constitución Nacional, anotada, comentada y concordada junto a los tratados internacionales con jerarquía constitucional y la jurisprudencia de los organismos internacionales de control*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2002, p. 393.

⁴²⁷ El artículo 18 de la Constitución Nacional pone un buen ejemplo al predicar que “Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas”. Este criterio material implica que ninguna norma inferior en el orden jurídico argentino puede, en consecuencia, establecer frente a la prohibición enunciada dicha pena en relación a causas políticas. Otro ejemplo lo constituye el tercer párrafo del artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que reza: “No se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido”. Al encontrarse el Estado argentino dentro de esta hipótesis, ninguna norma inferior puede, entonces, desconocer tal prohibición y restablecer la pena de muerte.

⁴²⁸ El inciso 12 del artículo 75 prescribe: “Corresponde al Congreso [...] Dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social, en cuerpos unificados o separados...”. Este criterio de concordancia formal establece, dentro de la estructura federal del Estado argentino, que los llamados códigos de fondo sean competencia del Congreso nacional privando de dicha competencia a las legislaturas provinciales. Por lo tanto, las normas inferiores se hallan imposibilitadas para designar otro órgano legislativo como productor de la citada legislación.

⁴²⁹ Calogero PIZZOLO, “La relación entre la Corte Suprema...”, ob. cit., p. 191. Como podrá apreciarse, a diferencia de KELSEN, quien sostiene que la noción de validez jurídica no puede inferirse de ningún contenido: “una norma jurídica es válida en cuanto ha sido creada de acuerdo con determinada regla, y sólo por ello” (Hans KELSEN, *Teoría general del derecho y del Estado*, Imprenta de la Universidad Autónoma de México, México D.F., 1958, p. 133). Se entiende que tal noción no sólo refiere a la producción normativa en sentido formal, sino también a la producción normativa en sentido material, esto es, a los contenidos referenciales. Así, la norma de mayor jerarquía impone a la inferior no sólo los pasos para su creación sino un contenido específico. El artículo 15 (CN), por ejemplo, prohíbe la esclavitud y el inciso 13 del artículo 75 (CN) reconoce al Congreso Federal la competencia para reglar el comercio con las naciones extranjeras, y con las provincias entre sí. Sendas normas integran la fórmula primaria de validez y determinan la labor del legislador ordinario: éste puede reglar en general el comercio interno y externo, pero no en particular reglar el comercio de seres humanos esclavizados. La competencia existe, pero existe una prohibición para ejercerla respecto al comercio de esclavos. Si el Congreso Federal sancionara finalmente una norma violando dicha prohibición, la validez de la misma

Continúa PIZZOLO y refiere que, en este marco de razonamiento, resultan válidos, en el sistema jurídico argentino, sólo los preceptos normativos que sean concordantes, material y formalmente, con las apuntadas disposiciones básicas de referencia. De este modo, la determinación de su validez, como de suyo se comprende, necesita de un ejercicio previo de interpretación jurídica a cargo de quién es el órgano de aplicación del derecho⁴³⁰. Tal ejercicio conforma lo que se conoce como control de constitucionalidad, el que actúa en defensa de las normas básicas de referencia o, lo que es lo mismo, de su posición privilegiada dentro del ordenamiento del derecho local. De ahí que, este tipo de control, en tanto revisión de índole jurídica, “asume el valor de una garantía a favor de las normas jurídicas que en razón de su máxima jerarquía condicionan la validez de las restantes normas que forman parte del orden jurídico”⁴³¹.

Para el citado autor, quién y cómo certifican la validez de un precepto jurídico, a través de su control, es una decisión que se manifiesta en las disposiciones fundadoras del régimen, es decir, en los preceptos constitucionales que instituyen “a tal fin la fórmula primaria de validez e instituyen las normas básicas de referencia que la componen junto al operador preferente que las aplica”⁴³². Verbigracia, en Argentina, una ley sancionada por el Honorable Congreso puede ser interpretada por los académicos como inconstitucional, sin embargo, su validez jurídica sólo puede ser acreditada, o desacreditada, por una hermenéutica jurídica hecha, como se lleva dicho, por el órgano aplicador del derecho⁴³³. Esta última interpretación, en palabras de KELSEN, es “siempre auténtica. Crea derecho”⁴³⁴.

Destaca el juez Boggiano en el considerando 8, segunda parte del caso “Arancibia Clavel” que:

“tanto la incorporación, la recepción como la adaptación son métodos de nacionalización de los tratados. El artículo 75 inciso 22 dispone una referencia y no alguno de los citados métodos de nacionalización. En materia de derechos humanos la reforma de 1994 ha seguido una orientación internacionalista a fin de alcanzar la mayor uniformidad posible en las decisiones evitando todo amorío con soluciones de *genius loci* particularista”⁴³⁵.

Ahora bien, cabe preguntarse: ¿Cómo arriba el órgano de aplicación del derecho al juicio de validez jurídica? La respuesta es obvia, deberá adecuar sus resoluciones a los aludidos criterios de concordancia material y formal. Dicho de otro modo, el operador deberá seguir las normas que se encuentran en la cúspide del

podría ser cuestionada judicialmente -a instancia de parte o de oficio-, no por su inconcordancia formal, sino por su inconcordancia material.

⁴³⁰ Véase *ibidem*, p. 192. Expone el autor que: “[s]e distinguen así dos tipos de interpretación: ‘la interpretación del derecho por el órgano jurídico de aplicación, y la interpretación del derecho que no se efectúa por un órgano jurídico, sino por una persona privada y, especialmente, por la ciencia del derecho’” (Hans KELSEN, *Teoría pura...*, ob. cit., p. 349).

⁴³¹ Calogero PIZZOLO, “La relación entre la Corte Suprema...”, ob. cit., p. 192.

⁴³² *Ibidem*.

⁴³³ Véase *Ibidem*. Agrega el autor: “Como se puede apreciar, una cosa es preguntarse cuándo una norma es válida jurídicamente, y otra bien distinta, quién acredita dicha validez”.

⁴³⁴ Hans KELSEN, *Teoría pura...*, ob. cit., p. 354.

⁴³⁵ CSJN, Fallos 327:3312, caso “Arancibia Clavel”, 2004, según su voto juez Boggiano, considerado 8 segunda parte.

ordenamiento o, lo mismo, deberá ajustar sus resoluciones a las disposiciones que poseen aptitud para influir sobre el resto del plexo normativo⁴³⁶.

Bajo esta lógica, el control judicial cuando se propone fijar la validez jurídica, emplea “componentes del elemento común que hilvana cada norma uniéndola a un solo entramado (el orden jurídico). La validez es una característica omnipresente en todo el sistema”⁴³⁷. Para decirlo con otras palabras, cualquier disposición dentro de un régimen jurídico requiere guardar adecuación con las normas básicas de referencia para ser considerada como una disposición normativa válida desde el punto de vista jurídico⁴³⁸. En esta misma línea para un kelseniano, “todas las normas cuya validez pueden ser referidas a una y la misma norma fundamental -en nuestro razonamiento la fórmula primaria de validez- constituyen un orden o sistema normativo. Esta norma fundamental representa, como ‘fuente común’, el vínculo entre todas las diversas normas que integran un determinado orden”⁴³⁹.

Es importante señalar, que en el régimen jurídico argentino, para PIZZOLO, la fórmula primaria de validez presenta un carácter mixto, vale decir, está formada no sólo por normas constitucionales sino por normas de fuente extranjera -las normas convencionales internacionales con jerarquía constitucional-, característica que potencia su condición heterogénea. De ahí que, un precepto jurídico resulta válido, en el sistema argentino, en tanto no se oponga al texto constitucional como también al contenido de los instrumentos internacionales que comparten su jerarquía. “Este conjunto normativo que opera como sistema de fuentes es reconocido por la doctrina como ‘Bloque de Constitucionalidad Federal’ (BCF). El mismo es definido por BIDART CAMPOS como un conjunto normativo que tiene disposiciones, principios o valores materialmente constitucionales, fuera del texto de la constitución documental, y tiene como fin ser parámetro para el control de constitucionalidad de las normas infraconstitucionales”⁴⁴⁰.

De lo hasta aquí reseñado, surge para el profesor PIZZOLO, que la “fórmula primaria de validez” del orden jurídico de la República, es decir el método a partir del cual es posible sostener qué preceptos jurídicos son válidos, se conforma de la siguiente manera: FPV=BCF=CN+IIJC. El bloque constitucional federal -para la tesis internacionalista- se integra, consecuentemente, por dos subsistemas: uno compuesto por las normas constitucionales, otro, conformado por los instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional. Lo expuesto permite coincidir -a los partidarios de la tesis tratada en esta parte del trabajo- con la doctrina que rechaza que los tratados y convenciones internacionales con jerarquía constitucional fueron incorporados al texto de la Constitución Nacional. Estos plexos normativos gozan, en

⁴³⁶ Calogero PIZZOLO, “La relación entre la Corte Suprema...”, ob. cit., p. 193.

⁴³⁷ *Ibidem*.

⁴³⁸ *Ibidem*.

⁴³⁹ *Ibidem*. Afirma KELSEN: “que una norma pertenece a un determinado sistema de normas, a determinado orden normativo, se puede comprobar solamente si deriva su validez de la norma fundamental que integra o constituye el orden” (Hans KELSEN, *Teoría general del derecho y del Estado...*, ob. cit., pp. 130 y 131).

⁴⁴⁰ *Ibidem*. Véase para profundizar la idea Germán J. BIDART CAMPOS, *El derecho de la constitución y su fuerza normativa*, Ediar, Buenos Aires, 1995, pp. 265-267.

principio, de jerarquía constitucional sin estar incorporados a la Constitución y, fuera de su articulado, integran el BCF⁴⁴¹.

Para progresar en el conocimiento del BCF, como fórmula primaria de validez, se hace necesario avanzar en la caracterización de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos hacia los cuales se abre nuestro ordenamiento jurídico. El tono mixto de la fórmula primaria de validez, representado por el subsistema constitucional y el subsistema de los instrumentos internacionales, no sólo se distingue por su naturaleza heterogénea en virtud de congregar en un mismo bloque normas de origen diverso -nacionales e internacionales-, sino que tal naturaleza se potencia al analizar el segundo de los subsistemas. Mientras el texto constitucional exhibe cierta cohesión interior, al presentarse en un código unitario de normas, la agrupación de diversos instrumentos internacionales en un subsistema presenta, ante todo, algunos problemas de orden terminológico que requieren ser superados.

Siguiendo a BAZÁN, el panorama descripto, luego de la reforma constitucional de 1994, coloca al juzgador frente a un escenario mucho más complejo al tener que resolver un caso y utilizar herramientas tales como el control de constitucionalidad. Esto ocurre, específicamente, cuando analiza la compatibilidad de disposiciones, actos u omisiones respecto del BCF. A partir de la redacción del artículo 75 inciso 22, el juez nacional se enfrentará a una nueva realidad y no buscará la solución del conflicto apoyado, únicamente, en preceptos codificados en la carta constitucional. Actualmente, debe arribar a la solución justa, merituando también los instrumentos internacionales que cuentan con jerarquía constitucional. Para el autor es “indudable que la creciente evolución del derecho internacional de los derechos humanos diversifica los retos que se posan sobre la magistratura judicial, entre los que se cuenta la imprescindibilidad de manejar una multiplicidad de fuentes (otrora inexistentes o con una carga preceptiva entonces posible de mediatizar) y de reestudiar diversas categorías jurídicas a la luz de pautas internacionales”⁴⁴².

A lo dicho agrega BAZÁN que: “cualquier interpretación de la perspectiva subconstitucional no pondrá prescindir válidamente de dichos datos de la realidad constitucional ni soslayar la posibilidad de ser encausada de conformidad con la Constitución, el derecho internacional de los derechos humanos y los pronunciamientos de la Corte Interamericana, sin eludir tampoco la fuerza perceptiva de las recomendaciones de las Comisión Interamericana y de otros órganos internacionales de supervisión de la materia”⁴⁴³.

Hechas estas aclaraciones, y como se demostrará en los acápite que siguen de esta parte de la investigación, la inserción del derecho internacional convencional de los derechos humanos, en el ordenamiento jurídico de la República Argentina, tiene particularidades que conducen a analizar el fenómeno desde tres planos.

- a) El primero de ellos está vinculado a la *res legislata*, la *res pactata*, y la *res declarata*. Este aspecto de la normatividad, este verdadero plexo jurídico, en principio, se incorpora al escenario nacional en los términos reglados por el artículo 75 inciso 22, es decir, con jerarquía

⁴⁴¹ Véase Germán BIDART CAMPOS, *Tratado elemental de derecho constitucional...*, ob. cit., t. VI, pp. 555-556.

⁴⁴² Víctor BAZÁN, “El derecho internacional de los derechos humanos...”, ob. cit., p. 2.

⁴⁴³ *Ibidem*.

constitucional. Integra, como vimos, el bloque de constitucionalidad federal y, aunque no se encuentre dentro del texto de la carta constitucional, goza de rango similar al de los derechos y garantías consagrados en ella. Tal circunstancia, obliga al juzgador, en caso de conflicto normativo entre una disposición de los instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional y la Constitución, a extremar sus esfuerzos para armonizar las disposiciones de fuente interna como las de fuente internacional. Esta realidad, trastocó radicalmente la labor del juzgador que necesariamente debe abandonar el método de la subsunción. El derecho, a partir de las nuevas reglas, devino en menos previsible y le exige, al juez nacional, utilizar en el terreno de la hermenéutica constitucional, la técnica de la ponderación de principios, valores y conceptos jurídicos indeterminados⁴⁴⁴. Subraya BAZÁN, en este sentido, que la teoría de la argumentación jurídica puede constituirse en una herramienta idónea para que el juez doméstico, apoyándose en cláusulas de contenido abierto, en principios, en conceptos indeterminados, en valores, entre otros, embeba de legitimidad su decisión, de manera que demuestre, racionalmente, que la solución a la que arriba es la que con mayor justicia se adecua a la voluntad de las normas de la Constitución y del derecho internacional de los derechos humanos. Para ello, debe asumir “como realidad incuestionable la renovación del sistema de fuentes del derecho, la extensión formal y material del parámetro de control de constitucionalidad, para cuya configuración ha contribuido el incesante desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos y la citada adjudicación de jerarquía constitucional, originaria o derivada, a un importante repertorio de instrumentos sobre aquella materia”⁴⁴⁵. Otra interpretación, no menos valiosa, podría ubicar a la CADH en un plano de supraconstitucionalidad, dado que la *res legislatata*, la *res pactata* y la *res declarata* resultan alcanzada por el artículo 27 de la Convención de Viena de 1969, y por ello no es posible incumplir con sus preceptos y alegar la transgresión del derecho interno de un Estado signatario, incluso, cuando se invoca a la propia constitución de ese país.

- b) El segundo plano se relaciona con la *res iudicata*. Una solución acorde con la dogmática de la tesis internacionalista, ubica a este tipo de disposiciones en un escenario de supraconstitucionalidad. Tal criterio se asienta sobre la base de considerar como obligatorias las sentencias contenciosas de la Corte IDH, respecto del país que integra la *litis* internacional, conforme lo estipulado esencialmente por el artículo 68 de la CADH. Vale recordar, que las sentencias del alto órgano interamericano son definitivas e inapelables, así, una vez dictadas, se transforman en pronunciamientos firmes y pasados en autoridad de cosa

⁴⁴⁴ Un ejemplo del grado de complejidad de la tarea que se compete al juez doméstico, es posible encontrarla en el caso del principio *pro homine*, el cual habilita a aquél, ante un conflicto entre la norma internacional de derechos humanos y la interna de la misma especie, a optar por la solución que brinde mayor tutela a los derechos humanos en pugna sea que esta provenga del plano local o extranjero. Este principio, se agrega, se encuentra previsto reglado por el artículo 29 de la CADH.

⁴⁴⁵ *Ibidem*, p. 3.

juzgada internacional, situación que, para cierta doctrina, les otorga el carácter de pronunciamientos jurisdiccionales ejecutorios y obligatorios para el Estado condenado⁴⁴⁶. Además, el artículo 25.2 inciso c, de la CADH impone a los Estados signatarios el compromiso, en materia de protección judicial, de “garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”. Estas obligaciones que asignan expresos artículos de la CADH, en tanto obligan a los estados signatarios a acatar las sentencias contenciosas de la Corte IDH, es decir la *res iudicta*, resultan alcanzadas por el artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados y, por este motivo, no pueden dejar de cumplirse alegando la transgresión del derecho interno del Estado condenado, aún la violación de la propia Constitución. Cabe recordar, que la propia CSJN indicó que ella estaba obligada a acatar una sentencia de la Corte IDH, incluso, cuando posea una argumentada disidencia respecto del *holding* de esa decisión y aunque juzgue que esa sentencia puede afectar derechos de particulares⁴⁴⁷. Como se verá más abajo, esta doctrina se repite en el caso “Espósito”, donde la CSJN, a través del voto de la mayoría, sostuvo que las sentencias de la Corte IDH resultan de “cumplimiento obligatorio para el Estado argentino (artículo 68.1, CADH)” y por ello el alto estrado nacional debe subordinar el contenido de sus sentencias a las del tribunal internacional⁴⁴⁸.

- c) El tercero de los planos se vincula a la jerarquía con la que se inserta al ordenamiento jurídico argentino la *res interpretata*. Como puede apreciarse de la lectura de ciertos fallos de la Corte Suprema, que serán tratados en breve en este segmento de la tesis, surge patente que dicho tribunal utilizó, a lo largo de su historia, jurisprudencia de la Corte Interamericana y lo hizo a partir del caso “Ekedkmejian vs. Sofovich”⁴⁴⁹, antes de la última reforma constitucional, basándose en la exégesis que la Corte IDH efectuó de la CADH, para aplicar la interpretación que hizo del artículo 14.1, en torno a los alcances del derecho de réplica. Cobra honda significación, entonces, lo resuelto por la CSJN, en el caso “Girolodi”, cuando sostuvo que la expresión “en las condiciones de su vigencia” a las que nos remite el artículo 75 inciso 22, significa en el modo que rige la CADH en el escenario internacional y “considerada particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y

⁴⁴⁶ Véase Carlos M. AYALA CORAO, “La ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Estudios Constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca, Santiago de Chile, 2007, año 5, número 1, p. 134.

⁴⁴⁷ Véase Víctor ABRAMOVICH, “Una nueva institucionalidad pública. Los tratados de derechos humanos en el orden constitucional argentino”, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, Centro de Estudios Legales y Sociales, Buenos Aires, 2007, IV. Del voto de los jueces Petracchi y Zaffaroni.

⁴⁴⁸ Véase CSJN, Fallos 327:5668, caso “Espósito, Miguel Ángel s/ incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa -Bulacio, Walter David-”, 2004, considerando 6 del voto de la mayoría.

⁴⁴⁹ CSJN, Fallos 315:1492, caso “Ekmekdjian c/ Sofovich”, 1992.

aplicación, de ahí que la aludida jurisprudencia 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 Convención Americana”⁴⁵⁰. De lo expuesto, se puede apreciar que la jurisprudencia contenciosa y consultiva de la Corte IDH, se constituyen en una suerte de CADH viva, al ser interpretada y adaptada a la realidad de un mundo en constante cambio y evolución. Por ello, toda la hermenéutica que el tribunal de San José efectuó, se incorporará al ordenamiento nacional en iguales condiciones que la Convención, es decir, en principio, en un plano de constitucionalidad. Otra interpretación, no menos valiosa, podría ubicar a la jurisprudencia internacional en un plano de supraconstitucionalidad y, de este modo, la *res interpretata*, al resultar alcanzada por el artículo 27 de la Convención de Viena de 1969, impide que se incumpla con su doctrina, alegando la transgresión del derecho interno de un Estado signatario, incluso, cuando se invoca la transgresión de la propia carta constitucional.

En síntesis, podría ubicarse a todo el derecho internacional de los derechos humanos que ingresa al ordenamiento jurídico argentino, en un escenario de supraconstitucionalidad dado que la *res legislata*, la *res pactata* y la *res declarata* resultan alcanzada por el artículo 27 de la Convención de Viena de 1969. Por ello, no es posible incumplir con los preceptos plasmados en los instrumentos internacionales alegando, para su inobservancia, la transgresión al derecho interno de la República Argentina, incluso, cuando se invoca a la propia Constitución federal. Al mismo tiempo, el artículo 68.1 de la CADH, en tanto obliga a los estados signatarios a acatar las sentencias contenciosas de la Corte IDH, es decir la *res iudicta*, resulta también alcanzada por el artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados y, por tal circunstancia, no pueden dejar de cumplirse las sentencias de los tribunales internacionales alegando la transgresión del derecho interno, aún cuando la violación afecte preceptos de la propia Constitución argentina. Por último, la hermenéutica que del derecho internacional de los derechos humanos hagan los tribunales internacionales, debe considerarse que ingresa a nuestro ordenamiento local en un plano supraconstitucional y, de este modo, la *res interpretata*, al resultar alcanzada por el artículo 27 de la Convención de Viena de 1969, obliga a la Nación Argentina a seguir aquella doctrina, al impedir que se invoque la transgresión del derecho interno de nuestro país para no acatar la “jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos”, incluso, cuando esta violación afecte a la propia Constitución Nacional.

B. ¿Cómo interpreta la tesis internacionalista la frase: “...en las condiciones de su vigencia...” del art. 75 inc. 22.2?

⁴⁵⁰ CSJN, Fallos 318:514, caso “Giroldi, Horacio David y otro s/ recurso de casación - causa n° 32/93”, 1993.

En relación al interrogante que se formula, como título de este punto, resulta necesario adelantar que existen, al menos, dos criterios exegéticos para explicar los alcances del pasaje del artículo 75 inciso 22.2 transcrito más arriba. En este punto del capítulo se analizará uno de ellos: el de la postura internacionalista, conforme los argumentos que surgen de la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. El otro criterio será abordado en la tercera parte de esta investigación.

1) La opinión de la doctrina

Con el propósito de comprender cuál es el alcance que la tesis en trato otorga a los tratados internacionales de derechos humanos, y comprender, a cabalidad, la verdadera dimensión que éstos ostentan en el ordenamiento jurídico nacional, se debe tener en cuenta que la jerarquía constitucional que adquieren es, de acuerdo al artículo 75 inc. 22.2, “en las condiciones de su vigencia”.

Los autores de la especialidad debaten sobre el alcance que debe asignársele a la frase incorporada al artículo 75 inciso 22 de la Carta constitucional. La doctrina no es pacífica respecto de este tema. BAZÁN, expone que el fenómeno que experimenta el constitucionalismo universalista lleva inexorablemente a admitir que la función interpretativa, y sobre todo la del juez nacional, debe desenvolverse no sólo considerando al texto de la Constitución, sino también al derecho internacional de los derechos humanos, tarea que exige conocer, a cabalidad, y aplicar las pautas de, “los repertorios de pronunciamiento de la Comisión Interamericana y la jurisprudencia de la Corte Interamericana en sus precedentes jurisdiccionales y opiniones consultivas”⁴⁵¹. Apunta, en tal sentido, que el mandato de la Corte IDH exige que, al momento de interpretar la CADH, se debe tener en cuenta la *res legislata*, la *res pactata* y la *res declarata*, es decir, la literalidad de aquel instrumento internacional; y, además, la hermenéutica que efectúa el alto estrado internacional en su rol de intérprete último y final de la Convención⁴⁵².

Llama la atención la posición que frente a la cuestión asume el recordado profesor EKMEKDJIAN, pues por un lado mantiene la idea de que la Constitución Nacional se encuentra por encima de los tratados internacionales de derechos humanos al indicar que: “para nosotros, la Constitución Nacional no puede estar por debajo de ningún tratado internacional de cualquier tipo, en tanto no se derogue su artículo 27 [...] la propia Corte Suprema de Justicia aclaró que la supremacía del derecho internacional sobre el derecho interno es respetando los principios de nuestro derecho constitucional”⁴⁵³. Por el otro, apoya la línea argumental de la CSJN en el caso “Giroldi” y afirma que la frase “en las condiciones de su vigencia” se refiere a la forma en que el tratado rige en el ámbito internacional, es decir, como resulta interpretado por los tribunales internacionales competentes, cuestión que fuera expresamente abordada por la más alta instancia local en el precedente ya mencionado

⁴⁵¹ Víctor BAZÁN, “El derecho internacional de los derechos humanos...”, ob. cit., p. 10.

⁴⁵² Véase *ibidem*.

⁴⁵³ Miguel Ángel EKMEKDJIAN, *Tratado de Derecho...*, ob. cit., t. IV, p. 621.

“Ekmekdjian vs. Sofovich”⁴⁵⁴. Cabe recordar, que en ese precedente se sostuvo: “la interpretación que efectúe la Corte Interamericana del texto del Pacto de San José de Costa Rica, es obligatoria para la Corte Suprema. En el caso ‘Girolodi’ se extendió ese principio a todos los tratados mencionados en el inciso 22 del artículo 75 de la Constitución Nacional”⁴⁵⁵.

Para GELLI, el valor de la jurisprudencia de los organismos internacionales de derechos humanos será mayor cuando surge de la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH, principalmente, cuando emana de casos donde el país es parte. En línea con lo expuesto subraya que: “los demás fallos, tienen valor de precedente y para su aplicación específica a otros casos, los supuestos de hechos de la regla deben ser idénticos”⁴⁵⁶. Para la autora, resultan más importantes, a los efectos de considerar los alcances de la voz “en las condiciones de su vigencia”, las opiniones consultivas que la *res interpretata*. Refiere que tanto los abogados como los jueces nacionales, recurren a este tipo de instrumentos para fundar sus pedidos o decisiones. Incluso, indica que los ciudadanos, una vez agotadas las instancias internas, recurren a las instancias internacionales, apoyándose, para ello, en la hermenéutica que de la Convención efectúa la Corte IDH. Para la destacada constitucionalista, el cuadro descripto configura “una transformación sustantiva que impacta en el derecho interno de los Estados y genera variadas tensiones en un proceso aún no consolidado. Por de pronto, puede afirmarse que las opiniones consultivas de la Corte Interamericana constituyen una fuente de derecho interno a la que recurren los tribunales y, en especial, la Corte Suprema”⁴⁵⁷.

En relación a las reservas que se efectúan respecto de los tratados de derechos humanos, se debe tener en cuenta que el Comité de Derechos Humanos -organismo de control del PIDESC-, al igual que la Corte IDH en su jurisprudencia, ponen de resalto su preocupación para con las reservas efectuadas en términos generales, dado que, básicamente, podrían privar de efecto a todos los derechos enunciados en el respectivo instrumento internacional. Sobre todo, aquellas reservas formuladas con la finalidad de evitar la modificación de las leyes nacionales y, con ello, incumplir las obligaciones contenidas en el respectivo tratado. De esta manera, sostiene el mentado Comité, no se aceptan auténticos derechos u obligaciones internacionales⁴⁵⁸.

El nombrado Comité también se expidió sobre los efectos jurídicos de las reservas, de los Estados partes, hechas en violación a sus obligaciones internacionales. La consecuencia normal de una reserva inapropiada no quita vigor al instrumento internacional. Antes bien, será aplicado el pacto con prescindencia de aquélla, al admitirse que “el Pacto será aplicable para la parte que formule la reserva sin que la reserva se tenga en cuenta”⁴⁵⁹. La voz “en las condiciones de su vigencia”, no puede interpretarse en el sentido de permitir reservas o declaraciones interpretativas que

⁴⁵⁴ CSJN, Fallos 315:1492, caso “Ekmekdjian c/ Sofovich”, 1992.

⁴⁵⁵ Miguel Ángel EKMEKDJIAN, *Tratado de Derecho...*, ob. cit., t. IV, p. 623.

⁴⁵⁶ María Angélica GELLI, *Constitución de la Nación Argentina...*, ob. cit., p. 711.

⁴⁵⁷ *Ibidem*, p. 710.

⁴⁵⁸ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General número 9, “La aplicación interna del Pacto” (1988), adoptada en el 19º Período de Sesiones, párrafo 12.

⁴⁵⁹ *Ibidem*, párrafo 18.

frustren, el objeto y el fin, a partir del cual se aprueba un tratado internacional de derechos humanos⁴⁶⁰.

Es el órgano internacional de control el encargado de establecer la procedencia o improcedencia de cualquier reserva o declaración interpretativa. De igual forma, tal órgano determina, a través de su jurisprudencia, los distintos estándares o niveles de protección, al interpretar el alcance de las obligaciones asumidas por el Estado parte. Para este último, se encuentra prohibido decidir cómo cumplir con su obligación internacional en materia de derechos humanos, es decir, que no puede fijar un límite, por intermedio de una reserva o declaración, a la obligación que surge de fuente internacional. Caso contrario, podría darse el supuesto en el cual, el país que ratifica un instrumento internacional sobre derechos humanos, se convierta en juez y parte. En tanto pueda obligarse a cumplir, pero también a juzgar cómo y hasta dónde cumplir con las disposiciones de un tratado internacional de derechos humanos. Todo ello, como se expuso, es manifiestamente incompatible con un mecanismo de tutela de los derechos humanos. En síntesis, para la doctrina, que los tratados rijan en las condiciones de su vigencia, implica que lo hagan conforme rigen a nivel internacional y de acuerdo a la hermenéutica que de ellos hagan los tribunales internacionales.

2) La opinión de la CSJN

La CSJN, antes de la reforma de la Carta constitucional de 1994, adelantó, en julio de 1992, los criterios que luego fueron recogidos en la innovación de la ley fundamental. En efecto, en el fallo “Ekmekdjian”, citado más arriba, la Corte utilizó, como argumento de su decisión, la exégesis que la Corte IDH realizó respecto de la Convención Americana, e indicó que la interpretación del instrumento internacional de derechos humanos debe guiarse por la jurisprudencia del tribunal internacional. En esa ocasión, se siguió la interpretación que la Corte de San José efectuó en relación al artículo 14.1 de la CADH⁴⁶¹. Luego, la doctrina sentada fue reiterada, de cierta manera, en el caso “Servini de Cubría”, en el mes de septiembre del mismo año⁴⁶².

Si bien se adelantó en el acápite anterior una síntesis del criterio sentado por la Corte Suprema en el caso “Girolodi”, no es sobreabundante recordar lo dicho, de manera expresa, en esa oportunidad respecto de cómo concibe la CSJN la frase “en las condiciones de su vigencia” bajo la que adquiere jerarquía constitucional el Pacto de San José de Costa Rica. Para el alto estrado, la voz traduce cómo rige la Convención en el escenario internacional “considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y

⁴⁶⁰ En este sentido no debe olvidarse que la CIDFP -con jerarquía constitucional- en su artículo XIX reza claramente que: “los Estados podrán formular reservas a la presente Convención en el momento de firmarla, ratificarla o adherirse a ella, siempre que no sean incompatibles con el objeto y propósito de la Convención y versen sobre una o más disposiciones específicas”.

⁴⁶¹ Véase CSJN, Fallos 315:1492, caso “Ekmekdjian c/ Sofovich”, 1992, considerando 21 y subsiguientes del voto de la mayoría.

⁴⁶² Véase CSJN, Fallos 315:1943, caso “Servini de Cubría, María Romilda s/ amparo. (S. 303- S. 292)”, 1992.

aplicación, de ahí que la aludida jurisprudencia debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado argentino admitió la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana⁴⁶³.

El Máximo Tribunal de Justicia de la Nación aplicó, entonces, los instrumentos internacionales de derechos humanos conforme los términos de la jurisprudencia de los tribunales internacionales en sentido amplio. Incluyendo las decisiones y recomendaciones de los organismos internacionales de control, en salvaguarda de los derechos humanos tutelados. Cabe consignar, como se verá, que en muchos casos lo hizo aún de oficio (en los precedentes “Arancibia Clavel”⁴⁶⁴, “Simón”⁴⁶⁵, “Videla”⁴⁶⁶, “Massera”⁴⁶⁷, “Rodríguez Pereyra”⁴⁶⁸, etcétera), con mayor intensidad, en sus recientes pronunciamientos (por ejemplo en el caso “Carranza Latrubesse”⁴⁶⁹).

Como puede verse, también, la CSJN expresó una mayor aplicación de la jurisprudencia internacional de los derechos humanos, a la hora de interpretar la cláusula constitucional en estudio. Para ésta, poseen fuerza vinculante y conforman el “Bloque de Constitucionalidad Federal” que deben aplicar los jueces del sistema interno. Entre otras, las sentencias definitivas e inapelables de la Corte IDH referidas al país que ratificó la CADH en ejercicio de su competencia contenciosa (artículo 68.1 del Pacto de San José); los documentos que la Corte IDH emite (tanto dentro de su competencia jurisdiccional cuando dicta sentencias en relación a otros Estados - siempre que la doctrina del caso se considere aplicable en un eventual litigio interno por violación de derechos humanos- como dentro de la consultiva, cuando emite esta clase de opiniones)⁴⁷⁰; y, los informes finales y recomendaciones de la Comisión IDH referidas al país que ratificó la Convención Interamericana. De esta manera, podría decirse que, la Corte Suprema, interpretó en su más amplia forma, la expresión “en las condiciones de su vigencia” del artículo 75 inciso 22 de la Carta constitucional.

A propósito de la cuestión sostuvo el juez Boggiano: “que los ‘referidos tratados’ no se han ‘incorporado’ a la Constitución argentina convirtiéndose en derecho interno, sino que por voluntad del constituyente tal remisión lo fue ‘en las

⁴⁶³ CSJN, Fallos 318:514, caso “Giroldi”, 1993, considerandos 5 y 11 del voto de la mayoría.

⁴⁶⁴ CSJN, Fallos 327:3312, caso “Arancibia Clavel”, 2004.

⁴⁶⁵ CSJN, Fallos 328:2056, caso “Simón”, 2005.

⁴⁶⁶ CSJN, Fallos 333:1657, caso “Videla Jorge Rafael – Massera Mario Emilio Eduardo sobre recurso de casación”, 2010.

⁴⁶⁷ *Ibidem*.

⁴⁶⁸ CSJN, Fallos 335:2333, caso “Rodríguez Pereyra Jorge Luis y otra c/ Ejército Argentino s/daños y perjuicios”, 2012.

⁴⁶⁹ CSJN, Fallos 336:1024, caso “Carranza Latrubesse”, 2013.

⁴⁷⁰ En tal sentido sostuvo el juez Boggiano que los instrumentos internacionales “... deben ser aplicados en la Argentina tal como funcionan en el ordenamiento internacional incluyendo, en su caso, la jurisprudencia internacional relativa a esos tratados y las normas de derecho internacional consuetudinario reconocidas como complementarias por la práctica internacional pertinente. La referencia a los Tratados - Constitución incluye su efectiva vigencia en el derecho internacional como un todo sistemático (CSJN, Fallos 320:2145, caso ‘Arce, Jorge Daniel s/ recurso de casación’, 1997, considerando 7°). Los Estados y entre ellos la Argentina han reducido grandemente el ámbito de su respectiva jurisdicción interna por vía de acuerdo con muchos tratados y declaraciones sobre derechos humanos y participando en la formación de un delineado cuerpo de derecho consuetudinario internacional sobre derechos humanos” (CSJN, Fallos 327:3312, caso “Arancibia Clavel”, 2004, considerando 11 del juez Boggiano, según su voto).

condiciones de su vigencia' [...]. Mantienen toda la vigencia y vigor que internacionalmente tienen y éstas le provienen del ordenamiento internacional en modo tal que 'la referencia' que hace la Constitución es a tales tratados tal como rigen en el derecho internacional y, por consiguiente, tal como son efectivamente interpretados y aplicados en aquel ordenamiento"⁴⁷¹.

Corresponde añadir, que el máximo estrado nacional también aplicó observaciones y recomendaciones de otros órganos de control, como los Comités de Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, del Pacto Internacional de Derechos Económicos y Culturales y del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, del Comité Contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles Inhumanos y Degradantes, del Comité de Derechos del Niño, las Reglas de Beijing, las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, etcétera⁴⁷².

Esta comprensión amplia no significa restringir el rol de la CSJN -en último término- como integradora del "Bloque de Constitucionalidad Federal", sino justamente, se trata de resguardar el cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas por la Argentina y por consiguiente evitar la pertinente atribución de responsabilidad internacional, ante un incumplimiento generado a instancias de fuente extranjera.

En síntesis, para la tesis internacionalista, la frase "en las condiciones de su vigencia", plasmada en el artículo 75 inciso 22.2 de la Constitución Nacional, conforme lo explican los autores individualizados y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, significa que los instrumentos internacionales de derechos humanos rigen en la República Argentina, tal como resultan interpretados y aplicados en el ordenamiento internacional. Esto incluye a la jurisprudencia internacional relativa a esos instrumentos y las normas de derecho internacional consuetudinario reconocidas como complementarias por la práctica internacional pertinente.

Además, la jurisprudencia internacional que interpreta instrumentos internacionales de derechos humanos *-res interpretata-*, se posiciona en un escenario de supraconstitucionalidad, al resultar alcanzada por el artículo 27 de la Convención de Viena de 1969. Ello impide que se incumpla con su doctrina, alegando la transgresión del derecho interno de un Estado signatario, incluso, cuando se invoca la transgresión de la propia carta constitucional.

⁴⁷¹ CSJN, Fallos 327:3312, caso "Arancibia Clavel", 2004, considerando 11 del juez Boggiano, según su voto.

⁴⁷² CSJN, Fallos 328:1146, caso "Verbitsky, Horacio *s/habeas corpus*", 2005; CSJN, Fallos 329:5266, caso "Asociación Lucha por la Identidad Travesti-Transexual c/Inspección General de Justicia", 2006; CSJN, Fallos 332:1963, caso "Arbola, Sebastián y otros *s/causa* 9080", 2009; entre otros tantos pronunciamientos que pueden consultarse con provecho.

C. ¿Cómo interpreta la tesis internacionalista la cláusula: “...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”, del art. 75 inc. 22.2?

Respecto de la pregunta que se realiza, como título de este punto, resulta necesario advertir al igual que se hizo en el encabezado del acápite anterior que existen, por lo menos, dos criterios exegéticos para explicar los alcances del transcripto pasaje del artículo 75 inciso inciso 22.2. En este punto del capítulo se abordará uno de ellos: el de la postura internacionalista, conforme los argumentos que surgen de la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. El otro criterio será tratado en la tercera parte de esta tesis.

1) La opinión de la doctrina

De la lectura del segundo párrafo del inciso 22 artículo 75 de nuestra carta constitucional, surge que el constituyente otorgó, a un conjunto de instrumentos internacionales de derechos humanos, jerarquía constitucional. Tal extremo implica consagrar el denominado principio de igualdad jerárquica entre ambos plexos normativos. Este principio, a *posteriori* de la innovación constitucional de 1994, se convirtió en una esencial pauta exegética de los preceptos básicos de referencia, frente a posibles tensiones dentro del denominado “Bloque de Constitucionalidad Federal”; entre los dos subsistemas normativos que lo conforman, el de la Constitución y el del conjunto de instrumentos internacionales de derechos humanos, originales y derivados. Al respecto, sostuvo BIDART CAMPOS que: “las declaraciones y los tratados de derechos humanos a los que el inciso 22 reconoce jerarquía constitucional gozan de ella sin estar incorporados a la Constitución y, fuera de su texto, integran el llamado bloque de constitucionalidad federal”⁴⁷³.

Al compartir el más alto rango jerárquico dentro del ordenamiento jurídico nacional, por voluntad expresa del convencional reformador, los preceptos normativos de la primera parte de la Constitución con las disposiciones convencionales internacionales fijan un mandato muy claro en favor de una integración incluyente. La que, desde luego, veda una integración excluyente de los preceptos básicos que componen el BCF. En esta cuestión, el convencional reformador generó una suerte de garantía bilateral respecto a tales plexos normativos tanto, a favor de las disposiciones locales, como de las de fuente extranjera. Al reconocerle idéntico rango a los dos subsistemas de normas se les exige integrarse unas con otras, en un bloque de constitucionalidad que se caracteriza por impedir que puedan excluirse uno con otro. De ahí, se podría afirmar, que cualquier posibilidad de conflicto normativo *inter* BCF,

⁴⁷³ Germán BIDART CAMPOS, *Tratado elemental de derecho...*, ob. cit., t. VI, p. 555.

es decir, entre dos disposiciones de la misma jerarquía, debería resolverse, como mínimo, sin anular la vigencia de alguno de los preceptos en pugna. Cuando el conflicto se produce con una norma de menor rango, esto es, ubicada por fuera del BCF, la solución se dará siempre aplicando la norma de mayor jerarquía.

Bajo el texto que definió el constituyente reformador en 1994, utilizando la técnica de la integración, se supera la tirantez que se genera hacia el interior del “Bloque de Constitucionalidad Federal”, sin exclusión de norma alguna. Es decir que, la solución al conflicto normativo, bajo este método, no termina nunca en la supresión de una norma de uno de los subsistemas en detrimento de otra de distinto plexo. La solución contraria, implicaría privilegiar a un precepto en desmedro de otro, instaurándose, en los hechos, una distinción de jerarquías prohibida por el texto constitucional. Dicho con otro giro, cuando se concibe con igual rango a un grupo de disposiciones, ellas están obligadas a integrarse unas a otras sin que quepa la posibilidad de excluirse o superponerse entre sí.

Al respecto señala BIDART CAMPOS que: “todas las normas y todos los artículos de aquel conjunto tienen un sentido y un efecto, que es el de articularse en el sistema sin que ninguno cancele a otro, sin que a uno se le considere en pugna con otro, sin que entre sí puedan oponerse irreconciliablemente. A cada uno y a todos hay que asignarles, conservarles y aplicarles un sentido y un alcance de congruencia armonizante porque cada uno y todos quieren decir algo; este ‘algo’ de uno o de varios no es posible que quede neutralizado por el ‘algo’ que se le atribuye a otro o a otros”⁴⁷⁴.

La jurisprudencia de la CSJN, como se mostrará en el próximo apartado, admitió en varias sentencias la paridad jerárquica entre los dos subsistemas que conforman el “Bloque de Constitucionalidad Federal”. Por dar un ejemplo, en el precedente “Partido Justicialista de la Provincia de Santa Fe vs. Provincia de Santa Fe” del año 1994, se hace referencia a la “Ley Fundamental y los tratados y convenciones sobre derechos humanos que, con igual jerarquía, incorpora a la Carta Magna el artículo 75 inciso 22 de la reforma introducida en 1994”⁴⁷⁵. Posteriormente, el caso

⁴⁷⁴ *Ibidem*, pp. 560-561. Agrega el preciado autor que: “Repetimos que normas de un mismo nivel, a las que se les reconoce en común una igual supremacía constitucional, jamás dan posibilidad de afirmar que alguna es como si careciera de vigencia o no existiera por efecto de otra. Todas ‘están puestas’ en el orden nomológico con igual rango, y componen un sistema común, aun cuando las de la Constitución cierren su parámetro en el texto documental, y las internacionales -compartiendo sus mismas jerarquías- estén fuera de él, pero dentro del ordenamiento jurídico argentino, como parte del bloque de constitucionalidad federal” (*ibidem*).

En una línea de pensamiento similar se expresa SAGÜÉS, para quien de haber colisión entre el articulado constitucional y el de los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional, “cierto es que el intérprete debe agotar todas las posibilidades en torno a una interpretación armonizante entre unas y otras reglas. Eso es una regla de sentido común, universalmente aceptada y acorde con lo que se denomina interpretación orgánica o sistemática de la Constitución (en este caso, entre normas constitucionales propiamente dichas y normas con jerarquía constitucional). Ello obliga a compensar valores y derechos, a balancearlos, aún haciendo esfuerzos hercúleos, compatibilizarlos y lograr que convivan juntos” (Néstor Pedro SAGÜÉS, “Constitucionalidad y extensión del derecho de réplica”, en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 1998, t. IV, p. 316).

⁴⁷⁵ CSJN, Fallo 317:1195, caso “Partido Justicialista de la Provincia de Santa Fe vs. Provincia de Santa Fe”, 1994, considerando 4. Véase *La Ley*, 1995-A, 203, con nota de Pedro J. FRÍAS.

En la misma línea argumental la CSJN, Fallos 319:3040, caso “B. R. E. vs. Policía Federal Argentina”, 1997, se pronunció la Corte y resaltó la jerarquía constitucional de la prohibición de discriminación

“Arce” de 1997, la CSJN afirmó que: “los tratados con jerarquía constitucional deben entenderse como formando un bloque único de legalidad cuyo objeto y fin es la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos”⁴⁷⁶. Cabe destacar que, en este último caso, únicamente se alude como bloque sólo a uno de los subsistemas que integran el BCF: los instrumentos internacionales de derechos humanos. Éstos, según se expuso, se suman a la Constitución Nacional conformando un plexo único por mandato del artículo 75, inciso 22 (*ejusdem*), al restante subsistema. La Corte, más adelante admite la composición bisistémica del BCF⁴⁷⁷. Éste, fue reconocido expresamente por el alto estrado en el caso “Martínez Areco”, del año 2005, donde se hace directa referencia a la expresión BCF⁴⁷⁸. Un mes antes la CSJN, en el caso “Casal” (2005), había afirmado que los artículos 8.2.h (CADH) y 14.5 (PIDCP) “pasaron -sin duda alguna- a configurar un imperativo constitucional”⁴⁷⁹.

Es preciso también tener en cuenta que, una integración incluyente fundada en la afirmación que tienen jerarquía constitucional, condiciona sin lugar a equívoco, la interpretación del párrafo que sigue: “no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”⁴⁸⁰. No es posible mantener la prelación de la primera parte de la Constitución, respecto de los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional, sin contradecir, precisamente, dicha jerarquía. La expresión jerarquía constitucional actúa así como condicionante del párrafo siguiente, de lo contrario qué sentido hubiera tenido, a *posteriori* de la enunciación de los instrumentos, elevarlos a la misma jerarquía que la Constitución para, inmediatamente después, degradarlas un

contenida en el artículo 24 en relación al artículo 1, ambos del CADH (considerando 14). En CSJN, Fallos 323:3229, caso “Campodónico de Beviacqua”, 2000, considerando 16, sostiene la CSJN que: “a partir de lo dispuesto en los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (artículo 75 inciso 22, Ley Suprema), se ha reafirmado en recientes pronunciamientos el derecho a la preservación de la salud -comprendido dentro del derecho a la vida- y ha destacado la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga” (*ibidem*).

⁴⁷⁶ CSJN, Fallos 320:2145, caso “Arce”, 1997, considerando 7.

⁴⁷⁷ En un precedente inmediatamente anterior, me refiero al caso “Casal”, la CSJN mantiene que se “suscita cuestión federal suficiente, toda vez que se debate el alcance otorgado al derecho del imputado a recurrir la sentencia condenatoria consagrada por el art. 82. h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que forman parte de la Constitución Nacional, a partir de su inclusión en el artículo 75 inciso 22” (CSJN, Fallos 328:3399, caso “Casal Matías Eugenio y otro s/robo simple en grado de tentativa causa número 1681”, 2005, considerando 5). Cabe afirmar aquí, como ya fuera enunciado, que los citados instrumentos internacionales no forman parte del texto de la Constitución Nacional sino que comparten con ésta el carácter de ser normas básicas de referencia.

⁴⁷⁸ La CSJN sentencia que se “suscita cuestión federal toda vez que, además de invocarse la doctrina de este tribunal en materia de arbitrariedad de sentencias, se debate en el caso, el alcance otorgado al derecho del imputado de recurrir la sentencia condenatoria, consagrado en el art. 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos -que forman parte del bloque de constitucionalidad federal en virtud de la incorporación expresa que efectúa el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional-. En virtud de ello, y al hallarse cuestionado el alcance de una garantía del derecho internacional, el tratamiento del tema resulta pertinente por la vía establecida en el art. 14 de la ley 48, puesto que la omisión de su consideración puede comprometer la responsabilidad del Estado argentino frente al orden jurídico supranacional” (CSJN, Fallos 328:3741, caso “Martínez Areco, Ernesto s/ causa N° 3792”, 2005, considerando 6).

⁴⁷⁹ CSJN, Fallos 328:3399, caso “Casal”, 2005, considerando 21.

⁴⁸⁰ *Constitución Nacional*, artículo 75 inciso 22.

escalón por debajo de la Constitución a la que se pretendía igualar. Semejante inconsistencia, incompatible con cualquier método de interpretación, no sólo fue improbable en el constituyente sino que desconoce la apertura que éste decidió del ordenamiento jurídico hacia el derecho internacional de los derechos humanos.

Explica EKMEKDJIAN que, no resulta plausible que la carta constitucional, en su primera parte, derogue o empequeñezca normas del derecho internacional de los derechos humanos o de la integración humanitaria. Asimismo, refiere que tampoco puede admitirse que éstas tengan entidad para derogar o empequeñecer a las de la primera parte de la Constitución⁴⁸¹.

A su turno BIDART CAMPOS, expone, sobre este tópico, que los artículos de la primera parte de la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos a los que se le otorgan de manera directa rango constitucional, conforman un “plexo indisociable de derechos y garantías”, en el que ningún precepto del primer subsistema hace inaplicable a uno o más del otro subsistema, y viceversa. Además, aclara que la complementariedad del segundo, en relación al primero, significa que le otorga completitud y le impide que pueda resultar inocuo⁴⁸².

Finalmente, sostiene que: “si son complementarios, es imposible que una norma de uno de esos instrumentos quede sin valor, sin vigencia, sin aplicabilidad, o sin efecto, ya que lo que es complementario confiere ‘complemento’ a algo a lo cual acompaña, y debe revestir algún alcance para ‘complementar’ a ese algo; nunca lo que complementa puede perder ese sentido y alcance, porque de ser así deja de complementar y, al contrario, es como si la norma complementaria quedara borrada o suprimida del orden normativo del cual debe cumplir ese papel complementario”⁴⁸³. Podría decirse así que, BIDART CAMPOS refuta, en cierto modo, la tesis defendida por parte de un puñado de autores, los cuales aluden a la palabra “complementarios” como sinónimo de “accesorio”.

2) La opinión de la CSJN

En referencia al asunto, el juez Boggiano recordando lo decidido en el caso “Monges”, expuso que:

“...el artículo 75, inciso 22, mediante el que se otorgó jerarquía constitucional a los tratados [...] establece, en su última parte, que aquéllos 'no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos'. Ello indica que los constituyentes han efectuado un juicio de comprobación, en virtud del cual han cotejado los tratados y los artículos constitucionales y han verificado que no se produce derogación alguna, juicio que no pueden los poderes

⁴⁸¹ Véase Miguel A. EKMEKDJIAN, *Tratado de derecho constitucional...*, ob. cit., t. IV, p. 625.

⁴⁸² Germán BIDART CAMPOS, *Tratado elemental de derecho...*, ob. cit., t. VI, p. 563.

El mismo autor expone que: “Complemento es lo que hace falta agregar a una cosa para que quede completa, pero no lo que se ubica en un plano secundario respecto a otro superior. Para nada hemos de imaginar que el nivel de lo complementario es inferior al nivel de aquello a lo que complementa” (*ibidem*).

⁴⁸³ *Ibidem*, p. 564.

constituidos desconocer o contradecir' [...] 'Que de ello se desprende que la armonía o concordancia entre los tratados y la Constitución es un juicio constituyente. En efecto, así lo han juzgado al hacer referencia a los tratados que fueron dotados de jerarquía constitucional y, por consiguiente, no pueden ni han podido derogar la Constitución pues esto sería un contrasentido insusceptible de ser atribuido al constituyente, cuya imprevisión no cabe presumir' [...] 'Que, de tal modo, los tratados complementan las normas constitucionales sobre derechos y garantías, y lo mismo cabe predicar respecto de las disposiciones contenidas en la parte orgánica de la Constitución [...]'⁴⁸⁴.

Para el juez Boggiano, queda claro que la voz “no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución” no habilita a admitir que sí lo puedan hacer respecto a artículos de la segunda parte del texto Constitucional. Es importante dejar aclarado este aspecto, dado que, no todos los partidarios de la tesis internacionalista comprate esta postura.

Luego en el precedente “Simón”, el referido ministro de la Corte Suprema, advierte respecto de la hermenéutica que debe hacerse de un tratado al que se le confirió jerarquía constitucional, después de la “enmienda” de 1994, que no puede predicarse que aquel instrumento internacional se encuentre subordinado a la Constitución argentina, dado que se identifica con ella. De ahí que, el principio de imprescriptibilidad consagrado en la Convención aludida, al ser dotado de jerarquía constitucional merced al mecanismo reglado por el artículo 75 inciso 22, pasa a formar parte del elenco de principios de derecho público contenidos en la propia Constitución⁴⁸⁵. Con posterioridad, en el considerando que sigue, al abordar una supuesta colisión que podría generar la aplicación de los principios de legalidad e irretroactividad de la ley penal, recomienda efectuar una exégesis que integre armónicamente el principio de legalidad previsto en el artículo 18 de la Constitución Nacional, con los que emergen de la aplicación del artículo 118 *ejusdem*, respecto a la aplicación de las normas del *ius cogens* relativas a la imprescriptibilidad de los delitos de *lesa humanidad*. La posición que asumen el resto de los integrantes de la Corte Suprema que intervinieron en el caso “Simón”⁴⁸⁶ se analiza en los capítulos VII, B., punto 7) y X punto 6.

En resumen, a instancias de los votos del juez Boggiano, a partir de varios casos tratados por la Corte Suprema a los cuales adhirieron varios de sus integrantes⁴⁸⁷ se plantea la idea de que el convencional constituyente de 1994 realizó un juicio definitivo respecto a la compatibilidad del contenido de los instrumentos internacionales de derechos humanos a los que se confirió jerarquía constitucional, ello en relación al texto de la Constitución argentina, especialmente con su primera parte. Conforme explica SANTIAGO el juicio de compatibilidad no resulta pasible de revisión judicial alguna al ser este un juicio efectuado por el poder constituyente. De ahí que, para el autor, haya que presumir *iure et de iure*, que todas las normas de esos instrumentos internacionales resultan cabalmente compatibles con la Constitución Nacional “y que deben ser interpretados de modo armónica con ella, como normas que

⁴⁸⁴ CSJN, Fallos 327:3312, caso “Arancibia Clavel”, 2004, considerando 9 del juez BOGGIANO, según su voto.

⁴⁸⁵ Véase CSJN, Fallos 328:2056, caso “Simón”, 2005, juez BOGGIANO, según su voto considerado 48.

⁴⁸⁶ *Ibidem*.

⁴⁸⁷ Véanse CSJN, Fallos, 319:3148, caso “Monges”; Fallos, 319:3241, caso “Chocobar”; Fallos, 321:885, caso “Petric”, votos de los jueces Moliné O’Connor y Boggiano; Fallos, 321:2314 caso “Rozemblum”, disidencia del juez Boggiano; y, Fallos, 324:975, caso “S., V”, voto de los jueces Moliné O’Connor y López y de los jueces Boggiano y Vázquez.

tienen el mismo rango normativo”⁴⁸⁸.

La complementariedad del subsistema reconocido por los instrumentos internacionales, como regla, significa que le otorga completitud y hace imposible que un precepto de uno de esos instrumentos quede sin valor, sin vigencia, sin aplicabilidad, o sin efecto, por cuanto lo que resulta es complementario confiriendo complemento a algo a lo cual acompaña. En principio entonces, para la postura internacionalista, el juez nacional deberá tratar de armonizar los derechos, principios o valores en pugna. Ahora bien, en casos de conflictos normativos insalvables entre normas del derecho local y otras del derecho internacional, como se expondrá en el capítulo VII, punto B. 1) caso “Priebke”, 6) caso “Arancibia Clavel”, 7) caso “Simón”, y 8) caso “Mazzeo”, la Corte Suprema de Justicia de la Nación puso por encima de normas del derecho interno (incluida la Constitución Nacional), a otros derechos, principios y valores traídos de disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos las cuales, como se verá específicamente, fueron ubicadas en un claro escenario de supraconstitucionalidad y con primacía normativa respecto de principios de derecho público consagrados en la Constitución argentina.

3. Argumentos a favor de la tesis internacionalista que surgen de normas originadas en el derecho internacional

A. Conflicto entre normas internacionales y normas internas. Alcances de los artículos 26, 27 y 46 de la Convención de Viena según la tesis internacionalista

Anteriormente se sostuvo, cuando se expuso sobre las características de las tesis dualista y monista, desde una visión eminentemente teórica, cómo opera la relación entre el derecho internacional y el derecho interno. Es posible sostener que, en diversos países y en el plano práctico, ninguno de los dos sistemas explicados se manifiesta de manera pura. Mas, es en esta dimensión donde se resuelven los problemas puntuales, sin sujeción exacta a una u otra tesis.

Se impone, entonces, una distinción esencial *ab initio*: la diferenciación entre la aplicación del derecho internacional en el ámbito local, dentro de un Estado y, el empleo del derecho internacional en el escenario externo o internacional. En este espacio, se analizará primero la aplicación de la norma internacional en el plano interno.

⁴⁸⁸ Alfonso SANTIAGO, *La progresiva apertura e incorporación del Derecho internacional...*, ob. cit., p. 5.

Corresponde advertir que en el primero de los escenarios, la aplicación del derecho internacional presenta un doble aspecto: a) uno que tiene que ver con la recepción de la norma de fuente internacional en el ordenamiento jurídico nacional; y b) otro que guarda relación con el conflicto que puede generarse entre el precepto de fuente internacional ya incorporado y las normas locales vigentes en ese ordenamiento.

Respecto del primer tópico, los internacionalistas se refieren a la recepción de la disposición de fuente internacional teniendo presente que, el derecho internacional, no impone a los Estados una forma expresa que regule el proceso de introducción de la regla extranjera al plano local, tan solo le exige la obligación de asegurar el cumplimiento de las normas de derecho internacional. De ahí, BENADABA sostiene que: “corresponde, pues, a cada Estado establecer las modalidades de recepción en su Constitución, en su legislación o en su práctica judicial y administrativa”⁴⁸⁹. Aquí, entonces, se tratarán los conflictos normativos que pueden generarse luego de la incorporación del derecho internacional de los tratados y, en otro punto, los que pueden suscitarse a partir de la incorporación, al ordenamiento local, de las normas de derecho internacional consuetudinario. Se hará referencia, brevemente, a la forma en que rige la norma externa a nivel internacional. Conforme se verá luego en detalle, algunos Estados, poseen cláusulas en sus Constituciones políticas que otorgan a ciertos tratados jerarquía constitucional⁴⁹⁰.

Como ya se expuso, las modificaciones introducidas en la reforma de 1994 a la Constitución Argentina, incorporaron declaraciones y convenciones sobre derechos humanos con rango constitucional. Además, previeron que otros instrumentos, sobre derechos humanos, puedan ser aprobados por el Congreso a través del voto de las dos terceras partes de cada una de las Cámaras que lo componen, y adquieran también jerarquía constitucional, conforme lo expuesto por el artículo 75 inciso 22.

Con las reformas introducidas, refiere BAZÁN, y básicamente, a partir de la incorporación de los 11 instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional, se alteró “[...] la antigua figura de la ‘pirámide’ en la que su vértice superior era ocupado por la Constitución, haya devenido en una especie de ‘trapezio’ en cuyo plano más elevado comparten espacio en constante retroalimentación la ley fundamental y los documentos internacionales sobre derechos humanos con idéntica valía”⁴⁹¹.

Para el citado autor, los cambios operados en nuestro ordenamiento jurídico, a partir de la reforma constitucional, inciden generando efectos directos e indirectos, entre los cuales destaca el fenómeno de la amplificación cualitativa y cuantitativa del catálogo de derechos explícitos e implícitos. El reconocimiento de los principios *pro homine* o *favor libertatis* y *pro actione* y, como es obvio, los criterios interpretativos de buena fe, *pacta sunt servanda* y los correspondientes al objeto y fin de los

⁴⁸⁹ Santiago BENADABA, *Derecho Internacional...*, ob. cit., p. 72.

⁴⁹⁰ Por ejemplo, el artículo 5 inciso 2 de la Constitución Chilena, después de la reforma de 1989 establece que: “el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emana de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos garantizados por la Constitución, así como los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

⁴⁹¹ Víctor BAZÁN, “El derecho internacional de los derechos humanos...”, ob. cit., p. 2.

tratados⁴⁹²; contribuyeron, con fuerza notable, al robustecimiento del principio que consagra la imposibilidad de invocar la existencia de preceptos de derecho interno que eximen de cumplir los compromisos internacionales. Sumado a ello, la aparición de la figura de la responsabilidad internacional del Estado en caso de inobservancia de aquéllos⁴⁹³.

Tras el cuadro descripto, afirmó BENADABA que, si un órgano jurisdiccional local aplica una norma contraria a las obligaciones que impone el derecho internacional de los derechos humanos, no cabe duda alguna que el tribunal cumplirá con sus obligaciones como órgano nacional. No obstante, “habrá cometido un acto internacionalmente ilícito que es fuente de responsabilidad para el Estado”⁴⁹⁴.

Los tratados de derechos humanos conforman un plexo normativo dentro del ordenamiento jurídico argentino, que participa de un orden de prelación común con la carta constitucional. Así, la totalidad de los preceptos de aquél tiene un sentido y un efecto que implica que, dentro del sistema, ninguno se cancela recíprocamente y, de este modo, se impide que puedan enfrentarse de manera irreconciliable⁴⁹⁵. Esta circunstancia da pie a que algunos autores planteen que los jueces argentinos, en su rol de custodios del Estado de derecho, deben “propender en sus sentencias a integrar todo el “Bloque de Constitucionalidad Federal”, evitando que con la aplicación irrestricta del derecho interno, se vulneren los compromisos asumidos internacionalmente, generando por consiguiente la responsabilidad del Estado”⁴⁹⁶.

Conforme apunta CEA EGAÑA⁴⁹⁷ aporta, a esta retroalimentación, el hecho de que los instrumentos internacionales de derechos humanos y las constituciones resulten afines, dado que ambos textos se ocupan, respecto de la dogmática, del reconocimiento y promoción de los derechos y de la dignidad del hombre.

En la actualidad, para la tesis internacionalista -que reconoce a los tratados internacionales, al menos en la República Argentina, como actos federales complejos- existen tres escenarios de recepción de los Derechos Humanos en los ordenamientos jurídicos de los Estados: a) con nivel infraconstitucional pero supralegal; b) recepción en el nivel constitucional; o c) recepción en el nivel supraconstitucional⁴⁹⁸.

La tendencia moderna, en el horizonte jurídico internacional, es reconocer la supralegalidad de los tratados internacionales de derechos humanos o, mejor aún, el rango constitucional⁴⁹⁹. Parafraseando a Antonio María HERNÁNDEZ⁵⁰⁰, la reforma de

⁴⁹² Empleo aquí el término “Tratado” en sentido amplio, comprensivo de todo instrumento normativo internacional: convención, pacto, declaración, etcétera.

⁴⁹³ Véase *ibidem*.

⁴⁹⁴ Santiago BENADABA, *Derecho Internacional...*, ob. cit., p. 80.

⁴⁹⁵ Véase *ibidem*, p. 346.

⁴⁹⁶ Fernando Efraín GRANEROS, “Responsabilidad judicial en el marco supranacional”, *La Ley*, 2009-F, p. 914.

⁴⁹⁷ Véase José Luis CEA EGAÑA, “Los tratados de derechos humanos y la Constitución Política de la República”, en *Ius et Praxis*, Universidad de Talca - Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Año 2, número 2. Fuente: http://derecho.otalca.cl/pgs/investigación/iusetpraxis/2-2-97/081_092_cea.pdf (acceso el 24-III-2015).

⁴⁹⁸ Véase Víctor Julio ORTECHO VILLENA, “Ámbitos teóricos y fácticos de los derechos humanos”, en Revista jurídica, *Órgano Oficial del Colegio de Abogados de La Libertad*, año XLV, número 136, Gerardo Cruz (Dir.), Editora Nuevo Norte, Trujillo, 2002, pp. 173-174.

⁴⁹⁹ *Grungezets* de Alemania artículo 25; Constitución de Francia artículo 55; Constitución de Portugal artículo 16.2; Constitución de España artículo 10.2; Constitución de El Salvador artículos 144 y 149;

1994 coloca a la Constitución Argentina en uno de los más altos grados de evolución del mundo, en la medida que pone a los derechos humanos en la cúspide del derecho interno.

Por otra parte, el hecho de que exista una nómina abierta de tratados, que se ubican en igual jerarquía que la carta constitucional, porque así lo ha decidido la Constitución, genera interrogantes puntuales: ¿cómo se resuelve una situación eventual de conflicto normativo insalvable entre la Constitución Nacional y los tratados constitucionalizados?; o ¿cómo se dirime el conflicto entre la norma suprema y la jurisprudencia de los tribunales internacionales que son creados para garantizar el cumplimiento de los instrumentos de derechos humanos?

Desde una concepción dualista se debería admitir que, como el Estado Nacional es soberano y no reconoce sobre sí un poder superior, la constitución primaría por sobre el tratado. Los embanderados en esta teoría, como puede verse en la primera parte de la investigación, se apoyan en el viejo artículo 27⁵⁰¹ de la ley fundamental que prescribe que los tratados celebrados por el país deben estar de conformidad con los principios de derecho público establecidos en la Carta constitucional⁵⁰². Luego, si un tratado no estuviera de conformidad con tales principios sería inconstitucional. Vale decir que, esta postura, comulga con el concepto clásico de soberanía y de constitución e iría a contramano de la internacionalización de los derechos y los procesos de integración mundial.

Aquéllos que son partidarios del monismo, dirían que, el concepto clásico de soberanía absoluta, cedió ante el desarrollo del derecho internacional, colocándolo por encima del derecho nacional. No es casual que la Corte Permanente de Justicia Internacional -CPJI-, en el caso del “Tratamiento de nacionales polacos en Danzig” expuso que: “de acuerdo con principios jurídicos generales [...] un Estado no puede alegar contra otro Estado su propia Constitución con vistas a evadir obligaciones que le incumben de acuerdo con el derecho internacional o con tratados vigentes”⁵⁰³.

Luego, este criterio que se repite en el caso de “Pesquerías anglo-noruegas”⁵⁰⁴, resulta codificado en 1969. En consecuencia, la doctrina encuentra fundamento normativo en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados,

Constitución de Colombia artículo 93; Constitución Peruana de 1979 artículo 105 (hoy modificada), etcétera.

⁵⁰⁰ Discurso pronunciado por Antonio María HERNÁNDEZ en el “IV Encuentro Nacional de Jóvenes Docentes de Derecho Constitucional: A 10 años de la Reforma Constitucional de 1994 - Balances y Perspectivas”, el día 23 de septiembre del año 2004.

⁵⁰¹ Artículo 27 de la Constitución Nacional Argentina: “El Gobierno Federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en la esta Constitución”.

⁵⁰² Este dispositivo estableció un límite a las facultades de conducción de las relaciones exteriores conferidas a los poderes públicos, facultades que están subordinadas a la Ley Fundamental y obliga a que las normas y otros actos estatales y privados se acomoden a ella (véase Ernesto J. REY CARO, “Los Tratados internacionales en el ordenamiento jurídico argentino. Consideraciones sobre la reforma constitucional”, *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, Asociación Argentina de Derecho Internacional, Córdoba, 1994-1995, volumen 6, p. 16).

⁵⁰³ CPJI, Serie A/B número 44, p. 24.

⁵⁰⁴ CIJ, *Reports*, 1951, p. 181.

en tanto prevé que un Estado no podrá apelar a disposiciones de su derecho interno para justificar el incumplimiento de un tratado internacional⁵⁰⁵.

El artículo 46, al que hace referencia el artículo 27, está incluido en la parte de nulidades de la Convención de Viena y dispone, en su inciso 1, que: “El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifestado en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental en su derecho interno”. Más abajo el inciso 2 describe qué se debe entender por violación manifiesta⁵⁰⁶. En rigor, como explica BARBOSA, el principio general -buena fe- es el que informa a todo el proceso y se encuentra plasmado en el artículo 26 de la citada Convención, con lo cual, para el autor, la excepción que incorpora el artículo 46 inciso 1, es “discutible y de escasa utilidad práctica”⁵⁰⁷. De ahí se pregunta: “¿cómo podría argüir de buena fe el Estado que pide la nulidad de un tratado, que no conocía la violación manifiesta que representaba la conclusión del tratado por su propio órgano incompetente, cuando dicha violación debe ser manifiesta para ‘cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica habitual y de buena fe’?”⁵⁰⁸.

En Argentina, la incorporación de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados a través de la ley 19.895, influyó para que, de manera paulatina, tanto desde la doctrina como desde la jurisprudencia, se asumieran cambios progresivos que llevaron a inclinar y adherir a una postura con marcados rasgos de un monismo atenuado. Esto importó el reconocimiento de la primacía del derecho internacional por sobre el derecho interno. Dos artículos de la Convención fueron centrales para sostener la tesis internacionalista. Por un lado el artículo 26, en virtud del cual se plasma en nuestro ordenamiento el principio *pacta sunt servanda*, que rige en relación a todos los tratados internacionales, tanto los de naturaleza contractual como los de índole convencional. A partir de la vigencia de la Convención, sobre Derecho de los Tratados en nuestro país, estos instrumentos jurídicos obligan a las partes y deben ser cumplidos de buena fe, y ello es así por mandato expreso del mencionado artículo 26 *ejusdem*. Por el otro, como se indicó, el artículo 27 impone a la República Argentina, como Estado signatario de la Convención, la prohibición de invocar su derecho interno para incumplir las obligaciones que asume al ratificar un tratado. Estos preceptos sirvieron de apoyo normativo para que los tribunales nacionales fundamentaran la primacía del derecho internacional por sobre el derecho local. Dado que lo estatuido en el artículo 27 de la Convención de Viena, al incorporarse al ordenamiento jurídico argentino, echa por tierra la falta de sustento normativo para otorgar prioridad de rango al tratado, tal como se sostuvo en los mencionados casos “Martín y Cía. Ltda.

⁵⁰⁵ Parfraseando a SAGÜÉS, ello es una muestra de cómo el derecho subconstitucional (la Convención aprobada por ley) recortó la operatividad del artículo 27 de la Constitución Nacional (Néstor Pedro SAGÜÉS, *Elementos de Derecho Constitucional*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2001, p. 264).

⁵⁰⁶ Dispone el artículo 46 inciso 2: “Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la practica habitual y de buena fe”.

⁵⁰⁷ Julio BARBOSA, *Derecho Internacional...*, ob. cit., p. 69.

⁵⁰⁸ *Ibidem*.

S.A.⁵⁰⁹” y “Esso S.A. Petrolera Argentina⁵¹⁰”, respecto de las leyes nacionales dictadas por el Honorable Congreso.

A decir verdad, este cambio, que se produjo antes de la reforma constitucional de 1994, dio pie a una nueva jurisprudencia sobre la jerarquía de los tratados en el ordenamiento local. Como se manifestó, es a partir del precedente “Ekmekdjian vs. Sofovich”⁵¹¹, cuando la CSJN reformuló la doctrina de sus precedentes y sentó un nuevo criterio sobre la materia, diametralmente distinto al que sostuviera hasta entonces. En relación a uno de los preceptos, indicó que un Estado parte, signatario de la Convención de Viena de 1969, no puede incumplir un tratado ni desobligarse invocando disposiciones de su derecho interno (artículo 27). A su vez expresó que un tratado se incumple o se trasgrede en la jurisdicción interna cuando se dictan normas contrarias a él, o cuando se incurre en omisión de establecer las medidas necesarias para su cumplimiento.

Como se verá en este segmento del trabajo, de un rápido análisis del derecho comparado, es fácil apreciar que los textos constitucionales de ciertos países con altos niveles de desarrollo aceptan que el derecho internacional se incorpora al derecho interno de los Estados de manera automática y, lo hace, con supremacía sobre aquél. La existencia de reiterada jurisprudencia, que emana de los tribunales internacionales de derechos humanos y otras instancias jurisdiccionales, resultan claras para advertir que en el ámbito internacional, el derecho local de los países que acogen esta doctrina, es un simple hecho a tener en cuenta⁵¹². Además, en caso de conflicto, entre las normas del derecho internacional y local, prevalece de manera invariable el derecho internacional.

Por último y con el propósito de clarificar los alcances de la expresión “derecho interno” que recoge el artículo 27 de la Convención de Viena, es preciso explorar los antecedentes del precepto, conocidos como *travaux préparatoires*, que surgen justamente de los debates de la conferencia codificadora. Conforme indica BARBOSA⁵¹³, la incorporación del artículo de referencia fue materializada a partir de una propuesta de los representantes del Gobierno de Paquistán, con la finalidad de enmendar lo dispuesto por el artículo 23 del proyecto, que reglaba el principio de *pacta sunt servanda*. En tal sentido, se propuso la siguiente norma: “todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser ejecutado de buena fe; las partes no podrán invocar las disposiciones de su Constitución o de sus leyes como justificación del incumplimiento de ese deber”⁵¹⁴.

Luego, ya en el debate, la delegación chilena en sustento del proyecto paquistaní dijo: “nada hay que oponer a que un Estado pueda invocar su Constitución para negarse a suscribir un tratado, pero cuando un Estado se obliga mediante un

⁵⁰⁹ CSJN, Fallos 257:99, caso “Martín y Cía. Ltda., S.A. c/ Nación”, 1963.

⁵¹⁰ CSJN, Fallos 271:7, caso “Esso, S.A. Petrolera Argentina c/ Nación. Flandria Algodonera S.A.”, 1968.

⁵¹¹ CSJN, Fallos 315:1492, caso “Ekmekdjian c/ Sofovich”, 1992.

⁵¹² Véase entre otros CPJI, Serie S, número 7, p. 19.

⁵¹³ Véase Julio BARBOSA, *Derecho Internacional...*, ob. cit., p. 76.

⁵¹⁴ Véase A/CONF.39/C.1/L. 182.

tratado no es justificable que trate después de eludir su cumplimiento invocando su Constitución y aún menos la legislación interna”⁵¹⁵.

Finalmente, la voz “disposiciones de la Constitución y sus leyes” fue reemplazada por la frase “derecho interno” dado que ésta era la terminología que utilizaba la Convención en el artículo 43, sin que ello importara, de manera alguna, una alteración en el significado del precepto. Esta propuesta resultó aprobada en la vigésimo novena sesión plenaria, con el voto de cincuenta y cinco Estados a favor, ninguno en contra y treinta abstenciones, entre las que se encontraba la de nuestro país. Posteriormente, como se indicó, la República Argentina ratificó el instrumento internacional sin efectuar reserva alguna, de ahí que para BARBOSA la voz “derecho interno” plasmada en el artículo 27 *ejusdem*, “incluye no sólo a las leyes nacionales que pudieran estar en conflicto con un tratado internacional, sino también a la Constitución misma”⁵¹⁶.

Como se revelará más abajo, en el ámbito del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, una de las principales cuestiones a controlar son los hechos estatales referidos a la promulgación, vigencia o supresión de preceptos del derecho positivo interno. Esto comprende al ordenamiento normativo en su totalidad y en todos los niveles, lo cual incluye, desde luego, a la propia constitución de los países del sistema. También los procesos de reforma que se lleven a cabo sobre el texto de las cartas constitucionales y, además, las leyes que dictan los poderes legislativos, nacionales o estatales, como los actos administrativos que emanan de los poderes constituidos.

La Corte IDH se expidió, en torno de los requisitos para ingresar al examen de los tópicos mencionados, entre los que destaca el análisis de compatibilidad de las constituciones nacionales con los preceptos de la CADH⁵¹⁷, y lo hizo, entre otros motivos, aplicando la doctrina que emerge de la interpretación que propone la tesis internacionalista sobre los alcances de la voz “derecho interno” plasmada en el artículo 27 de la Convención de Viena, sobre Derecho de los Tratados.

En esta dirección, se inscribe lo resuelto por la Corte IDH en el caso “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”. Indicó el tribunal internacional que: “según el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno”⁵¹⁸. En igual sentido se expresó en el caso “Bulacio vs. Argentina” y sostuvo que: “de acuerdo con las obligaciones convencionales asumidas por los Estados, ninguna disposición o instituto de derecho interno, entre ellos la prescripción, podría oponerse al

⁵¹⁵ *Ibidem*. Explica BARBOSA que: “la eventual colisión del proyectado artículo con la Constitución Nacional no fue pasada por alto por la delegación argentina. Al discutirse la propuesta planteó que los llamados “tratados con cláusula constitucional” dejaban ciertos aspectos librados a lo que la misma Constitución prescribiera y que, por propio imperio del tratado, la Constitución Nacional prevalecería. En otras palabras, este tipo de cláusulas establecían a criterio de la delegación argentina, una excepción al artículo 27, y como esta posibilidad no se infería claramente de la redacción del artículo y podían llegar a producirse interpretaciones erróneas, nuestro país se abstuvo de votar sobre su inclusión” (Julio BARBOSA, *Derecho Internacional...*, ob. cit., p. 77).

⁵¹⁶ Julio BARBOSA, *Derecho Internacional...*, ob. cit., p. 78.

⁵¹⁷ Véase Corte IDH, “La Colegiación Obligatoria de Periodistas (artículos 13 y 29 CADH)”. Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Punto Resolutivo.

⁵¹⁸ Corte IDH, “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia 26-9-2006, Serie C, número 154, párrafo 125.

cumplimiento de las decisiones de la Corte en cuanto a la investigación y sanción de los responsables de las violaciones de los derechos humanos. Si así no fuera, los derechos consagrados en la Convención Americana estarían desprovistos de una protección efectiva. [Esta postura] de la Corte está conforme a la letra y al espíritu de la Convención, así como a los principios generales del derecho; uno de estos principios es el de *pacta sunt servanda*, el cual requiere que a las disposiciones de un tratado le sea asegurado el efecto útil en el plano del derecho interno de los Estados Partes⁵¹⁹.

En síntesis, para la tesis internacionalista, el artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, consagra la primacía normativa del derecho internacional por sobre el derecho doméstico. Esta circunstancia impide a los Estados signatarios de dicho instrumento, invocar normas de su ordenamiento jurídico interno, incluidas sus respectivas constituciones, para dejar de cumplir con disposiciones de fuente internacional; sean estas normas plasmadas en dichos instrumentos o producto de la interpretación que de ellos hagan los organismos internacionales erigidos para controlar el cumplimiento de los mentados preceptos. Queda claro que, por imperio de aquella disposición de la Convención de Viena, el ingreso del derecho internacional al ordenamiento jurídico argentino será siempre, para la postura internacionalista, en escenarios de supraconstitucionalidad. De este modo, el artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, consagra la primacía normativa del derecho internacional sobre el derecho doméstico argentino.

B. Argumentos para esgrimir la supraconstitucionalidad de la CADH sobre las normas de derecho interno incluida la Constitución argentina

Debe recordarse que la aplicación de los instrumentos internacionales de derechos humanos, por parte de los tribunales internos de los Estados, provocó la formulación de diversas teorías, a partir de las cuales, la doctrina internacional intentó establecer cuál es la jerarquía de las normas jurídicas. Especial énfasis se puso a la hora de evaluar el incumplimiento de las obligaciones asumidas y el consecuente reproche de generar responsabilidad internacional en cabeza de la Nación Argentina.

Es evidente, como se dijo en reiteradas ocasiones, que a partir de la reforma constitucional de 1994, el confornte que realizan los jueces, en el ejercicio del control de constitucionalidad, para establecer la compatibilidad, o no, con la Constitución Nacional, ya no es entre esta última y normas infraconstitucionales, sino entre el “Bloque de Constitucionalidad Federal” y normas infrabloque. Es éste un tema fundamental, si se tiene en cuenta que la Constitución es rígida en base a sus artículos 30 y 31 y que, la Corte Suprema de Justicia de la Nación es el último tribunal nacional

⁵¹⁹ Corte IDH, “Bulacio vs. Argentina”, Fondo, reparaciones y costas, Sentencia de 18 de septiembre de 2003, párrafo 117.

de contralor de la constitucionalidad de los actos de los otros Poderes del Estado (conforme artículos 116 y 117 de la carta constitucional). No obstante, la incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos y, esencialmente, el reconocimiento de la Corte IDH, como tribunal competente para revisar las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de violación de derechos humanos, influyó, sobremanera, respecto del concepto de supremacía, primacía normativa y de rigidez de la Constitución argentina. No en vano, se dijo que la Corte IDH en el ámbito local “ha jugado un papel que podríamos llamar ‘casatorio’ imponiendo indirectamente cierta homogeneidad en la interpretación de la Convención y de otros tratados, y ha supervisado inclusive el cumplimiento de sus propios fallos”⁵²⁰.

Ello demuestra la fuerza que cobró, en los últimos tiempos, el derecho internacional de los derechos humanos y el gran influjo del enfoque de esos derechos⁵²¹; en el marco de una realidad internacional de innegable debilitamiento del concepto de soberanía de los Estados, tal como éste surgiera, conforme la concepción del destacado intelectual francés Jean BODIN en el siglo XVI. De ahí, se puede sostener que, si la Corte IDH tiene la última palabra, a la hora de controlar la compatibilidad de las disposiciones de la CADH con el derecho interno de la República Argentina, incluida su Constitución Nacional, no cabe duda que ello significa que el Pacto de San José de Costa Rica, se encuentra por encima de todo el ordenamiento jurídico de la República en la medida, que el tribunal internacional analiza, siempre, la adecuación del derecho interno de los Estados signatarios, a la CADH.

No en vano sostuvo nuestra Corte Suprema:

“que la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 1.1) impone el deber a los Estados partes de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce [...] esta Corte ha juzgado que cuando la Nación ratifica un tratado que firmó con otro Estado, se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos, jurisdiccionales y legislativos lo apliquen a los supuestos que ese tratado contemple, siempre que contenga descripciones lo suficientemente concretas de tales supuestos de hecho que hagan posible su aplicación inmediata (Fallos: 315:1492)”⁵²².

En este carril de avance la Corte Interamericana dijo que: “es deber de los Estados parte organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de tal manera que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”⁵²³. Asimismo la CSJN en el caso “Simón” subrayó que:

“la jerarquía constitucional de tales tratados ha sido establecida por voluntad del constituyente ‘en las condiciones de su vigencia’, esto es, tal como rigen en el ámbito internacional y considerando su efectiva aplicación por los tribunales internacionales

⁵²⁰ Rolando E. GIALDINO, “Control de constitucionalidad y de convencionalidad de oficio”, en *La Ley* 10 de junio de 2008, año LXXII, número 111, p. 4.

⁵²¹ Enfoque de derechos entendido como un marco conceptual o una guía que debe ser tenida en cuenta al momento del diseño y la implementación de las políticas públicas y que puede ofrecer un sistema coherente de principios y reglas en el ámbito del desarrollo, según el consabido criterio sostenido por Víctor ABRAMOVICH y Christian COURTIS. El objetivo de esas políticas de desarrollo es cumplimentar el deber de respetar, proteger y hacer efectivos los derechos humanos (véase Víctor ABRAMOVICH, “Una nueva institucionalidad pública. Los tratados...”, ob. cit., *passim*).

⁵²² CSJN, Fallos 328:2056, caso “Simón”, 2005, juez Boggiano, según su voto considerado 16.

⁵²³ Corte IDH, Opinión Consultiva -OC-11/90, parágrafo 23.

competentes para su interpretación y aplicación (Fallos 318:514; 321:3555; 323:4130, voto del juez Boggiano). De ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que la República Argentina reconoció la competencia de la Corte Interamericana y de la Comisión Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana (artículo 2 de la ley 23.054). Sobre el particular cabe recordar que esta Corte ha establecido que, como fuente de derecho interno los informes y las opiniones de la Comisión Interamericana constituyen criterios jurídicos de ordenación valorativa para los Estados miembros que deben tomar en cuenta razonadamente para adoptar decisiones en el ámbito de su propio ordenamiento (Fallos 321:3555 y sus citas)⁵²⁴.

Surge, entonces, el siguiente interrogante: ¿cuál es el concepto actual de la supremacía de la CN?; ¿con qué alcance la CSJN aplica los fallos de los tribunales internacionales de derechos humanos y la jurisprudencia de los mismos?; ¿qué importancia, en definitiva, poseen los tratados internacionales de derechos humanos y su jurisprudencia, en la jurisprudencia de la CSJN?; ¿resultan los tratados internacionales de derechos humanos equiparados a la Constitución Nacional, tal como señala el artículo 75 inciso 22, en los fallos de nuestro más alto tribunal?; ¿resulta la Corte IDH una cuarta instancia de apelación, con poder casatorio, en relación a las decisiones de nuestra CSJN?

Estas preguntas serán contestadas en los capítulos que siguen y de manera expresa en las conclusiones de esta investigación. No obstante, se puede adelantar que la jurisprudencia nacional registró una importante evolución en el sentido que los tratados internacionales de derechos humanos deben aplicarse, al menos, con idéntica jerarquía que la Constitución Nacional, en forma amplia; vale decir, conforme las decisiones de los organismos internacionales de control. Surge patente que, en paralelo, se va consolidando una posición en materia de interpretación y aplicación de derechos humanos entre ambas jurisdicciones: la internacional y la interna. De esta manera, así lograda la jurisprudencia de los derechos humanos, el control de constitucionalidad y de convencionalidad constituyen herramientas de fundamental trascendencia al servicio de la exigibilidad de los derechos fundamentales de la persona humana.

Tras lo reseñado, es propicio adelantar alguna idea en torno de los interrogantes anteriormente expuestos. En esta inteligencia, se considera que la Corte Suprema de Justicia de la Nación resuelve los conflictos de constitucionalidad aplicando el “Bloque de Constitucionalidad Federal”. Mientras que, en principio, los tribunales internacionales de derechos humanos del sistema interamericano lo hacen aplicando, como norma suprema, a la Convención Americana de Derechos Humanos y otras normas del sistema de protección. De esta lógica surge que, para la tesis internacionalista, la cúspide del ordenamiento jurídico del sistema interamericano la ocuparán, siempre, los tratados internacionales de derechos humanos. Subordinando a ellos a todas las constituciones de los países signatarios de los instrumentos internacionales del continente americano.

⁵²⁴ CSJN, Fallos 328:2056, caso “Simón”, 2005, juez Boggiano, según su voto considerado 15.

4. Síntesis del capítulo

Antes de iniciar el desarrollo sobre cómo se integra el sistema de fuentes en el régimen jurídico nacional, conforme el diseño que le imprime la Constitución real de la República Argentina, se debe advertir que se lo hará siguiendo dos directivas. Una, tiene franca vinculación con los principio que esgrime la tesis internacionalista; la otra, pondrá énfasis en los criterios que se fijaron desde los organismos internacionales de derechos humanos.

En relación a las de orden convencional, se podría afirmar que la discusión acerca de la posición jerárquica de las normas fue resuelta, en principio, con la reforma de la Constitución en 1994. El inciso 22 del artículo 75 (anterior artículo 67, inciso 19) establece de manera tajante: “los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes”, ratificando de esta forma la postura defendida desde 1992 por la Corte Suprema. El artículo 31 debería, entonces, interpretarse no como ordenador jerárquico entre tratados y leyes, sino como regulador de la supremacía del derecho federal por sobre el derecho provincial en el escenario interno.

Para finalizar, se podría distinguir entre una “postura internacionalista moderada”, la cual coincide con la que se identifica como “jerarquía normativa formal de la República Argentina (ordena jerárquicamente a las fuentes del ordenamiento jurídico argentino a partir de una interpretación *cuasi* literal del texto de la Constitución Nacional) de otra, a la que se identifica como “tesis internacionalista extrema” (ordena jerárquicamente las fuentes del sistema jurídico argentino, priorizando principios de fuente internacional como los principios *pro homine* o *favor libertatis* y *pro actione*, los criterios interpretativos de buena fe, *pacta sunt servanda*, los correspondientes al objeto y fin de los tratados y fundamentalmente los criterios hermenéuticos que marcan los tribunales internacionales de derechos humanos), la cual se identifica como “jerarquía normativa real de la República Argentina.

La jerarquía normativa formal en la República Argentina queda entonces, para la postura internacionalista moderada, como sigue.

i) Constitución e instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional (“Bloque de Constitucionalidad Federal” -artículo 75, inciso 22, párrafos 2 y 3 de la Constitución-);

ii) Tratados internacionales sin jerarquía constitucional ratificados por Argentina, por ejemplo, tratados de integración, tratados de paz y comercio, concordatos con la Santa Sede, etcétera (artículo 75, inciso 22, párrafo 1 de la Constitución);

iii) Leyes nacionales del Congreso (dictadas de conformidad con el artículo 28 de la Constitución Nacional), reglamentos del poder ejecutivo (artículo 76 y artículo 99, inciso 3, párrafos 2, 3 y 4 de la Constitución Nacional);

iv) Decretos reglamentarios del Poder Ejecutivo Nacional (artículo 99, inciso 2 de la Carta constitucional); y,

v) Derecho local (artículos 5, 31, 123 y 129 de la Constitución Nacional).

Sin embargo, para el diseño de la “jerarquía normativa real”, de la República Argentina, es preciso considerar el cúmulo de argumentos desarrollados en éste capítulo y los que a continuación se brindarán.

La Corte Suprema, luego de un desarrollo progresivo de su jurisprudencia, sostuvo que el derecho nacional quedaba supeditado al internacional de los derechos humanos en ciertos casos puntuales. Por ejemplo, respecto de los delitos de *lesa humanidad* insistió, por mayoría de sus miembros, que el derecho internacional de los derechos humanos ejerce una suerte de tutela sobre el derecho interno⁵²⁵; o que, como ocurriera en el precedente “Espósito”⁵²⁶, donde ciertas decisiones pasadas en autoridad de cosa juzgada cedieron al acatar un pronunciamiento de la Corte IDH. De ahí, explica HITTERS, “...resulta menester recortar el rostro del sistema interamericano para verlo con nitidez y comprender a cabalidad estos notables y plausibles adelantos y reacomodamientos que han aparecido a raíz de la jurisprudencia parida por los órganos del Pacto de San José de Costa Rica; por supuesto sin olvidar en tal sentido las decisiones de los organismos de la ONU, de la Corte Europea de Derechos Humanos y del Tribunal de la Unión Europea, las que directa o indirectamente vienen ejerciendo una notable influencia en el sector interno de nuestro continente”⁵²⁷.

Desde este punto, cabe repetir, como consecuencia de la evolución que experimentan ciertos institutos del ordenamiento local, que el clásico control de constitucionalidad efectuado, por los jueces y órganos internos, se transformó, a partir de entonces, en una herramienta mucho más compleja fascinante y abarcadora, abriendo paso al control de convencionalidad⁵²⁸.

Esta nueva realidad exige, a los Estados signatarios del Pacto de San José de Costa Rica, el deber de adaptar el derecho interno, no sólo a las disposiciones de la referida Convención, sino a la interpretación que, de este instrumento y otros de la especie, efectúan los órganos del sistema interamericano. No en vano la Corte IDH, en varios precedentes, dijo que rige, respecto de los países que integran el sistema de protección de los derechos humanos, una norma consuetudinaria generalmente aceptada, que impone la obligación a aquellos Estados de adaptar sus normas locales para asegurar el cumplimiento de los tratados sobre derechos humanos⁵²⁹.

⁵²⁵ Véase CSJN, doctrina de Fallos 328:2056, caso “Simón”, 2005.

⁵²⁶ CSJN, Fallos 327:5668, caso “Espósito”, 2004.

⁵²⁷ Juan Carlos HITTERS, “¿Son vinculantes los pronunciamientos...”, ob. cit., p. 1.

⁵²⁸ *Ibidem*, p. 2.

⁵²⁹ Corte IDH, caso “Cantos vs. Argentina”, sentencia de 28 de Noviembre de 2002, serie C, número 97, parágrafo 59; caso “Cinco Pensionistas vs. Perú”, sentencia de 28 de febrero de 2003, serie C, número 98, parágrafo 164; caso “Bulacio vs. Argentina”, sentencia de 18 de septiembre de 2003, serie C, número 100; parágrafo 140; y, caso “Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay”, sentencia de 2 de septiembre de 2004, serie C, número 112, parágrafo 205. Es válido reiterar lo expuesto por BAZÁN sobre que todos los Estados, que conforman la comunidad internacional, se encuentra obligados a obedecer ciertos principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas. En tal sentido, deben acatar aquellas pautas y las que emergen del derecho convencional y consuetudinario, establecidos en base a aquéllos. Estos principios generales resultan obligatorios para el conjunto de las naciones del mundo dado que constituyen, como se dijo, normas internacionales de *ius cogens*, o sea, de práctica generalizada y obligatoria (véase Víctor BAZÁN, “El derecho internacional de los derechos humanos...”, ob. cit., p. 2). Refiere HITTERS, que resulta importante ver cómo las directivas que imparten la Corte y la Comisión IDH, en tanto órganos internacionales, se derramaron como derecho positivo en el ámbito doméstico; y en paralelo observar la trascendencia del control heterónomo que aquellos órganos ejercieron, no sólo al inspeccionar el acatamiento por parte de los Estados de determinadas convenciones internacionales, sino también, por vía de excepción, las propias sentencias de los jueces nacionales (véase Juan Carlos HITTERS, “¿Son vinculantes los pronunciamientos...”, ob. cit., p. 6).

Agrega HITTERS, que el fenómeno generó verdaderas mutaciones en los sistemas jurídicos de los distintos países sujetos al sistema interamericano, tanto de origen sustancial como procesal. “Por ejemplo, a través del pronunciamiento en el caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos), [en virtud del cual] Chile tuvo que corregir su propia Constitución”⁵³⁰.

A mérito de lo expuesto, desde la perspectiva de la tesis internacionalista extrema, la jerarquía normativa real en la República Argentina queda entonces como sigue.

i) *Ius cogens*;

ii) Instrumentos internacionales de derechos humanos (normas convencionales), jurisprudencia de la Corte IDH y sentencias del mismo tribunal condenatorias del Estado argentino;

iii) Constitución Nacional);

iv) Tratados internacionales sin jerarquía constitucional (de materias distintas a los derechos humanos) ratificados por Argentina, por ejemplo, tratados de integración, tratados de paz y comercio, concordatos con la Santa Sede, etcétera (artículo 75, inciso 22, párrafo 1 de la Constitución);

v) Leyes nacionales del Congreso (dictadas de conformidad con el artículo 28 de la Constitución Nacional), reglamentos del poder ejecutivo (artículo 76 y artículo 99, inciso 3, párrafos 2, 3 y 4 de la Constitución Nacional);

vi) Decretos reglamentarios del poder ejecutivo nacional (artículo 99, inciso 2);

vii) Derecho local (artículos 5, 31, 123 y 129 de la Constitución Nacional).

En síntesis, la postura internacionalista ubica a todo el derecho internacional de los derechos humanos *-res legislata, res pactata y res declarata-* que ingresa al ordenamiento jurídico argentino en un escenario de supraconstitucionalidad, ello con fundamento en lo dispuesto el artículo 27 de la Convención de Viena de 1969, sobre

⁵³⁰ Juan Carlos HITTERS, “¿Son vinculantes los pronunciamientos...”, ob. cit., p. 6. La realidad descripta, llevó a AYALA CORAO a decir que: “...En Latinoamérica se ha consolidado constitucional y convencionalmente un estándar mínimo común en materia de protección efectiva de los derechos humanos, a través de la influencia integradora de la Convención Americana y la jurisprudencia de los órganos del sistema interamericano, con la jurisprudencia constitucional. Ello ha llevado a la existencia de un núcleo fundamental o esencial de derechos que se impone a los países, constituyendo así una base común, un nuevo *ius commune* para las Américas y concretamente para Latinoamérica [...] De allí la importancia de armonizar las jurisdicciones nacionales y particularmente las constitucionales con las jurisdicciones internacionales, a fin de lograr la protección efectiva de los derechos humanos, atendiendo siempre a su progresividad. Ello está permitiendo la confluencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos con el Derecho Constitucional de los Derechos Humanos, para la consolidación de una nueva rama: *el* Derecho de los derechos humanos. Este derecho es en definitiva el nuevo Derecho global, es decir, un Derecho de gentes, universal, integrador (internacional y nacional), que descansa sobre los valores del Derecho Natural, como ley suprema de la humanidad que emana de la dignidad de la persona humana” (Carlos AYALA CORAO, “La repercusión de la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos por la jurisprudencia constitucional”, en *Foro Constitucional Iberoamericano*, ISSN 1696-2494, número 7, 2004, pp. 1-74).

Derecho de los Tratados. Además, también la *res iudicta* y la *res interpretata*, como parte de la normatividad del derecho internacional de los derechos humanos, poseen primacía normativa respecto de todas las disposiciones del derecho interno argentino incluida su Constitución y por ello no es posible incumplir con los preceptos supraconstitucionales de fuente internacional alegando contrariedad con normas del derecho doméstico, también, cuando se invocan disposiciones, principios y valores de la propia Constitución argentina. Ello lo impone el cumplimiento de lo reglado por el artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, y la doctrina del control de convencionalidad, conforme, se verá, ha sido diseñada por la Corte IDH y aceptada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina.

CAPÍTULO VI

Aporte e incidencia de la jurisprudencia de la Corte IDH para determinar la relación jerárquica entre los tratados internacionales de derechos humanos y el derecho nacional

En el capítulo sexto de esta investigación se evaluará el funcionamiento y desempeño del control de convencionalidad como herramienta para garantizar la supremacía del derecho internacional de los derechos humanos sobre el derecho interno. Asimismo, se describirá cuál fue el rol que jugó la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para consolidar la primacía normativa de los instrumentos internacionales de la materia, a través del control de convencionalidad; qué preceptos del derecho internacional se deben confrontar; sobre qué normas del derecho interno se efectúa el control de convencionalidad; cuáles son las consecuencias que se derivan del ejercicio de este tipo de herramienta procesal. El propósito esencial de este espacio consiste en ordenar nuevamente y de manera jerárquica las fuentes del ordenamiento jurídico argentino. Se distinguirán, en tal sentido, dos posiciones sobre el tema: la de la postura internacionalista moderada y la de la tesis internacionalista extrema.

1. El control de convencionalidad como herramienta para asegurar la primacía del derecho internacional de los derechos humanos. El rol de la Corte IDH

Así como luego de sancionadas las constituciones en el período clásico, por construcción pretoriana, se acude al control de constitucionalidad y se lo hace para hacer efectiva la supremacía de las cartas fundamentales; ahora, a partir de la irrupción de los tratados internacionales de derechos humanos y de la evolución que la disciplina tuvo en los últimos 70 años, surge el control de convencionalidad como herramienta idónea para salvaguardar el respeto de los principios, garantías y derechos humanos de fuente convencional o consuetudinaria, plasmados en las diversas disposiciones que integran el derecho internacional de los derechos humanos.

En el continente europeo y en el americano se erigieron, para la tutela de los derechos humanos, sistemas de protección basados en la redacción de sendas convenciones, protocolos, tratados internacionales, etcétera. En sus orígenes, los dos

regímenes crearon organismos con facultades consultivas y contenciosas para hacer efectivos los derechos fundamentales contenidos en los instrumentos jurídicos de fuente extranjera. Para ello, los Estados signatarios se comprometieron a respetar aquel bloque normativo y reconocieron, en principio, la competencia de ciertos órganos con el propósito de salvaguardar la efectiva vigencia de aquellos derechos en las jurisdicciones nacionales.

En general, agotadas las instancias locales, las cortes internacionales de ambos sistemas con competencia contenciosa confrontaron normas vernáculas, actos y omisiones de las autoridades de cualquiera de los poderes del Estado y la voluntad de las mayorías democráticas para verificar la compatibilidad de éstas con las disposiciones convencionales. A este proceso, al menos en el ámbito latinoamericano, se lo identificó como control de convencionalidad.

En principio, el control de convencionalidad se erigiría para garantizar la supremacía de la CADH o el CEDH, en general, sobre las normas locales que las transgrediesen. Ello no debe confundir el rol que desempeñan estas instancias en tanto aspiran, en ciertas ocasiones, a convertirse en supraconstitucionales⁵³¹. Sin perjuicio de lo que se afirmó hasta aquí, tanto la Corte IDH y el Tribunal EDH, aclararon que no constituían una cuarta instancia con facultades para dejar sin efecto leyes de los países que integran ambos sistemas, y de modificar en forma directa el derecho interno. La función de estos tribunales, como se demostrará a lo largo de la investigación, es otra.

HITTERS sostuvo, refiriéndose al desempeño de la Corte IDH, que: “no se convierten en una ‘cuarta instancia’ que deja sin efecto las leyes de los países”⁵³². En esta misma línea expuso el entonces presidente del Tribunal EDH Luzios WILDHABER que: “...el Tribunal Europeo trabaja en colaboración con los tribunales constitucionales nacionales y las jurisdicciones nacionales, así como con las jurisdicciones nacionales que tengan una competencia equivalente [...] quizás al Tribunal de Estrasburgo le resulte a veces difícil resistirse a la tentación de ir

⁵³¹ Puede leerse con provecho para la comprensión de este punto los argumentos que articula la Corte IDH en “Hilaire, Constantine y Benjamín y otros vs. Trinidad y Tobago”, sentencia de 21 de junio de 2002.

⁵³² Juan Carlos HITTERS, “¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? Control de Constitucionalidad y Convencionalidad”, *La Ley*, 2008-E, 1169, punto II B. GIALDINO no comparte este criterio. Como se dijo en reiteradas ocasiones, a partir de la reforma constitucional de 1994, el confornte que realizan los jueces, en el ejercicio del control de constitucionalidad, para establecer la compatibilidad, o no, con la Constitución Nacional, ya no es entre esta última y normas infraconstitucionales, sino entre el “Bloque de Constitucionalidad Federal” y normas infrabloque. Es éste un tema fundamental, dado que, si se tiene en cuenta que la Constitución es rígida en base a sus artículos 30 y 31 y que, la Corte Suprema de Justicia de la Nación es el último tribunal nacional que se encarga de controlar la constitucionalidad de los actos de los otros Poderes del Estado (conforme artículos 116 y 117 de la carta constitucional), la incorporación de los tratados internacionales de derechos humanos y, esencialmente, el reconocimiento de la Corte IDH, como tribunal competente para revisar las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de violación de derechos humanos, influyó, en grado sumo, sobre el concepto de supremacía y de rigidez constitucionales. No en vano, se dijo que la Corte IDH en el ámbito local “ha jugado un papel que podríamos llamar ‘casatorio’ imponiendo indirectamente cierta homogeneidad en la interpretación de la Convención y de otros tratados, y ha supervisado inclusive el cumplimiento de sus propios fallos” (Rolando E. GIALDINO, “Control de constitucionalidad y de convencionalidad de oficio”, en *La Ley* 10 de junio de 2008, año LXXII, número 111, p. 4).

demasiado por delante en las cuestiones de fe y de derecho, de convertirse en la famosa ‘cuarta instancia’, que siempre se niega a ser”⁵³³.

De este modo, cuando la incompatibilidad se verifica entre normas ordinarias locales y las que, para la postura internacionalista, se erigen como supraconstitucionales se genera tensión entre la jurisdicción nacional y la internacional. En ambos sistemas, entra en juego por un lado lo que se denomina control de convencionalidad débil (se da cuando se oponen derechos humanos de fuente internacional con la legislación ordinaria de un Estado). En cambio, por el otro lado, en el control duro, el conflicto y las resistencias asoman cuando la invalidez del precepto inferior, opuesto al superior, involucra cláusulas de las constituciones y las convenciones. En estos supuestos, generalmente, se resuelve de modo diverso y dependiendo de la posición que asuman las cortes supremas o los tribunales constitucionales frente al conflicto. En un caso, subordinarán las constituciones nacionales a las disposiciones de la convención, acatando las sentencias y opiniones de las cortes internacionales. En otros, en cambio, se subordinará el derecho internacional y la jurisprudencia de los tribunales internacionales a los textos constitucionales.

Ahora bien, el diálogo interjurisdiccional entre las cortes hemisféricas y las cabezas de los poderes judiciales estatales ha sido muy dinámico y cambiante respecto del rumbo, del rol y de las facultades que cada uno de ellos ejercieron. En uno de los regímenes a través de un diálogo subordinado, verticalista; en el otro, merced a una diálogo conciliador en un nivel de coordinación, procurando siempre los equilibrios entre las partes del sistema.

Este punto se destinará a investigar brevemente uno de los ámbitos de protección de los derechos humanos: el rol que cumple la Corte IDH, cuáles son las funciones y los alcances de sus sentencias, qué se entiende por control de convencionalidad -cuáles son sus orígenes, su desarrollo y su situación actual-, cómo se expandió la jurisprudencia al interior de los ordenamientos nacionales y qué valor adquieren la *res legislatata*, la *res pactata*, la *res declarata*, la *res interpretata* y las *res iudicata*. Más adelante, a través de casos puntuales, se evaluará si se desobedecen o se acatan, total o parcialmente, las sentencias contenciosas que, sobre cuestiones de fondo, dictan los dos tribunales regionales y, especialmente, cuál es la importancia que para cada uno de ellos tiene su jurisprudencia. En ambas circunstancias, con el propósito de hacer valer los derechos que en favor del individuo confieren la Convención Americana de Derechos Humanos y el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

En el marco del denominado control judicial de constitucionalidad, las atribuciones que se arrogó, *motu proprio*, la Corte Suprema de Estados Unidos, a la que luego siguieran otras Cortes estatales como de la Argentina, pudieron servir de apoyo para que el tribunal de San José hiciera lo mismo. A la luz de lo dicho, cabe preguntarse: ¿la Corte IDH tiene la facultad de perfilar los efectos y el valor del control de convencionalidad, como se hizo en Estados Unidos de Norteamérica respecto del control de constitucionalidad?; ¿pretende el tribunal internacional aplicar el *stare decisis -res interpretata-* a los ordenamientos de los países que acatan su

⁵³³ Discurso del Presidente del Tribunal EDH ante el Tribunal Constitucional de España, el 7 de junio de 2002.

jurisdicción? Cada uno de las dudas, que los interrogantes generan, serán explicadas con profundidad necesaria en el desarrollo de éste y los sucesivos capítulos.

A. Funciones y alcances de sus sentencias

Conforme surge de manera expresa de la letra del Pacto, el fallo que emite la Corte IDH resulta en principio definitivo, inapelable y obligatorio para las partes, amén a lo establecido por los artículos 66 a 69 del Pacto de San José de Costa Rica. Únicamente, se admite, a solicitud de cualquier de los operadores que intervienen en la *litis* y, dentro de los 90 días de producida la notificación, una suerte de aclaratoria, para que, en caso de existir desacuerdo sobre el sentido o alcance de la sentencia, la Corte la interprete o aclare. En relación a la obligatoriedad de los fallos de la Corte, el artículo 68.1 del Pacto establece: “Los Estados partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”.

Éste es pues el efecto al cual la Corte Suprema Argentina hizo mención en el caso “Miguel Ángel Espósito”⁵³⁴ al exponer que: “...la decisión [de la Corte IDH en el caso ‘Bulacio vs. Argentina’ sobre el concepto de ‘secuela de juicio’ en los términos del art. 67, párrafo 4º, del Código Penal] resulta de cumplimiento obligatorio para el Estado argentino (art. 68.1, CADH), por lo cual también esta Corte, en principio, debe subordinar el contenido de sus decisiones a las de dicho tribunal internacional”⁵³⁵.

Refiere BIANCHI, que es diametralmente distinto el fenómeno del efecto vinculante de los pronunciamientos contenciosos dictados en aquellos litigios en donde el Estado -integrado en el SIDH- no es parte. Ya no se trata, en estas situaciones, del efecto directo de una sentencia alcanzada, como se dijo, por la letra de la Convención -artículo 68.1-, sino del efecto vinculante del precedente -ya sea de su *holding* o sea de su *ratio decidendi*-⁵³⁶ “el cual resulta asimilable al efecto que éste tiene en los sistemas anglosajones bajo el principio del *stare decisis*”⁵³⁷.

Es menester destacar que la CADH nada dice sobre esta cuestión, de manera tal que resulta necesario indagar cómo interpretan este efecto la Corte IDH y nuestra Corte Suprema⁵³⁸.

La competencia consultiva de la Corte se encuentra regulada en el Pacto de San José, en el Reglamento y en el Estatuto, y tiene por objeto, conforme lo expuso el propio tribunal, facilitar el cumplimiento de las obligaciones internacionales de los

⁵³⁴ CSJN, Fallos 327:5668, caso “Espósito”, 2004.

⁵³⁵ *Ibidem*, véase considerando 3.

⁵³⁶ Explica BIANCHI que: “*ratio decidendi* es la regla de derecho en la cual se funda el fallo”. Véase Gary SLAPPER and David KELLY, *The english legal system*, 10th edition, Cavendish, London and New York, 2009, p. 120.

⁵³⁷ Alberto B. BIANCHI, “Una reflexión sobre el llamado ‘control de convencionalidad’”, Suplemento Constitucional 2010 (septiembre), 23/09/2010, 15 - *La Ley 2010-E*, 426.

⁵³⁸ Véase *ibidem*.

Estados signatarios de la CADH. Se trata de un método judicial alternativo dirigido a obtener la interpretación de la Convención y de otros instrumentos internacionales de derechos humanos que rigen en el sistema interamericano. Como, con toda claridad, lo puso de relieve el alto tribunal interamericano, esta tarea que cumple “es única en el derecho internacional contemporáneo”⁵³⁹.

Se trata, ésta, de una función netamente consultiva que busca conocer la interpretación que la Corte IDH hace de ciertos instrumentos internacionales. Pues, la función asesora que ejerce el órgano jurisdiccional no depende de la aceptación previa de los Estados como si ocurre con la jurisdicción contenciosa. La primera impera, automáticamente, a partir de la ratificación de la convención y se trata de una decisión que no resulta coercible, aunque la práctica internacional demuestra que siempre es acatada por los países que la solicitan⁵⁴⁰.

Se puede decir que las opiniones consultivas no son obligatorias en sentido estricto, su fuerza estriba en la autoridad moral y científica de la Corte⁵⁴¹; y si bien su esencia es básicamente asesora, no por ello deja de ser también jurisdiccional⁵⁴². Tiene como finalidad contribuir al cumplimiento de las obligaciones internacionales de los estados americanos, en lo que respecta a la tutela de los derechos humanos⁵⁴³.

Esta tesis pone de resalto, en el ámbito internacional, la opinión de Sergio GARCÍA RAMÍREZ, dado que se lo reconoce como el creador de la doctrina del control de convencionalidad y, además, su punto de vista refleja la actual jurisprudencia de la Corte IDH sobre la materia tratada. En su opinión “[...] los criterios establecidos por la Corte Interamericana al interpretar la CADH -y otros instrumentos con respecto a los cuales dispone de competencia material- son vinculantes para los Estados partes en la Convención Americana [...]”. Defiende su concepto del siguiente modo:

“...en la consideración de que los Estados [signatarios de] la Convención Americana - y otras- han acogido este instrumento soberanamente, como parte de la preceptiva nacional, asumiendo los deberes que asigna y afrontando los derechos personales que reconoce. Y esos mismos Estados han aceptado -también soberanamente, al constituirse en partes de la CADH- que la Corte IDH, tribunal supranacional, es el órgano judicial llamado a interpretar las disposiciones convencionales. Por lo tanto, la interpretación de la Corte establece formal y

⁵³⁹ Corte IDH, Opinión Consultiva -OC-3/83, del 8 de setiembre de 1983, restricciones a la pena de muerte (artículos 4.2 y 4.4, Convención Americana sobre los Derechos Humanos, serie A: Fallos y Opiniones, número 3, párrafo 25).

⁵⁴⁰ *Ibidem*, párrafo 15-21. Señaló la Corte de San José que en la tarea consultiva no hay “partes” (párrafo 14) dado que no existen “demandados”, ya que en esta actividad se busca una “interpretación” y no una “condena”, por lo tanto la Corte no se encuentra obligada a resolver primero su competencia y luego el fondo (párrafo 14). Desde esta perspectiva, se puede afirmar que los Estados no son llamados a defenderse, pues en verdad no resultan “denunciados”, aunque este tipo de jurisdicción puede afectar ciertos intereses de ellos (párrafos 15). Esta función, no tiene, en principio efectos vinculantes párrafo 19). La palabra “caso” solamente se utiliza para la jurisdicción contenciosa (párrafos 19 y 20). También varía, la legitimación activa: no obstante los requisitos de la contenciosa no se extienden a la consultiva (párrafos 21).

⁵⁴¹ Véase Carlos DUNSHEE DE ABRANCHES, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *La Convención Americana sobre Derechos Humanos*, OEA, Washington, 1980, p. 123.

⁵⁴² Véase Rodolfo PIZA ESCALANTE, “La jurisdicción contenciosa del Tribunal Interamericano de Derechos Humanos”, en *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, IIDH, Costa Rica, p. 168, nota 9.

⁵⁴³ Corte IDH, Opinión Consultiva, OC-1/82, del 24 de setiembre de 1982, “Otros Tratados” Objeto de la Función Consultiva de la Corte (artículo 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos), serie A: Fallos y Opiniones, número 1, párrafo 25.

oficialmente el alcance de tales disposiciones y, en consecuencia, la medida de los deberes de los Estados y los derechos de los particulares. Así, no es posible sostener que las interpretaciones establecidas por la Corte IDH constituyan un punto de vista atendible o desatendible, y no un acto de necesaria observancia. Fijan [...] una interpretación vinculante de textos normativos asimismo vinculantes para los Estados, que deben ser entendidos y aplicados interiormente en los términos de la interpretación formal y final dispuesta por la Convención y ejercida por la Corte. Reconozco esa eficacia tanto a las opiniones consultivas como a las sentencias en casos contenciosos -y a las resoluciones sobre medidas provisionales y cumplimiento de sentencias- en cuanto tiene que ver con interpretación de normas [...]"⁵⁴⁴.

B. Control de convencionalidad: breve explicación sobre sus orígenes y desarrollo

En el continente americano, el control de convencionalidad conforme surge del Pacto de San José de Costa Rica resulta, en principio, obligatorio para los Estados demandados en sede internacional. Sin embargo, como se verá, la Corte IDH impulsó progresivamente una suerte de alteración sustancial de los efectos de sus pronunciamientos al darles un valor, una extensión más amplia de lo que expresamente indica la letra del tratado. Ello, en principio, con el objeto de garantizar la tutela de los derechos humanos en los países que adhieren a su jurisdicción.

La Corte IDH no dudó en proclamar la supremacía de las convenciones internacionales, de esta especie, sobre el derecho interno de cada uno de los Estados partes del sistema interamericano. Sostuvo, que los jueces de los países que ratificaron la CADH están obligados a asegurarse que los derechos consagrados en la Carta prevalezcan sobre las disposiciones internas que colisionen con ella; debiendo incluirse también las propias constituciones nacionales. En el viejo continente, en principio, las sentencias del Tribunal EDH no tienen la misma fuerza que las del sistema americano, al punto que se afirma que las resoluciones de este órgano sólo poseen efecto declarativo.

Esto implica una toma de posición de la Corte Interamericana respecto del nivel jerárquico que exige se asigne a las normas convencionales en sede interna. Una jerarquía susceptible de una lectura débil y no problemática y de otra fuerte y, cuanto menos, polémica. De acuerdo con la primera, el deber de llevar a cabo el control de convencionalidad por parte de los órganos jurisdiccionales de los Estados parte, implica que las normas convencionales deben prevalecer en sede interna sobre las leyes ordinarias, de manera que se les acordará jerarquía suprallegal e, incluso, rango constitucional. De acuerdo con la segunda, la doctrina del control de convencionalidad, ateniéndose a la letra de su formulación, se referiría a la supremacía de las normas convencionales sobre las normas jurídicas internas, sin establecer ninguna salvedad, en particular respecto de sus normas constitucionales. Sobre tales bases se sostuvo que: “la tesis del control de convencionalidad quiere que siempre

⁵⁴⁴ Sergio GARCÍA RAMÍREZ, citado por Federico ADLER, “El deber jurídico internacional del Estado Argentino de seguir los criterios interpretativos de la Corte ID”, www.infojus.gov.ar, Id SAIJ: DACF130334, Buenos Aires, 2013, nota al pie número 29 (acceso 21-V-2016).

prevalezca el Pacto, tanto respecto de la primera como de la segunda parte de la Constitución [en referencia al derecho argentino], y que ésta sea interpretada ‘conforme’ y no contra el Pacto. Ello importa la domesticación de la Constitución por el Pacto”⁵⁴⁵.

El fundamento para esta segunda lectura -las normas convencionales tienen supremacía y primacía sobre cualquier disposición de derecho interno, incluso constitucional- se apoya en precedentes como el artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados. Pues un Estado no podría oponer, como excusa para incumplir sus obligaciones derivadas de un convenio internacional, el cumplimiento de una disposición de derecho interno.

Si se distinguen, *a priori*, dos niveles jerárquicos dentro de un sistema jurídico nacional, el constitucional y el legal, la recepción del derecho convencional en sede interna podría tener: a) nivel infralegal; b) nivel legal; c) nivel supralegal pero infraconstitucional; d) nivel constitucional; o, e) nivel supraconstitucional. De estas alternativas, el reconocimiento del control de convencionalidad sólo resulta en sentido estricto incompatible con las tres primeras, pero perfectamente congeniable con cualquiera de las restantes. No obstante, cabe indicar que la falta de toda distinción en la argumentación de la Corte Interamericana, y el contenido de algunos de sus pronunciamientos -como en el fallo “La última tentación de Cristo”-⁵⁴⁶ parecen dar apoyo a la interpretación fuerte, según la cual la Corte IDH exigiría que se asigne a las disposiciones convencionales la máxima jerarquía normativa, incluso, por sobre las normas constitucionales.

En esa tónica, se manifestó que en la aceptación de las decisiones de la Corte Interamericana se encuentra el germen del entendimiento entre los Estados signatarios de la CADH, dado que, la mirada de los iguales condiciona el comportamiento otrora avasallante de aquéllos que, valiéndose del omnímodo poder estatal, avanzaron sobre sus ciudadanos, desamparados en su individualidad e impotentes ante el enorme aparato estatal que violaba sus derechos fundamentales⁵⁴⁷.

Bajo este prisma, también se señaló que así como, mediante el control de constitucionalidad, se procuró robustecer la supremacía constitucional frente a una norma o acto que se opusiera a la superior, por medio del control de convencionalidad⁵⁴⁸ se procede a invalidar la disposición de derecho interno (incluso la propia Constitución) cuando se opone al Pacto de San José de Costa Rica⁵⁴⁹. En esta inteligencia, y a pesar de tratarse de dispositivos distintos, se sostuvo que el control de

⁵⁴⁵ Néstor Pedro SAGÜÉS, “Dificultades operativas del ‘control de convencionalidad’ en el sistema interamericano”, en revista *La Ley*, 11 de agosto de 2010.

⁵⁴⁶ Corte IDH, caso “La última tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile”, sentencia del 5 de febrero de 2001, serie C, número 73.

⁵⁴⁷ Silvina Beatriz TREBUCQ, “El control de convencionalidad: Su ejercicio por parte de los tribunales nacionales”, en *La Ley*, 29 de abril de 2011.

⁵⁴⁸ Este término fue expresado por primera vez por la Corte IDH en el caso “Myrna Mack Chang vs. Guatemala”, sentencia del 25 de noviembre de 2003, serie C, número 101 del voto razonado del juez Sergio García Ramírez.

⁵⁴⁹ En el caso “La última tentación de Cristo”, la Corte IDH reclamó a Chile la modificación de una cláusula de la Constitución opuesta a la CADH, hecho que luego el país vecino consumó.

convencionalidad es asimilable en sus efectos al resultado del control de constitucionalidad ceñido al caso concreto, con efectos *inter partes*⁵⁵⁰.

La Corte IDH, en el caso “Óbice y otros vs. Barbados”⁵⁵¹, determinó, en su considerando número 78, que el objetivo del control de convencionalidad era establecer si la norma enjuiciada -por contraste con la Convención- resultaba o no convencional. Si la norma era contraria al Pacto de San José de Costa Rica, es decir, si era inconvencional, se imponía el deber judicial de inaplicarla⁵⁵².

Con posterioridad, en el transcurso de 2004, en el caso “Tibi”⁵⁵³, en el voto concurrente del juez Ramírez sostuvo que la Corte IDH: “[...] analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa. Dicho con otro giro, si los tribunales constitucionales controlan la constitucionalidad, el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la convencionalidad de esos actos”.

Como subraya TREBUCQ, aún a costa de una dura crítica de autores que todavía se oponen a la innegable validez de la jurisprudencia de la Corte IDH y de la obligatoriedad de ella frente a los Estados signatarios del Pacto de San José, es posible sostener que las decisiones dictadas por el alto estrado transnacional conforman “los paradigmas que deben seguir los tribunales locales, que deben no sólo efectuar el debido control de constitucionalidad de las normas internas aplicables al caso llevado a su conocimiento, sino también el llamado control de convencionalidad de esas normas en consonancia con los preceptos de la Convención”⁵⁵⁴.

Sostuvo la Corte IDH, que una vez que el Estado ratifica el tratado internacional y reconoce la competencia de sus órganos de control, precisamente a través de sus mecanismos constitucionales, aquéllos pasan a conformar su ordenamiento jurídico. De tal manera, el control de constitucionalidad implica un control de convencionalidad ejercidos de forma complementaria⁵⁵⁵. Desde la doctrina, se podría decir que este tipo de inspección se verifica cuando el juez nacional o internacional evalúa “la coincidencia entre la norma interna (sea constitucional o infraconstitucional) y los tratados sobre derechos humanos, con el objeto de identificar las contradicciones entre uno y otro, que pudieren generar la responsabilidad internacional del Estado”⁵⁵⁶.

Según lo expresado por el integrante de la Corte Interamericana, Diego GARCÍA SAYÁN “como es natural, si el objeto y fin de un tratado de derechos humanos -como la Convención Americana- es el que, en líneas generales, se encuentra expresado en las normas contenidas en el artículo 1.1. y precisadas en el artículo 2, la

⁵⁵⁰ Néstor Pedro SAGÜÉS, “El control de convencionalidad en particular sobre las constituciones...”, ob. cit., párrafo 7; y, en “Los efectos del Control”, publicado en *La Ley*, 2009-B, 761.

⁵⁵¹ Véase Corte IDH, caso “Óbice y otros vs. Barbados”, sentencia del 20 de noviembre de 2007.

⁵⁵² Néstor Pedro SAGÜÉS, “El control de convencionalidad en particular sobre las constituciones...”, ob. cit., párrafo 7º; “Los efectos del Control”, publicado en *La Ley*, 2009-B, 761.

⁵⁵³ Corte IDH, caso “Tibi vs. Ecuador”, sentencia del 7 de septiembre de 2004, serie C, número 114, párrafo 3.

⁵⁵⁴ Silvina Beatriz TREBUCQ, *El control de convencionalidad...*, ob. cit., p. 1.

⁵⁵⁵ Corte IDH, caso “Gelman vs. Uruguay”, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 20 de marzo de 2013, párrafo 83.

⁵⁵⁶ Adelina LOIANNI, “El marco conceptual del control de convencionalidad”, *El control de convencionalidad*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2008, Susana Albanese (Coord.), p. 115.

armonización del derecho interno y de las conductas de las autoridades del Estado con las estipulaciones de un tratado como la Convención, hace, en esencia, al ‘objeto y fin’ de este instrumento internacional. Es aquí en donde se aprecia la inmensa riqueza concreta que tienen los conceptos de ‘interacción’ e ‘interdependencia’ en este ámbito”⁵⁵⁷.

Esta obligación de control es parte de la lógica misma del derecho internacional de los derechos humanos, en donde su fundamentación no es exclusivamente convencional, y por ello no sólo se extiende a la Convención, sino también a toda la normativa internacional de derechos humanos⁵⁵⁸. La obligación se impone con mayor firmeza en el sistema interamericano, dado que el artículo 2 de la CADH, obliga a los países signatarios a adoptar las medidas legislativas, o de otro carácter, que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y garantías en ella consagrados, obligación que desde luego se extiende a los poderes judiciales nacionales⁵⁵⁹.

El juez de la Corte IDH, Ferre Mac-Gregor Poisot, expuso que los jueces nacionales se convierten en los primeros intérpretes del derecho internacional de los derechos humanos, si se tiene en cuenta el carácter subsidiario, complementario y coadyuvante de los órganos interamericanos, en relación a los previstos en el ámbito interno de los Estados del continente americano que adhirieron a la CADH y la nueva misión que ahora tienen para salvaguardar el *corpus juris* interamericano, a través de este nuevo control que se ha dado en llamar como de convencionalidad⁵⁶⁰.

De ahí también, que se sostenga con insistencia, que en esta labor, el juez local, al decidir sobre cuestiones que comprometan los derechos reconocidos por la Convención Americana y, sin perjuicio de los acogidos por los demás tratados incorporados a la Constitución Nacional (conforme artículo 75, inciso 22), no sólo debe hacerlo a mérito de las disposiciones convencionales, sino también ponderando los criterios exegéticos adoptados por la Corte IDH *-res interpretata-* y, valga la insistencia, no exclusivamente los plasmados en los casos donde el Estado argentino

⁵⁵⁷ Diego GARCÍA SAYÁN, “Una viva interacción: Corte Interamericana y Tribunales Internos”, en *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un cuarto de siglo: 1979-2004*, San José, Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005, p. 326.

⁵⁵⁸ El voto razonado del juez Sergio García Ramírez en la causa “Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú” clarifica el concepto: “...la misma función [de control] se despliega, por idénticas razones, en lo que toca a otros instrumentos de igual naturaleza [que la Convención], integrantes del *corpus juris* convencional de los derechos humanos de lo que es parte el Estado [...] De lo que se trata es de que haya conformidad entre los actos internos y los compromisos internacionales contraídos por el Estado, que generan para éste determinados deberes y reconocen a los individuos ciertos derechos”, Corte IDH, caso inicialmente citado, 24 de noviembre de 2006, serie C, número 158, voto razonado del juez Sergio García Ramírez, párrafo 2. En forma similar hubo de expresarse Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot en su voto razonado en el caso “Cabrera García y Montiel Flores vs. México”, Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 26 de noviembre de 2010, serie C, número 220, voto razonado del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, párrafos 45 a 47.

⁵⁵⁹ Corte IDH, caso “Castillo Petruzzi y otros vs. Perú”, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 17 de noviembre de 1999, Serie C, número 59, párrafo 3; y caso “Barrios Altos vs. Perú”, Supervisión de cumplimiento de Sentencia, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 7 de septiembre de 2012, párrafo 4.

⁵⁶⁰ Corte IDH, caso “Cabrera García y Montiel Flores vs. México”, Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 26 de noviembre de 2010, serie C, número 220, voto razonado del Juez Eduardo Ferrer Mac Gregor Poisot, párrafo 24.

es parte demandada *-res iudicata-*⁵⁶¹. La circunstancia descrita, tal como apunta TREBUCQ, convierte a los jueces nacionales en una suerte de custodios del denominado “Bloque de Constitucionalidad Federal”, sin que ello sea óbice para obligarlos a acatar, y hacer cumplir, las disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos. Esta circunstancia es motivo suficiente para justificar el deber de conocer, a cabalidad, la norma internacional y la jurisprudencia de la Corte IDH, con el propósito “de evitar que, en virtud de la aplicación irrestricta del derecho interno, se vulneren los compromisos asumidos internacionalmente, lo que podría generar, eventualmente, la responsabilidad del Estado frente a los organismos supranacionales”⁵⁶².

Cuando un Estado es parte de la Convención Americana, y aceptó la competencia de la Corte en materia contenciosa, se da la posibilidad de que ésta analice la conducta del país signatario para ponderar si, ese comportamiento, se ajustó a las disposiciones de la CADH, incluso, cuando la cuestión fue definitivamente resuelta por los órganos jurisdiccionales locales. La Corte IDH es también competente para determinar si cualquier disposición, del ámbito nacional o internacional, aplicada por un país del sistema interamericano resulta compatible, o no, con la CADH. En este rol la Corte IDH no tiene límite normativo alguno: todo precepto jurídico del orden nacional es susceptible de ser sometido a este análisis de compatibilidad, desde luego también, incluye a las propias constituciones nacionales.

Para llevar a cabo tal examen, la Corte IDH interpreta el precepto normativo en cuestión y lo analiza a la luz de las disposiciones de la Convención. El resultado de esta operación será siempre un juicio en el que se dirá si tal norma, si tal hecho o tal omisión, es o no compatible con la Convención Americana de Derechos Humanos⁵⁶³. De esta manera, la Corte Interamericana mediante el uso y el ejercicio, por sí o por intermedio de los tribunales nacionales del control de convencionalidad garantiza la vigencia de la CADH, respecto de todos los países que aceptaron su jurisdicción contenciosa.

Además, la Corte IDH también interpretó que el parámetro de control de convencionalidad debía ser ampliado a las opiniones consultivas⁵⁶⁴. Por este sendero afirmó que:

“del mismo modo, la Corte estima necesario recordar que, conforme al derecho internacional, cuando un Estado es parte de un tratado internacional, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dicho tratado obliga a todos sus órganos, incluidos los

⁵⁶¹ Véase Silvina Beatriz TREBUCQ, *El control de convencionalidad...*, ob. cit., p. 1.

⁵⁶² *Ibidem*.

⁵⁶³ Corte IDH, caso “Las Palmeras vs. Colombia”, Excepciones Preliminares, sentencia del 4 de febrero de 2000, serie C, número 67, párrafos 32 y 33.

⁵⁶⁴ Véase Corte IDH, Opinión Consultiva -OC-21/14, derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, resolución de 19 de agosto de 2014. El 7 de julio de 2011 la República Argentina, la República Federativa de Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay, con fundamento en el artículo 64.1 de la Convención Americana y de conformidad con lo establecido en los artículos 70.1 y 70.2 del Reglamento, presentaron una solicitud de Opinión Consultiva sobre niñez migrante a fin de que el Tribunal “determin[e] con mayor precisión cuáles son las obligaciones de los Estados con relación a las medidas pasibles de ser adoptadas respecto de niñas y niños, asociada a su condición migratoria, o a la de sus padres, a la luz de la interpretación autorizada de los artículos 1.1, 2, 4.1, 5, 7, 8, 11, 17, 19, 22.7, 22.8, 25 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los artículos 1, 6, 8, 25 y 27 de la Declaración Americana de [los] Derechos y Deberes del Hombre y el artículo 13 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura”.

poderes judicial y legislativo, por lo que la violación por parte de alguno de dichos órganos genera responsabilidad internacional para aquél. Es por tal razón que estima necesario que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad, también sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva, la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa el propósito del sistema interamericano de derechos humanos, cual es, ‘la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos’. A su vez, a partir de la norma convencional interpretada a través de la emisión de una opinión consultiva, todos los órganos de los Estados Miembros de la OEA, incluyendo a los que no son Parte de la Convención pero que se han obligado a respetar los derechos humanos en virtud de la Carta de la OEA (artículo 3.1) y la Carta Democrática Interamericana (artículos 3, 7, 8 y 9), cuentan con una fuente que, acorde a su propia naturaleza, contribuye también y especialmente de manera preventiva, a lograr el eficaz respeto y garantía de los derechos humanos y, en particular, constituye una guía a ser utilizada para resolver las cuestiones sobre infancia en el contexto de la migración y así evitar eventuales vulneraciones de derechos humanos”.

Por último, para satisfacer la vigencia plena de los instrumentos internacionales de derechos humanos, como el Pacto de San José, control de convencionalidad mediante, es preciso reconocer la fuerza vinculante de las sentencias de la Corte IDH. Como se desarrollará en los próximos puntos, con el transcurso del tiempo, se fue perfilando, tanto en el ámbito del tribunal de San José como en el seno de la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación, un camino hacia la consolidación de un control de convencionalidad de inexcusable acatamiento por parte de los tribunales nacionales⁵⁶⁵. Como refiere TREBUCQ, así como el control de constitucionalidad procura defender y garantizar la supremacía constitucional frente a normas, actos u omisiones que se oponen a la disposición superior, “por medio del ‘control de convencionalidad’ se persigue invalidar la norma de derecho interno (aun la propia Constitución) cuando se opone al Pacto de San José de Costa Rica”⁵⁶⁶.

2. ¿Quiénes ejercen el control de convencionalidad desde la perspectiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos?

El nuevo rango que adquieren los instrumentos internacionales de derechos humanos, en el sistema constitucional argentino, provoca una mutación doblemente interesante en torno al control de constitucionalidad. En primer lugar, porque en los tribunales nacionales, dicho control, comenzó a ejercerse tomando como reglas a ponderar un bloque de constitucionalidad y no sólo una carta constitucional. En segundo lugar, porque la tarea de control de los derechos humanos se reparte entre los tribunales internos y las cortes especializadas de carácter supraconstitucional.

De este modo, cobra vida el pensamiento de LANDONI SOSA, para quien los derechos humanos han dejado de ser una cuestión reservada a la jurisdicción interna o doméstica, para convertirse en una materia regulada internacionalmente, donde

⁵⁶⁵ Véase Silvina Beatriz TREBUCQ, *El control de convencionalidad...*, ob. cit., p. 1.

⁵⁶⁶ *Ibidem*.

coexisten competencias estatales y competencias internacionales⁵⁶⁷. Es imposible abordar un trabajo concerniente a los derechos humanos sin hacerlo desde la doble perspectiva de control: nacional e internacional. Cualquier aproximación, que se refiera aisladamente a la jurisdicción nacional o a la jurisdicción transnacional, devendrá en enfoque incompleto y parcializado.

Bajo esta realidad se analizará cómo se erige el moderno control de los derechos humanos. En tal sentido, se hace necesario indagar cómo funciona el sistema interamericano de control y protección de los derechos humanos. Desde el punto de vista práctico se pueden distinguir dos casos, paradigmáticos, que muestran la dirección hacia la que se orienta la Corte de San José, en materia del ejercicio del control de convencionalidad, dirigido a imponer directrices a los tribunales nacionales.

Uno de ellos es el precedente “Almonacid Arellano vs. Chile”⁵⁶⁸, en el cual la Corte en pleno sostuvo que: “es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley, y obligados por ende a aplicar las normas vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando el Estado ha ratificado un tratado, como el Pacto de San José, sus jueces, como parte del aparato estatal, también están sometidos a ella”⁵⁶⁹. Este pasaje del pronunciamiento procura inducir a los jueces a velar para que los efectos de la CADH no se vean afectados por la aplicación de preceptos jurídicos contrarios a su objeto y fin. En otros términos se quiere decir que: “el Poder Judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican a los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el Tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte IDH, intérprete último de la Convención”⁵⁷⁰.

Esta posición no sólo refrenda el compromiso que los jueces locales deben asumir frente al cumplimiento de los tratados internacionales, también obliga a los tribunales nacionales a efectuar dicho control. De este modo, se asegura el carácter excepcional de la intervención de los organismos supraconstitucionales (Comisión y Corte IDH). En el caso argentino, los tribunales locales controlan que se acaten los tratados internacionales a los que el país adhirió. Ellos tienen el deber de ejercer una inspección de constitucionalidad, sin perjuicio de la correspondiente nominación como de convencionalidad, dada su expresa inclusión en la carta constitucional. Esta doctrina puede ser ubicada, entre otros pronunciamientos, en las sentencias dictadas por la Corte IDH tales como “La Cantuta vs. Perú”, “Boyce y otros vs. Barbados”, etcétera. Luego en “Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú”, etcétera.

De la lectura de este último pronunciamiento se puede ver que, en principio, la Corte IDH delega el control de convencionalidad en los magistrados del Poder Judicial doméstico. No obstante, como indica SAGÜÉS, “razones derivadas del principio de analogía, del argumento teleológico y del argumento *a fortiori*, llevan a concluir que

⁵⁶⁷ Véase Ángel LANDONI SOSA, *El Proceso Transnacional en XIV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, Impresiones Avellaneda S.A., La Plata, 2004, pp. 463-464.

⁵⁶⁸ Corte IDH, caso “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, sentencia del 26 de septiembre de 2006, serie C, número 154.

⁵⁶⁹ *Ibidem*.

⁵⁷⁰ Juan Carlos HITTERS, “Control de Constitucionalidad...”, ob. cit., p. 1205, punto I.A.2. HITTERS, en el párrafo transcrito, incluye pasajes referencias de citas textuales del fallo referenciado, incluidas en el párrafo 124 del caso “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”.

esa directriz obliga también a los jueces de un Tribunal Constitucional extra-poder (cuando así ha sido diseñado por la Constitución), en las causas sometidas a su decisión. Si de lo que se trata es de asegurar el ‘efecto útil’ del Pacto de San José de Costa Rica, contra normas internas que se le opongan, en los procesos respectivos, esa misión de aplicar sin cortapisas el derecho del Pacto tiene que involucrar, igualmente, a las cortes y tribunales constitucionales, aunque en algunos casos no pertenezcan al Poder Judicial y operen como entes constitucionales autónomos, o extra-poder⁵⁷¹.

La idea que trata de transmitir la Corte IDH, en el caso “Trabajadores cesados del Congreso”, es que los jueces que se encuentran habilitados para ejercer el control de constitucionalidad son los que tienen la obligación de practicar el control de convencionalidad. Conforme expresa el profesor SAGÜÉS, la sentencia del alto estrado interamericano les exige a los jueces domésticos un doble control, ya sea de constitucionalidad como de convencionalidad⁵⁷².

Para el autor de marras, la cuestión puede ser sencilla en países que cuentan con sistemas de control de constitucionalidad difusos o desconcentrados, como ocurre con Argentina, en donde cualquier magistrado del Poder Judicial posee competencia para ejercitar aquellas inspecciones y juzgar respecto a la adecuación de las normas, actos u omisiones a los postulados de la Constitución o al derecho internacional de los derechos humanos. Al respecto pregunta SAGÜÉS: ¿qué sucede si, según el régimen vigente en un Estado determinado, existen jueces del Poder Judicial que no se encuentran habilitados para ejercer el control de constitucionalidad, el que se reserva, por ejemplo, únicamente a su Corte Suprema, o a una Sala Constitucional de la Corte Suprema? Es decir: ¿qué ocurre en aquellos países que poseen en sus ordenamientos jurídicos control total o parcialmente concentrado: con ciertas variantes, casos del Uruguay, o de Costa Rica, entre otros?⁵⁷³.

Responde el autor citado al interrogante y expresa:

“aunque la Corte Interamericana no resuelve explícitamente la incógnita, la misma sentencia de ‘Trabajadores cesados del Congreso’, alude a la satisfacción de los recaudos vigentes formales de admisibilidad, y otros materiales de procedencia, para practicar el control de convencionalidad. Cabría concluir, entonces, que en un Estado como el que aludimos, el juez del Poder Judicial incompetente para realizar el control de constitucionalidad, que considere que puede haber en un caso sometido a su decisión un problema de convencionalidad, deberá remitir los autos al tribunal habilitado para ejercer el control de constitucionalidad, a fin de que sea éste quien realice eventualmente la simultánea revisión de convencionalidad⁵⁷⁴.

Frente a este panorama, se puede sostener que el control de convencionalidad se asume como un deber de los jueces nacionales conforme los lineamientos que marca la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sin embargo, cabe admitirse que ella también lo ejerce materialmente, cuando concibe como contrarios al Pacto de San José de Costa Rica a ciertas normas del derecho interno de los Estados signatarios

⁵⁷¹ Néstor Pedro SAGÜÉS, “El ‘control de convencionalidad...’, ob. cit., p. 1.

⁵⁷² Véase *ibidem*.

⁵⁷³ Véase *ibidem*.

⁵⁷⁴ Véase *ibidem*.

incluidas, desde luego, las disposiciones de las cartas constitucionales de aquéllos (como se tratara más abajo, en el caso “La Última Tentación de Cristo”⁵⁷⁵).

De manera reciente, valga la insistencia, puede observarse cómo la Corte IDH nulificó preceptos nacionales, por ejemplo, leyes de amnistía, con efectos *erga omnes*, desenvolviéndose, en los hechos, como un verdadero tribunal constitucional estadual⁵⁷⁶. No obstante, que la cuestión será explicada con mayor detenimiento en otro punto de presente capítulo, resulta válido tener presente que la competencia derogatoria de normas nacionales no está prevista en la letra de la CADH. Advierte SAGÜÉS que, en caso de consolidarse esta práctica en el futuro, se produce, sin más, una nueva interpretación mutativa por adición de la Convención Americana, desde ya muy cuestionable. Agrega, que una cosa es que la Corte IDH tache por inconvenientes a ciertos preceptos por resultar contrarios al Pacto de San José de Costa Rica, y disponga su inaplicación por transgredir la Convención, y otra muy distinta, es que sea competente para derogarlos de los ordenamientos nacionales. Por último, en el caso “La Cantuta vs. Perú” parece abandonarse la dirección antes marcada por la Corte Interamericana y, ahora, se recomienda a los poderes públicos del Perú que se abstengan de aplicar las disposiciones de amnistía incompatibles con la CADH⁵⁷⁷.

A pesar de lo expuesto hasta aquí, resulta interesante la posición de GIALDINO, en tanto expresa que:

“la alusión a los ‘poderes’ obedece a que, si bien el control *sub examine*, en su sentido fuerte, es propio y exclusivo del Poder Judicial, nunca debe olvidarse que a los dos restantes poderes también los alcanza el ejercicio de dicho control, *lato sensu* considerado, a fin de que su actividad se adecue, rigurosamente, a la Constitución Nacional y a las normas con jerarquía constitucional o supralegal, lo cual comprende, además y con igual finalidad, la permanente revisión -y, llegado el caso, modificación- del ordenamiento legal vigente. Es preciso, como acertadamente lo puntualiza J. C. HITTERS, que ‘los tres poderes estatales paren mientes’ en las aleccionadoras sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como, agregaríamos de nuestro lado, en todos los otros medios de expresión del derecho que integran el sistema de fuentes constitucionales en materia de derechos humanos. El reciente caso ‘Kimel’ de la citada Corte, es un ejemplo elocuente al respecto”⁵⁷⁸

En síntesis, a propósito del control de convencionalidad que los tribunales nacionales e internacionales desarrollan, se puede destacar lo siguiente.

i) Independientemente del ejercicio del control de constitucionalidad, que los tribunales nacionales efectúan en relación al “Bloque de Constitucionalidad Federal”, se exige a éstos, desde los órganos supraconstitucionales de aplicación del Pacto de San José de Costa Rica, que inspeccionen la adecuación del derecho interno, a los estándares dados por las normas del Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos;

⁵⁷⁵ Corte IDH, caso “La Última Tentación de Cristo [Olmedo Bustos y otros] vs. Chile”, sentencia de 5 de febrero de 2001, serie C, número 73.

⁵⁷⁶ Véase Juan Carlos HITTERS, “Control de Constitucionalidad y control...”, ob. cit., párrafo II.C.2.

⁵⁷⁷ Véase Néstor Pedro SAGÜÉS, “Los efectos del control”, publicado en *La Ley*, 2009-B, p. 761.

⁵⁷⁸ Rolando GIALDINO, “Control de constitucionalidad y de convencionalidad de oficio. Aportes del Derecho Internacional de los derechos humanos”, *La Ley*, 2008-C, p. 1295.

ii) En el ámbito doméstico de cada Estado signatario de la CADH es el poder judicial quien ejerce el control de convencionalidad de las normas del derecho interno y de actos u omisiones contrarios al derecho internacional de los derechos humanos;

iii) El control de convencionalidad, que se ejerce por parte de los jueces locales, debe hacerse en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales pertinentes;

iv) El control de convencionalidad, a la luz de la doctrina de la Corte IDH, se efectúa sobre toda la legislación interna de los Estados, incluidas las constituciones nacionales;

v) Se verifica una especie de delegación a los magistrados del poder judicial y tribunales constitucionales, que se ubican como órganos extra-poder, de facultades propias de la Corte IDH respecto del ejercicio del control de convencionalidad;

vi) La Corte IDH les exige a los jueces domésticos el doble control, ya sea de constitucionalidad como de convencionalidad. De este modo, quienes se encuentran facultados por las normas internas a ejercer control de constitucionalidad, en principio, también deben ejercer control de convencionalidad;

vii) *A priori*, es la Corte de San José el órgano jurisdiccional que, en sede supraconstitucional, ejerce control de convencionalidad sobre todo el derecho interno de los Estados signatarios de la Convención Americana de Derechos Humanos;

viii) La Corte IDH también estableció que, tal control de convencionalidad, debe ser llevado a cabo por autoridades administrativas y por todos los órganos del Estado, dada su condición de integrantes del aparato estatal, conforme se dispuso en los casos “Baena”⁵⁷⁹ y “Gelman”⁵⁸⁰.

3. ¿Qué normas internacionales se deben confrontar para ejercer el control de convencionalidad?

Conforme se dijo reiteradamente, tanto los judicantes nacionales como los de la Corte Interamericana, deben buscar la “compatibilidad” entre las normas locales y las internacionales. En este aspecto, cabe repetir que, cuando se habla de estas últimas disposiciones, no se hace referencia sólo al Pacto de San José, sino a otros tratados e instrumentos internacionales ratificados por la Argentina, al *ius cogens*, a la jurisprudencia de la Corte IDH y, en cierta medida también, a las recomendaciones e informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

De ahí, que cuando esta tesis se refiere a los instrumentos internacionales se pueden incluir, entre tantos otros, al: Protocolo de San Salvador; al Protocolo Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte; a la Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura; a la Convención de *Belém do Pará* para la Erradicación de la Violencia

⁵⁷⁹ Véase Corte IDH, caso “Baena Ricardo y otros vs. Panamá”, sentencia del 2 de febrero de 2001.

⁵⁸⁰ Corte IDH, caso “Gelman vs. Uruguay”, fondo y reparaciones, sentencia del 24 de febrero de 2011, serie C, número 221.

contra la Mujer; la Convención sobre Desaparición Forzada, etcétera. Todos ellos, en rigor, integran el *corpus iuris* convencional de los derechos humanos⁵⁸¹, tal cual quedó dicho. El profesor BAZÁN subraya, como característica particular del derecho internacional de los derechos humanos, la paulatina trascendencia que adquirieron sus zonas de interacción con el derecho nacional de los países signatarios del Pacto de San José, todo lo cual requiere de una armonización de las fuentes (internacional y doméstica) a través de un proceso de retroalimentación y complementariedad en procura del fortalecimiento real del sistema de derechos humanos⁵⁸².

Así, el control de convencionalidad se ejerce a través de las competencias, contenciosa y consultiva, de la Corte IDH. Por ello, se dice que el tribunal cumple una función bifronte: la contenciosa, de carácter jurisdiccional, tiene como objeto la resolución de los asuntos que le presentan cuando se dice que un Estado signatario del Pacto de San José, que adhirió a la competencia de la Corte IDH, violó el derecho interamericano. La otra, se denomina competencia consultiva, es incoada por los Estados miembros de la OEA y por los otros legitimados activos (que son los órganos de la OEA señalados en la Carta de esta Organización capítulo VIII, artículo 52 y los países miembros de la OEA). Se utiliza para requerir, del alto cuerpo, opinión jurídica acerca de la interpretación de la Convención Americana y de otros tratados concernientes a la tutela de derechos humanos y a la compatibilización de su legislación interna; con este plexo de fuente internacional, que valga la insistencia, no se agota sólo en el Pacto de San José.

En el escenario interno se exige a los jueces nacionales, con competencia constitucional, desarrollar sus funciones interpretativas de las normas infraconstitucionales, de conformidad con la Constitución y el derecho internacional de los derechos humanos. Ello implica la obligación de tener en cuenta los pronunciamientos de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Está claro, que semejante mandato de interpretación, conforme a aquellas fuentes jurídicas, debe ser leído respetando la jerárquica superlativa del derecho internacional y el principio *pro homine* en función de lo reglado por el artículo 29 de la CADH. Esta situación exige del órgano internacional, que ejerce el control de convencionalidad, no sólo un acabado conocimiento de las disposiciones que conforman el derecho internacional de los derechos humanos, aplicable a los países signatarios del Pacto de San José de Costa Rica, sino también, una correcta hermenéutica de las normas de derecho interno que, invocadas y acreditadas por quienes las citan, confieren al individuo estándares de protección de los derechos humanos, más favorables que los provenientes de fuente internacional.

⁵⁸¹ Véase Corte IDH, caso “Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú”, sentencia de 24 de Noviembre de 2006, serie C, número 158, voto concurrente razonado del Juez Sergio García Ramírez, párrafo 2.

⁵⁸² Véase Víctor BAZÁN, “Notas sobre el diálogo jurisdiccional en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos”, publicado en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 2016, número 1, pp. 1258-1265. Además sin olvidar que esta última ostenta -al menos en el plano jurisdiccional- una naturaleza convencional coadyuvante de las de los ordenamientos nacionales (cfr. preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -CADH-, párr. 2º) y que la premisa de agotamiento de los recursos internos, estrechamente vinculada a ese carácter complementario de la dimensión interamericana, ha sido concebida para brindar a los Estados la posibilidad de remediar internamente sus conflictos en la materia sin necesidad de verse enfrentados a un eventual litigio extramuros que pudiera provocarles responsabilidad internacional.

En tal sentido, apunta BAZÁN, que la constituciones de los Estados signatarios de la CADH, con el vigor normativo que les es propio y los instrumentos de fuente internacional sobre derechos humanos, como las normas “contenidas *-inter alia-* en la CADH y los estándares hermenéuticos que a su respecto moldea la Corte IDH, dan vida a un bloque jurídico que encauza su vigencia hacia un idéntico sustrato axiológico y normativo: la defensa y la realización de los derechos básicos”⁵⁸³. Por ello, el juez García Ramírez, también señala en su voto razonado en el caso “Trabajadores Cesados del Congreso” que: “el control de convencionalidad se despliega, por idénticas razones, en lo que toca a otros instrumentos de igual naturaleza, integrantes del *corpus juris* convencional de los derechos humanos de los que es parte el Estado”⁵⁸⁴.

En resumen, el control de convencionalidad será ejercido, siempre, analizando la compatibilidad de las normas, actos u omisiones del ámbito interno de los países signatarios de la Convención Americana. Se debe garantizar, como regla, la compatibilidad de los primeros respecto del segundo instrumento. Los encargados de ejercer el control de convencionalidad, serán tanto los jueces domésticos como los miembros de un tribunal internacional e, incluso, las autoridades administrativas. Lo harán, en principio, evaluando todas las normas que junto al Pacto de San José de Costa Rica, conforman el *corpus iuris* de los derechos humanos del Sistema Interamericano, la jurisprudencia de dichos tribunales internacionales y las sentencias dictadas en los casos concretos para resolver cuestiones vinculadas a los derechos humanos y el *ius cogens*.

4. ¿Sobre qué normas nacionales se ejerce el control de convencionalidad?

Conforme se desprende de lo expuesto, la transgresión de los preceptos internacionales genera la necesidad de adecuar, adaptar o amoldar, las normas del derecho interno de los países signatarios de la CADH. Ello, trae aparejado que si las disposiciones nacionales o las prácticas estatales, de cualquiera de los tres poderes, no respetan las libertades fundamentales previstas y resguardadas por el derecho internacional de los derechos humanos, los países miembros del Sistema Interamericano deben adecuarlas y, en su caso, dejar sin efecto las que violan el régimen de protección. En caso de omisión, por falta de reglamentación local, se deberán crear los preceptos que resulten pertinentes y compatibles con la salvaguarda

⁵⁸³ *Ibidem* pp. 1259. Apunta el autor que: “En ese contexto, el desarrollo del control de convencionalidad plantea nuevos y demandantes desafíos a las jurisdicciones internas latinoamericanas. La estimulación de relaciones sinérgicas entre éstas y la Corte IDH y la paulatina construcción de diálogos críticos entre ambos órdenes jurisdiccionales pueden facilitar el descubrimiento de caminos idóneos para optimizar la protección de tales derechos, que son expresión directa de la dignidad humana”.

⁵⁸⁴ Corte IDH, caso “Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú”, sentencia sobre excepciones preliminares, fondo y reparaciones y costas, 24 de noviembre de 2006, serie C, número 158, párrafo 2.

de los derechos humanos. HITTERS entiende que corresponda hablar “del deber general del Estado de 'adecuación' de las reglas domésticas (artículos 1.2 y 2 de la Convención)”⁵⁸⁵.

Como sostiene el autor, resulta válido reiterar, que el mecanismo del control de convencionalidad debe hacerse indefectiblemente “a través de una 'comparación' -que deben cumplir los judicantes del país- entre las reglas internas de esencia legislativa, administrativa o de cualquier otro carácter⁵⁸⁶, por un lado; y los tratados aludidos, la jurisprudencia de la Corte IDH y el *ius cogens*, por el otro”⁵⁸⁷.

Refiere HITTERS, que la Corte IDH no hizo una descripción de qué clases de normas del derecho interno deben ser objeto de inspección, cuando se ejerce el denominado control de convencionalidad. De ahí, que el autor considere que cualquier disposición de alcance general incorrectamente aplicada o interpretada (ley, decreto, ordenanza, actos administrativos, constituciones provinciales y nacional), debe considerarse como susceptible de ser alcanzadas por esta herramienta de control⁵⁸⁸.

Incluso, como se verá con mayor detalle más abajo, el control de convencionalidad fue extendido al examen del voto popular en el caso “Gelman vs. Uruguay”⁵⁸⁹. Ello, frente a la sanción de una ley de amnistía para perdonar delitos cometidos por la última dictadura uruguaya⁵⁹⁰ (extensible a la voluntad popular, al poner en crisis la legitimidad del voto ciudadano, como mecanismo de convalidación de este tipo de leyes de perdón).

Como corolario de lo expuesto, se puede sostener lo siguiente en relación a las normas que pueden ser objeto de control de convencionalidad.

i) Toda disposición normativa del orden interno, ya sean: constituciones nacionales o provinciales; tratados con jerarquía superior a las leyes; leyes dictadas por los poderes legislativos nacionales, provinciales o municipales; tratados interprovinciales; y, cualquier otra norma del derecho interno, sin importar su jerarquía, sea ésta de alcance general o particular.

ii) Todo acto o hecho investido de legitimidad democrática, también se encuentra limitado por las disposiciones contenidas en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Es decir, que el respeto por esta especie de derechos también conforma una barrera infranqueable a la regla de las mayorías, de modo que, la esfera de lo decidido democráticamente en el ámbito interno de un país

⁵⁸⁵ Véase Juan Carlos HITTERS, “Responsabilidad del...”, ob. cit., 875, nota 23.

⁵⁸⁶ Véase Juan Carlos HITTERS, *Técnica de los Recursos Extraordinarios*, segunda edición, Librería Editora Platense, Buenos Aires, 2002, p. 259.

⁵⁸⁷ Véase Juan Carlos HITTERS, “Responsabilidad del...”, ob. cit., 875, nota 23.

⁵⁸⁸ En Corte IDH, caso “Yatama vs. Nicaragua”, sentencia de 23 de junio de 2005, serie C, número 127, párrafo 7, se trataba de “leyes electorales” que impedían a los indígenas participar como candidatos electivos. Véase asimismo Corte IDH, caso “Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay”, en el que la Corte señaló el deber de “...adoptar en su derecho interno las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que sean necesarias para crear un mecanismo judicial que haga efectivo el derecho de los pueblos indígenas de Paraguay al derecho de propiedad de su hábitat tradicional o tierras ancestrales...” (Corte IDH, “Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay”, sentencia de 29 de marzo de 2006, serie C, número 146, párrafo 201, punto i).

⁵⁸⁹ Corte IDH, caso “Gelman vs. Uruguay”, fondo y reparaciones, sentencia del 24 de febrero de 2011, serie C, número 221.

⁵⁹⁰ *Ibidem*, párrafo 238.

signatario de la CADH, resulta también susceptible de ser sometido al control de convencionalidad.

5. Control de oficio de convencionalidad

En la República Argentina y en ciertos países signatarios de la CADH, se discute, conforme las particularidades de cada ordenamiento jurídico, si el control de constitucionalidad y el de convencionalidad deben ejercerse a pedido de parte o de oficio⁵⁹¹. De esta característica del instituto es posible identificar dos momentos en la evolución de la jurisprudencia de la Corte IDH. Se inicia al ejercer una “especie de control” y se culmina en un estadio donde se hace referencia al ejercicio “*ex officio*”, lo que marca una visible intención de consolidar, en cabeza de los jueces locales, el deber de inspección, aún con prescindencia de las peticiones de parte⁵⁹².

Cabe preguntarse: ¿el control de oficio es posible? Esta pretensión de la Corte IDH, de ejercer el control de convencionalidad *ex officio*, no es seguida pacíficamente por los jueces nacionales que, en el plano interno, aún no superan el modelo del juez legalista y decimonónico, para desempeñarse como verdaderos magistrados constitucionales. Otra explicación posible al avance de la cuestión en el orden nacional se sustenta en el hecho de que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con posterioridad a una etapa signada por una inveterada posición repulsiva, convalidó la doctrina de control de constitucionalidad de oficio.

Frente al avance en el plano internacional, de una concepción que impulsa la oficiosidad como modo ineludible para garantizar el acatamiento de la Convención, se encuentran algunos jueces locales que todavía se resisten a pronunciarse de oficio, aún frente a situaciones resueltas en su inconstitucionalidad. Esa auto-restricción para proceder *motu proprio* se hace plausible cuando, dentro del proceso, las partes, por negligencia o desconocimiento, omiten solicitar la inaplicabilidad de las disposiciones lesivas al orden constitucional.

SANCHÍS⁵⁹³ denomina a esta concepción, la que sostiene la validez de la declaración de inconstitucionalidad de oficio, como “el modelo del juez vinculado”. Y

⁵⁹¹ En el caso de la Provincia de Buenos Aires, la Suprema Corte de Justicia, con ciertas variantes, se pronunció por la procedencia del control oficioso de constitucionalidad (v. causas L. 69.523, “Barone”, sent. del 01-04-2003, L. 76.279, “Castillo”, sent. del 1-10-2003; L. 80.156, “Martínez”, sent. del 31-3-2004; L. 72.336, “Iommi”, sent. del 14-4-2004; L. 78.008, “Pereyra”, sent. del 14-04-2004) (*Idem* causas L. 83.781 “Zaniratto”, sent. del 22-XII-2004; L. 74.311 “Benítez”, sent. del 29-XII-2004; L. 84.131 “Barreto”, sent. del 8-VI-2005; L. 81.577 “Guzmán”, sent. del 8-VI-2005; L. 84.880 “Castillo”, sent. del 27-VI-2007; Ac. 88.847 “Peters”, sent. del 12-IX-2007, entre otras tantas).

⁵⁹² Esta doctrina se mantuvo con posterioridad, en sentencias de la Corte IDH, dictadas recientemente, como resultan los casos “Fermín Ramírez” y “Raxcacó Reyes vs. Guatemala”.

⁵⁹³ Véase Luis Prieto SANCHÍS, *Ideología e Interpretación*, Editorial Tecnos, Madrid, 1987, *passim*. El renombrado es uno de los más destacados filósofos del derecho de la España *post*-constitucional. Cercano a la escuela de filosofía del Derecho de Gregorio PECES-BARBA, actualmente es profesor de la Universidad de Castilla La Mancha. Desde hace varios años se ha ocupado del problema de la interpretación jurídica conectándolo con las dificultades interpretativas que surgen de la aplicación de una Constitución normativa.

lo define como: “el juez que ante todo viene obligado a fallar de acuerdo a ciertas normas o estándares preexistentes y cuya función es satisfacer unas expectativas que nacen, no de la confianza en sus cualidades personales, sino en unas prescripciones conocidas por las partes”⁵⁹⁴.

En opinión de SAGÜÉS, los jueces se encuentran habilitados para aplicar y para motorizar una gran cantidad de normas de la Constitución Nacional y no es, en rigor de verdad, una tarea optativa para ellos, sino más bien obligatoria⁵⁹⁵. Por cierto, el juez está llamado a aplicar e interpretar las leyes en la resolución de los conflictos y, previo a ello, efectuar el debido control de correspondencia, respecto de la norma constitucional.

Lo cierto es que esta convicción, que cuenta en doctrina con mayoritaria aceptación, no tuvo en la CSJN, ni en los tribunales inferiores, la misma recepción. Recién con posterioridad a 1983, a partir del voto en disidencia de los vocales Fayt y Belluscio, en el caso “Juzgado de Instrucción Militar Número 50 de Rosario”⁵⁹⁶, y en 2001, en el caso “Mill de Pereyra, Rita aurora y otros”⁵⁹⁷, la Corte, en posición mayoritaria⁵⁹⁸, “rompió amarras con la férrea doctrina negatoria que mantuvo desde antaño”⁵⁹⁹. En verdad, este criterio se consolidó con posterioridad a través de lo resuelto en los casos “Banco Comercial de Finanzas S.A.” (2004)⁶⁰⁰ y “Simón, Julio Héctor” (2005)⁶⁰¹, entre otros.

No obstante, sentada en “Banco Comercial de Finanzas S.A.” la obligación que pesa sobre los jueces nacionales de ejercer inspección de oficio en materia de constitucionalidad, la Corte Suprema, apenas dos años después de aquella sentencia, omitió ejercer *ex officio* control de constitucionalidad y de declarar la invalidez del artículo 14 de la ley 23.737 en el caso “Vega Jiménez, Claudio E.”⁶⁰². Finalmente, en el caso “Gómez” la CSJN vuelve sobre sus pasos al reivindicar la añeja doctrina y entender que, el control de constitucionalidad de oficio, resulta inaplicable cuando es susceptible de violar el principio de congruencia⁶⁰³.

Sobre este tópico, TREBUCQ se pregunta si la judicatura doméstica no maduró, todavía, al punto de admitir la factibilidad de ejercer sin tapujos un control de

⁵⁹⁴ Luis P. SANCHÍS, *Ideología e Interpretación...*, ob. cit., p. 13.

⁵⁹⁵ Néstor P. SAGÜÉS, “Del Juez Legal al Juez Constitucional”, trabajo monográfico en el marco de actividades del Centro Interdisciplinario de Derecho Procesal Constitucional de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica Argentina (Rosario).

⁵⁹⁶ CSJN, Fallos 306:303, caso “Juzgado de Instrucción Militar N° 50 de Rosario”, 1984.

⁵⁹⁷ CSJN, Fallos 324:3219, caso “Mill de Pereyra, Rita Aurora; Otero, Raúl Ramón y Pisarello, Ángel Celso c/ Estado de la Provincia de Corrientes s/ demanda contencioso administrativa”, 2001.

⁵⁹⁸ La posición mayoritaria estuvo conformada en el voto de Fayt, Belluscio, Boggiano y Vázquez. En tanto, los jueces Moliné O’Connor, Petracchi y Nazareno, sostuvieron la necesidad del pedido de parte para el ejercicio del control de constitucionalidad. En una posición intermedia, estaban López y Bossert.

⁵⁹⁹ Ricardo HARO, *Control de Constitucionalidad*, Editorial Zavallía S.A., Buenos Aires, 2003, p. 88.

⁶⁰⁰ CSJN, Fallos 327:3117, caso “Banco Comercial de Finanzas S.A. (en liquidación Banco Central de la República Argentina) s/ quiebra”, 2004.

⁶⁰¹ CSJN, Fallos 328:2056, caso “Simón”, 2005.

⁶⁰² También en CSJN, Fallos 329:5913, caso “Massa Juan Agustín c/Poder Ejecutivo Nacional -Decreto 1570/01 y otro s/amparo”, 2006, la Corte evitó efectuar el control de constitucionalidad definitivo en materia de pesificación, con lo que se apartó de lo decidido en los precedentes CSJN, Fallos 325:028, caso “Smith, Carlos c. Estado Nacional s/Sumarísimo”, 2002 y CSJN, Fallos: 326:417, caso “Provincia de San Luis c. Estado Nacional”, 2003.

⁶⁰³ CSJN, Fallos 329:5903, caso “Gómez, Carlos A. c. Argencard S.A.”, 2006.

constitucionalidad de oficio, dado que la tesis sentada por la Corte Suprema, en el caso “Gómez”, no se puede acudir a esta herramienta sin que medie pedido de parte, en la medida que se lesionen derechos fundamentales. Cabe entonces preguntarse: ¿se puede aspirar a obtener, de estos mismos jueces, un ejercicio activo y de oficio en el control de convencionalidad sobre el orden normativo nacional, que se les impone como de ineludible aplicación?⁶⁰⁴ Se duda, entonces, de que ésta sea la hermenéutica correcta, al menos, en tanto se sigan las pautas que impone la Corte de San José que, como órgano supraconstitucional, puede invalidar interpretaciones de la Corte Suprema que violan derechos concebidos por el *corpus iuris* interamericano.

Sin perjuicio de lo resuelto por los tribunales locales, se reitera que según la interpretación de la Corte IDH “...los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también 'de convencionalidad'⁶⁰⁵ *ex officio* entre las normas locales y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes⁶⁰⁶. Esta función no debe quedar limitada, exclusivamente, por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que esa revisión deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones”⁶⁰⁷. Para GIALDINO, el control judicial de convencionalidad *ex officio* tiene inequívoco fundamento en el sistema de fuentes, no sólo de la Constitución Nacional, sino también de otras disposiciones provenientes del derecho internacional general y del derecho internacional de los derechos humanos⁶⁰⁸.

Si se analiza la cuestión desde el ámbito internacional, se puede advertir que, cuando las actuaciones llegan a la Corte IDH, ella realiza esta verificación y lo hace aún de oficio. Además, efectúa la inspección asumiendo el rol de intérprete último de la normativa interamericana. El tribunal regional, por una cuestión meramente procesal, no puede permitir que un Estado viole, en este caso, el Pacto de San José de Costa Rica. Es preciso tener presente que aquí se habla de un control normativo, sin embargo, y como pauta para interpretar lo que se analiza, se debe poner énfasis en que el férreo principio de congruencia, aplicado en el plano doméstico, al menos en los juicios de clara esencia dispositiva, fue atenuado por la Corte Interamericana mediante el uso del principio *iura curia novit*. Éste, en rigor, expande de manera indirecta aquel postulado⁶⁰⁹. En esta línea, sostuvo el alto estrado regional que: “...en el procedimiento

⁶⁰⁴ Véase Silvina B. TREBUCQ, *El control de convencionalidad...*, ob. cit., p. 3.

⁶⁰⁵ Véase Rolando GIALDINO, “Control de constitucionalidad y de convencionalidad de oficio...”, ob. cit., p. 1295.

⁶⁰⁶ Véase, Germán ALBAR y Antonio CANÇADO TRINDADE, “Reflexiones sobre el futuro del sistema interamericano de derechos humanos”, en *El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humano*, Cox Editores, Costa Rica, 1998, p. 584.

⁶⁰⁷ Corte IDH, caso “Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú”, sentencia de 24 de noviembre de 2006, parágrafo 128.

⁶⁰⁸ Véase Rolando GIALDINO, “Control de constitucionalidad y de convencionalidad de oficio...”, ob. cit., p. 1297.

⁶⁰⁹ Véase Juan Carlos HITTERS, “Los Tribunales Supranacionales”, en *La Ley*, Buenos Aires, 2006-E, 818. En efecto, con buen tino ha dicho en el caso “Fermín Ramírez”, que tanto las víctimas como sus familiares o representantes pueden invocar derechos distintos de los comprometidos en la demanda de la Comisión. Véase Corte IDH, caso “Fermín Ramírez vs. Guatemala”, sentencia de 20 de junio de 2005, serie C, número 126, parágrafo 116.

ante un tribunal internacional una parte puede modificar su petición siempre que la contraparte tenga la oportunidad procesal de emitir su opinión al respecto...”⁶¹⁰.

En los Estados donde la doctrina jurisprudencial que fijan los tribunales constitucionales o las cortes supremas, resulta de cumplimiento obligatorio para los tribunales inferiores, ella ostenta el carácter de norma o ley y, por tanto, puede y debe ser incluida en el sistema de inspección al que se hace referencia en este capítulo⁶¹¹. En tal sentido, cuando aquélla impide a los tribunales domésticos el control *ex officio*, deberá ser considerada como contraria al Pacto y, por lo tanto, tachada de inconvencional.

6. ¿Qué consecuencias se derivan del control de convencionalidad?

Cuando la Corte de San José, a *posteriori* de ejercer inspección de convencionalidad, dispone que en el caso concreto se transgredió la CADH⁶¹², la sentencia resulta vinculante⁶¹³, conforme se desprende de los artículos 62.3 y 68.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Consecuentemente, el Estado demandado tiene la obligación de acatar lo decidido y puede, llegado el caso, tener que adaptar o modificar su derecho interno, incluyendo la propia constitución como sucedió en el precedente “La Última Tentación de Cristo”⁶¹⁴. Caso contrario, el país signatario condenado incurre en responsabilidad internacional.

Esto quiere significar que, desde esta vertiente, la decisión interamericana no acarrea la derogación automática del precepto local, tachado de inconvencional, pues es el país el que tiene que cumplir con el pronunciamiento del tribunal internacional de

⁶¹⁰ Corte IDH, caso “Aloeboetoe y otros vs. Surinam”, reparaciones y costas, sentencia de 10 de septiembre de 1993, serie C, número 15, parágrafo 81; *ibidem* Corte IDH, caso ‘Las Palmeras vs. Colombia’, excepciones preliminares, sentencia de 4 de febrero de 2000, serie C, número 67, parágrafo 31.

⁶¹¹ Señala SAGÜÉS que “...cualquier regla jurídica doméstica (ley, decreto, reglamento, ordenanza, resolución, etcétera) está sometida al control de convencionalidad. En Estados donde la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema o el Tribunal Constitucional es obligatoria para los tribunales inferiores, ella también reviste materialmente condición de norma, y por ende, está captada por dicho control. Incluso, la Constitución Nacional, no exceptuada en los veredictos aludidos. En este tramo tan importante de la doctrina que a la que se aludiera, se parte tácitamente del supuesto de que el Pacto de San José se encuentra por encima de todo el ordenamiento jurídico del Estado, sin omitir a la propia Constitución. El Pacto asume así condición de supraconstitucionalidad. Por ello, como en el caso de ‘La Última Tentación de Cristo vs. Chile’, sentencia citada, por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos reclamó a Chile modificar una cláusula de la Constitución local opuesta al Pacto, como efectivamente se hizo después...” Néstor P. SAGÜÉS, “El control de convencionalidad...”, ob. cit., punto 5).

⁶¹² Véase Corte IDH, caso “La Cantuta vs. Perú”, sentencia de 29 de noviembre de 2006, serie C, número 162.

⁶¹³ Juan Carlos HITTERS, “¿Son vinculantes los pronunciamientos...”, ob. cit., p. 6.

⁶¹⁴ Véase Corte IDH, caso “La Última Tentación de Cristo [Olmedo Bustos y otros] vs. Chile”, sentencia de 5 de febrero de 2001, serie C, número 73, parágrafo 13.

derechos humanos. Y valga la aclaración, este mismo criterio es el que prima, con ciertas salvedades, en los casos de las opiniones consultivas⁶¹⁵.

Cabe una excepción, respecto de lo expuesto hasta aquí, por cuanto en casos de delitos de *lesa humanidad* la cuestión parece tener un matiz diferenciado, ya que, en tales supuestos -casos “Barrios Altos”⁶¹⁶; “Tribunal Constitucional de Perú”⁶¹⁷ y “La Cantuta”⁶¹⁸, la Corte de San José asumió el rol de un genuino tribunal constitucional y declaró inaplicables, en todo el territorio nacional y con efecto *erga omnes*⁶¹⁹, las leyes de amnistía dictadas en Perú⁶²⁰.

Ahora bien, conforme se expuso, el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, supone un trabajo complementario entre los tribunales domésticos y los extranjeros. De ahí, que asuma una trascendencia superlativa el diálogo entre los órganos internos y los internacionales. Ello, a través de recomendaciones y sentencias que se dictan, indistintamente, en tanto fijan criterios respecto de institutos vinculados a la salvaguarda de los derechos humanos.

Si bien en el capítulo que sigue se profundizará en el estudio del valor que, la máxima instancia jurisdiccional argentina, atribuye a las sentencias y opiniones consultivas de los órganos estatuidos por el Pacto de San José, se debe tener presente que aquella afirmó en el caso “Giroldi”⁶²¹ el carácter de guía hermenéutica que debe atribuírsele a la jurisprudencia de la Corte IDH, toda vez que el Estado argentino

⁶¹⁵ Juan Carlos HITTERS, “¿Son vinculantes los pronunciamientos...”, ob. cit., p. 4.

⁶¹⁶ Véase Corte IDH, caso “Barrios Altos vs. Perú”, sentencia de 14 de marzo de 2001, serie C, número 75.

⁶¹⁷ Véase Corte IDH, caso del “Tribunal Constitucional vs. Perú”, sentencia de 31 de enero de 2001, serie C, número 71.

⁶¹⁸ Véase Corte IDH, caso “La Cantuta vs. Perú”, sentencia de 29 de noviembre de 2006, serie C, número 162, párrafo 186. En efecto la Corte IDH en el caso “La Cantuta” sostuvo que: “...De las normas y jurisprudencia de derecho interno analizadas, se concluye que las decisiones de esta Corte tienen efectos inmediatos y vinculantes y que, por ende, la sentencia dictada en el caso Barrios Altos está plenamente incorporada a nivel normativo interno. Si esa Sentencia fue determinante en que lo allí dispuesto tiene efectos generales, esa declaración conforma *ipso iure* parte del derecho interno peruano, lo cual se refleja en las medidas y decisiones de los órganos estatales que han aplicado e interpretado esa Sentencia”.

⁶¹⁹ El distinguido constitucionalista Néstor Pedro SAGÜÉS en el trabajo que ya citado, hace referencia a la opinión de HITTERS en tanto habla de la eventual anulación de las normas nacionales en los casos de Perú (véase Juan Carlos HITTERS, “¿Son vinculantes los pronunciamientos...”, ob. cit., nota 67), desde otro ángulo manifiesta el primero de los autores que: “...una cosa es que la Corte Interamericana reputé jurídicamente inválidos esos preceptos y resuelva inaplicarlos por infringir el Pacto y otra es que esté habilitada para abolirlos...”. Luego HITTERS agrega: “consideramos que desde el punto de vista estrictamente técnico la crítica es acertada porque en verdad no se produce una verdadera 'anulación' sino que la Corte le veda al Perú aplicar normas de impunidad en la totalidad de su territorio. Se ha dicho que los considerandos de tales pronunciamientos son vinculantes para todo el poder público peruano, incluso en aquellos en los que el Estado no haya sido parte. (Véase Tribunal Constitucional del Perú en el caso Arturo Castillo Chirinos, Expediente número 2730-06-PA/TC, del 21 de julio de 2006, párrafos 12 y 13). Rescatamos la opinión del citado publicista, ya que en verdad no ha habido 'abolición' sino una declaración de inaplicabilidad de las leyes de impunidad, con efecto *erga omnes*, que produce un efecto similar” (*ibidem*).

⁶²⁰ Véase Juan Carlos HITTERS, “¿Son vinculantes los pronunciamientos...”, ob. cit., nota 67. Apunta el autor que: “Si bien en este artículo no nos ocupamos de la permeabilidad de las sentencias de la Corte IDH en el derecho interno, ni -por ende- de la recepción que tuvo la jurisprudencia interamericana por el más alto tribunal de ese país, cuestión ya abordada...”.

⁶²¹ CSJN, Fallos 318:514, caso “Giroldi”, 1993.

reconoció la competencia del alto tribunal supraconstitucional para conocer en todos los asuntos vinculados a la interpretación y aplicación de la CADH⁶²². Para MONCAYO, ello no implica delegar funciones judiciales, ni generar un vínculo de sometimiento obligatorio respecto de la mentada jurisprudencia internacional. Por el contrario, entiende que aquel mandato impone un voluntario reconocimiento del carácter de intérprete auténtico y final de las disposiciones que emergen de fuente internacional en materia de derechos humanos que, además, nuestra Corte Suprema reconoció de manera explícita a favor de la Corte de San José⁶²³.

Para BIDART CAMPOS y ALBANESE⁶²⁴, las opiniones y decisiones de los órganos de la Convención Americana de Derechos Humanos, tienen efectos vinculantes para los jueces domésticos, pues si los países signatarios de la Convención se reservaran el derecho a interpretar sus decisiones en el ámbito interno, conforme las circunstancias de cada caso concreto, se desvirtuaría el sistema interamericano de derechos humanos, al que se afiliaron y en el que asumieron obligaciones bajo apercibimiento de incurrir en responsabilidad internacional.

7. Síntesis del capítulo

Respecto de las consecuencias que se derivan del control de convencionalidad se puede decir, entonces, lo siguiente.

i) Desde una visión de las fuentes formales o para la postura internacionalista moderada, la innovación constitucional de 1994 conformó un “Bloque de Constitucionalidad Federal” en el que, ahora, comparten un mismo rango jerárquico la Constitución y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

ii) Ante un supuesto conflicto normativo insalvable entre la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, debe conferírsele mayor valor al reglado por la CADH, conforme es interpretado por los órganos internacionales de aplicación.

Para la tesis internacionalista dura, desde una visión de las fuentes reales, surge patente.

i) Como el *ius cogens*, los instrumentos internacionales de derechos humanos convencionales y no convencionales se ponen por encima de la Constitución Nacional.

⁶²² Véase Martín ABREGÚ, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1998, p. 20.

⁶²³ Véase Guillermo R. MONCAYO, *Reforma constitucional, Derechos Humanos y Jurisprudencia de la Corte Suprema en La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1998, p. 94.

⁶²⁴ Véase Germán J. BIDART CAMPOS, Susana ALBANESE, “El valor de las Recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, publicado en *La Ley*, 199-3-57, <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/11/doctrina42332.pdf> (acceso 21-III-2017), p. 33.

La incorporación de los instrumentos internacionales al ordenamiento jurídico local con rango constitucional, recrea una reinterpretación novedosa y creativa del derecho interno, al orientarse hacia la tutela de los derechos humanos.

ii) La inspección de convencionalidad de los derechos humanos se efectúa a través de una doble jurisdicción: la nacional, es llevada a cabo por la Corte Suprema y los tribunales inferiores de la Nación; y la internacional efectuada por los órganos del Pacto de San José de Costa Rica. Este último estrado ha resuelto que el control de convencionalidad debe realizarse *ex officio*, ya se cuando es efectuado en sede internacional o se ejecuta en el ámbito local por los tribunales nacionales con competencia para ello.

El control de convencionalidad es concebido como una herramienta importante para asegurar el respeto a ese derecho internacional de los derechos humanos que gozan de primacía normativa respecto de los ordenamientos nacionales.

Es fundamental que la jurisprudencia de la Corte IDH vaya generando seguimiento en los Estados en función del respeto y profundidad de sus decisiones⁶²⁵. Así, se logrará configurar un sistema estable y con fuerte consenso interno e internacional, que constituya un baluarte cabal de la defensa de los derechos humanos.

En síntesis, la postura internacionalista dura entiende que la adhesión a la jurisdicción de la Corte IDH implica la aceptación y reconocimiento efectuado por el tribunal internacional, acerca de la primacía normativa de los instrumentos internacionales de derechos humanos y de la interpretación que de ellos haga la Corte IDH a través de sus sentencias contenciosas y opiniones consultivas. Ese plexo de normas, las sentencias en los casos concretos y la jurisprudencia que generan sus decisiones, priman normativamente sobre el derecho interno de cada uno de los Estados partes del sistema interamericano incluidas sus constituciones nacionales.

A la luz de lo expuesto, cabe afirmar que la Corte IDH tiene la facultad de perfilar los efectos y el valor del control de convencionalidad, como oportunamente lo hizo la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica, respecto del control de constitucionalidad. En tal sentido resulta obligatorio, para los países signatarios del CADH que aceptaron la la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH, acatar las sentencias que este tribunal dicta en los casos concretos como también el resto de su jurisprudencia, hecho que implica reconocer una suerte de *stare decisis* interamericano *-res interpretata-* que va a incorporarse en escenarios de supraconstitucionalidad a los

⁶²⁵ La tesis podría coincidir, en esto, con lo que expusiera el juez Sergio GARCÍA RAMÍREZ en su voto concurrente razonado en el caso “Raxcacó Reyes vs. Guatemala”, en tanto afirmó que: “no existe novedad absoluta, pues, en el planteamiento de estos temas ante la jurisdicción interamericana. Sin embargo, cada caso ha traído aspectos relevantes de aquellos temas. El análisis de estos aspectos contribuye a perfilar la doctrina de la Corte en este extremo, cuya importancia es manifiesta, y el conjunto implica la revisión contemporánea de la materia desde la perspectiva de la jurisprudencia interamericana. Esta ha comenzado a permear fuertemente -sobre todo en los últimos años- la legislación y la jurisprudencia de los países que han reconocido la competencia contenciosa de la Corte. La reiteración de jurisprudencia de los países que han reconocido la competencia contenciosa de la Corte. La reiteración de ciertos criterios puede influir en las decisiones político-jurídicas de los países del área americana. Esta trascendencia constituye, por lo demás, la mayor aportación que puede hacer un tribunal internacional de derechos humanos, que no constituye una última instancia para la atención de litigios internos ni tiene la posibilidad de conocer un gran número de casos” (Corte IDH, caso “Raxcacó Reyes vs. Guatemala”, sentencia del 15 de septiembre de 2005, serie C, número 133, voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez, párrafo 2.

ordenamientos de los países que acatan la jurisdicción de la Corte de San José. Claro está, todo ello fundado en los poderes implícitos que, pretorianamente, se ha arrogado el Tribunal internacional en los distintos pronunciamientos que se han individualizado en este capítulo, merced a los efectos que irradia el novedoso control de convencionalidad, cuando es ejercido por la más alta instancia jurisdiccional del sistema: la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

CAPÍTULO VII

Argumentos que surgen de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación para establecer la primacía de las normas internacionales sobre la Constitución y las leyes internas

1. Posición de la CSJN y la doctrina

Desde la entrada en vigor de la Constitución Nacional de 1853, el Congreso Nacional, la doctrina y la jurisprudencia local, se ocuparon de los distintos métodos de inspección de normas, actos, reglamentos, decretos, etcétera. En una etapa temprana se avocaron a perfilar y ejercer la inspección de constitucionalidad; ahora más tardíamente, lo hicieron con una nueva herramienta conocida como control de convencionalidad.

Este mecanismo se instaura a partir de la adhesión de la República Argentina a numerosos tratados internacionales, alguno de los cuales implican aceptar la competencia de órganos regionales, que analizan la compatibilidad del derecho interno respecto de normas o principios incorporados a los instrumentos internacionales. Con la innovación constitucional de 1994 y los fallos recientemente dictados por la Corte de San José que amplifican, más allá de la *res pactata*, las *res legislatata* o la *res declarata*, su ámbito de incumbencia, se generan puntos de fricción entre las jurisdicciones domésticas y las del plano internacional. En este escenario, la Corte Suprema argentina debió resolver casos particulares y empleó, en esa tarea, diversos criterios que la colocaron, unas veces, en sintonía y otras en discordancia con los principios trazados por la Corte y la Comisión IDH.

Las distintas posiciones asumidas, por la máxima instancia federal, y las consecuencias que ello genera, obliga, de algún modo, a tratar de mostrar este proceso evolutivo con precisión jurídica de magnitud. La tesis se propuso analizar la forma en que el máximo órgano jurisdiccional argentino aplicó, en distintos períodos, los instrumentos internacionales y la jurisprudencia de la Corte IDH. Cabrá entonces responder si ¿resultan vinculantes las sentencias y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos?; ¿alcanzan estos pronunciamientos únicamente a los Estados partes de la *litis* o también es obligatoria para terceros Estados?; ¿existe primacía normativa del derecho internacional y la jurisprudencia de la Corte IDH sobre la Constitución argentina?

A. Criterios jurisprudenciales de la Corte Federal anteriores a la reforma de 1994 vinculados a la jerarquía normativa de los tratados internacionales

1) Período 1863-1992

A la luz de las consideraciones formuladas, se puede afirmar que nuestro texto constitucional sólo se refería, en este período, a la supremacía en los artículos 27, 28, 30 y 31 de la Constitución argentina. Estas disposiciones, analizadas armónicamente, eran citadas como prueba de la primacía del derecho interno sobre el internacional, al establecer un orden literal de prelación, de la que se deducía una relación jerárquica inferior entre estas normas con del derecho convencional.

La Corte se pronunció, en el año 1940, en el caso “Alonso, Gregorio vs. Haras los Cardos”⁶²⁶, en tal ocasión expuso que la Ley 12.232, aprobatoria de las convenciones adoptadas por la Conferencia Internacional del Trabajo realizada en Ginebra en 1921, sólo mostraba el compromiso asumido por la Republica Argentina de modificar la ley de accidentes del trabajo 9.688. Por otro lado, en “Becker, Juan Sigfrido y otros”⁶²⁷, del 27 de junio de 1947 dijo que: “los tratados internacionales son parte de la ley suprema siempre que no estén en contradicción con ella”. Según esta hermenéutica, utilizada en alguna jurisprudencia de la Corte Suprema⁶²⁸, la Constitución se encontraba en la cúspide del ordenamiento jurídico en soledad, luego las leyes nacionales y los tratados internacionales.

En el caso “Merck Química”⁶²⁹, en cambio, se diseñó un doble estándar de valoración con el fin de legitimar la apropiación de bienes, por parte del Estado argentino hacia una empresa alemana, entendidos como propiedad enemiga luego de declararle la guerra al Estado alemán. El primer estándar, aplicable en tiempos de paz, mantiene en el orden interno la supremacía de la Constitución sobre los tratados internacionales -conforme artículos 27 y 31 de la Constitución-; y el otro, previsto para tiempos de guerra, donde se coloca al derecho internacional por encima del derecho interno. En este último sentido, la Corte expuso que: “en el caso de una guerra por causa propia -eventualidad no incluida y extraña, por lo tanto, a la regla del

⁶²⁶ CSJN, Fallos 186:258, caso “Haras “Los Cardos” c/ Alonso, Gregorio”, 1940.

⁶²⁷ CSJN, Fallos 208:39, caso “Becker, Juan Sigfrido y otros. Muller, Ottomar”, 1947.

⁶²⁸ CSJN, Fallos 208:84, caso “Chantrain, Alfonso”, 1947. Se debe tener en cuenta que en este caso “Chantrain, Alfonso” del 11 de julio de 1947, se afirmó que los tratados internacionales deben respetar las disposiciones de la Carta constitucional cuya supremacía sobre todas las normas de derecho positivo asegura el artículo 31 *ejusdem*.

⁶²⁹ CSJN, Fallos 211:162, caso “Merk Química Argentina S.A. c/ Nación”, 1948.

artículo 27 de la Constitución-, se aparta de esos principios y coloca al país y a su gobierno en el trance de cumplir los tratados con todo rigorismo del que están animados [...]”.

De este modo, la adopción de la teoría dualista, asumida por la Corte, se apoyaba en la distinción de las normas internacionales como convenio entre naciones y como normas del ordenamiento jurídico interno. Tal doctrina daba por supuesto que los tratados internacionales debían convertirse en ley interna del Estado para que aquéllos tuvieran eficacia jurídica. De este principio se pueden extraer, al menos, dos consecuencias jurídicas.

i) En caso de conflicto normativo entre la Constitución y los tratados internacionales se puede declarar la inconstitucionalidad de un tratado⁶³⁰.

ii) Las normas consagradas en los tratados no son de aplicación inmediata sino programática. A pesar del principio general esbozado, en diversos fallos, la Corte Suprema admitió la operatividad directa de las normas internacionales de ciertos tratados, con lo que no se puede hablar de una línea jurisprudencial estable. Por ejemplo, en los casos “Quebrachales Fusionados vs. Capitán del buque *Águila*” de 1927⁶³¹ en el que interpretó que la Convención sobre Abordaje, Asistencia y Salvamento marítimos, firmada en Bruselas el 23 de septiembre de 1910 y aprobada por Ley 11.132, quedó de hecho incorporada y, por lo tanto, directamente integrada al Código de Comercio. En los casos “Compañía Mihanovich vs. Armadores del vapor *Duquesa*” de 1932⁶³² y en “Editorial *Noguer*” de 1962⁶³³, se declaró improcedente el recurso extraordinario, pues la cuestión planteada fue resuelta por aplicación e interpretación de disposiciones del Código de Comercio y de cláusulas de la citada Convención de Bruselas de 1910. Como se puede ver, en todos estos antecedentes, la Corte Suprema aplicó de manera directa normas del derecho internacional.

En otros asuntos, la Corte igualó jerárquicamente a la ley y al tratado internacional, fundándose, para ello, en la doctrina y la jurisprudencia norteamericanas. Son los precedentes “*Martín y Cía. Ltda. S.A. vs. Administración General de Puertos s/Repetición de pago*”⁶³⁴ del 6 de noviembre de 1963 y “*Esso S.A. Petrolera Argentina vs. Nación Argentina*”⁶³⁵ del 5 de junio de 1968.

De los argumentos que brindaba, el más alto tribunal de la Nación, surgía que no existía fundamento normativo para conferir prioridad jerárquica o superioridad normativa a los tratados internacionales que nuestro país celebraba con potencias extranjeras, en relación a las leyes que dictaba el Congreso Nacional. Pues, respecto de estos dos instrumentos normativos, regía el principio de que las disposiciones

⁶³⁰ CSJN, Fallos 305:2150, caso “Cabrera”, 1983. En este caso, la Corte Suprema declaró la invalidez de normas de tratados internacionales por violación a derechos consagrados en la Constitución.

⁶³¹ CSJN, Fallos 150:84, caso “Sociedad Anónima ‘Quebrachales Fusionados’ contra el capitán armadores y dueños del vapor nacional ‘Águila’, sobre indemnización de daños y perjuicios”, 1926.

⁶³² CSJN, Fallos 165:144, caso “Cía. Argentina de Navegación Nicolás Mihanovich Ltda. v. Dueño y otros del vapor ‘Duquesa’”, 1932.

⁶³³ CSJN, Fallos 252:262, caso “Editorial *Noguer, S.A.*”, 1962.

⁶³⁴ CSJN, Fallos 257:99, caso “Martín”, 1963. En esa ocasión se puso a consideración de la Corte Suprema la cuestión acerca de si el Decreto Ley 6.575/58 (Ley 14.467) modificaba o no el Tratado de Comercio y Navegación suscripto con la República de Brasil en 1940 (aprobado por Ley 12.688), el cual preveía una exención impositiva, de tasas y gravámenes negadas por el individualizado decreto ley.

⁶³⁵ CSJN, Fallos 271:7, caso “Esso”, 1968.

posteriores derogaban a las anteriores. Esa visión de igualdad de rango implicaba que, en cualquier circunstancia, el tratado internacional estaba siempre ubicado en un escenario infraconstitucional e, incluso, podía ser inaplicable al quedar desplazado por la preferente valía de la ley interna, dado que en caso de conflicto entre ellos, jugaría el principio de sucesión normativa. Es decir, que la norma posterior derogaba a la anterior; o la de especialidad, en cuanto a que la norma especial se imponía sobre la general⁶³⁶.

Otro antecedente de este período, que sigue la línea de la Corte norteamericana, es el caso “Cabrerá, Washington Julio Efraín vs. Comisión Técnica Mixta de Salto Grande”⁶³⁷ del 5 de diciembre de 1983. En estas actuaciones, la Corte juzgó que en supuestos de conflicto entre la Constitución y un convenio internacional⁶³⁸ se podía declarar la inconstitucionalidad de las disposiciones aprobatorias del tratado, es decir, a ciertos artículos de la Ley 21.756⁶³⁹. De ahí que, de cara al conflicto planteado entre la norma que confería inmunidad de jurisdicción a una de las partes y la norma constitucional que reconocía a la otra el derecho a la jurisdicción, dispuso declarar la inconstitucionalidad de la primera con fundamento en opiniones doctrinarias y la jurisprudencia de la propia Corte, sustentada en el artículo 31 de la Carta constitucional⁶⁴⁰.

En opinión de MANILI la enseñanza que brinda este fallo de la Corte Suprema consiste en que los tratados deben respetar los principios de la Constitución, no sólo los de derecho público, sino también, como se juzgó en el caso, los aplicables también a los casos no penales -la garantía del debido proceso-. “Desde este punto de vista, podemos afirmar que la Corte en este caso hizo una interpretación extensiva del

⁶³⁶ Véase Víctor BAZÁN, “El derecho internacional de los derechos humanos...”, ob. cit., p. 4. Opina el autor que: “Obviamente, y además de poner en serio riesgo la seguridad jurídica, semejante posición interpretativa colisionaba frontalmente contra la pauta *pacta sunt servanda*, principio general del derecho internacional operativo, incluso, fuera de todo vínculo convencional”.

⁶³⁷ CSJN, Fallos 305:2150, caso “Cabrerá”, 1983.

⁶³⁸ En esta oportunidad me refiero al Acuerdo de Sede suscripto el 15 de abril de 1977 entre aquella Comisión Técnica y la República Argentina.

⁶³⁹ En este caso el artículo 4 establecía, a favor de la Comisión Técnica, “inmunidad contra todo procedimiento judicial o administrativo y en la argumentación del Procurador General -que la mayoría de la Corte acompaña-) privaba al actor del derecho a la jurisdicción.

⁶⁴⁰ Véase Víctor BAZÁN, “El derecho internacional de los derechos humanos...”, ob. cit., p. 4. Agrega el destacado autor: “en relación con lo que advertíamos en punto a que, por principio, la CSJN se decantó por la programaticidad de las disposiciones de los convenios internacionales, cabe no obstante relevar algunos precedentes en los que confirió aplicabilidad operativa directa a ciertas disposiciones de aquéllos. / Andando el tiempo, en los CSJN, Fallos 310:508, caso “Costa, Héctor R. vs. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires y otros”, 1987; CSJN, Fallos 311:2553, caso “Sánchez Abelenda vs. Ediciones de la Urraca”, 1988 y CSJN, Fallos 311:2497, caso “Ekmekdjian vs. Neustadt”, 1988, la CSJN consideró que el derecho de réplica o rectificación consagrado en el art. 14.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) aún no había sido objeto de reglamentación legal para ser tenido como derecho positivo interno. En otras palabras, consideraba que el compromiso asumido internacionalmente era programático. Ya específicamente en los dos últimos casos señaló, además, que tal derecho tampoco podía inferirse de la cláusula constitucional que -genéricamente- se refiere a los derechos implícitos (art. 33 C.N.), y que la operatividad que otorgara fuerza a aquel derecho no podría ser ejercida desde el Poder Judicial, porque se trataba de una cuestión de política legislativa ajena a la competencia de los órganos jurisdiccionales”.

artículo 27 CN en el sentido de que el tratado no sólo debe respetar los derechos políticos sino también los derechos civiles”⁶⁴¹.

BAZÁN critica, duramente, esta posición al entender que la CSJN ignoró principios básicos incorporados a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, los cuales resultaban obligatorios para la Argentina con posterioridad a la aprobación de la ley 19.865, que fuera ratificada por el Poder Ejecutivo Nacional el 5 de diciembre de 1972 y puesta en vigor desde el 27 de enero de 1980. Entre otras cuestiones subrayó que este instrumento acordaba conferirle primacía al derecho internacional convencional sobre el derecho interno⁶⁴².

Reforzando esta teoría, se plantea que en el caso argentino rige en simultáneo un modelo alternativo de apertura constitucional al derecho penal internacional que es defendido con apoyo en el artículo 118 de la Constitución Nacional. Esta disposición incorpora el derecho de gentes en materia penal al derecho interno de manera directa, sin necesidad de ratificación de los tratados internacionales sobre la materia⁶⁴³.

Si se adopta esta interpretación de la Constitución argentina, es posible afirmar, que desde la sanción de la carta constitucional en 1853-1860, el derecho penal internacional gozó de jerarquía constitucional, circunstancia que ubicaría a nuestro texto supremo entre las constituciones más visionarias y progresistas de la historia mundial. Se puede afirmar, entonces, que la reforma de 1994 sobre la jerarquía constitucional de ciertos instrumentos internacionales de derechos humanos “agregó poco en lo que respecta a la incorporación de normas penales de derecho internacional”⁶⁴⁴. No obstante, es posible sostener que el descubrimiento del artículo 118 y la jurisprudencia revisionista sobre el valor normativo del derecho de gentes fue, como se verá en casos puntuales tratados por la Corte Suprema, el resultado de un largo y arduo proceso político y jurídico que tuvo como acelerador la jerarquización con rango constitucional de trascendentes tratados internacionales de derechos humanos.

2) Caso “Ekmekdjian” (1992)

En 1992 llegó a conocimiento de la Corte Suprema, un caso donde se planteó la discusión sobre si el derecho, esgrimido por una de las partes, tenía carácter programático y, por ende, era insusceptible de aplicación hasta tanto se lo reglamente por ley nacional, tal cual pregonaba la teoría dualista, sustentada en reciente jurisprudencia de la CSJN⁶⁴⁵. O si, por el contrario, tal derecho resultaba operativo y,

⁶⁴¹ Pablo L. MANILI, *Evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación 1863-2007*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2007, p. 207.

⁶⁴² Véase *ibidem*.

⁶⁴³ Véase Ezequiel MALARINO, *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2003, p. 43 y ss.

⁶⁴⁴ *Ibidem*, p. 50.

⁶⁴⁵ CSJN, Fallos 315:1492, caso “Ekmekdjian c/ Sofovich”, 1992.

en consecuencia, era susceptible de ser aplicado directamente, incluso, sin ley que lo reglamentara.

Este último fue el criterio adoptado por la Corte en el caso y se apoyó en los siguientes argumentos.

i) Tratándose de derechos que resultan inherentes a la dignidad de la persona humana, la regla debe ser siempre estar a la operatividad de la norma y sólo, de manera excepcional y restrictiva, estar al carácter programático de aquélla. La realización efectiva de tales derechos no puede depender o estar condicionada al arbitrio del legislador ordinario, en la medida que éste se encuentre facultado para sancionar leyes reglamentarias⁶⁴⁶.

ii) La ley no establece que toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes, emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión, tendrá derecho a efectuar su rectificación o respuesta por el mismo órgano. La ley utiliza un tiempo de verbo presente, “Toda persona... tiene derecho a...”. No habla de las condiciones que “establecerá” la ley, sino que “establezca” la ley. Ello pone de manifiesto que en modo alguno la interpretación literal de la norma conduce a asignarle un sentido meramente programático.

La Corte, como se dijo, se inclinó por este carácter operativo del derecho de réplica y sostuvo con acierto que.

i) Un tratado se incorpora al derecho interno a partir de su ratificación. Argentina aprobó en el año 1984, por ley 23.054, la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Luego fue ratificada por el poder ejecutivo el 14 de agosto de 1984.

ii) El artículo 14 del Pacto es directamente operativo, por afectar derechos que hacen a la dignidad de la persona, una vez incorporado al derecho interno. De esta manera, por 5 votos contra 4, la Corte decidió hacer lugar al derecho a réplica esgrimido por el señor Ekmekdjian.

Sin embargo, en este emblemático caso, la CSJN corrige radicalmente su jurisprudencia respecto de la relación del derecho internacional con el derecho doméstico y se impregna de una percepción monista. De algún modo se anticipa a lo que, un par de años más tarde, ocurrió con la reforma constitucional de 1994, que vino a alterar la valía de los tratados internacionales en general, y los vinculados a derechos humanos en particular. El alto estrado confirió aplicación directa y operativa al artículo 14 de la Convención Americana en relación al derecho de rectificación o respuesta, pese a que no exista una norma reglamentaria que lo desarrollase en el escenario interno.

La sentencia en estudio dejó en claro que el incumplimiento de la CADH, que se encontraba vigente en Argentina, podía constituir omisión inconstitucional reparable judicialmente a través del amparo. En esa dirección la mayoría de la Corte sostuvo que: “La violación de un tratado internacional puede acaecer tanto por el establecimiento de normas internas que prescriban una conducta manifiestamente

⁶⁴⁶ Véase *ibidem*, considerando 22 del voto de la mayoría. La Corte sostuvo que el tribunal se encuentra habilitado para fijar: “las características con que ese derecho, ya concedido por el tratado” puede ser ejercido en el caso concreto.

contraria, cuanto por la omisión de establecer disposiciones que hagan posible su cumplimiento. Ambas situaciones resultarían contradictorias con la previa ratificación internacional del tratado...”⁶⁴⁷. Esta infracción, es decir, la “omisión de establecer disposiciones que hagan posible su cumplimiento”, generó la transgresión constitucional habilitando, ante la inacción del legislador, la inspección jurisdiccional a su respecto. Actualmente, tal violación, haría factible el ejercicio del control de convencionalidad.

Otro de los argumentos esenciales del voto de la mayoría se apoyó en la idea de que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados “confiere primacía al derecho internacional convencional sobre el derecho interno. Ahora esta prioridad de rango integra el ordenamiento jurídico argentino. La convención es un tratado internacional, constitucionalmente válido, que asigna prioridad a los tratados internacionales frente a la ley interna en el ámbito del derecho interno, esto es, un reconocimiento de la primacía del derecho internacional por el propio derecho interno”⁶⁴⁸.

Además, se destacó cómo debía ser interpretado el artículo 27 del Pacto de Viena sobre Derechos de los Tratados. Indicó la Corte en relación a ello que: “La necesaria aplicación del artículo 27 de la Convención de Viena 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 en los términos del citado artículo 27”⁶⁴⁹.

Resulta de sumo interés la importancia que la Corte Suprema argentina le asigna a la jurisprudencia de la Corte IDH, ello, con el propósito de interpretar adecuadamente el Pacto. En tal sentido dijo que: “la interpretación del Pacto debe, además, guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, uno de cuyos objetivos es la interpretación del Pacto de San José (Estatuto, artículo 1º)”⁶⁵⁰.

Expone BAZÁN que, además de sus reflejos anticipatorios de cara a la reforma constitucional de 1994, cuyos convencionales de hecho nutrieron a la ley fundamental con algunos argumentos dados por este pronunciamiento, la Corte dio “una solución de avanzada y sentó una laudable doctrina jurídica y axiológica en la materia, que situó a nuestro país a la vanguardia en Latinoamérica en lo relativo al nivel de avance jurisprudencial en torno al derecho internacional de los derechos humanos, su aplicación en el derecho interno y el seguimiento de los pronunciamientos de la Corte IDH (en casos contenciosos u opiniones consultivas)”⁶⁵¹.

Queda en claro, entonces, la trascendencia que tiene este fallo para apreciar la importancia jerárquica que adquieren los tratados internacionales. Este cambio radical, se pone de manifiesto en los argumentos del voto de la mayoría: “La derogación de un

⁶⁴⁷ *Ibidem*, considerando 16 del voto de la mayoría.

⁶⁴⁸ *Ibidem*, considerando 18 del voto de la mayoría.

⁶⁴⁹ *Ibidem*, considerando 21 del voto de la mayoría.

⁶⁵⁰ *Ibidem*, considerando 22 del voto de la mayoría. Luego la Corte citó aprobatoriamente la Opinión Consultiva -OC- 7/86, en la que, entre otros tópicos la Corte IDH interpretó el artículo 14.1 del Pacto de San José de Costa Rica.

⁶⁵¹ Víctor BAZÁN, “El derecho internacional de los derechos humanos...”, ob. cit., p. 5.

tratado internacional por una ley del Congreso, violenta la distribución de competencias impuestas por la misma (CN) porque mediante una ley se podría derogar el acto complejo federal de la celebración de un tratado. Constituiría un avance inconstitucional del poder legislativo [...] sobre atribuciones del poder ejecutivo [...] que es quien conduce exclusiva y excluyentemente las relaciones exteriores... ”⁶⁵².

3) Caso “Fibraca” (1993)

En este caso se alegó que la obligación que trae aparejada la inmunidad de jurisdicción, de contar con procedimientos de solución de controversias en las que sea parte la Comisión Técnica Mixta de Salto Grande -artículo 4 Acuerdo de Sede-, encontraba adecuada satisfacción en el tribunal arbitral creado para tales fines, lo cual impedía alegar válidamente privación de justicia ya que existía una jurisdicción internacional, aceptada por nuestro país y a la que las partes voluntariamente se sometieron.

En el fallo la Corte afirmó que: “[l]a necesaria aplicación [del artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados] impone a los órganos del Estado argentino -una vez asegurados los principios de derecho público constitucionales- asignar primacía a los tratados ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria. 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”.

Se puede decir que la categórica afirmación hecha en el caso “Ekmekdjian vs. Sofovich”⁶⁵³, en relación a los alcances amplios que se le otorgó al artículo 27 de la Convención de Viena, en tanto determinaba la primacía del derecho internacional convencional sobre toda norma del derecho interno, viene a ser en este caso, morigerada de conformidad a lo previsto por el artículo 27 de la Constitución Nacional. Ello, en tanto determina que los tratados celebrados con potencias extranjeras por el Estado nacional deben estar de conformidad con los principios de derecho público establecidos en la carta constitucional.

Este fallo fue criticado desde cierto sector de la doctrina, entre otros motivos, al juzgarse que el tratado suscripto no encuadraba dentro de la definición que efectúa la Convención de 1969 en su artículo 1.a. Pues, resultó suscripto entre un Estado y un ente binacional y no, como lo impone el mentado precepto, entre Estados soberanos. Se apunta, en consecuencia, que las normas de la Convención de Viena no resultaban aplicables *per se* a la relación jurídica generada entre el Estado Argentino y la Comisión Técnica Mixta de Salto Grande. En verdad, sólo podrían haberse aplicado las disposiciones de aquel instrumento en tanto resultaran compatibles con la costumbre internacional. De ahí, que todo el razonamiento efectuado en torno del artículo 27, de la Convención aludida, debió hacerse respecto de la norma

⁶⁵² Pablo L. MANILI, *Evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema...*, ob. cit., p. 273.

⁶⁵³ CSJN, Fallos 315:1492, caso “Ekmekdjian c/ Sofovich”, 1992.

consuetudinaria *pacta sunt servanda*, con el aditamento de que un precepto del derecho interno no puede sustraerse a la regla.

De algún modo, para MANILI, se reproduce el error del caso analizado anteriormente, al soslayarse la existencia de la norma consuetudinaria y apoyar la decisión, únicamente, en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados. No obstante, para el autor, “el fallo consagra el criterio de que el tribunal arbitral creado en el marco de la Comisión Técnica Mixta de Salto Grande satisface las exigencias del debido proceso y que sus laudos son definitivos y no susceptibles de revisión en sede interna, lo cual reafirma la supremacía del derecho internacional”⁶⁵⁴.

Para BAZÁN la posición que asume la Corte, en este caso, procura reivindicar la supremacía de la Constitución respecto de los tratados internacionales con apoyo en los artículos 27 y 31. En tal sentido indicó que:

“es preciso advertir que, a los fines de evitar confusiones interpretativas que pusieran en jaque la supremacía de la Constitución (y su artículo 27), la CSJN se sintió precisada a estrechar la primigenia laxitud de la afirmación que volcara en ‘Ekmekdjian c/ Sofovich’ (primacía del derecho internacional sobre el derecho interno), al establecer en fallos posteriores que ‘el art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados impone a los órganos del Estado argentino -una vez resguardados los principios de derecho público constitucionales- asegurar la primacía a los tratados ante un conflicto con una norma interna contraria, pues esa prioridad de rango integra el orden jurídico argentino y es invocable con sustento en el artículo 31 de la carta magna’”⁶⁵⁵.

4) Caso “Cafés La Virginia” (1994)

Los hechos de la presente *litis* se originan a partir de una resolución del Ministerio de Economía de la Nación, la número 174/86, que impuso a las importaciones de mercaderías amparadas por instrumentos de negociación celebrados en el marco de la ALADI, regida por el Tratado de Montevideo de 1980, un derecho de importación residual del 10%. Al mismo tiempo, la ley 23.101 fijó un tributo destinado a un Fondo Nacional de Promoción de Exportaciones.

La parte actora pretendía que la Administración Nacional de Aduanas le devolviese los importes tributados cobrados con apoyo en las normas de referencia; ello, a partir de la introducción de café crudo en grano, proveniente de Brasil.

La Cámara de Apelaciones en lo contencioso administrativo federal hizo lugar en forma parcial al planteo formulado por Cafés La Virginia S.A., en cuanto a la devolución del derecho de importación adicional, no así respecto del gravamen destinado al Fondo Nacional de Promoción de Exportaciones.

Ante lo decidido, ambas partes recurrieron, por la vía del recurso extraordinario federal, a la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Resultaba claro que, en el caso, se verificaba la existencia de cuestión federal dado que se hallaba en tela de juicio el alcance otorgado por la Cámara a normas federales que resultaron

⁶⁵⁴ Pablo L. MANILI, *Evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema...*, ob. cit., p. 278.

⁶⁵⁵ Víctor BAZÁN, “El derecho internacional de los derechos humanos...”, ob. cit., p. 5.

contrarias a los derechos de los apelantes. Puntualmente, referidos al Tratado de Montevideo de 1980, al Código Aduanero, y al decreto nacional 751/74 y resoluciones ministeriales números 476/85 y 174/86.

El fallo de la Corte Suprema resultó íntegramente favorable a la actora, en tanto se confirmó el decisorio apelado respecto a la devolución ya efectuada y se lo revocó en torno al gravamen destinado al Fondo establecido por la ley 23.101.

En la sentencia, la Corte Suprema hace prevalecer el tratado internacional por sobre el derecho infraconstitucional. En esta dirección sostuvo que: “la aplicación por los órganos del Estado argentino 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”⁶⁵⁶. Aquí la Corte insiste en la supremacía jerárquica de los tratados internacionales por sobre las leyes que dicta el Congreso de la Nación, concepto que es reforzado en otros pasajes del pronunciamiento. En este sentido, el alto estrado expresa que: “la derogación de un tratado internacional por una ley del Congreso o por cualquier otro acto interno de menor jerarquía normativa, violenta la distribución de competencias impuesta por la Constitución Nacional, porque constituiría un avance inconstitucional del poder legislativo sobre atribuciones del poder ejecutivo, que es quien conduce las relaciones exteriores de la Nación”⁶⁵⁷.

En el presente caso no se hace referencia a la reserva del artículo 27 de la Constitución Nacional, en torno a la necesidad de que los tratados con potencias extranjeras respeten el derecho público que emerge de nuestra ley fundamental, no obstante, la Corte marca una clara superioridad de los instrumentos internacionales respecto del resto de las normas del derecho doméstico. Sostiene en esta idea que: “el legislador no tiene atribución para modificar un tratado por una ley y si bien podría dictar una ley que prescribiese disposiciones contrarias a un tratado o que hiciese imposible su cumplimiento, ese acto del órgano legislativo comportaría una transgresión al principio de jerarquía de las normas (artículo 31 CN) y sería un acto constitucionalmente inválido”⁶⁵⁸.

⁶⁵⁶ CSJN, Fallos 317:1282, caso “Cafés La Virginia S.A. s/ apelación (por denegación de repetición)”, 1994.

⁶⁵⁷ *Ibidem*, voto del juez Boggiano.

⁶⁵⁸ *Ibidem*. Lo expuesto por la Corte en estas actuaciones ratificó en cierto modo lo dicho en Fallos 316:3176, caso “Hagelin, Ragnar vs. Poder Ejecutivo Nacional, sobre juicio de conocimiento”, 1993, antes de producida la innovación constitucional de 1994. Conviene recordar que si bien el precedente analizado en este punto, fue resuelto sobre la base de la “vieja” Constitución, la Corte se permitió manifestar el cambio de rumbo sobre la materia con apoyo también en sendos artículos del nuevo texto constitucional. Así expuso que: “la aplicación por los órganos del Estado argentino de una norma interna que transgrede un tratado -además de constituir el incumplimiento de una obligación internacional- vulnera el principio de supremacía de los tratados internacionales sobre las leyes internas, por el art. 27 de la Convención de Viena (cfr. doctrina CSJN, Fallos 316:1669, caso ‘Fibra’, 1993, arts. 31 y 75, inc. 22 de la CN. Con esta doctrina se modifica la de CSJN, Fallos 257:99, caso ‘Martín’, 1963 y CSJN, Fallos 271:7, caso ‘Esso’, 1968)”.

B. Criterios de la Corte Suprema luego de la reforma de 1994

1) Caso “Priebke” (1995)

A) De los hechos

Según surge del pedido de extradición librado por el juez italiano⁶⁵⁹ a la República Argentina, el hecho imputado a Erich Priebke consiste en “...haber -como miembro de las fuerzas armadas alemanas enemigas del Estado Italiano, en concurso con Kappler, Herbert y otros militares alemanes, con más acciones ejecutivas del mismo diseño criminal y actuando con crueldad hacia las personas- [provocado] la muerte de 335 personas [...] en su mayor parte ciudadanos italianos, militares y civiles que no participaban en operaciones bélicas, disparando premeditadamente contra ellos. En Roma, en la localidad ‘Cave Ardeatine’ el 24 de marzo de 1944 durante el estado de guerra entre Italia y Alemania”⁶⁶⁰.

⁶⁵⁹ CSJN, Fallos 318:2148, caso “Priebke”, 1995. El pedido de extradición se fundó en la orden de captura dispuesta por el juez de las Investigaciones Preliminares ante el Tribunal Militar de Roma don Giuseppe Mazzi el 9 de mayo de 1994.

⁶⁶⁰ *Ibidem*, hechos del voto de la mayoría. El juez Nazareno expone en su voto: “que el 23 de marzo de 1944 en el centro de Roma, en la calle Rasella, un grupo de militantes de la resistencia había hecho explotar una bomba en momentos en que pasaba una compañía alemana del Batallón ‘Bozen’, lo que ocasionó la muerte instantánea de veintiséis militares alemanes, suma que en las horas posteriores se elevó a treinta y dos como consecuencia de las graves heridas recibidas por algunos de los sobrevivientes. / Que el Alto Mando Alemán habría dispuesto una sanción colectiva consistente en el fusilamiento de diez ciudadanos italianos por cada alemán muerto, practicándose la ejecución en la denominada ‘Cave Ardeatine’ o ‘Fosas Ardeatinas’, el 24 de marzo de 1944. / Que trescientas treinta y cinco personas entre civiles y militares, ajenas a las operaciones bélicas, fueron fusiladas. Ese número incluyó ciento cincuenta y cuatro que se hallaban detenidas a disposición del Tribunal Militar alemán por estar sujetas a investigaciones policiales, veintitrés detenidas a disposición de ese Tribunal en espera de juicio, tres condenadas a muerte cuya pena aún no se había ejecutado, dieciséis condenadas a penas de entre 1 y 15 años de privación de la libertad, setenta y cinco hebreos, cuarenta arrestadas por motivos políticos a disposición de la Jefatura de Policía, diez detenidas por razones de seguridad pública a disposición de esa autoridad, diez arrestadas en las cercanías de la calle Rasella, una absuelta por el Tribunal Militar alemán y tres no identificadas (fs. 174-324). / Que se arribó a ese total por cuanto a las trescientas veinte víctimas originales, resultantes de la decisión de ejecutar diez italianos por cada militar alemán muerto, el Jefe de la Policía de Seguridad Alemana -teniente coronel Herbert Kappler- habría resuelto, frente al deceso de otro de los heridos, añadir diez nombres más a la primera lista preparada para la ejecución, lo que así se habría hecho trasladando a las víctimas en camiones hasta las ‘Fosas Ardeatinas’, donde ‘...habían sido retenidas y en estado de espera, con las manos atadas detrás de la espalda, en la explanada situada delante de la entrada de la cantera, desde donde aquéllas oían, mezclados con las detonaciones, los últimos gritos angustiosos de las víctimas que las habían precedido’; ‘Además, éstas, nada más [al] entrar en la cantera para ser fusiladas podían ver, con la luz de las antorchas, los numerosos cadáveres amontonados de las víctimas precedentes...’; ‘Finalmente, tenían que subir encima de los cadáveres amontonados y, una vez allí, eran obligadas a arrodillarse con la cabeza inclinada hacia adelante para ser golpeadas a muerte’; ‘...las víctimas, antes de ser fusiladas, fueron sometidas a un sufrimiento moral grande, inhumano y cruel’ (fs. 311-313). / Que ellas habrían

La sentencia de la Cámara Federal de Apelaciones de General Roca, que denegó la solicitud de extradición de Erich Priebke formulada por la República de Italia, fue puesta en crisis por el Ministerio Público, mediante recurso ordinario de apelación previsto en el artículo 24, inciso 6° del decreto-ley 1285/58, el cual fue concedido.

El hecho de haber dado muerte a setenta y cinco judíos, no prisioneros de guerra, a personas absueltas, condenados o a disposición del tribunal militar alemán, a disposición de la jefatura de policía alemana, de entre los trescientos treinta y cinco muertos en las particulares circunstancias del caso; configura *prima facie* delito de genocidio. Ello, sin mengua, de otras posibles calificaciones del hecho que quedarían subsumidas en la de genocidio.

B) De los argumentos de la Corte

i. Voto de la mayoría y concurrentes

Frente a la gravedad de los delitos que se le imputaron a Priebke, resultaba obvio que el país requirente hubiera solicitado la extradición sin perjuicio del juzgamiento definitivo, incluso, sobre la naturaleza del delito por los tribunales del lugar en donde se cometió el ilícito (artículos 75 incisos 22 y 118 de la Constitución Nacional y arts. II, III, V, VI y VII de la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio).

Dijo la Corte que, el hecho de haber dado muerte a setenta y cinco judíos, no prisioneros de guerra, ni absueltos, condenados o a disposición del tribunal militar alemán, ni a disposición de la jefatura de la policía alemana, de entre trescientos treinta y cinco muertos, configura *prima facie* el delito de genocidio, sin mengua de otras calificaciones posibles subsumidas en el genocidio. Y, no existiendo prescripción para el delito de genocidio, corresponde hacer lugar a la extradición solicitada. Además, indicó la Corte, que la calificación de los delitos contra la humanidad no depende de la voluntad de los Estados requirentes o requerido en el proceso de extradición sino de los principios del *ius cogens* del derecho internacional⁶⁶¹.

La mayoría del cimero tribunal expone que, las normas sobre extradición no son reglamentarias del artículo 18 de la Constitución Nacional sino de su artículo 14, pudiendo ser aplicados en forma retroactiva. La aplicación de un tratado de extradición no supone la exclusión de la aplicación del derecho de gentes, inexcusable conforme impone el artículo 21 de la ley 48⁶⁶².

El hecho de que el legislador no haya previsto penas para los crímenes de guerra, de *lesa humanidad* y genocidio, no impide cumplir los restantes compromisos asumidos en los pertinentes tratados internacionales en materia de extradición, desde

sido ultimadas en grupos de a cinco con un tiro en la nuca, completándose la ejecución a las siete de la tarde, luego de lo cual se voló la cantera para sellarla. Un día después se habría advertido que, debido a un error, éstos habían sido trescientos treinta y cinco y no trescientos treinta como se había ordenado”.

⁶⁶¹ CSJN, Fallos 318:2148, caso “Priebke”, 1995, del voto de la mayoría.

⁶⁶² *Ibidem*, del voto de los doctores Nazareno y Moliné O’Connor.

que ese tipo de trámite no tiene por objeto determinar la culpabilidad o inculpabilidad del individuo⁶⁶³.

Bossert, en el considerando 51 de su voto concurrente, apuntala lo expuesto por sus colegas y afirma:

“que a diferencia de otros sistemas constitucionales como el de los Estados Unidos de América en el que el constituyente le atribuyó al Congreso la facultad de ‘definir y castigar’ las ofensas contra la ley de las naciones’ (artículo I, Sección 8), su par argentino al no conceder similar prerrogativa al Congreso Nacional para esa formulación receptó directamente los postulados del derecho internacional sobre el tema en las condiciones de su vigencia y, por tal motivo, resulta obligatoria la aplicación del derecho de gentes en la jurisdicción nacional de conformidad con lo dispuesto por el artículo 21 de la ley 48 ya citado”⁶⁶⁴.

Agrega luego, que toda persona que cometa un delito de derecho internacional es responsable de él y está sujeta a sanción.

En relación a los delitos contemplados por el texto de la Constitución, referidos al derecho de gentes, considera al crimen de guerra como delito sancionado por el derecho internacional general y, en la medida en que los delitos contra el derecho de gentes se encuentran reconocidos por el ordenamiento jurídico argentino (artículo 118, Constitución Nacional), corresponde tener por acreditado -al solo efecto de la doble subsunción- exigida por el artículo 2 del Tratado de Extradición ratificado por ley 23.719 el carácter delictual del hecho que dio motivo al pedido de extradición⁶⁶⁵.

ii. Conclusión

Luego de este caso, queda clara la posición de la mayoría de los miembros de la Corte Suprema respecto a que en el derecho doméstico, las normas consuetudinarias internacionales que vinculan al Estado argentino, tienen igual rango que los instrumentos internacionales de derechos humanos. De ahí, que al detectarse la existencia de una norma consuetudinaria general, sobre la imprescriptibilidad de los delitos considerados como crímenes de guerra que, obviamente, vinculan a la Argentina; esa norma deja sin efecto a la legislación penal nacional relativa a la prescripción de la acción o de la pena. Además, como afirmó en reiteradas ocasiones la Corte nacional, el instituto de la prescripción no tiene raigambre constitucional y, por lo tanto, es posible que una disposición del derecho internacional consuetudinario prevea la imprescriptibilidad de acciones relativas a crímenes de guerra, cuya pena está contemplada, por reenvío de la propia disposición consuetudinaria, en el derecho interno para el delito al que se asimila el crimen de guerra.

Conforme surge implícitamente del voto de la mayoría, parecen fundar la aplicación retroactiva de la imprescriptibilidad de los delitos cometidos por Priebke, en principios consuetudinarios de fuente internacional comprendidos por el *ius cogens*, que, para este caso, son considerados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación,

⁶⁶³ *Ibidem*.

⁶⁶⁴ *Ibidem*, considerado 51 del voto del juez Bossert.

⁶⁶⁵ *Ibidem*, considerado 49 del voto del juez Bossert.

con primacía normativa respecto a la garantía de la irretroactividad penal, consagrada como principio de derecho público por el artículo 18 de la Constitución argentina.

2) Caso “Girolodi” (1995)

A) Hechos

El Tribunal Oral en lo Criminal número 6 de la Capital Federal condenó a H. D. Girolodi, a la pena de un mes de prisión en suspenso, como autor penalmente responsable del delito de robo simple en grado de tentativa.

La defensora oficial interpuso recurso de casación. El fondo del litigio radicó en la inconstitucionalidad del límite impuesto por el artículo 459, inciso 2, del Código Procesal Penal de la Nación, por contrariar lo dispuesto en el artículo 8, inciso 2, apartado h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que otorga a toda persona inculpada de un delito el derecho “de recurrir el fallo ante juez o tribunal superior”.

La Cámara Nacional de Casación Penal, Sala 1, rechazó el planteo de inconstitucionalidad y dio origen a la queja ante la CSJN, la que declaró admisible el recurso. Además, indicó que “por virtud de los límites objetivos fijados en los artículos 458 a 462 del Código Procesal Penal no hay posibilidad de recurso de casación ni inconstitucionalidad [...] y la causa ha fenecido en instancia única, por lo que su sentencia es final y contra ella cabe el recurso extraordinario de apelación”.

B) Fundamentos de la Corte Suprema

La Corte expresó que, ante la reforma constitucional de 1994 que nutrió de jerarquía constitucional a varios acuerdos internacionales, correspondía establecer si dentro del ordenamiento procesal penal existían el órgano y los procedimientos para dar adecuada satisfacción a la garantía constitucional en cuestión (doble instancia garantizada por la CADH).

Sostuvo que, en la hipótesis planteada en la causa, el recurso extraordinario no constituía un remedio eficaz para la salvaguarda de la garantía de la doble instancia que debía observarse dentro del marco del proceso penal, como garantía mínima para toda persona inculpada de un delito⁶⁶⁶.

En efecto, subrayó que la Cámara de Casación Penal fue creada, precisamente, para conocer, por vía de los recursos de casación, inconstitucionalidad e incluso de

⁶⁶⁶ CSJN, Fallos 318:514, caso “Girolodi”, 1993, considerando 8 del voto de la mayoría. Sostuvo la Corte al respecto: “Que en tales condiciones puede sostenerse hoy con nuevos fundamentos que, en hipótesis como la de autos, el recurso extraordinario no constituye un remedio eficaz para la salvaguarda de la garantía de la doble instancia que debe observarse dentro del marco del proceso penal como ‘garantía mínima’ para ‘toda persona inculpada de delito’ (artículo 8º, párrafo 2º, apartado h, de la Convención)”.

revisión, de las sentencias que dicten, sobre los puntos que hacen a su competencia, tanto los tribunales orales en lo criminal como los juzgados en lo correccional. Al respecto expuso la Corte: "...que la forma más adecuada para asegurar la garantía de la doble instancia en materia penal prevista en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 8, inciso 2, apartado h), es declarar la invalidez constitucional de la limitación establecida en el artículo 459, inciso 2 del Código Procesal Penal de la Nación, en cuanto veda la admisibilidad del recurso de casación contra las sentencias de los tribunales en lo criminal en razón del monto de la pena".

Asimismo, la Corte insistió en el paridad jerárquica de la carta constitucional con la Convención de San José de Costa Rica, establecida por voluntad expresa del constituyente reformador. También, como se dijo más arriba, en el considerando 11 de la sentencia que esos instrumentos rigen en las condiciones de su vigencia, conforme se encuentra vigente la CADH en el escenario internacional, es decir, considerando "particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación. De ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales..."⁶⁶⁷.

Enlazado a lo anterior, destacó la Corte que, como órgano supremo de uno de los poderes del Gobierno Federal, le compete aplicar los instrumentos internacionales a los que la Argentina se encuentra vinculada, de lo contrario, podría generarse en perjuicio del país responsabilidad internacional.

3) Caso "Bramajo" (1996)

A) Hechos

El señor Bramajo fue detenido el 1 de julio de 1992. El fiscal acusó al imputado como autor penalmente responsable del delito de homicidio calificado en concurso material con el de robo doblemente agravado, por haber sido cometido con armas, en poblado y en banda y requirió la pena de reclusión perpetua con la reclusión por tiempo indeterminado.

Cabe consignar que al acusado se le concedió la excarcelación por aplicación del artículo 1 de la ley 24.390, al cumplir los tres años de detención en prisión preventiva. Además, se le otorgó la excarcelación bajo garantía real debido a la gravedad de los delitos atribuidos al procesado, la pena solicitada por el fiscal y la circunstancia de que ya registrara una condena.

El representante del Ministerio Público cuestionó la validez del artículo 1 de la ley 24.390 debido a que lo encontraba incompatible con lo dispuesto por el artículo 7, inciso 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Alegó, además, que

⁶⁶⁷ *Ibidem*, considerando 11.

bajo el pretexto de reglamentar un tratado internacional, la ley 24.390 lo alteró en su esencia.

Por otro lado, para la Corte, el recurso federal resultaba procedente en la medida en que fue cuestionada la validez de una ley nacional por ser contraria a un tratado internacional. La resolución impugnada era equiparable a sentencia definitiva, ya que se trataba de una cuestión que revestía gravedad institucional, dado que el criterio adoptado por el *a quo* comprometía la administración de justicia al afectar la forma de aplicación de la ley procesal penal⁶⁶⁸.

B) Las normas analizadas por la Corte

En primera instancia se utilizó el artículo 1 de la ley 24.390 que establece: “la prisión preventiva no podrá ser superior a dos años. No obstante, cuando la cantidad de los delitos atribuidos al procesado o la evidente complejidad de las causas hayan impedido la finalización del proceso indicado, ésta podrá prorrogarse un año más por resolución fundada que deberá comunicarse de inmediato al tribunal de apelación que correspondiese para su debido contralor”.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, basó su fundamentación en las siguientes normas.

i) Artículo 7, inciso 5 de la CADH: “toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio”⁶⁶⁹.

ii) Artículo 319 del Código Procesal Penal de la Nación: “podrá denegarse la exención de prisión o excarcelación, respetándose el principio de inocencia y el artículo 2 de este Código, cuando la objetiva y provisional valoración de las características del hecho, la posibilidad de la declaración de reincidencia, las condiciones personales del imputado o si éste hubiere gozado de excarcelaciones anteriores, hicieran presumir, fundadamente, que el mismo intentará eludir la acción de la justicia o entorpecer las investigaciones”.

iii) Artículo 380 del Código de Procedimiento en Materia Penal: “si el imputado confesare circunstanciada y llanamente su culpabilidad, podrá omitirse la recepción de la prueba tendiente a acreditarla, siempre que estuviere de acuerdo el juez, el fiscal y el defensor”.

⁶⁶⁸ Véase CSJN, Fallos 319:1840, caso “Bramajo, Hernán Javier s/ incidente de excarcelación - causa n° 44.891”, 1996.

⁶⁶⁹ Este precedente se relaciona con la exegesis del artículo 7.5 de la Convención Americana respecto de la ley 24.390, donde se reglamenta la disposición convencional citada, que fija un término de dos años con una prórroga de un año y otra de seis meses para los procesados que cumplan aquel plazo de detención en prisión preventiva no fueran juzgados de manera definitiva. Dispone que transcurrido el término de referencia se computará por cada día de prisión preventiva dos de prisión o uno de reclusión.

C) Resolución de la Corte

En este importante caso, es posible leer la interpretación que la Corte efectúa sobre las recomendaciones de la Comisión IDH en el marco del artículo 51.2 de la CADH. El término recomendaciones fue, reiteradamente, empleado en los distintos instrumentos internacionales. En el marco del derecho internacional de los derechos humanos, en general, y en las peticiones individuales se concibe la recomendación del órgano interamericano, como la facultad que éste posee de requerir a un Estado signatario la ejecución de ciertas medidas, que se encuentran en sintonía con los compromisos internacionales que asumió la República Argentina, para la salvaguarda de sus habitantes⁶⁷⁰.

Ya en el terreno de la Convención Americana, los informes de la Comisión aparecen como interpretaciones genuinas de las obligaciones que libremente asumen los países que integran el sistema de protección de los derechos humanos. Aquí, la CSJN extendió el concepto expresado sobre el valor de la jurisprudencia de la Corte IDH y subrayó que la hermenéutica de la Comisión respecto de la CADH debía servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales.

Así, el cimero estrado, luego de dar a conocer el alcance que debe asignársele a la expresión “en las condiciones de su vigencia”, esto es tal como la CADH efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales para su interpretación y aplicación, insiste: “de ahí que la opinión de la [Comisión IDH] debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado argentino reconoció la competencia de aquélla para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana...”⁶⁷¹.

Indica ALBANESE, que la Corte Suprema para sostener que la posición de la Comisión IDH debe servir de guía, reparó especialmente en un informe donde se admite que Argentina no transgredió la norma convencional, esto es, el artículo 7.5 CADH dado que un Estado: “no está obligado a fijar un plazo válido para todos los casos con independencia de sus circunstancias [...] quedando el concepto de plazo razonable sujeto a la apreciación de la gravedad de la infracción, en cuanto a los efectos de establecer si la detención ha dejado de ser razonable”⁶⁷².

A su vez, apunta MANILI, que la Corte argentina emplea como argumentos la doctrina de Fallos 302:1284 y la jurisprudencia citada y afirma que: “...aplicar la ley se convertiría en una tarea mecánica incompatible con la naturaleza misma del derecho y con la función específica de los magistrados que les exige siempre conjugar los

⁶⁷⁰ Se debe tener en cuenta como bien indica el que fuera Presidente de la Comisión IDH, “...hasta el momento, ningún Estado ha recurrido a la Corte IDH contra los Informes de la [Comisión IDH]...” (H. BICUDO, ‘Cumplimiento de las sentencias de la Corte IDH y de las recomendaciones de la Corte IDH’, *El sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el umbral del siglo XXI*, Corte IDH, San José de Costa Rica, 2001, t. I, pp. 229 y ss).

⁶⁷¹ CSJN, Fallos 318:514, caso “Giroldi”, 1993, considerando 8.

⁶⁷² Susana ALBANESE, “La corte suprema y el alcance de las Recomendaciones de la Comisión Interamericana 1994-2014”, <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/5/la-corte-suprema-y-el-alcance-de-las-recomendaciones-de-la-comision-interamericana-1994-2014.pdf> (acceso el 21-V-2016), p. 114. Véase además con provecho: Comisión IDH, Resolución 17/89, Informe caso 10.037, Argentina, 13 de abril de 1989.

principios contenidos en la ley con los elementos fácticos del caso, pues el consciente desconocimiento de unos u otros no se compadece con la misión de administrar justicia”⁶⁷³.

Queda claro, entonces, que en la presente causa la Corte nacional basa sus argumentos para decidir el caso en una recomendación de la Comisión IDH dictada en el marco de una denuncia anterior. Para ello, subraya que éstas deben servir de guía exegética, conforme se indicó antes en varios pasajes del trabajo y, como sostiene ALBANESE, incluso, “más allá de la reglamentación interna de una norma convencional, que contribuía a la obtención de la libertad del denunciante, sin dejar de tener en cuenta por ello, las circunstancias del caso”⁶⁷⁴.

Con la prenombrada sentencia se fortalece la etapa temprana del ciclo de reconocimiento iniciado en 1992, con el caso “Ekmekdjian vs. Sofovich”⁶⁷⁵, causa en la que se consolida la función de guía de la jurisprudencia internacional emanada de los organismos internacionales de derechos humanos. Luego de la última innovación constitucional, en el caso “Scilingo”, la CSJN alude a la responsabilidad internacional que podría generar al Estado argentino no cumplir con la obligación de asistir, técnicamente, a un acusado durante el proceso considerando a ese propósito, lo dispuesto por los artículos 1, 8.2.d y e, CADH; 2.1 y 14.3.b y d; PIDCP⁶⁷⁶.

En este caso, la Corte Suprema extendió los alcances del control de convencionalidad que proyectara en la causa “Girolidi” con apoyo en las decisiones de la Comisión IDH y lo hizo, más allá del texto de la ley doméstica argentina que vino a reglamentar a la disposición convencional⁶⁷⁷.

4) Caso “Acosta” (1998)

A) Los hechos del caso

La Cámara Federal de Apelaciones de San Martín condenó a Claudia Beatriz Acosta, y otros consortes de causa, a diversas penas por el ataque perpetrado el 23 de

⁶⁷³ CSJN, Fallos 318:514, caso “Girolidi”, 1993, considerado 14, tercer párrafo. Véase Pablo L. MANILI, “El perfil de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina”, en obra colectiva *Derecho Constitucional*, Errepar, Buenos Aires, 2014, pp. 246-251.

⁶⁷⁴ Susana ALBANESE, “La corte suprema y el alcance de las Recomendaciones...”, ob. cit., pp. 114-115. Agrega la autora para completar la idea que: “en compendio, la interpretación de la [Comisión IDH] con respecto al artículo 7.5 de la CADH en el informe citado por la CS establece pautas más restrictivas que el texto de la ley 24.390. No obstante, la [Comisión IDH], en un informe posterior pondera la ley interna. A su vez, la CS sostiene que no desconoce las palabras de la ley sino que son interpretadas ‘a la luz del tratado con jerarquía constitucional’”.

⁶⁷⁵ CSJN, Fallos 315:1492, caso “Ekmekdjian c/ Sofovich”, 1992.

⁶⁷⁶ CSJN, Fallos 320:854, caso “Scilingo, Adolfo Francisco s/ su presentación en causa n° 6888”, 1997, considerando 9.

⁶⁷⁷ Véase CSJN, Fallos 319:1840, caso “Bramajo”, 1996.

enero de 1989 en los cuarteles de La Tablada. La decisión quedó firme a raíz de la intervención de la Corte Suprema en las presentaciones directas⁶⁷⁸.

Con posterioridad a la firmeza de la sentencia, al pasar en autoridad de cosa juzgada, Marta Fernández de Burgos y Eduardo Salerno presentaron una petición a la Comisión IDH, en la que alegaron diversas violaciones a los derechos humanos, entre las que mencionaron los derechos a la vida, el respeto a la integridad física, psíquica y moral, a ser juzgados dentro de un plazo razonable, el derecho a las garantías judiciales, a la igualdad ante la ley y a la protección judicial.

La Comisión consideró al Estado argentino responsable por las violaciones a los derechos a la vida, a la integridad personal, a la posibilidad de recurrir el fallo condenatorio ante un tribunal superior y el derecho a un recurso sencillo y efectivo. Por esas razones, recomendó al Estado argentino, que:

“...adopte las medidas más apropiadas para reparar a las víctimas o sus familiares el daño sufrido por las personas individualizadas en el párrafo 436 (A) -y 436 (B)-” estos últimos son los peticionarios del *habeas corpus*. Dado que el plazo de un mes, otorgado al Estado argentino para informar acerca del cumplimiento de las recomendaciones precedentes, expiró sin haberse dado respuesta, la Comisión decidió hacer público el documento e incluirlo en su Informe Anual (artículo 51 inciso 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

Los letrados de los recurrentes dedujeron acción de *habeas corpus*. Con sustento en que la recomendación formulada por la Comisión IDH al Estado argentino referente a la reparación a las víctimas o a sus familiares del daño sufrido, “implica, ante todo, la libertad inmediata de quienes resultaron víctimas de las violaciones a los derechos humanos [...] De modo que lo que se está examinando es la forma de poner en estado operativo, de cumplimentar, una orden jurisdiccional tuitiva de la libertad individual, emanada de un órgano supremo de tutela y contralor de los derechos y garantías individuales...”⁶⁷⁹.

B) Resolución de la Corte

Este caso implica, a *priori*, un retroceso respecto del valor que nuestra Corte Suprema le había asignado a la jurisprudencia de los organismos de aplicación de los instrumentos internacionales, al interpretar el alcance de los artículos 4, 5, 8.2. apartado h. y 25 de la Convención Americana. En esta dirección, apunta la Corte ahora que las recomendaciones de la Comisión IDH no son “...decisiones vinculantes para el poder judicial”⁶⁸⁰. Así, se puede afirmar, a partir de lo resuelto por la Corte Suprema, que si bien las opiniones de la Comisión pueden servir de guía en materia de interpretación convencional, al no tener fuerza vinculante, pueden ser aplicadas o no por los tribunales domésticos, ello conforme al criterio hermenéutico que brinda la propia Corte Suprema, quien se reservaría la facultad de evaluar normas convencionales, de acuerdo a las particularidades de cada caso concreto.

Para ALBANESE, “esta posición entraría en colisión con el objeto y fin de los tratados de derechos humanos y con la fórmula del control de convencionalidad y el

⁶⁷⁸ Véase CSJN, Fallos 315:319, caso “Abella, Juan Carlos y otros s/ artículo 80, incisos 2, 6 y 7, etc. del Código Penal -ley 23.077”, 1992.

⁶⁷⁹ Véase CSJN, Fallos 321:3555, caso “Acosta, Claudia Beatriz y otros s/ hábeas corpus”, 1998.

⁶⁸⁰ *Ibidem*.

diálogo entre Cortes”⁶⁸¹. Al respecto, insiste la autora en que la Corte IDH desde sus primeras opiniones consultivas viene indicando que los Estados signatarios de la CADH, al aprobar los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, se someten a un orden jurídico dentro del cual se asumen numerosas obligaciones y no en relación con otros Estados, sino hacia los seres humanos que se encuentran bajo su jurisdicción. Además, la Corte IDH apoya su opinión en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia y de la Comisión Europea de Derechos Humanos⁶⁸².

Entiende la Corte Suprema que las decisiones que los países miembros del sistema de protección interamericano se comprometieron a acatar son las de la Corte IDH, ello, conforme surge del artículo 68.1 CADH. Subraya también, que no constituye un deber para los jueces nacionales cumplir con el contenido de las recomendaciones por no tratarse de decisiones vinculantes⁶⁸³.

En esta dirección de progreso y en una causa posterior, la Corte Suprema al interpretar los alcances del artículo 8.2. apartado h. de la Convención de San José y las propias recomendaciones de la Comisión IDH sobre la misma norma convencional, reitera en torno al valor de estas últimas que: “...si bien el Estado 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”⁶⁸⁴.

Es interesante la posición que asumen los jueces, Boggiano y Bossert, en torno a las acciones incoadas mediante el empleo de incorrectas vías procesales, y decisiones con interpretaciones muy rígidas de preceptos convencionales, todo lo cual se conjuga para dar lugar a este fallo que, de algún modo, como expone ALBANESE, contribuye “a limitar el efecto útil del sistema de protección internacional”⁶⁸⁵. Para un sector de la Corte, es evidente que “del contenido del informe número 55/97 de la [Comisión IDH] no emana una recomendación a favor de la libertad de los recurrentes”⁶⁸⁶.

Se podría afirmar que este fallo es muy confuso, pues, en principio, se propone cumplir con la doctrina sentada en los precedentes “Giroldi” de 1995 y “Bramajo” de

⁶⁸¹ Susana ALBANESE, “La corte suprema y el alcance de las Recomendaciones...”, ob. cit., p. 117. “Retomamos algunos aspectos del control de convencionalidad, inserto como tema por la Corte IDH con posterioridad al caso que comentamos, pero sostenido y adelantado por la CS, en cierta medida, como fuera indicado precedentemente. / De esta forma, el destacado control se encuentra por un lado, consagrado al estudio de los lineamientos interpretativos sobre derechos convencionales emanados de los órganos internacionales competentes y tiene como destinatarios a los jueces nacionales en lo que les compete. Además, por otro lado, el control convencional también se encuentra asignado a valorizar, por parte de los tribunales internacionales, las decisiones nacionales con la finalidad de aprehender las interpretaciones llevadas a cabo sobre la legislación vinculante para los jueces nacionales, en busca de la armonía del derecho vigente. De esta forma, las dos partes convergerían para incentivar adecuadamente el diálogo entre jurisdicciones” (*ibidem*).

⁶⁸² Véase Corte IDH, Opinión Consultiva, -OC-2/82, El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, párrafos 29 y 30.

⁶⁸³ CSJN, Fallos 321:3555, caso “Acosta, Claudia”, 1998, considerando 13.

⁶⁸⁴ CSJN, Fallos 323:4130, caso “Felicetti, Roberto y otros (La Tablada)”, 2000, considerando 6.

⁶⁸⁵ Susana ALBANESE, “La corte suprema y el alcance de las Recomendaciones...”, ob. cit., p. 120.

⁶⁸⁶ CSJN, Fallos 321:3555, caso “Acosta, Claudia”, 1998, voto de los jueces Boggiano y Bossert, considerando 21.

1996, para luego consumir su negación y generar una ruptura en la continuidad jurisprudencial. Indicó la Corte en tal sentido:

“cabe destacar 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 aquéllas de decisiones vinculantes para el poder judicial. Es que la jurisprudencia internacional, por más novedosa y pertinente que se reputa, no podría constituir un motivo de revisión de las resoluciones judiciales -equiparable al recurso de revisión-, pues ello afectaría la estabilidad de las decisiones jurisdiccionales, la que, en la medida en que constituye un presupuesto ineludible de la seguridad jurídica, es exigencia del orden público y posee jerarquía constitucional”⁶⁸⁷.

La conclusión a la que arriba el alto estrado es poco feliz si se considera que para que prospere una petición ante la Comisión IDH, se requieren, entre otras cuestiones, que el pedido sea presentado no más allá del el plazo de seis meses, contados desde la fecha en que el requirente es notificado de la decisión definitiva recaída judicialmente en la jurisdicción interna del Estado, conforme lo exige el artículo 46.1.b, del Pacto de San José. ALBANESE y BIDART CAMPOS cuestionan esta idea al resaltar que no podría invocarse la calidad de cosa juzgada -como se hace en el citado caso “Acosta”- toda vez que la sentencia del último tribunal del ámbito doméstico competente es imprescindible, salvo la excepción que la propia CADH regula en el artículo 46.2 para que proceda la intervención de la Comisión IDH. Los autores citados, en su comentario a la sentencia en trato, prefieren el empleo de término “cosa juzgada nula”, y se preguntan si la Comisión IDH detecta transgresiones a la CADH: “no [existe] base suficiente para revisar una sentencia pasada en [autoridad de] cosa juzgada”⁶⁸⁸.

5) Caso “Espósito” (2004)

Con respecto al incumplimiento de los tratados en el ámbito doméstico, Argentina fue, por primera vez, condenado por la Corte Interamericana en el año 2002 en el Caso “Cantos”, por violentar los artículos 1.1, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al perjudicar el acceso a la justicia del reclamante. Ese tribunal mandó a la Argentina -entre otros tópicos- a fijar nuevamente de manera razonable los gastos de un pleito, por considerar que los determinados con anterioridad implicaban limitaciones económicas para el acceso a la justicia.

Como se verá en otra parte de este trabajo, en dicho asunto (año 2003), la Corte Suprema no dio total acatamiento al decisorio referido, para ello, invocó razones de “derecho interno”. Dijo, por ejemplo, que la reducción de los emolumentos de los peritos oficiales que no habían participado en el juicio internacional afectaba el derecho de defensa. Sin embargo, la minoría entendió que el fallo debía respetarse en

⁶⁸⁷ CSJN, Fallos 321:3555, caso “Acosta, Claudia”, 1998, considerando 13.

⁶⁸⁸ Germán J. BIDART CAMPOS, Susana ALBANESE “El valor de las recomendaciones de la Comisión...”, ob. cit., p. 347.

su totalidad por ser el mismo vinculante. Finalmente, por esa circunstancia y a fin de dar cumplimiento con la sentencia interamericana, dispuso por el decreto 1313 del 11 de agosto de 2008, que el Poder Ejecutivo Nacional, por conducto de la Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia, se llevara a cabo las actuaciones pertinentes.

Luego, en el también citado caso “Bulacio”, la Corte IDH condenó nuevamente a la Argentina por violar los artículos 4, 7, 8, 25 y 1.1 de la Convención, en esta oportunidad, por la muerte de un joven por parte de la policía. Dispuso allí, que se investigara y se sancionara a los responsables y que fueran indemnizados los familiares. La Corte Nacional, en una interesante sentencia y por entonces con una nueva integración, cambió de cuajo la doctrina establecida anteriormente. Claro está que se resolvió con algunas disidencias, pero en concordancia argumental. En términos generales, se puede afirmar que se acató a cabalidad la sentencia del alto cuerpo interamericano, a tal punto que se dejó sin efecto un fallo local que había decretado la prescripción de la acción penal a favor del imputado (comisario Espósito) y dispuso que fuera juzgado nuevamente.

Vemos en “Espósito” (“Bulacio”) un avance en la jurisprudencia interna, motorizada por la propia Corte Suprema argentina. En efecto, ese cuerpo sostuvo sin eufemismos que: “...la decisión [de la Corte IDH] [...] resulta de cumplimiento obligatorio para el Estado Argentino (artículo 68.1, CADH), por lo cual también esta Corte, en principio, debe subordinar el contenido de sus decisiones a las de dicho Tribunal internacional...”⁶⁸⁹.

A) La CSJN respecto de la obligatoriedad de las sentencias de la Corte IDH

A este respecto, afirmaron los jueces Belluscio y Maqueda, en el considerando nueve de su voto, en relación al tópico que: “...tanto de los términos expresos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos como de su contexto se desprende que cuando ese instrumento convencional ha querido asignar carácter obligatorio a las decisiones emanadas de sus órganos de aplicación lo hizo en forma explícita. En este sentido la Convención dispone que: ‘...Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes...’ (artículo 68.1), por lo que la obligatoriedad del fallo no admite dudas en la medida que el Estado Nacional ha reconocido explícitamente la competencia de ese tribunal internacional al aprobar la citada convención (ley 23.054)”⁶⁹⁰.

La jueza Highton de Nolasco se alineó en esa dirección y refirió: “que con independencia de que en la decisión de la Corte Interamericana se hayan considerado ‘entre otros elementos’ hechos reconocidos por el gobierno argentino en el marco de un procedimiento de derecho internacional del que no participó el acusado, resulta un deber insoslayable de esta Corte, como parte del Estado Argentino, y en el marco de

⁶⁸⁹ CSJN, Fallos 327:5568, caso “Espósito, Miguel Ángel s/ incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa -Bulacio, Walter David-”, 2004, considerando 6.

⁶⁹⁰ *Ibidem*, considerando 9, del voto de los jueces Belluscio y Maqueda.

su potestad jurisdiccional, cumplir con los deberes impuestos al Estado por la jurisdicción internacional en materia de derechos humanos”⁶⁹¹.

B) Primacía de la jurisprudencia emanada del derecho internacional sobre el derecho doméstico

A modo de adelanto, se puede indicar que varios de los criterios doctrinarios, trazados por la Corte Suprema en estas actuaciones, fueron ampliamente confirmados en la causa “Simón”⁶⁹², centrando sus argumentos en los delitos de *lesa humanidad* y, decretó por mayoría de sus integrantes, la inconstitucionalidad de dos leyes de impunidad como las llamadas de “obediencia de vida” (Ley 23.521) y “punto final” (Ley 23.492). Para ello, como se explicará en el punto siguiente, de la mano de los criterios sustentados por la misma Corte IDH, echó por tierra varios postulados jurídicos, tales como el de la irretroactividad de la ley penal (en este caso en perjuicio del reo), el de la cosa juzgada y el de la prescriptibilidad de las acciones.

El juez Boggiano, reconoció el carácter vinculante de las decisiones de la Corte IDH, a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado Argentino en el sistema interamericano de protección a los derechos humanos -conforme artículo 68.1 de la CADH-, y entendió que la obligación de reparar del Estado no se agota en el pago de una suma de dinero como compensación de los daños ocasionados, sino que también abarca la efectiva investigación y la correspondiente sanción a los responsables de las violaciones de los derechos humanos.

6) Caso “Arancibia Clavel” (2004)

A) Muy breve repaso de los hechos

En torno al plano fáctico del caso en estudio, se debe tener presente que el Tribunal Oral Federal número seis condenó, al encartado, a la pena de reclusión perpetua y accesorias por considerarlo participe necesario del homicidio, agravado por el uso de explosivos y por el concurso de dos o más personas, del matrimonio Prats Cuthbert. Además, fue condenado como autor de la conducta consistente en pertenecer a una asociación ilícita, integrada por diez o más personas, con una organización de tipo militar compuesta por oficiales o suboficiales de las fuerzas armadas, quienes disponían de armas de fuego y explosivos y recibían apoyo, ayuda o dirección de funcionarios públicos. El homicidio se cometió en la República Argentina, por ciudadanos chilenos, contra ciudadanos chilenos. Asimismo, se acreditó que el condenado había formado parte de la DINA (Dirección de Inteligencia Nacional de

⁶⁹¹ *Ibidem*, considerando 18, del voto de la jueza Highton de Nolasco.

⁶⁹² CSJN, Fallos 328:2056, caso “Simón”, 2005.

Chile, facción exterior), dependiente del gobierno ya mencionado durante los años 1974 a 1978.

La parte querellante, en representación del gobierno de Chile, interpuso el recurso extraordinario federal, por considerar al fallo de la Cámara de Casación Penal como arbitrario. A raíz de la denegación del recurso extraordinario federal, la parte querellante interpuso recurso de queja. La mayoría de la Corte admitió el remedio y trató el fondo, a diferencia de los jueces Fayt y Belluscio. Se verán a continuación, cuáles fueron los argumentos vinculados a la materia de esta parte del trabajo.

B) Fundamentos de los votos de la mayoría

Como se indicó, la Corte Suprema por mayoría de sus miembros hizo lugar a la queja y declaró parcialmente admisible y procedente el recurso extraordinario. Contribuyeron a conformar mayoría cinco ministros del alto estrado. Los jueces Highton y Zaffaroni en un voto conjunto y Boggiano, Maqueda y Petracchi a través de ponencias individuales. En cambio, los jueces Fayt, Belluscio y Vázquez lo hicieron en disidencia cada uno según su voto⁶⁹³.

i. De la importancia y jerarquía del *ius cogens*

En el considerando 16, del voto de los jueces Highton y Zaffaroni, se consigna que delitos tales como la tortura, la desaparición forzada de personas, el genocidio, el homicidio y cualquier otro tipo de actos tendientes a perseguir y exterminar opositores políticos pueden ser considerados crímenes contra la humanidad, dado que atentan contra el *ius cogens*, conforme lo prescribe el artículo 118 de la Constitución Nacional⁶⁹⁴. Para estos dos ministros del alto estrado “el formar parte de un grupo dedicado a perpetrar estos hechos, independientemente del rol funcional que se ocupe, también es un crimen contra la humanidad”⁶⁹⁵.

⁶⁹³ En el considerando 15 del voto de los jueces Highton y Zaffaroni se describe acabadamente el tipo penal por el que fuera condenado Arancibia Clavel en la instancia de juicio. La idea del Tribunal oral fue dejar en claro que la figura de la asociación ilícita estaba directamente ligada a la comisión de delitos de *lesa humanidad*. Se expuso respecto al ello: “que Arancibia Clavel fue condenado por el delito de asociación ilícita, toda vez que el tribunal de juicio dio por probado que el incuso formaba parte de un grupo destinado a perseguir reprimir y exterminar sistemáticamente a opositores políticos del régimen dictatorial instaurado en la República de Chile, a partir de septiembre de 1973 (DINA exterior), que operaba dentro del territorio nacional, y abarcó la comisión de homicidios, desapariciones forzadas, tormentos, falsificación de documentos, disposición de armas y explosivos, entre otros; asumiendo como función el encausado, al menos, el facilitar y apoyar los delitos del grupo por medio de la consolidación de una ‘red de informantes’ y ‘contactos’ con funcionarios policiales y militares destinados a obtener datos sobre posibles perseguidos y, en su caso, a garantizar la impunidad de los autores materiales de crímenes de *lesa humanidad*”.

⁶⁹⁴ Véase CSJN, Fallos 327:3312, caso “Arancibia Clavel”, 2004, considerando 16 del voto de los jueces Highton y Zaffaroni.

⁶⁹⁵ *Ibidem*, considerando 17 del voto de los jueces Highton y Zaffaroni.

Resulta interesante la noción que brinda en el caso el juez Boggiano, respecto de los alcances del derecho de gentes y cómo se debe relacionar e interpretar con los principios establecidos por el artículo 18 de la carta constitucional. En el considerando 40 de su voto expone que, no se puede sostener que el artículo 18 de la Constitución Nacional, que incorpora el principio de legalidad y de irretroactividad, “consagre una solución distinta en el artículo 118 respecto a la aplicación de las normas del *ius cogens* relativas a la imprescriptibilidad de los delitos de *lesa humanidad*. Ambos preceptos no colisionan sino que se complementan, ya que el segundo incorpora al orden interno las normas imperativas del derecho internacional como integrantes del principio de legalidad. La ley de lugar del juicio supone pero obviamente no establece los principios del derecho de gentes”⁶⁹⁶.

ii. De la imprescriptibilidad de los delitos de *lesa humanidad*

Una vez que, a criterio de los jueces Highton y Zaffaroni, quedó definida la asociación ilícita para cometer delitos de *lesa humanidad*, también aquel tipo penal pasaba a ser considerado como un delito contra la humanidad. Como consecuencia de ello, correspondía verificar si la acción penal había prescripto. Los jueces sostuvieron la idea que la Convención, sobre Imprescriptibilidad de los Delitos de *Lesas Humanidad*, constituyó la culminación de un proceso que se habría originado a comienzos de la década de 1960, cuando los efectos de la prescripción amenazaba con afectar los aberrantes crímenes practicados durante la segunda guerra mundial, dado que se acercaban los veinte años de la comisión de esos delitos⁶⁹⁷.

Para Highton y Zaffaroni, la Convención vino a confirmar la imprescriptibilidad, como reconocimiento de una norma ya vigente (*ius cogens*), en función del derecho internacional público de origen consuetudinario. De este modo, no se afecta la prohibición de irretroactividad de la ley penal que garantiza el artículo 18 de la CN, “sino que se reafirma un principio instalado por la costumbre internacional, que ya tenía vigencia al tiempo de comisión de los hechos”⁶⁹⁸. Aclararon, ambos ministros, que de ningún modo vulneraron el principio de irretroactividad de la ley penal, toda vez que no aplicaron la norma internacional convencional, sino otra de carácter consuetudinario derivada de derecho internacional anterior a la ratificación de la Convención de 1968. Específicamente, emplearon normas de *ius cogens*, cuya función esencial consiste en “proteger a los Estados de acuerdos concluidos en contra de algunos valores e intereses generales de la comunidad internacional de Estados en su conjunto, para asegurar el respeto de aquellas reglas generales de derecho cuya inobservancia puede afectar la esencia misma del sistema legal (Fallos 318:2148, voto de los jueces Nazareno y Moliné O'Connor)”⁶⁹⁹.

Para ambos jueces, resultaba claro que la costumbre internacional ya consideraba imprescriptibles los crímenes contra la humanidad, mucho tiempo antes que lo dispusiese la Convención celebrada al efecto. Además, esta costumbre era

⁶⁹⁶ *Ibidem*, considerando 40 del voto del juez Boggiano.

⁶⁹⁷ Véase *ibidem*, considerando 27 del voto de los jueces Highton y Zaffaroni.

⁶⁹⁸ *Ibidem*, considerando 28 del voto de los jueces Highton y Zaffaroni.

⁶⁹⁹ *Ibidem*, considerando 29 del voto de los jueces Highton y Zaffaroni.

materia común del derecho internacional con anterioridad a la incorporación de la Convención al derecho interno argentino⁷⁰⁰.

Por otro lado, si bien no es un argumento central para sostener lo decidido en el caso por los jueces Highton y Zaffaroni, en el considerando 35 del voto de ambos, se advierte que el criterio que asumen es el adoptado por la Corte IDH en el caso “Barrios Altos vs. Perú”⁷⁰¹, coincidiendo con las pautas hermenéuticas trazadas por la jurisprudencia del referido tribunal internacional de derechos humanos en el caso ya mencionado y en autos “Velázquez Rodríguez vs. Honduras”⁷⁰².

A estos argumentos pueden agregarse los desarrollados, en idéntica dirección, por el juez Boggiano. Explica que, corresponde estar a la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad como derivación del derecho internacional consuetudinario y también, de la Convención de la Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y los Crímenes de *Lesá Humanidad*. Para el juez de la Corte, los delitos de *lesa humanidad* nunca fueron prescriptibles, tanto en el derecho internacional como en el derecho argentino. Por ello, “la Convención no fue celebrada para crear la imprescriptibilidad de delitos que por su naturaleza no eran susceptibles de prescribir, sino para proveer un sistema internacional bajo el cual el delincuente no pueda encontrar un refugio ni en el espacio ni en el tiempo”⁷⁰³.

En rigor, el derecho internacional consuetudinario ha sido juzgado por la Corte Suprema como parte del derecho interno argentino (Fallos 43:321; 176:218; 316:567 disidencia del juez Boggiano).

iii. La importancia de la jurisprudencia de la Corte IDH para el voto del juez Petracchi

En el considerando 17 de su voto, el ministro Petracchi destaca que la aprobación de la Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de *lesa humanidad*, y su incorporación con jerarquía constitucional (conforme ley 25.778), se produjo luego de la comisión de los hechos de la causa. A partir de allí, sostuvo la necesidad de examinar la cuestión relativa a, si la regla que establece la imprescriptibilidad de la imputación por el delito de asociación ilícita puede ser aplicada al *sub lite* de manera retroactiva, o si ello transgrede el principio *nulla poena sine lege*.

La Corte sostuvo, inveteradamente, el rechazo de la retroactividad de disposiciones penales posteriores al hecho. Las leyes denominadas *ex post facto*, que

⁷⁰⁰ *Ibidem*. En el considerando 33 del voto de los jueces Highton y Zaffaroni se afirma la idea al referir: “que en consecuencia los hechos por los cuales se condenó a Arancibia Clavel, ya eran imprescriptibles para el derecho internacional al momento de cometerse, con lo cual no se da una aplicación retroactiva de la convención, sino que ésta ya era la regla por costumbre internacional vigente desde la década del ‘60, a la cual adhería el Estado argentino”.

⁷⁰¹ Corte IDH, caso “Barrios Altos vs. Perú”, sentencia del 14 de marzo de 2001, considerando 41, serie C, número 75.

⁷⁰² Corte IDH, caso “Velázquez Rodríguez vs. Honduras”, sentencia del 29 de julio de 1988, considerando 172, serie C, número 4.

⁷⁰³ CSJN, Fallos 327:3312, caso “Arancibia Clavel”, 2004, considerando 33 del voto del juez Boggiano.

impliquen un empeoramiento de las condiciones de las personas investigadas, resultan por regla, para el alto estrado, violatorias de principios plasmados en el artículo 18 de la carta constitucional. Esta pauta de interpretación constituyó doctrina invariable en la jurisprudencia tradicional de la CSJN. En el caso “Mirás”⁷⁰⁴ se dispuso que este principio se extiende también a la prescripción de la acción penal. Se dijo en esa ocasión: “el instituto de la prescripción cabe sin duda alguna en el concepto de ‘ley penal’, desde que ésta comprende no sólo el precepto, la sanción, la noción del delito y la culpabilidad, sino todo el complejo de las disposiciones ordenadoras del régimen de extinción de la pretensión punitiva”.

Afirma el juez Petracchi:

“que esta doctrina se mantuvo inalterada a lo largo del tiempo y sólo se modificó parcialmente al plantearse la cuestión desde la perspectiva del derecho internacional, en la extradición de ‘Erich Priebke’ [...] quien era requerido por Italia para su juzgamiento por hechos calificables por tratados internacionales como ‘genocidio’ y ‘crímenes de guerra’, pero respecto de los cuales, desde la perspectiva del derecho interno, la acción penal se encontraba prescripta. A pesar de ello, la mayoría de esta Corte hizo lugar a la extradición, por entender que, conforme la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, no resultaban aplicables las reglas de la prescripción de la acción penal previstas en el Código Penal”⁷⁰⁵.

Acto seguido, aclara que su disidencia en ese caso “Priebke” obedecía a que, a su entender, la criminalidad *lato sensu*, que deriva de las calificaciones de delitos de lesa humanidad del *ius cogens*, no resulta suficiente para incidir en el caso dado que, en la medida en que no exista una previsión de pena en sentido estricto, distinto a los tipos penales del derecho interno. Para el juez, no era posible combinar ambas categorías e incorporar la imprescriptibilidad prevista en el derecho internacional a los tipos generales del código penal. Desde otro punto de vista, también rechazó en esa oportunidad, la aplicación retroactiva de la mentada Convención sobre la Imprescriptibilidad⁷⁰⁶.

En el considerando 23, deja constancia de su cambio de criterio, basado en la obligatoriedad que le atribuye a la jurisprudencia de la Corte IDH. Refiere sobre ello:

“que tal solución, sin embargo, a la luz de la evolución de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya no puede ser mantenida frente al derecho internacional. Ello por cuanto el Estado argentino ha asumido frente al orden jurídico interamericano no sólo un deber de respeto de los derechos humanos, sino también un deber de garantía [...] En efecto, un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la transgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por la falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención’ (caso ‘Velázquez Rodríguez’, sentencia del 29 de julio de 1988, considerando 172, serie C, número 4). [...] Desde este punto de vista, la aplicación de las disposiciones de derecho interno sobre prescripción constituye una violación del deber del Estado de perseguir y sancionar, y consecuentemente, compromete su responsabilidad internacional (conforme caso ‘Barrios Altos’, sentencia del 14 de marzo de 2001, considerando 41, serie C, número 75; caso ‘Trujillo Oroza vs. Bolivia’, reparaciones, sentencia del 27 de febrero de 2002, considerando 106, serie

⁷⁰⁴ CSJN, Fallos 287:76, caso “Miras, Guillermo S.A.C.I.F. c/ Administración Nacional de Aduanas”, 1973, y sus numerosas citas sobre el punto.

⁷⁰⁵ CSJN, Fallos 327:3312, caso “Arancibia Clavel”, 2004, considerando 21 del voto del juez PETRACCHI.

⁷⁰⁶ *Ibidem*, considerando 22 del voto del juez Petracchi.

C, número 92; caso “Benavides Cevallos”, cumplimiento de sentencia, resolución del 9 de septiembre de 2003, considerandos 6° y 7°⁷⁰⁷.

El cambio de opinión del juez Petracchi fue muy criticado por la doctrina identificada con la tesis constitucionalista. Por ejemplo, SANTIAGO y SABELLI, expresaron que, no quedaba claro como el deber internacional que le impone al Estado argentino no transgredir derechos humanos, viola, con su decisión, expresas disposiciones de instrumentos internacionales como el artículo 9 de la CADH, que consagra el principio de irretroactividad de la ley penal. Además, apuntan que lo curioso es que el caso “Velázquez Rodríguez”⁷⁰⁸ es de fecha anterior a la disidencia de Petracchi en “Priebke”⁷⁰⁹ del 2 de noviembre de 1995; de modo que no se entiende cómo puede haber influido en ese magistrado para cambiar su doctrina recién luego de “Priebke”. Y Petracchi hace especial hincapié en “Velázquez Rodríguez” al utilizar estos términos: “a partir de dicho fallo quedó claramente establecido el deber del Estado de estructurar el aparato gubernamental, en todas sus estructuras del ejercicio del poder público, de tal manera que sean capaces de asegurar la vigencia de los derechos humanos, lo cual incluye el deber de prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la convención”⁷¹⁰.

iv. El derecho natural como fuente del Derecho

Del voto disidente del juez Belluscio, se desprende una crítica velada al voto de la mayoría. Acusa, a quienes concurren en tal sentido con su voluntad, de aplicar una suerte de derecho natural, en lugar de las normas que en concreto ofrece el ordenamiento jurídico argentino. Conforme lo exponen SANTIAGO y SABELLI, el voto que con mayor claridad refleja esta situación es el de los jueces Zaffaroni y Highton⁷¹¹.

Para Belluscio, el derecho de gentes, concebido como la conciencia colectiva de los pueblos civilizados, no es otra cosa que el derecho natural pero con otro nombre. Para el juez, asoma como el “sentimiento de los pueblos civilizados”. Expresa al respecto, en el considerando 16 de su voto disidente, que: “ese sentimiento, no ya nuestro derecho penal positivo, sería la fuente de normas de conducta”. En efecto, luce patente en el voto criticado por Belluscio la alusión expresa a una norma consuetudinaria del derecho internacional que existía al momento de cometerse los hechos juzgados en el caso. Conforme lo explica Belluscio “una postura como la sostenida por Zaffaroni y Highton implica aceptar que el ‘derecho de gentes’, es siempre más valioso, más justo, que nuestra Constitución Nacional, y por eso derogatorio de ella en caso de conflicto lo que es absurdo e inaceptable jurídicamente. La costumbre no es fuente primaria de derecho en nuestro sistema, y no lo es en absoluto de nuestro derecho penal”⁷¹².

⁷⁰⁷ *Ibidem*, 2004, considerando 23 del voto del juez Petracchi.

⁷⁰⁸ Corte IDH, caso, “Velásquez Rodríguez vs. Honduras”, sentencia de 29 de julio de 1988 (Fondo).

⁷⁰⁹ CSJN, Fallos 318:2148, caso “Priebke”, 1995.

⁷¹⁰ Héctor E. SABELLI, Alfonso SANTIAGO, *Tiempo, Constitución y Ley Penal*, segunda edición, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013, p. 99.

⁷¹¹ Véase *ibidem*, p. 117.

⁷¹² *Ibidem*, p. 118.

Finalmente, agregan SABELLI y SANTIAGO que los jueces, en general, fijan el derecho que aplican a un caso cuando observan determinado procedimiento. El magistrado, en este sentido, “procede metodológicamente como iusnaturalista, cuando en lugar de aplicar el derecho positivo, aplica preceptos morales, políticas, valoraciones y/o costumbres que según su opinión personal son o deberían ser derecho. Es, en esa perspectiva, que se sostiene que Zaffaroni y Highton firmaron un voto iusnaturalista”⁷¹³.

7) Caso “Simón” (2005)

A) Breve sumario de los hechos

La Cámara de Apelaciones confirmó el auto de procesamiento, con prisión preventiva de un militar, por crímenes contra la humanidad. Contra esa resolución, la defensa interpuso recurso extraordinario, cuya denegación motivó una presentación directa ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que hizo lugar parcialmente al recurso y, por mayoría, declaró la inconstitucionalidad de las leyes de obediencia debida y punto final y, asimismo, la constitucionalidad de la ley 25.779 que declara la nulidad absoluta e insanable de las leyes mencionadas.

B) Argumentos de la mayoría de la decisión

Es interesante como RABBI-BALDI CABANILLA describe las notas filosóficas del fallo que, en síntesis, reconocen la supremacía de un cierto derecho por sobre las normas positivas que se sancionaron en nuestro ordenamiento jurídico, conocidas como leyes de obediencia debida y punto final. Al respecto, indica el autor de referencia que: “en mi opinión, la mayoría del fallo descansa sobre una filosofía jurídica que postula la existencia de un núcleo jurídico que es indisponible al legislador y que es universalmente cognoscible por la sociedad. Desde siempre, esa indisponibilidad (la nota de *Unbeliebigkeit*, típica de la doctrina alemana de la *post-guerra*), se llamó ‘derecho natural’, de modo que si la sociedad o el legislador la traspasan, cabe su declaración de invalidez; inconstitucionalidad; ‘control de convencionalidad’ o cualesquiera sea la modalidad técnica asumida por el ordenamiento jurídico de que se trate”⁷¹⁴.

Incluso el voto de la mayoría se refirió, de manera expresa, a que en el marco de evolución que había experimentado el derecho internacional de los derechos humanos en nuestro país, sobre todo a partir de la innovación constitucional de 1994,

⁷¹³ *Ibidem*, p. 120.

⁷¹⁴ Renato RABBI-BALDI CABANILLAS, “La causa ‘Simón’ de la Corte Suprema argentina. Un análisis desde la filosofía del derecho”, en <http://www.rabbibaldicabanillas.com/publicaciones/articulos-ineditos/la-causa-simon-de-la-corte-suprema-argentina-un-analisis-desde-la-filosofia-del-derecho/> (acceso 23-XI-2016).

hacia inviables la vigencia de las leyes de punto final y obediencia debida. Sostuvo el alto estrado, entre los muchos argumentos que brindó sobre el tema: “que desde ese momento hasta el presente, el derecho argentino ha sufrido modificaciones fundamentales que imponen la revisión de lo resuelto en esa ocasión. Así, la progresiva evolución del derecho internacional de los derechos humanos (con el rango establecido por el artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional) ya no autoriza al Estado a tomar decisiones sobre la base de ponderaciones de esas características, cuya consecuencia sea la renuncia a la persecución penal de delitos de *lesa humanidad*, en pos de una convivencia social pacífica apoyada en el olvido de hechos de esa naturaleza”⁷¹⁵.

Asimismo, y vinculado al tema que aquí se trata, respecto de la obligatoriedad de acatar la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos, se dijo expresamente: “que, tal como ha sido reconocido por esta Corte en diferentes oportunidades, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como las directivas de la Comisión Interamericana, constituyen una imprescindible pauta de interpretación de los deberes y obligaciones derivados de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (conforme Fallos 326:2805, voto del juez Petracchi, y sus citas)”⁷¹⁶.

Especial reconocimiento se hace de los informes que confecciona la Comisión Interamericana, planteando la invalidez de las normas cuestionadas en esta causa. En el considerando 20 del voto de la mayoría puede leerse:

“que en el caso particular del Estado argentino, las leyes de punto final, obediencia debida y los subsiguientes indultos fueron examinados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el informe 28/92. En esa oportunidad, la Comisión sostuvo que el hecho de que los juicios criminales por violaciones de los derechos humanos (desapariciones, ejecuciones sumarias, torturas, secuestros) cometidos por miembros de las Fuerzas Armadas hayan sido cancelados, impedidos o dificultados por las leyes 23.492 (de punto final), 23.521 (de obediencia debida) y por el decreto 1002/89, resulta violatorio de los derechos garantizados por la Convención, y entendió que tales disposiciones son incompatibles con el art. 18 (Derecho de Justicia) de la Declaración Americana ‘Consuelo Herrera vs. Argentina’, casos 10.147, 10.181, 10.240, 10.262, 10.309 y 10.311, informe número 28, del 2 de octubre de 1992 de los Derechos y Deberes del Hombre y los artículos 1, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Asimismo, recomendó al gobierno argentino ‘la adopción de medidas necesarias para esclarecer los hechos e individualizar a los responsables de las violaciones de derechos humanos ocurridas durante la pasada dictadura militar’”⁷¹⁷.

C) Los argumentos de la Corte para aplicar normas indisponibles del derecho internacional

El juez Petracchi recurre a ciertos argumentos que sustrae de fuente internacional. En efecto, en un pasaje de su voto, hace referencia al *obiter dictum* de la Corte IDH en el caso “Barrios Altos”. Dice al respecto: “que las leyes de amnistía son inadmisibles pues pretenden impedir la investigación y sanción de [...] violaciones graves [...] todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos

⁷¹⁵ CSJN, Fallos: 328:2056, caso “Simón”, 2005, considerando 14 del voto de la mayoría.

⁷¹⁶ *Ibidem*, considerando 17 del voto de la mayoría.

⁷¹⁷ *Ibidem*, considerando 20 del voto de la mayoría.

por el derecho internacional de los derechos humanos”. Esta posición del juez es compatible con el considerando 24 de su voto en tanto realza la importancia de la jurisprudencia de la Corte IDH y la posibilidad de trasladarla a otros precedentes. En tal sentido dice: “que la traslación de las conclusiones de la Corte Interamericana en ‘Barrios Altos’ al caso argentino resulta imperativa, si es que las decisiones del Tribunal internacional mencionado han de ser interpretadas de buena fe como pautas jurisprudenciales”⁷¹⁸.

El voto ponente del juez Petracchi se sustenta, de manera esencial, en la doctrina de la Corte IDH sentada en el caso “Barrios Altos”, a partir de ello sentencia que: “a fin de dar cumplimiento a los tratados internacionales en materia de derechos humanos, la supresión de las leyes de punto final y de obediencia debida resulta impostergable y ha de producirse de tal forma que no pueda derivarse de ellas obstáculo normativo alguno para la persecución de hechos como los que constituyen el objeto de la presente causa. Esto significa que quienes resultaron beneficiarios de tales leyes no pueden invocar ni la prohibición de retroactividad de la ley penal más grave ni la cosa juzgada”⁷¹⁹.

A su turno, el juez Maqueda sostiene, en relación a la existencia previa de un derecho inherente a la condición humana, que: “estas declaraciones importaron el reconocimiento de derechos preexistentes de los hombres a no ser objeto de persecuciones por el Estado”. Luego agrega: “esta necesaria protección de los derechos humanos [...] no se sustenta en ninguna teoría jurídica excluyente”, su opción, conforme explica RABBI-BALDI CABANILLA⁷²⁰, parece clara y no por lo dicho en lo expuesto más arriba, sino por lo siguiente: “sostienen que hay principios que determinan la justicia de las instituciones sociales y establecen parámetros de virtud personal que son universalmente válidos independientemente de su reconocimiento efectivo por ciertos órganos o individuos...”⁷²¹.

Es preciso tener en cuenta que, justamente, ese cúmulo de derechos propios de la persona humana que existen con prescindencia de su positivización, fue reconocido, también, por los órganos de aplicación del derecho internacional del sistema interamericano, con tal fuerza como para impedir la aplicación de otros valores y principios reconocidos en el texto de la Constitución argentina y las cuestionadas leyes de punto final y obediencia debida, por ser contrario a ese derecho irrenunciable. Por ejemplo, el de irretroactividad penal o la cosa juzgada cuando, como en el caso, estamos frente a delitos graves cometidos en perjuicio de la humanidad toda. Al respecto, se dijo a través del voto ponente, en relación al valor de la jurisprudencia de la Corte IDH que:

“esto significa que quienes resultaron beneficiarios de tales leyes no pueden invocar ni la prohibición de retroactividad de la ley penal más grave ni la cosa juzgada. Pues, de acuerdo con lo establecido por la Corte Interamericana en los casos citados, tales principios no pueden convertirse en el impedimento para la anulación de las leyes mencionadas ni para la prosecución de las causas que fenecieron en razón de ellas, ni la de toda otra que hubiera debido iniciarse y no lo haya sido nunca. En otras palabras, la sujeción del Estado argentino a la jurisdicción interamericana impide que el principio de ‘irretroactividad’ de la ley penal sea

⁷¹⁸ *Ibidem*, considerando 24 del voto de la mayoría.

⁷¹⁹ *Ibidem*, del voto de la mayoría.

⁷²⁰ Véase Renato RABBI-BALDI CABANILLAS, “La causa ‘Simón’ de la Corte Suprema argentina...”, ob. cit.

⁷²¹ CSJN, Fallos: 328:2056, caso “Simón”, 2005, considerando 33 del voto del juez Maqueda.

invocado para incumplir los deberes asumidos en materia de persecución de violaciones graves a los derechos humanos”⁷²².

El propio Maqueda refuerza la idea de reconocerle suma importancia a los instrumentos internacionales que tutelan los derechos humanos que impiden a los Estados dictar normas que obstaculicen la investigación y castigo de los delitos de *lesa humanidad*, reconociendo implícitamente el valor superlativo de este tipo de derechos en tanto indica que: “el sistema internacional de protección de los derechos humanos impide a los Estados disponer medidas que excluyan la persecución penal tendiente a investigar la presunta comisión de crímenes de *lesa humanidad* y el eventual castigo de los responsables de dichos crímenes”⁷²³.

También Zaffaroni apoya esta línea argumentativa. Puede verse cómo, para él, el derecho internacional de los derechos humanos, se expande tanto al derecho internacional convencional como al consuetudinario de carácter general, al exhibirse, integrando el derecho público internacional. Expone, en este sentido, para justificar la invalidez de las leyes de obediencia debida y punto final, la incompatibilidad de estas últimas con los preceptos que integran el primer grupo y dice: “las leyes 23.492 de ‘punto final’ y 23.521 de ‘obediencia debida’ [...] son inconstitucionales en cuanto violan normas de derecho internacional público y han perdido todo efecto en función de la inexecutable dispuesta por la ley 25.779 [...], por lo que debe cancelarse cualquier efecto directo de ellas o de los actos en ellas fundados, que constituya un obstáculo para el juzgamiento de los crímenes de *lesa humanidad* cometidos en el territorio de la Nación Argentina”⁷²⁴.

Al mismo tiempo, advierte respecto de los peligros que traería aparejado en términos de ejercicio de la soberanía estadual, no asumir la investigación y eventual castigo de estos tipos de delitos sancionados por normas internacionales. Insiste, sobre el punto en los términos que siguen: “Los objetivos del Preámbulo de la Constitución Nacional serían negados en la medida en que se interpretase cualquiera de sus normas obligando a los jueces a admitir o legitimar una pretendida incapacidad de la Nación Argentina para el ejercicio de su soberanía -en el caso, respecto de la validez constitucional de las leyes 23.492 de ‘punto final’ y 23.521 de ‘obediencia debida’ [...]-, con la consecuencia de que cualquier otro país pueda ejercerla ante su omisión, en razón de violar el mandato internacional de juzgar los crímenes de *lesa humanidad* cometidos en su territorio por sus habitantes y ciudadanos”⁷²⁵.

La propia jueza Argibay se alinea con este postulado y agrega, a las ideas desarrolladas por sus pares, que: “en el caso de crímenes contra la humanidad, el Estado argentino ha declinado la exclusividad del interés en la persecución penal para constituirse en el representante del interés de la comunidad mundial, el cual esta misma ha declarado inextinguible”⁷²⁶.

Asimismo, el juez Lorenzetti expresa en este sentido que:

“las leyes 23.492 y 23.591 [...] resultan violatorias de derechos inderogables reconocidos por el derecho internacional de los derechos humanos y también del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, lo que importa que no sólo desconocen las obligaciones

⁷²² *Ibidem*, considerando 31 *in fine* del voto de la mayoría.

⁷²³ *Ibidem*, del voto del doctor Maqueda.

⁷²⁴ *Ibidem*, del voto del doctor Zaffaroni.

⁷²⁵ *Ibidem*, del voto del doctor Zaffaroni.

⁷²⁶ *Ibidem*, del voto de la jueza Argibay.

internacionales asumidas en el ámbito regional americano sino las de carácter mundial, por lo cual se impone restarles todo valor en cuanto a cualquier obstáculo que de éstas pudiera surgir para la investigación y alcance regular de los procesos por crímenes de *lesa humanidad* cometidos en el territorio de la Nación Argentina”⁷²⁷.

Luego, se refiere directamente a las características del derecho no positivo y expresa que: “desde una dogmática jurídica más precisa, se puede decir que afectan derechos fundamentales de la persona, y que éstos tienen esa característica porque son ‘fundantes’ y ‘anteriores’ al estado de derecho”⁷²⁸. De ahí añade que: “desde las primeras versiones sobre lo que es el derecho [...] se aceptaba que existían hechos que no pueden olvidarse. Ello regía en las diferentes versiones del derecho natural...”⁷²⁹. Explica RABBI-BALDI CABANILLA⁷³⁰ que, sobre estos postulados, a partir de la diferenciación entre enunciado normativo (por ejemplo, el artículo 79 del Código Penal) y norma (que, a partir del ejemplo, es “no matarás”), juzga que la ley 25.779 se convierte en el enunciado normativo del precepto que dice que se encuentra “prohibido reconocerle cualquier eficacia a las leyes 23.492 y 23.541” y que esta disposición “ya estaba en el derecho vigente sobre la base del bloque de constitucionalidad...”⁷³¹.

Luego, señala que existe un derecho de gentes que fue reconocido, tempranamente, en el derecho argentino. En la actualidad, se ha desarrollado y ampliado el elenco de derechos, que integran la categoría de *ius cogens*, partir de conferirle dicho carácter a delitos tales como la violación de derechos humanos y el genocidio. Lorenzetti añade que ello “implica admitir la existencia de un cuerpo de normas fundadas en decisiones de tribunales nacionales, tratados internacionales, derecho consuetudinario, opiniones de los juristas, que constituyen un orden común a las naciones civilizadas. Se trata de una antigua tradición...”⁷³².

El juez Boggiano hace un interesante análisis de cómo se incorporan los tratados internacionales de derechos humanos al ordenamiento jurídico argentino. Pone el acento que lo hacen conforme rigen en el derecho internacional, es decir, como, lo interpretan los organismos internacionales encargados de su aplicación, de ahí la importancia que reviste la jurisprudencia de fuente extranjera. Asimismo, reconoce la primacía del derecho internacional consuetudinario o no convencional general y su carácter de inderogable. Expone al respecto que: “los Estados y entre ellos la Argentina han reducido grandemente el ámbito de su respectiva jurisdicción

⁷²⁷ *Ibidem*, del voto del doctor Lorenzetti.

⁷²⁸ *Ibidem*, considerando 23, párrafo 3, del voto del doctor Lorenzetti.

⁷²⁹ *Ibidem*, considerando 23, del voto del doctor Lorenzetti.

⁷³⁰ Véase Renato RABBI-BALDI CABANILLAS, “La causa ‘Simón’ de la Corte Suprema argentina...”, ob. cit. Agrega el autor acto seguido que: “el derecho de gentes, como escribió Vitoria, ‘es derecho natural o se deriva del derecho natural’, ya que, inspirándose en la autoridad de Gayo pero ampliando el alcance del concepto, el profesor salmantino lo estatuyó como aquello que ‘la razón natural estableció entre todas las gentes’ (*inter omnes gentes*). Sin embargo, no debe creerse que se está ante un concepto concluido o definitivo, tal y como es pertinentemente captado por la alusión a las ‘condiciones actuales del progreso jurídico’, en línea con el pensamiento de la razón práctica. En efecto; dicha alusión revela que la naturaleza humana actúa en la historia, es decir, en el aquí y ahora, de modo que el contenido del concepto es siempre susceptible de alteración (ampliación o relativización) según las circunstancias de la causa o de los contextos” (*ibidem*).

⁷³¹ CSJN, Fallos 328:2056, caso “Simón”, 2005, considerando 29, párrafos 2 y 3, voto del juez Lorenzetti.

⁷³² *Ibidem*, considerando 19, párrafos 5 y 6, voto del doctor Lorenzetti.

interna por vía de acuerdo con muchos tratados y declaraciones sobre derechos humanos y participando en la formación de un delineado cuerpo de derecho consuetudinario internacional sobre derechos humanos [...] Además y concordantemente ‘los derechos básicos de la persona humana’ son considerados de *ius cogens*, esto es, normas imperativas e inderogables de derecho internacional consuetudinario [...]”⁷³³. Afirma luego que: “antes de tal jurisprudencia internacional, los delitos contra el derecho de gentes hallábanse fulminados por el derecho internacional consuetudinario y concurrentemente por el texto de nuestra Constitución Nacional. La gravedad de tales delitos puede dar fundamento a la jurisdicción universal, como se desprende del art. 118”, de modo tal que es imposible ver al texto de la carta constitucional sólo como una norma de mera jurisdicción, al contrario, debe ser leída como una disposición que reconoce la gravedad material de aquellos delitos⁷³⁴.

A su turno, la jueza Highton de Nolasco sostuvo que el Congreso Nacional no se encontraba habilitado para dictar las leyes 23.521 y 23.492; y al hacerlo vulneró no sólo principios constitucionales, sino también los instrumentos internacionales de derechos humanos, generando un sistema de impunidad con relación a delitos considerados como crímenes de *lesa humanidad*, del que se deriva la posibilidad cierta y concreta de generar responsabilidad internacional para el Estado argentino. Esta idea también se condice con lo dicho por el voto de la mayoría:

“que, sin perjuicio de lo indicado precedentemente, considerada a la ley 25.779 desde una perspectiva estrictamente formalista, podría ser tachada de inconstitucional, en la medida en que, al declarar la nulidad insanable de una ley, viola la división de poderes, al usurpar las facultades del Poder Judicial, que es el único órgano constitucionalmente facultado para declarar nulas las leyes o cualquier acto normativo con eficacia jurídica. Sin embargo, corresponde atender a la propia naturaleza de lo que la ley dispone, así como a la circunstancia de que ella, necesariamente, habrá de ser aplicada, -en su caso, rechazada- por los propios jueces ante quienes tramitan las investigaciones de los hechos en particular. Desde este punto de vista, se advierte que la supuesta ‘usurpación de funciones’ tiene un alcance muy corto, ya que, en todo caso, se reduce a adelantar cuál es la solución que el Congreso considera que corresponde dar al caso, pero en modo alguno priva a los jueces de la decisión final sobre el punto”⁷³⁵.

D) A modo de síntesis

El voto del juez Lorenzetti, resulta relevante por su connotación iusfilosófica. El argumento central de su ponencia consiste en proyectar un requisito de fundamentabilidad ética de la legislación informado por la fórmula de RADBRUCH, donde predomina un no positivismo o un iusnaturalismo de excepción. Es claro cuando expone que: “el conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica se ha resuelto otorgando prioridad al derecho positivo, el que tiene primacía aun cuando su contenido sea injusto y antifuncional” refiere Lorenzetti. Sin embargo, inmediatamente abre juego al campo de las excepciones a esa regla y manifiesta: “salvo que la contradicción de la ley positiva con la justicia alcance una medida tan

⁷³³ *Ibidem*, considerando 13 *in fine*, voto del juez Boggiano.

⁷³⁴ Véase *ibidem*, considerando 28, voto del juez Boggiano.

⁷³⁵ *Ibidem*, considerando 34, voto de la mayoría.

insoportable que la ley, en cuanto ‘derecho injusto’ deba retroceder ante la justicia”⁷³⁶. De ahí que insista en que las “las leyes de amnistía tienen un límite moral” dado por la imposibilidad de perdonar delitos de *lesa humanidad*.

Otro aspecto interesante a destacar se puede extraer del voto del juez Zaffaroni, respecto de la alegada aplicación retroactiva de la ley penal. En relación a la Convención de Crímenes de Guerra y *lesa humanidad*, aprobada en Argentina en 2003, se remite directamente al criterio sentado por él en el caso “Arancibia Clavel”⁷³⁷, donde la Corte Suprema sostuvo que ésta “no hace imprescriptibles crímenes que antes eran prescriptibles, sino que se limita a codificar como tratado lo que antes era *ius cogens* en función del derecho internacional público consuetudinario, siendo materia pacífica que en esta rama jurídica, la costumbre internacional es una de sus fuentes. En consecuencia, la prescripción establecida en la ley interna no extingüía la acción penal con anterioridad a esa ley y, por tanto, su ejercicio en función de la misma no importa una aplicación retroactiva de la ley penal”⁷³⁸.

Cabe destacar que lo propio hace el juez Maqueda respecto al principio referido en el párrafo anterior. Se remite a los argumentos que esgrimió en el caso “Arancibia Clavel”⁷³⁹. Puntualmente señala que la imprescriptibilidad de los delitos de *lesa humanidad*, donde explícitamente dice que se da la falta de un derecho a la prescripción y sugiere la existencia de un régimen dual de garantías dado que los principios que, en el plano doméstico, son empleados de modo regular para justificar el instituto de la prescripción no son, necesariamente, aplicables en el ámbito de los delitos de *lesa humanidad* pues, el propósito que se persigue mediante esta calificación es el castigo de los responsables dónde y cuándo se los halle con prescindencia de las limitaciones que de manera habitual “se utilizan para restringir el poder punitivo de los Estados”⁷⁴⁰.

RABBI-BALDI CABANILLA, desde una perspectiva iusfilosófica, analiza el caso “Simón”⁷⁴¹ apoyado en conceptos desarrollados por Gustav RADBRUCH, a través de la fórmula, con la que buscó descalificar al régimen jurídico que impuso el nacional-socialismo en la Alemania de entre guerras y durante el segundo conflicto bélico desatado hasta 1945. Asimismo, explica que hace casi dos décadas, también en Alemania, la misma fórmula fue aplicada para juzgar algunas leyes de la entonces República Democrática de Alemania⁷⁴².

Básicamente, la fórmula se podría resumir en el siguiente postulado: “el conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica debería poder solucionarse en el sentido de que el derecho positivo [...] tenga preferencia cuando sea injusto e inadecuado en cuanto a su contenido, a no ser que la contradicción entre la ley positiva

⁷³⁶ *Ibidem*, voto del doctor Lorenzetti.

⁷³⁷ CSJN, Fallos 327:3312, caso “Arancibia Clavel”, 2004.

⁷³⁸ CSJN, Fallos 328:2056, caso “Simón”, 2005, voto del doctor Lorenzetti.

⁷³⁹ CSJN, Fallos 327:3312, caso “Arancibia Clavel”, 2004.

⁷⁴⁰ CSJN, Fallos 328:2056, caso “Simón”, 2005, voto del doctor Maqueda.

⁷⁴¹ *Ibidem*.

⁷⁴² Véase Renato RABBI-BALDI CABANILLAS, “La causa ‘Simón’ de la Corte Suprema argentina...”, ob. cit.

y la justicia alcance una medida tan insoportable que la ley deba ceder como ‘derecho injusto’ ante la justicia”⁷⁴³.

Fue ALEXY quien de manera persuasiva expuso sobre los alcances de la fórmula de RADBRUCH y su relación con la mentada regla:

“...es preferible [...] la restricción del principio *nulla poena sine lege* mediante la fórmula de RADBRUCH. Esta restricción no se extralimita por dos razones. La primera es que la fórmula tiene un carácter exclusivamente negativo. No da lugar a nuevos tipos penales, sino que sólo elimina las causas de justificación especiales de un régimen injusto. La segunda surge de la diferenciación entre el mandato de *lex scripta* y el *ius praevium*. La fórmula, por definición, no puede contravenir el mandato de *ius praevium*, esto es, el mandato de que el hecho debía ser punible antes de ser cometido. Según ella, la causa de justificación del régimen injusto era nula desde su origen. Por tanto, con la aplicación de la fórmula de Radbruch no se modifica retroactivamente la situación jurídica, sino que sólo se constata cómo era la situación jurídica en el momento del hecho”⁷⁴⁴.

Luego añade que RADBRUCH era consciente que su fórmula se apoyaba en la elección entre dos males, y nada hizo para disimularlo. “El que la jurisprudencia puede seguir esta línea lo muestra sobre todo la sentencia sobre los guardianes del muro del Tribunal Constitucional Federal. A pesar de algunas molestias, se expresa claramente que se trata en último término de si hay que asumir antes una disminución de seguridad jurídica o una disminución de justicia material”⁷⁴⁵.

El análisis hecho por ALEXY, en relación a la fórmula de RADBRUCH y el modo como ésta incide sobre las próximas sentencias en temas vinculados a delitos de *lesa humanidad*, crímenes de guerra, genocidio y en general delitos gravísimos cometidos contra la humanidad en su conjunto, puede verse en el razonamiento de la mayoría de los jueces que intervinieron en el caso “Simón”. Naturalmente, si se tiene en cuenta, como reflexiona Lorenzetti, que ningún argumento esgrimido para defender, en el caso, la facultad del Congreso argentino para dictar leyes de amnistía pretendió que el órgano legislativo se encontraba habilitado para anular cualquier ley, incluso, cualquier ley penal en cualquier circunstancia. “Por el contrario, todos los argumentos a favor de la constitucionalidad de la ley 25.779 han discurrido sobre la base de que se trata de una circunstancia extremadamente excepcional”⁷⁴⁶.

El caso en estudio nos pone un ejemplo de cómo el juez nacional resuelve un conflicto normativo insalvable entre leyes y principios que integran el orden público constitucional y la jurisprudencia de los órganos internacionales de derechos humanos.

⁷⁴³ Robert ALEXY, “¿Derechos humanos sin metafísica?”, en *Ideas y Derecho, Anuario de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho*, número 6, 2008, según la traducción de J. A. Seoane, pp. 227-228.

⁷⁴⁴ *Ibidem*, p. 250.

⁷⁴⁵ *Ibidem*, p. 251. Explica el profesor RABBI-BALDI CABANILLA que: “la referida sentencia fue, luego, coonestada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, para quien ‘la amplia separación existente entre la legislación de la República Democrática Alemana (RDA) y su práctica fue en gran parte la obra de los propios peticionantes [...]. Dicha práctica, que vació de contenido a la legislación sobre la cual se suponía que estaba basada, y que fue impuesta a todos los órganos de la RDA, incluyendo sus tribunales, no puede ser descripta como derecho en el sentido del artículo 7 de la Convención” (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso “K.-H.W. vs. Alemania”, 22-3-01, p. 152 -de la traducción de M. Marzetti, revisada por E. Soderó y publicada en Rodolfo Luis VIGO, *La injusticia extrema no es derecho...*, ob. cit., nota 9-. El artículo 7 es la norma que recepciona el principio “*nulla poena sine lege*” en el mencionado Convenio).

⁷⁴⁶ CSJN, Fallos 328:2056, caso “Simón”, 2005, considerando 28, párrafo 2 *in fine*, voto del doctor Lorenzetti.

La canasta de fuentes excede, incluso, al derecho positivo, ya que surge de los votos transcriptos una recurrente utilización de normas del derecho natural, del derecho de gentes o del *ius cogens* que al momento de los hechos que conformaron la plataforma fáctica del caso, no se encontraban puestos por escrito. Se ve claramente cómo, en el caso, al superarse un umbral de injusticia intolerable, dado por la gravedad de los delitos investigados, la tensión entre seguridad jurídica y justicia material -valor justicia-, decantó, a pesar de algunas molestias, como indica ALEXY, en favor de la última concepción, es decir, como afirma RABBI-BALDI CABANILLA⁷⁴⁷, en favor del “Derecho” con mayúsculas. Vale aclarar que el autor citado, se pregunta si tal elección se hizo ¿a favor del derecho natural?

Finalmente, el caso “Simón” deja como principio que, para la Corte, aún las leyes de amnistía tienen un límite moral, pues “si se pretende forzar a ‘olvidar’ y a perdonar los agravios proferidos a los significados profundos de la concepción humana, si los delitos atroces quedan impunes, la sociedad no tiene un futuro promisorio porque sus bases morales estarán contaminadas”⁷⁴⁸.

E) La posición que asumen los votos mayoritarios en torno de la justificación de la prescripción y la finalidad de la pena

Como es sabido, la teoría de la retribución de la pena afirma que ésta es necesaria para compensar el daño causado por la comisión de delito. Para esa corriente, la pena daña, lastima al autor de la conducta ilícita retribuyéndole el mal que causa con su acción típica, antijurídica y culpable. La idea es devolver mal por mal restaurando, en cierto modo, el equilibrio quebrado por el autor de la conducta dañosa. En consecuencia, la imposición de la pena deviene ineludible e inevitable, de ahí que resulte improcedente cualquier especie de gracia, conmutación o perdón de la pena, ella resulta necesaria con el fin de restaurar el orden social dado. La sanción estatal se convierte en una retribución de la culpabilidad del autor del ilícito y la única manera de expiarla⁷⁴⁹.

Para esta teoría, los delitos deben ser siempre castigados y no importa la cantidad de años que hayan transcurrido desde la comisión del delito. Se torna necesario castigar al autor de la acción típica y con ello restaurar el equilibrio quebrado, para restablecer la justicia. Como indican SABELLI y SANTIAGO, “la prescripción de la persecución penal, no encuentra lugar en una comprensión ‘retributiva’ de la pena. Sólo halla su justificación en las visiones ‘preventivas’ del castigo estatal”⁷⁵⁰.

El voto mayoritario, parece enrolarse, al menos parcialmente, en la teoría retributiva, al justificar la inamnestiabilidad de las penas, en los casos de delitos de

⁷⁴⁷ Véase Renato RABBI-BALDI CABANILLAS, “La causa ‘Simón’ de la Corte Suprema argentina...”, ob. cit.

⁷⁴⁸ CSJN, Fallos: 328:2056, caso “Simón”, 2005, considerando 23 *in fine*, voto del doctor Lorenzetti.

⁷⁴⁹ Véase Hans WEZEL, *Derecho penal alemán*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1987, traducción de Bustos Ramírez y Pérez Yáñez, p. 330.

⁷⁵⁰ Héctor E. SABELLI, Alfonso SANTIAGO, *Tiempo, Constitución y...*, ob. cit., p. 68.

lesa humanidad. Por lo resuelto en “Arancibia Clavel”⁷⁵¹ y en “Mazzeo”⁷⁵², se extenderían los principios de esta teoría a las facultades de indultar o prescribirse las penas en caso de delitos de *lesa humanidad*, entre otros cometidos en perjuicio de la humanidad.

Ello, no es óbice para tener en cuenta ciertos argumentos brindados por los jueces Zaffaroni y Highton para quienes, en este tipo de delitos, la imprescriptibilidad se justifica dado que, generalmente, son cometidos por las mismas agencias estatales que tienen a su cargo el poder punitivo y por ese motivo evitan la persecución penal⁷⁵³.

8) Caso “Mazzeo” (2007)

A) Breve repaso de los hechos

Se debe recordar que, en estas actuaciones, se dictó sobreseimiento definitivo en favor del imputado por presunta participación en hechos de homicidio, privación ilegítima de la libertad, torturas, lesiones y violaciones de domicilio, en distintas épocas y con la concurrencia de personas que formaban parte de las fuerzas armadas y de seguridad del Estado argentino. Ello, con apoyo jurídico en el indulto que fue dictado por el poder ejecutivo nacional a través del decreto 1002/89. Diecisiete años después, a partir de una presentación conjunta de diversas personas, el juez federal actuante, declaró la invalidez constitucional del decreto de referencia y privó de efectos al sobreseimiento conferido a favor del imputado, auto que fue revocado por la Cámara de Apelaciones.

Luego, la Cámara Nacional de Casación Penal declaró la inconstitucionalidad del decreto de indulto, decisión que motivó el pertinente recurso extraordinario de la defensa. La Corte Suprema de Justicia de la Nación rechazó por mayoría el remedio federal.

B) Argumentos centrales de la Corte Suprema

La Corte nacional declaró la imposibilidad constitucional de indultar a los autores y partícipes vinculados a delitos de *lesa humanidad*, dado que ese acto de gobierno conlleva de modo inescindible la renuncia a la verdad, a la investigación, a la comprobación de los hechos, a la identificación de sus autores y a la desarticulación de los medios y recursos eficaces para evitar la impunidad de los responsables de graves atentados contra los derechos humanos. En este nuevo escenario que brinda el derecho

⁷⁵¹ CSJN, Fallos 327:3312, caso “Arancibia Clavel”, 2004.

⁷⁵² CSJN, Fallos 330:3248, caso “Mazzeo Julio Lilo y otros sobre recurso de casación e inconstitucionalidad”, 2007.

⁷⁵³ Véase CSJN, Fallos 327:3312, caso “Arancibia Clavel”, 2004, considerando 23 del voto de los jueces Zaffaroni y Highton.

internacional, las personas pasan a convertirse en sujetos de derecho con participación plena. En idéntica línea argumental, en el considerando 11 del voto de la mayoría, se expuso:

“que corresponde ahora, preliminarmente, esclarecer por qué tales obligaciones derivadas del derecho internacional resultan de aplicación perentoria en la jurisdicción argentina. En tal sentido, cabe recordar que la Carta de la ONU marca el nacimiento de un nuevo derecho internacional y el final del viejo paradigma del modelo de Wesfalia difundido tres siglos antes tras el final de la anterior guerra europea de los treinta años. El derecho internacional se transforma estructuralmente, dejando de ser un sistema práctico, basado en tratados bilaterales inter pares, y convirtiéndose en un auténtico ordenamiento jurídico supraestatal: ya no es un simple *pactum associationis*, sino además, un *pactum subiectionis*. / En el nuevo ordenamiento pasan a ser sujetos de derecho internacional no solo los Estados, sino también los individuos y los pueblos [...]”⁷⁵⁴.

Indicó el alto estrado local que, al tratarse de delitos de *lesa humanidad*, resultaba inocuo analizar si la facultad de indultar prevista en el artículo 99 de la Constitución Nacional abarcaba a los procesados o si tenía características similares a las amnistías, pues, en definitiva, esta facultad del Poder Ejecutivo, quedaba reservada para delitos de distinta naturaleza. En el caso bajo estudio, los delitos analizados habrían sido cometidos violando expresas normas del derecho internacional general consuetudinario, contempladas por el artículo 118 de la Constitución Nacional, conocidas también como *ius cogens*. Indicó en relación a ello la Corte Suprema:

“que, por consiguiente, la consagración positiva del derecho de gentes en la Constitución Nacional permite considerar que existe un sistema de protección de derechos que resulta obligatorio independientemente del consentimiento expreso de las naciones que las vincula y que es conocido actualmente dentro de este proceso evolutivo como *ius cogens*. Se trata de la más alta fuente del derecho internacional que se impone a los Estados y que prohíbe la comisión de crímenes contra la humanidad, incluso en épocas de guerra. No es susceptible de ser derogada por tratados en contrario y debe ser aplicada por los tribunales internos de los países independientemente de su eventual aceptación expresa [...]”⁷⁵⁵.

Cabe aclarar que, precisamente, son las disposiciones del *ius cogens* las que impiden indultar o amnistiar a los autores de delitos de *lesa humanidad*. Por eso, la Corte afirmó que existía, al momento de la comisión de los delitos individualizados, un plexo normativo integrado por diversas convenciones y por la práctica consuetudinaria internacional, que consideraba de una gravedad extrema la comisión de delitos de *lesa humanidad* cuando eran realizados por funcionarios del Estado. Para la CSJN estas conductas deleznable “debían ser castigadas por un sistema represivo que no necesariamente se adecuara a los principios tradicionales de los estados nacionales para evitar la reiteración de tales aberrantes crímenes (considerando 57 del voto del juez Maqueda *in re*: ‘Arancibia Clavel’ Corte Fallos, 328:341)”⁷⁵⁶.

La Corte manifiesta que los principios jurídicos de la materia penal, existentes en el ámbito nacional, se utilizan generalmente para justificar el instituto de la cosa juzgada y el “*ne bis in idem*”. Sin embargo, tales disposiciones no resultan aplicables respecto de los delitos contra la humanidad, porque los instrumentos internacionales que establecen esta categoría de delitos, así como el consiguiente deber para los Estados de individualizar y enjuiciar a los responsables, no contemplan, y, por ende, no admiten que esta obligación cese por el paso del tiempo. Así, las amnistías o

⁷⁵⁴ CSJN, Fallos 330:3248, caso “Mazzeo”, 2007, considerando 11 del voto de la mayoría.

⁷⁵⁵ *Ibidem*, considerando 15 voto de la mayoría.

⁷⁵⁶ *Ibidem*, considerando 16 voto de la mayoría.

cualquier otro tipo de medidas que disuelvan la posibilidad de reproche resultan contrarias a las disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos y a la jurisprudencia de los órganos encargados de su aplicación en el sistema interamericano de tutela de tan caros derechos.

Por último, es preciso destacar que estos entes internacionales, me refiero a la Comisión y a la Corte IDH, son considerados, por la Corte Suprema argentina, como órganos de carácter supranacional. Manifestó en este sentido:

“que la integración entre estos principios recibidos por la comunidad internacional para la protección de los derechos inherentes a la persona con el sistema normativo de punición nacional, fue una de las pautas básicas sobre la que se construyó todo el andamiaje institucional que impulsó a la Convención Constituyente de 1994 a incorporar los tratados internacionales como un orden equiparado a la Constitución Nacional misma [...] En efecto, allí se señaló expresamente que lo que se pretendía establecer ‘es una política constitucional, cual es la de universalizar los derechos humanos, reconocer los organismos supranacionales de solución de conflictos como lo son la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos y promover opiniones consultivas de la Corte Interamericana, para que informe sobre el alcance de las normas consagradas en el Pacto, así como también sobre leyes y disposiciones conforme a sus propias resoluciones para asegurar que estén en armonía... (Convencional Alicia OLIVEIRA en la 220 Reunión, 30. Sesión ordinaria del 2 de agosto de 1994 de la Convención Constituyente de 1994, *Diario de Sesiones*, T. III, p. 2861)”⁷⁵⁷.

9) Caso “Ministerio de Relaciones Exteriores” (2017)

A) Aclaraciones preliminares

Cabe aclarar dos cuestiones en torno al análisis del caso. Por un lado, no me explayaré aquí respecto de la secuencia de hechos que conforman el plano fáctico de la *litis* a evaluar, dado que lo haré con mayor extensión al momento de analizar los argumentos de la tesis constitucionalista en la tercera parte del trabajo. Por el otro, sólo se evaluarán los argumentos del juez que representa, en soledad, la expresión minoritaria de la Corte.

B) Argumentos de la minoría en torno a la obligatoriedad de las decisiones de los organismos internacionales de derechos humanos

La disidencia que formula Maqueda sigue la línea que fijara en sus votos en los casos “Cantos” (2003)⁷⁵⁸, “Espósito” (2004)⁷⁵⁹, “Derecho” (2011)⁷⁶⁰ y “Carranza

⁷⁵⁷ *Ibidem*, considerando 18 voto de la mayoría.

⁷⁵⁸ CSJN, Fallos 326:2968, caso “Cantos”, 2003. Resolución 1404/2003, Procurador del Tesoro de la Nación s/presentación.

Latrubesse” (2013)⁷⁶¹, conforme la cual, luego de la última innovación constitucional, los pronunciamientos de la Corte IDH realizados en causas donde el Estado argentino es parte, resultan de cumplimiento obligatorio para la totalidad de los departamentos del poder del Estado federal, incluidos los órganos que integran el Poder Judicial. Estas sentencias del alto órgano internacional deben ser cumplidas y ejecutadas, también, por la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Precisamente, en el considerando 4 de su voto disidente el juez MAQUEDA, se expide sobre el carácter obligatorio de las sentencias de la Corte IDH, máxime en supuestos en los cuales el Estado argentino es demandado. Dijo sobre ello que, la obligación de cumplir la resolución jurisdiccional de la Corte Interamericana obedece a “un principio básico del derecho sobre la responsabilidad internacional del Estado, según el cual los Estados deben acatar sus obligaciones convencionales internacionales de buena fe (*pacta sunt servanda*), y de conformidad con lo dispuesto en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, no pueden, por razones de orden interno, dejar de cumplir las obligaciones ya asumidas, *so pena de verse comprometida la referida responsabilidad* (artículo 27 de la citada convención (conforme Fallos 318:1492, considerando 18 y 19, *in fine* 318:373, considerando 4, párrafo segundo y 334:1804, considerando 3, último párrafo, del voto del juez Maqueda)⁷⁶².

C) La opinión de la doctrina conteste con la disidencia del juez Maqueda

Para GARGARELLA, el voto disidente, en un primer comentario, es visto como “la decisión correcta”. Entiende que el juez que votó en soledad acierta con su advertencia en tanto le sugiere al resto de la Corte que, a través de la decisión mayoritaria, se pone en jaque indebidamente el compromiso argentino para con el sistema interamericano de derechos humanos. Insiste que, lo resuelto en esta oportunidad va en contra de otras decisiones anteriores del alto cuerpo y hace peligrar la protección de derechos humanos, eventualmente amenazados en el ámbito interno. Luego, parece desdecirse de su apoyo a la posición que asume el juez disidente a quien le reclama mayor diálogo entre todas las instancias involucradas. Expone que:

“si la Corte argentina, a través de su voto mayoritario, yerra al no tomar en serio a la palabra de la Corte Interamericana (más aún, al tratar de privarla de autoridad frente a sí misma), Maqueda se equivoca al asignar a la ‘voz’ de la Corte Interamericana una autoridad fulminante, superior o definitiva, cuando se trata en cambio de un participante privilegiado, pero no predominante ni supremo ni excluyente, en la conversación que tenemos en torno a cómo interpretar el sentido o alcances de un cierto derecho. La Corte argentina, debió hacer caso a la Corte Interamericana, en esta oportunidad, ‘revocando’ la ‘condena civil’ que le fuera impuesta a Fontevecchia, no porque la Corte Interamericana la obligue con sus órdenes, sino

⁷⁵⁹ CSJN, Fallos 327:5568, caso “Espósito”, 2004.

⁷⁶⁰ CSJN, Fallos 330:3074, caso “Derecho René Jesús s/incidente de prescripción de la acción penal - causa número 24079-”, 2007.

⁷⁶¹ CSJN, Fallos 336:1024, caso “Carranza Latrubesse”, 2013.

⁷⁶² CSJN, Fallos 340:47, caso “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/Informe sentencia dictada en el caso ‘Fontevecchia vs. Argentina’ por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, 2017, considerando 4, del voto del juez Maqueda.

porque bajo un razonamiento que el derecho argentino ya ha afirmado mostraba tener razón, en este caso”⁷⁶³.

2. Recapitulación de los fundamentos de la tesis internacionalistas expuestos en la jurisprudencia de la CSJN

En relación a la evolución que sufrió la posición de la Corte Suprema de Justicia de la Nación frente al control de convencionalidad, se debe recordar que, aun antes de la reforma constitucional de 1994, la interpretación del Pacto de San José debía guiarse por la jurisprudencia de la Corte IDH, pues uno de los motivos de su creación fue, precisamente, que interpretara la CADH (Estatuto, artículo 1)⁷⁶⁴.

En esta etapa, denominada por SAGÜÉS como de “seguimiento nacional”⁷⁶⁵, el máximo tribunal de justicia de la Nación otorgó a la jurisprudencia de la Corte IDH la función de “guía”, término que, ciertamente, sumó desconcierto frente al supuesto valor vinculante de las sentencias. También se advierte, en este tiempo, que la CSJN incluye como criterio “orientador” a los informes u opiniones de la Comisión IDH.

Una vez que entra en vigencia la última innovación constitucional, la Corte Suprema asume posturas cambiantes respecto al valor que le atribuye a las sentencias y opiniones consultivas de la Corte Interamericana, a los dictámenes de la Comisión IDH y, en general, a la jurisprudencia de los organismos jurisdiccionales del sistema interamericano.

Ahora, a modo de síntesis, se puede adelantar que en el caso “Giroldi”⁷⁶⁶, apartándose cada vez más del antiguo caso “Jáuregui”⁷⁶⁷, el alto estrado marca una línea jurisprudencial bastante clara. Indica que “la jurisprudencia de los tribunales internacionales 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 de Derechos Humanos”⁷⁶⁸.

En la misma senda, la Corte nacional, en el considerando 12, afirma: “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 de lo contrario podría implicar responsabilidad de la nación frente a la comunidad internacional”. Ya en este pasaje del fallo, se aprecia cómo la CSJN opina sobre las posibles

⁷⁶³ Roberto GARGARELLA, “La autoridad democrática frente a las decisiones de la Corte Interamericana”, *La Ley*, 23/2/2017, 3 cita *on line*: AR/DOC/497/2017.

⁷⁶⁴ CSJN, Fallos, 315:1492, caso “Ekmekdjian c/ Sofovich”, 1992, considerando número 12.

⁷⁶⁵ Néstor Pedro SAGÜÉS, “Nuevamente sobre el valor, para los jueces argentinos, de los pronunciamientos de la Corte Interamericana y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en materia de interpretación de derechos humanos”, artículo de doctrina publicado en la revista de *Jurisprudencia Argentina*, 1999-II-347.

⁷⁶⁶ CSJN, Fallos 318:514, caso “Giroldi”, 1993.

⁷⁶⁷ CSJN, Fallos 311:274, caso “Construcciones Beaver S.R.L. s/ quiebra s/ incidente de verificación por la Comisión Nacional de Energía Atómica”, 1988.

⁷⁶⁸ Juan Carlos HITTERS, “¿Son vinculantes...”, *ob. cit.*, p. 1169, punto II.B.

consecuencias que al país podría reportarle desoír la jurisprudencia del alto tribunal transnacional.

En la causa “Bramajo”⁷⁶⁹, la Corte Suprema progresa, en la individualización de los organismos internacionales de control, al incluir expresamente dentro de la jurisprudencia internacional a los informes de la Comisión IDH. En relación a ello indicó que: “...la opinión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado argentino reconoció la competencia de aquélla para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana”.

El entusiasmo por la novedosa tendencia de la CSJN tuvo un revés inusitado en 1998, en oportunidad de pronunciarse en el caso “Acosta”⁷⁷⁰, al destacar 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 aquéllas, de decisiones vinculantes para el poder judicial. Es que la jurisprudencia internacional, por más novedosa y pertinente que se reputa, no podría constituir un motivo de revisión de las resoluciones judiciales -equiparable al recurso de revisión-, pues ello afectaría la estabilidad de las decisiones jurisprudenciales, las que, en la medida en que constituye un presupuesto ineludible de la seguridad jurídica, es exigencia del orden público y posee jerarquía constitucional”.

Cabe acotar, que en idéntica fecha en que se decidió el caso “Acosta”⁷⁷¹, el 22 de diciembre de 1998, la CSJN pronunció sentencia en “Nápoli”⁷⁷², en cuyo considerando 18, de la mayoría⁷⁷³, reiteró lo manifestado en “Giroldi”⁷⁷⁴ -incluso remitió a tal pronunciamiento (concretamente al párrafo 2 del considerando 11)- en relación a que la jurisprudencia de la Corte IDH debe servir de guía para la interpretación de la CADH.

Ello deja en claro la intención de seccionar los criterios que a partir de entonces asumiría, manteniendo su posición en torno a la imperatividad de los decisorios de la Corte IDH, refrendada en “Nápoli”⁷⁷⁵, y paralelamente inclinándose por la no vinculatoriedad de los pronunciamientos de la Comisión IDH, que el mismo día comenzó a perfilar en “Acosta”.

La visión jurídica que se asume en el caso “Acosta”⁷⁷⁶ fue ratificada luego en el caso “Felicetti”⁷⁷⁷, causa vinculada con el copamiento de La Tablada (véase considerando 6º de la mayoría), y -ya tangencialmente- en “Alonso” (-considerando 5

⁷⁶⁹ CSJN, Fallos 319:1840, caso “Bramajo”, 1996, considerando 8.

⁷⁷⁰ CSJN, Fallos 321:3555, caso “Acosta, Claudia”, 1998, considerando 6.

⁷⁷¹ *Ibidem*.

⁷⁷² CSJN, Fallos 321:3630, caso “Nápoli, Erika Elizabeth y otros s/ infracción art. 139 *bis* del C.P.”, 1998.

⁷⁷³ El voto mayoritario fue rubricado por los doctores Belluscio, Boggiano, López y Vázquez. Por su voto, lo hizo el ministro Fayt. Finalmente, los doctores Petracchi y Bossert, se expidieron en sendas disidencias.

⁷⁷⁴ CSJN, Fallos 318:514, caso “Giroldi”, 1993.

⁷⁷⁵ CSJN, Fallos 321:3630, caso “Nápoli”, 1998.

⁷⁷⁶ CSJN, Fallos 321:3555, caso “Acosta, Claudia”, 1998.

⁷⁷⁷ CSJN, Fallos 323:4130, caso “Felicetti”, 2001.

del voto mayoritario-)⁷⁷⁸. En esta posición refrendada, la Corte Nacional asume, *per se*, ser la intérprete final de los instrumentos internacionales.

En una nueva composición, la Corte inicia una etapa signada por el reconocimiento de la jurisprudencia internacional. Como puede verse, en el caso “Espósito”⁷⁷⁹, se expidió como a continuación se transcribe: “...la decisión mencionada resulta de cumplimiento obligatorio para el Estado argentino (art. 68.1, CADH), por lo cual esta Corte, en principio, debe subordinar el contenido de sus decisiones a las de dicho tribunal internacional [...]”⁷⁸⁰. En el caso en cuestión, la CSJN mantiene su parecer, aun cuando dice no compartir el criterio restrictivo del derecho de defensa asumido por la Corte IDH.

En opinión de HITTERS, el criterio sentado en “Espósito”⁷⁸¹ fue reafirmado en el caso “Simón”⁷⁸², “...donde el más Alto Tribunal doméstico parando mientes en los delitos de *lesa humanidad* decretó -por mayoría- la inconstitucionalidad de dos leyes, esto es las llamadas de ‘Obediencia debida’ (ley 23.521) (Adla, XLVII-B, 1548) y ‘Punto final’ (ley 23.491) (Adla, XLVII-A, 192) [...]”⁷⁸³.

En efecto, en el precitado caso, la CSJN sostuvo que tanto la jurisprudencia de la Corte IDH, como las directivas de la Comisión IDH, constituyen una “imprescindible pauta de interpretación de los deberes y obligaciones derivados de la Convención Americana sobre Derechos Humanos” (considerando 17). Nótese el cambio de lenguaje utilizado por el supremo tribunal nacional, ya que no alude a una guía, sino a imprescindible pauta de interpretación⁷⁸⁴.

La posición que asumió en este período la CSJN, en los casos citados anteriormente, denota una suerte de progreso -de cara al valor vinculante de las decisiones de la Corte y de la Comisión IDH- en la resolución adoptada en el caso “Mazzeo”⁷⁸⁵. En efecto, ahora la Corte Suprema da un salto hacia la consolidación de la aceptación y el seguimiento de aquellas decisiones internacionales, receptando -hasta en idénticos términos- la postura de la Corte IDH plasmada en “Almonacid Arellano”.

En las actuaciones referidas en el caso “Mazzeo”⁷⁸⁶, la Corte se pronuncia sobre la inconstitucionalidad de los indultos por delitos de *lesa humanidad*. Expuso en relación a ello que: “...el poder judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana de Derechos Humanos. En esta tarea el poder judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación

⁷⁷⁸ CSJN, Fallos 325:2322, caso “Alonso, Jorge Francisco s/ recurso de casación -causa n° 1813-”, 2002.

⁷⁷⁹ CSJN, Fallos 327:5668, caso “Espósito”, 2004. En este caso se trataba de dar cumplimiento a lo resuelto por la Corte IDH en el caso que tuvo a la Argentina como parte demandada en “Bulacio”.

⁷⁸⁰ *Ibidem*, considerando 12.

⁷⁸¹ *Ibidem*.

⁷⁸² CSJN, Fallos 328:2056, caso “Simón”, 2005.

⁷⁸³ Juan Carlos HITTERS, “¿Son vinculantes..., ob. cit., punto II.C.1).

⁷⁸⁴ Véase Calogero PIZZOLO, “Cuando la Constitución vence el tiempo. Sobre la inconstitucionalidad de las leyes de obediencia debida y punto final en el caso ‘Simón’”, artículo de doctrina publicado en *La Ley*, 2005-D, p. 510.

⁷⁸⁵ CSJN, Fallos 330:3248, caso “Mazzeo”, 2007.

⁷⁸⁶ *Ibidem*.

que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete último de la Convención Americana⁷⁸⁷.

La posición del tribunal se mantuvo en el pronunciamiento en la causa “Videla, Jorge Rafael s/Recurso de inconstitucionalidad de los decretos 1002/89 y 2745/90”⁷⁸⁸, de fecha 27 de abril de 2010, oportunidad en la cual la Corte remite a la aplicación de lo decidido en los casos “Simón”⁷⁸⁹ y “Mazzeo”⁷⁹⁰. Los términos de este fallo dan acabada cuenta de cuán comprometida se hallaba la Corte Suprema (en su composición anterior) con la jurisprudencia internacional emanada de la Corte IDH.

A mérito de lo expuesto, desde la perspectiva de la tesis internacionalista, cabe preguntar:

i) ¿son vinculantes las sentencias y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos?; ¿alcanza únicamente a los Estados partes de la *litis* o también resulta obligatoria para terceros Estados?

Es preciso destacar que, como viene explicando esta tesis, las sentencias de la Corte IDH deben ser acatadas en la jurisdicción nacional. Como ocurriera con los informes y recomendaciones de la Comisión, el derrotero de las sentencias y la jurisprudencia de la Corte IDH no ha sido uniforme, en cuanto a su obligatoriedad para los tribunales de los diversos países que componen el Sistema Interamericano. Por ejemplo, de las sentencias analizadas, se pudo ver cómo la Corte Suprema Argentina evolucionó progresivamente para cumplir con los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana.

Es evidente que, respecto de los preceptos constitucionales y siguiendo nuestro Estado un control judicial difuso, cualquier juez puede interpretar las disposiciones internacionales integradas al BCF. Sin embargo, de toda interpretación judicial posible, es la Corte Suprema quien desempeña el rol de intérprete último de la Constitución y de las convenciones incorporadas al ordenamiento jurídico argentino. Entre otros motivos, dada la necesidad de uniformar el derecho federal para propender a su aplicación homogénea en todo el territorio nacional⁷⁹¹.

Pero, más allá de esta regla insoslayable, resulta válido preguntarse: ¿qué ocurre con las disposiciones convencionales internacionales?; ¿a quién le cabe actuar como su intérprete final? En principio, para la tesis internacionalista, no es correcto

⁷⁸⁷ *Ibidem*, considerando número 121 del voto de la mayoría.

⁷⁸⁸ CSJN, Fallos 333:1657, caso “Videla”, 2010.

⁷⁸⁹ CSJN, Fallos 328:2056, caso “Simón”, 2005.

⁷⁹⁰ CSJN, Fallos 330:3248, caso “Mazzeo”, 2007.

⁷⁹¹ “Es la integración de la jurisprudencia emanada de estos organismos internacionales de control con el articulado de la Constitución, donde la CSJN está llamada a ejercer jurisdicción constitucional. El ejercicio de dicha jurisdicción implica dotar de vida a los sistemas y subsistemas que se agrupan en una Constitución. Significa iluminar la letra solemne del articulado constitucional, para alumbrar la senda a seguir en la interpretación de su contenido. Cuando nos referimos a los sistemas y subsistemas que anidan en una Constitución, no [se alude] sólo al diseño de derechos y garantías. También a la organización del poder ordenado por un sistema de distribución de competencias constitucionales bajo el signo de la intangibilidad de dichas competencias. Son las dudas sobre estas cuestiones, son las dudas constitucionales las que requieren de una solución por parte de la jurisdicción constitucional. Son las dudas que, de persistir, están en condiciones de desestabilizar, por cierto, todo el sistema” (Calogero PIZZOLO, “El caso ‘Barreto’ y un ejercicio de realismo por nuestro máximo Tribunal”, *La Ley*, 2006-B, 390).

que la CSJN tenga alguna competencia para imponer, mediante una hermenéutica propia, la significación de los derechos y garantías plasmados en los instrumentos internacionales, incluso, de aquéllos que gozan de rango constitucional. No se debe pasar por alto, que se está frente a obligaciones internacionales, cuya inobservancia generan responsabilidad internacional. De ahí, surge patente que el Estado no pueda crear la medida de su cumplimiento. Resulta acorde con los estándares del derecho internacional que, esta medida, debe ser desarrollada por el organismo a cargo, según el instrumento internacional de que se trate. Esto es, por los respectivos organismos internacionales de control, como la Comisión y, desde luego, la Corte de San José.

Estos órganos de inspección garantizan, como producto de su intervención, la salvaguarda de los derechos tutelados y producen su propia jurisprudencia, a la cual, en sentido amplio, llamamos jurisprudencia internacional. Es ésta, por oposición a cualquier jurisprudencia interna, la que debe ser seguida de forma inexcusable en la interpretación del *corpus iuris* que integran el plexo internacional de los derechos humanos. La exégesis doméstica propia de la voluntad de los jueces nacionales, por tanto, debe ser rechazada.

Debe quedar claro, que, con esta idea, no se trata de sacarle a la Corte Suprema su función de integrador del BCF. Lo que se repudia es que, dicha misión, se ejecute con prescindencia de la jurisprudencia internacional. Ésta, como se vio, representa la vara del cabal acatamiento de las obligaciones internacionales.

El profesor SAGÜÉS, llama a esta tesis del cimero estrado, como doctrina de seguimiento nacional. Con arreglo a ella, afirma que, la judicatura argentina debe adoptar como guía la interpretación de los derechos plasmados en la Convención Americana y la jurisprudencia de la Corte IDH. A su vez, si se trata de derechos únicamente reglados en el Pacto de San José, el seguimiento debe ser más riguroso al ser la Corte Interamericana el intérprete último de Convención.

De esta manera, explica el autor, se sortean interpretaciones diametralmente antagónicas o parcialmente diversas sobre idénticos derechos. Para el profesor SAGÜÉS, la receta implica manejar las pautas interpretativas que fije el órgano internacional, por sobre los que se ensayen en el ámbito interno. Esto pondría en evidencia la buena fe del Estado argentino y su respeto por la hermenéutica de fuente internacional⁷⁹².

Con la innovación constitucional del 1994, la CADH rige conforme se la concibe en el ámbito internacional y considerando, particularmente, la aplicación de criterios jurisprudenciales efectuados por los tribunales internacionales, competentes para la interpretación y aplicación de los instrumentos internacionales de derechos humanos. Es por ello que, la mentada jurisprudencia, debe servir de norte para la hermenéutica de las disposiciones convencionales, en la medida en que el Estado argentino reconoce la competencia de la Corte de San José para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana⁷⁹³.

La Corte, basa su argumento central -para resolver como lo hizo en los casos que se abordaron en este capítulo- en que, el desconocimiento de la jurisprudencia internacional, en los términos expuestos, permitiría sancionar a nuestro país con la

⁷⁹² Néstor P. SAGÜÉS, “Nuevamente sobre el valor, para los jueces argentinos...”, ob. cit., p. 347.

⁷⁹³ CSJN, Fallo 318:514, caso “Giroldi”, 1993, considerando 11.

consiguiente responsabilidad internacional como consecuencia del incumplimiento de sus obligaciones internacionales, en materia de derechos humanos. Sostuvo en tal sentido: “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 responsabilidad de la Nación frente a la comunidad internacional”⁷⁹⁴.

Se debe tener presente aquí, y valga la insistencia, que con la instauración del BCF, se habilitó con rango constitucional la intervención, como instancias de revisión, de los organismos internacionales de control que operan en los mecanismos de tutela previstos en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Es por ello que, cuando corresponda dirimir la existencia de alguna transgresión de las obligaciones internacionales asumidas en materia de derechos humanos, el proceso interno no puede darse por concluido hasta tanto no se haya expedido el pertinente órgano de aplicación internacional a cargo del control del cumplimiento de dichas obligaciones. En este caso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Bajo este marco, el proceso en la jurisdicción nacional fue ensamblado -como consecuencia de las aludidas obligaciones internacionales- a un mecanismo de revisión internacional. Por esta circunstancia, para ciertos autores como SAGÜÉS, la Corte argentina dejó de ser, en sentido riguroso “suprema”, ya que sus sentencias pueden ser declaradas por la Corte IDH como violatorias de la Convención y, por ello, inválidas jurídicamente⁷⁹⁵.

Conforme expone ALBANESE, en su comentario al fallo “Felicetti”⁷⁹⁶, no es posible que la decisión de un órgano internacional o una sentencia de un tribunal internacional emitida con el propósito de ser aplicada en el ámbito doméstico de un Estado signatario, sean ejecutadas o no “según la voluntad de las autoridades locales”. Para la autora, éstas ya contaron con la posibilidad de interpretar y aplicar las normas convencionales, atento la necesidad que existe, como regla, de agotar los recursos internos. Refiere ALBANESE que si los jueces nacionales quisieran seguir considerándose intérpretes finales de los tratados internacionales, que regulan la creación de órganos de control internacionales cuyas competencias fueron reconocidas, sería oportuno denunciarlos, retirarse de los sistemas internacionales por creer que entorpecen el ejercicio de sus competencias⁷⁹⁷.

Luego de esta primera etapa, la Corte argentina abre el llamado ciclo de reconocimiento de la jurisprudencia internacional. Por ejemplo, en el caso “Espósito” fallado en año 2004, el más alto tribunal despeja cualquier duda al sentenciar en

⁷⁹⁴ *Ibidem*, considerando 12. La Corte argentina sigue en este caso a la Corte IDH, puntualmente a la Opinión Consultiva -OC-11/90 del 10 de agosto de 1990, Serie A, número 11(1990), Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b CADH), para determinar el alcance de las obligaciones internacionales asumidas por el estado argentino en la CADH.

⁷⁹⁵ Néstor Pedro SAGÜÉS, “Nuevamente sobre el valor, para los jueces argentinos, de los pronunciamientos de la Corte Interamericana...”, *ob. cit.*, p. 347.

⁷⁹⁶ CSJN, Fallos 323:4130, caso “Felicetti”, 2000, considerandos 6 y 9. En este caso, me refiero a “Felicetti”, la Corte lleva adelante aquí una interpretación propia de la doble instancia (cfr., artículo 8.2.f, CADH), especialmente a partir del considerando 10.

⁷⁹⁷ Véase Susana ALBANESE, “La operatividad de las normas convencionales a 16 años de vigencia de la Convención Americana”, *Jurisprudencia Argentina*, 2001-I-484.

relación a la Corte IDH que “la decisión mencionada resulta de cumplimiento obligatorio para el Estado argentino (artículo 68.1, CADH), por lo cual también esta Corte, en principio, debe subordinar el contenido de sus decisiones a las de dicho tribunal internacional”⁷⁹⁸.

Una posición contraria a la adoptada a partir del citado precedente de la CSJN, “resultaría lesiva del derecho reconocido en este caso a las víctimas a la protección judicial, y daría origen, nuevamente, a la responsabilidad internacional del Estado argentino. Desde esa perspectiva, el ámbito de decisión de los tribunales argentinos ha quedado considerablemente limitado”⁷⁹⁹. En el caso en cuestión, la CSJN mantiene su parecer aun cuando dice compartir el criterio restrictivo del derecho de defensa asumido por la Corte IDH⁸⁰⁰. Se toma así posición por un criterio que reconoce la fuerza vinculante de las sentencias de la Corte IDH, pese a la afectación de derechos fundamentales consagrados de manera expresa en el texto de la Constitución argentina.

En el caso “Simón”⁸⁰¹, del año 2005, se retoma la línea jurisprudencial de los precedentes “Giroldi”⁸⁰² y “Bramajo”⁸⁰³, pero sin la ambigüedad de sus términos: “la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos así como las directivas de la Comisión Interamericana constituyen una ‘imprescindible’ pauta de interpretación de los deberes y obligaciones derivados de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”⁸⁰⁴.

Por último, ya no respecto de la obligatoriedad de acatar las sentencias dictadas en los casos concretos sino, la de seguir la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos, se puede poner como ejemplo el caso “Verbitsky” donde la Corte Suprema de Justicia de la Nación, siguiendo los pronunciamientos de la Corte IDH, ordenó al poder judicial de la provincia de Buenos Aires adaptar las condiciones carcelarias a los estándares modernos que impuso el órgano internacional y a los poderes legislativo y ejecutivo a llevar a cabo acciones en aquel mismo sentido⁸⁰⁵.

Desde la doctrina, MONTERISI destaca que pese a no haber norma expresa de la Convención Americana que determine el efecto *erga omnes* de la jurisprudencia de la Corte IDH, sus sentencias pueden tener efecto expansivo a los Estados que no integraron la *litis* internacional, toda vez que, la inobservancia de esos criterios

⁷⁹⁸ CSJN, Fallos 327:5568, caso “Espósito”, 2004. En el caso en cuestión se trataba de dar cumplimiento a lo resuelto por la Corte IDH en el caso “Bulacio” donde rechazó la prescripción de la acción penal alegada por el actor y confirmada por la instancia inferior.

⁷⁹⁹ *Ibidem*, considerando 10.

⁸⁰⁰ *Ibidem*, considerando 12.

⁸⁰¹ CSJN, Fallos 328:2056, caso “Simón”, 2005.

⁸⁰² CSJN, Fallos 318:514, caso “Giroldi”, 1993.

⁸⁰³ CSJN, Fallos 319:1840, caso “Bramajo”, 1996.

⁸⁰⁴ CSJN, Fallos 328:2056, caso “Simón”, 2005, considerando 17. Véase en relación a este precedente Calogero PIZZOLO, “Cuando la Constitución vence al tiempo...”, ob. cit., p. 510.

⁸⁰⁵ Véase CSJN, Fallos 328:1146, caso “Verbitsky”, 2005, con nota de Marcela I. BASTERRA; Pedro M. LORENTI (h.) - DJ 18/05/2005, 174 - Sup. Penal 2005 (agosto), 16, con nota de María de los Ángeles MILICIC; Víctor R. CORVALÁN, Revista *La Ley*, 2005-05-03. Véase también Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. P.83.909. “Verbitsky, Horacio. -Representante del Centro de Estudios Legales y Sociales-. *Habeas corpus*. Rec. de casación. Rec. extraordinarios de nulidad e inaplicabilidad de ley”. Diciembre de 2005.

jurisprudenciales, pueden hacerlos incurrir en responsabilidad internacional. El autor justifica su posición en que el sistema de protección interamericano no sólo funciona como reactivo de cara a un incumplimiento convencional de un Estado signatario del régimen, sino también proactivo; o sea, que: “...los Estados Partes adoptarán previamente medidas positivas de protección en conformidad con la normativa del Pacto de San José. No en vano la Convención, en su artículo 69, dispone que luego de pronunciado el fallo no sólo será notificado a las partes en el proceso, sino también transmitido a los Estados plegados al acuerdo de San José [...]”⁸⁰⁶.

3. Síntesis del capítulo

Se puede afirmar, a través de la recopilación de los fundamentos de los miembros de la Corte Suprema de Justicia que ésta reconoce el carácter obligatorio de las sentencias de la Corte IDH, en casos en los cuales el Estado Argentino fue demandado *-res iudicata-*. En esta dirección expuso el juez Maqueda que la obligación de acatar las sentencias de la Corte Interamericana se funda en un principio esencial del derecho sobre la responsabilidad internacional del Estado, en virtud del cual los países miembros de la comunidad internacional, como la República Argentina, deben cumplir con sus obligaciones convencionales internacionales de buena fe (*pacta sunt servanda*); y, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, no pueden, por razones de orden interno, incumplir las obligaciones ya asumidas⁸⁰⁷. Con ello se reconoce, implícitamente, la primacía normativa del derecho internacional, conforme es interpretado por la Corte IDH, sobre todo el derecho interno en el ordenamiento jurídico argentino.

Se aceptan, nuevamente, las facultades que la CADH, le confiere a las sentencias de la Corte IDH. A partir de este principio se justifica, por ejemplo, el voto de la juez Higton de Nolzco en el caso “Espósito”⁸⁰⁸, al soslayar que el interesado no tuvo oportunidad de ejercer su derecho de defensa en sede internacional, garantizado por el artículo 18 de la Constitución argentina, dado que la Corte de San José basó su pronunciamiento en hechos reconocidos por el Estado argentino, sin la participación del acusado. Para la juez del alto estrado nacional, primaron, para resolver como lo hizo, los deberes impuestos al Estado por la jurisdicción internacional en materia de derechos humanos (obligación impuesta por el artículo 68.1 de la CADH y artículo 27 de la Convención de Viena de 1969).

Además, se reconoce la obligatoriedad de acatar la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos, incluso, cuando la aplicación de aquella hermenéutica vulnere derechos o principios consagrados por la Constitución

⁸⁰⁶ Ricardo MONTERISI, “La Corte Interamericana de derechos humanos y el Impacto de sus sentencias”, en *La Ley*, Buenos Aires, 8-3-2012, año LXXVI número 46.

⁸⁰⁷ Véase CSJN, Fallos 318:1492, considerando 18 y 19, *in fine*; Fallos 318:373, considerando 4, párrafo segundo; y, Fallos 334:1804, considerando 3, último párrafo, votos del juez Maqueda.

⁸⁰⁸ CSJN, Fallos 327:5568, caso “Espósito”, 2004.

argentina, entre otros los de irretroactividad de la ley penal o el de cosa juzgada. Téngase en cuenta, como aval de lo expuesto, el voto del juez Petracchi en el caso “Arancibia Clavel”⁸⁰⁹, para justificar un cambio de criterio basado en la “novedosa jurisprudencia” de la Corte IDH y por esta razón soslayar principios de derecho público reglados por la Constitución Nacional.

Asimismo en idéntica dirección se inscriben los votos de los jueces Zaffaroni y Highton en el considerando 35 del voto de ambos en el mismo caso. Refieren que el criterio que siguen es el trazado por la Corte IDH en el caso “Barrios Altos vs. Perú”⁸¹⁰, coincidiendo con las pautas interpretativas delineadas por la jurisprudencia del referido tribunal internacional de derechos humanos en el caso “Velázquez Rodríguez vs. Honduras”⁸¹¹.

Por lo expuesto, a modo de ejemplo, tanto a lo largo del capítulo como en esta síntesis, queda claro que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, reconoció, jurisdiccionalmente, la primacía normativa del derecho internacional de los derechos humanos y la jurisprudencia de la Corte IDH respecto de todas las normas que integran el ordenamiento jurídico argentino, incluida su Constitución, en función a los alcances que se le confiere al control de convencionalidad, cuando es efectuado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y lo dispuesto por el artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969.

⁸⁰⁹ CSJN, Fallos 327:3312, caso “Arancibia Clavel”, 2004.

⁸¹⁰ Corte IDH, caso “Barrios Altos vs. Perú”, sentencia del 14 de marzo de 2001, considerando 41, serie C, número 75.

⁸¹¹ Corte IDH, caso “Velázquez Rodríguez vs. Honduras”, sentencia del 29 de julio de 1988, considerando 172, serie C, número 4.

CAPÍTULO VIII

La supraconstitucionalidad de los tratados internacionales en el derecho comparado

En el presente capítulo, la tesis internacionalista dará cuenta cómo, distintos Estados, receptaron las normas del derecho internacional con el propósito de garantizar los derechos humanos y cómo las cortes nacionales incorporaron, progresivamente, los estándares desarrollados en el SIDH como baremo de control, refiriéndose expresamente al deber de realizar inspección de convencionalidad. De esta manera, un cúmulo de países optó por integrarse a un sistema internacional que, en conjunto, a través de diversos tratados internacionales, pregonan por el derecho fundamental de las personas, incluso, como se verá, modificando las legislaciones internas y también las cartas magnas nacionales con el fin de garantizar el goce pleno de los derechos fundamentales de las personas.

En este sentido, en el ejercicio de la ya extensa tarea de unificar y actualizar la interpretación y aplicación de la Convención Americana, la Corte IDH construyó una consolidada interpretación del artículo 2 de la CADH, sobre el deber de adoptar disposiciones de derecho interno, desde cuya comprensión concibió el concepto y la actividad del control de convencionalidad, entendido como la obligación que tienen los jueces, de cada uno de los Estados Partes, de efectuar no sólo examen de legalidad y de constitucionalidad en los asuntos de su competencia, sino de integrar en el sistema de sus decisiones corrientes, las normas contenidas en la Convención Americana.

Ya en el año 2006, al referirse a dicho control, el tribunal Interamericano señalaba que: “Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del poder judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de ‘convencionalidad *ex officio*’ entre las normas internas y la Convención Americana...”⁸¹².

⁸¹² Corte IDH, caso “Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú”, sentencia de 24 de noviembre de 2006, serie C, número 158, párrafo 128.

Esta línea conceptual se mantuvo jurisprudencialmente y fue reiterada en sus componentes centrales en el caso “Heliodoro Portugal vs. Panamá”⁸¹³, cuando al referirse la Corte IDH a las reglas derivadas de la interpretación del artículo 2 de la Convención, señaló que la pertinente adecuación implica la toma de decisiones en dos vertientes.

i) Requiere el reemplazo de las disposiciones y prácticas de cualquier naturaleza que signifiquen violar las garantías regladas en la CADH o que ignoren los derechos allí reconocidos o bloqueen su ejercicio;

ii) El dictado de preceptos normativos y la ejecución de prácticas que promuevan el efectivo goce de las garantías previstas en la Convención. Esta defensa de los derechos humanos, bajo el prisma de los compromisos internacionales en cuanto a la labor de los operadores de justicia, debe efectuarse mediante la herramienta procesal denominada como control de convencionalidad. Ella impone, al juzgador, el deber de velar por el efecto útil de los tratados de derechos humanos, de modo tal que no se anulen o menoscaben “por la aplicación de normas o prácticas internas contrarias al objeto y fin del instrumento internacional o del estándar internacional de protección de los derechos humanos”⁸¹⁴.

En este capítulo se analizará la recepción del derecho internacional por las constituciones locales y la judicatura nacional sólo respecto de algunos países que importan a propósito de ofrecer argumentos en torno de la tesis internacionalista.

1. Chile

En Chile, el modelo de recepción del DIDH se encuentra en la Constitución Política de la República. Hasta antes del año 2005 existían dudas respecto a la forma en que los tratados internacionales adquirirían validez en el ordenamiento jurídico, pues el artículo 50.1, de la Constitución de 1980, indicaba que los tratados internacionales debían someterse a los trámites de una ley, sin embargo, no especificaba de qué forma esto se hacía operativo. En ese sentido, fue la jurisprudencia -específicamente el Tribunal Constitucional- quien despejó las dudas respecto al procedimiento de incorporación. En efecto, en el año 2000, a propósito de un requerimiento de inconstitucionalidad del Convenio 169 de la OIT, determinó que: “someter la aprobación del tratado a la tramitación de una ley significa, de acuerdo a una interpretación lógica, que en dicha aprobación deberán observarse, en cuanto sean compatibles como ya se dijo, no sólo los diversos pasos o etapas que se observan en la formulación de la ley, sino también, necesariamente, los *quorum* requeridos para aprobar una ley”⁸¹⁵. Esta afirmación lo llevó a concluir, en el mismo fallo que: “si un tratado internacional contiene normas propias de ley orgánica constitucional, el

⁸¹³ Corte IDH, caso “Heliodoro Portugal vs. Panamá”, sentencia de enero 27 de 2009, serie C, número 186.

⁸¹⁴ *Ibidem*, párrafo 180.

⁸¹⁵ Tribunal Constitucional de Chile, sentencia de 4 de agosto de 2000, rol 309-2000.

acuerdo del Congreso para su aprobación o rechazo exige el *quorum* establecido por la Constitución, para esa clase de leyes” y, por tanto, “las disposiciones del tratado -en el caso que este contemple normas de distinta naturaleza- se aprobarán o rechazarán aplicando el *quorum* que corresponde a los distintos grupos de ellas; pero el proyecto de acuerdo de aprobación del tratado sólo se entenderá sancionado [...] cuando todas las disposiciones del tratado hubiesen sido aprobadas en ella”.

Estos problemas intentaron ser solucionados con la reforma constitucional del año 2005, en materia de aprobación de tratados internacionales. La misma incorporó el artículo 54, que regula numerosas materias, tales como la formulación de reservas o declaraciones interpretativas, la facultad para denunciar un tratado o retirarse de él, establece el *quorum* de aprobación, su derogación, modificación o suspensión, entre otras. A continuación, se hará hincapié en los aspectos más relevantes de la incorporación de los tratados internacionales, desde la perspectiva del control de convencionalidad.

Esta especial naturaleza de los tratados internacionales se manifestó, también, al incorporar, en el inciso 5, una disposición muy relevante en materia de derogación de tratados internacionales: “las disposiciones de un tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de derecho internacional”. Esta solución permite evitar que el Estado incurra en responsabilidad internacional por un acto posterior a la aprobación del tratado, siendo consistente con el artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

Por otra parte, la reforma también sometió, a control preventivo obligatorio de constitucionalidad, a los tratados internacionales que versaran sobre materias de ley orgánica constitucional (artículo 93) y, a control facultativo, al resto de los instrumentos internacionales. Este mecanismo permite dar coherencia al sistema jurídico chileno pues si se detecta la posibilidad de un conflicto se abren dos caminos: o no se ratifica el tratado o se debe modificar el texto constitucional.

En la práctica, para que un tratado internacional adquiera validez dentro del ordenamiento jurídico chileno deberá ser aprobado en cada cámara según el *quorum* que corresponda. Una vez que entra a regir el tratado internacional nace, para el Estado, la obligación de cumplir con las disposiciones que ha ratificado. En virtud de los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (*pacta sunt servanda* y buena fe), los Estados deben cumplir sus obligaciones de buena fe y no pueden oponer obstáculos con base en el derecho interno para no cumplir las obligaciones voluntariamente adquiridas.

El artículo 5 de la Constitución Política de la República de 1980, indicaba que: “el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”. En el año 1989 se agregó un segundo inciso que establece que: “es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”. A partir de esta reforma se generaron controversias respecto si este inciso modificaba el rango de los derechos humanos contenidos en tratados internacionales y los elevaba a rango

constitucional. Como se verá, fue la jurisprudencia la encargada de dirimir esta discusión.

Por otra parte, algunos sostuvieron que la reforma tuvo por objeto elevar el rango de los derechos humanos consagrados en tratados internacionales⁸¹⁶, situándolos en el mismo nivel que la Constitución. Esta postura fue adoptada, simultáneamente, por las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema⁸¹⁷. Para sostener esta tesis, se señaló que si antes de la reforma ya existían normas que protegían el respeto a estos derechos, la reforma no tendría otro objetivo más que fortalecer esta protección. En este sentido, si previo a la reforma los tratados internacionales tenían rango suprallegal, ésta no podía sino tener por objeto mejorar su posición.

Asimismo, se aludió al contexto en que se generó la reforma constitucional -fin de la dictadura- por lo que existía una especial preocupación en los sectores políticos por incorporar una cláusula que fortaleciera la protección e impusiera límites al actuar del Estado. Todos estos argumentos se reforzaron por la enmienda al artículo 50 de la CPR, que incorporó el artículo 54.1, a fin de aclarar que la ley y los tratados son fuentes de derecho diversas, ya que se señaló que el tratado -para su aprobación- se someterá, en lo pertinente, a los trámites de una ley.

Desde la perspectiva del texto, si se lee atentamente el artículo 5, se desprende que los derechos esenciales, que emanan de la naturaleza humana, constituyen un límite a la soberanía y son asimilados por la Constitución chilena a los derechos humanos consagrados en tratados internacionales, al indicar que es deber del Estado respetar y promover tales derechos garantizados en la Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes. Este argumento del texto permite indicar que los derechos humanos son un límite constitucional a la soberanía estatal, con independencia de su fuente normativa (constitucional o internacional).

Esta interpretación fue recogida por la Corte Suprema, en los siguientes términos:

“que, de igual manera, el inciso segundo del artículo 5° de la Constitución Política de la República, preceptúa que el ejercicio de la soberanía aparece limitado por los derechos esenciales de la persona humana siendo deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos garantizados por esta Constitución así como por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes. Valores que son superiores a toda norma que puedan disponer las autoridades del Estado, incluido el propio Poder Constituyente derivado, lo que impide que sean desconocidos, aún en virtud de consideraciones de oportunidad en la política social o de razones perentorias de Estado para traspasar esos límites. Otorgándole rango constitucional a los tratados que garantizan el respeto de los derechos humanos, concediéndoles una jerarquía mayor que a los demás tratados internacionales, en cuanto regulan los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. En definitiva los derechos humanos asegurados en un tratado se incorporan al ordenamiento jurídico interno, formando parte de la Constitución material adquiriendo plena vigencia, validez y eficacia jurídica, no pudiendo ningún órgano del Estado desconocerlos y debiendo todos ellos respetarlos y promoverlos, como asimismo, protegerlos a través del conjunto de garantías constitucionales destinadas a asegurar el pleno respeto de los derechos. Esta obligación no sólo

⁸¹⁶ Véase H. NOGEIRA, “La Reforma Constitucional de 2005 a los artículos 50 número 1 y 82 de la Constitución en materia de Tratados Internacionales”, en *La Constitución reformada de 2005*, Editorial Librotecnia, Santiago de Chile, 2005, *passim*.

⁸¹⁷ M. ENRÍQUEZ, “Jerarquía de los tratados de derechos humanos: análisis jurisprudencial desde el método de casos”, *Revista de Estudios Constitucionales*, Santiago de Chile, 2008, 6 (2):73-119.

deriva del mentado artículo 5º, sino también del 1º, incisos primero y cuarto, y 19, número 26º, de la Carta Magna y de los mismos tratados internacionales [...]»⁸¹⁸.

En lo que respecta a la aplicación del control de convencionalidad por los tribunales chilenos, el ámbito temporal de análisis de la jurisprudencia nacional se extiende desde el año 2005 hasta nuestros días. Comienza el análisis en el año 2005, pues ese año se realizó una reforma constitucional que, por una parte, modificó las competencias del Tribunal Constitucional y, por otra, reforzó el rol de los tratados sobre derechos humanos en Chile. En el año 2007 se solicitó la declaración de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de artículos del Código Sanitario, a la luz de un Convenio Internacional firmado entre Chile y Colombia, respecto a la convalidación de títulos profesionales. En ese entonces, el Tribunal Constitucional indicó que los jueces de instancia deben velar por el cumplimiento de buena fe de los tratados internacionales: “que, indudablemente, el intérprete en general y el juez en particular debe realizar los mayores esfuerzos, dentro del ámbito constitucional, para procurar cumplir de buena fe las disposiciones y los fines del tratado, conciliando sus disposiciones con otras normas del derecho interno, prefiriendo aquellas interpretaciones que armonicen los derechos y obligaciones que del tratado internacional se derivan con el orden jurídico chileno”⁸¹⁹.

Si bien esta sentencia no se refiere expresamente a tratados sobre derechos humanos, sus consideraciones pueden ser extrapoladas a estos tratados, con mayor razón por la especial protección constitucional que les otorga el artículo 5 inciso 2. Pues en esta resolución se enuncia que el juez de instancia es el primero llamado a interpretar la normativa nacional, conforme a la Constitución y tratados internacionales, hecho que reafirma lo que se indicó sobre las facultades del juez para desarrollar el control de convencionalidad en su vertiente hermenéutica. Así también el Tribunal Constitucional, en otro precedente, afirmó:

“que, por otra parte, cabe considerar que el deber de respeto y promoción de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana vigentes, es un mandato para los ‘órganos del Estado’. Pero dicho mandato lo deben cumplir desde sus propias atribuciones. El artículo 5º, inciso segundo, de la Constitución Política no es una habilitación de potestades para que cualquier órgano del Estado, bajo el pretexto de invocar su obligación de respeto y promoción, exceda o invada la competencia de otros órganos del Estado. Por lo demás, este mandato no es sólo para el Tribunal Constitucional. Éste no tiene el monopolio de la promoción y respeto de los derechos esenciales consagrados en los tratados internacionales. En tal sentido, los jueces encargados de resolver la gestión pendiente tienen más que una orientación para buscar una salida al conflicto interpretativo que nos ocupa y que concilie los textos legales con los preceptos internacionales”⁸²⁰.

En la sentencia rol 519-2006 se analiza cuál es el ámbito protegido por las normas internacionales y se determina que el precepto nacional que prescribe el apremio del empleador, que incumple con las obligaciones de cotización en instituciones de seguridad social, no es incompatible con la proscripción de la prisión por deudas:

⁸¹⁸ Corte Suprema de Chile, sentencia de 10 de mayo de 2007, rol 3452-2006, considerando 66. En el mismo sentido, entre otras: Corte Suprema, sentencia de 13 de diciembre de 2006, rol 559-2004, considerandos 22-24; sentencia de 13 de marzo de 2007, rol 3125-2004, considerando 39.

⁸¹⁹ Tribunal Constitucional Chileno, sentencia de 28 de diciembre de 2007, rol 804-2007.

⁸²⁰ Tribunal Constitucional de Chile, sentencia de 30 de mayo de 2013, rol 2215-2013. Voto de los ministros Hernández y Carmona.

“[...] contrariamente a lo sostenido por los requirentes, el precepto legal en cuestión se encuentra en armonía con los deberes impuestos al Estado en materia de derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, tal como lo ordena el artículo 5º, inciso segundo, de la Constitución Política de la República, particularmente respecto de diversos tratados internacionales que prohíben la denominada ‘prisión por deudas’. En efecto, el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que ‘nadie será encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual’, esto es, una deuda emanada de un contrato puramente civil. Sobre el punto, la doctrina ha señalado que esto significa que la privación de libertad basada en el incumplimiento de obligaciones legales, sean de derecho privado o público, es aceptable. De modo que cuando un tribunal impone la privación de libertad para compeler al cumplimiento de una obligación legal ello no importa una vulneración de la prohibición de prisión por deudas. (Manfred Nowak, U.N. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary. N.P. Engel, Publisher. Kerl, Strasbourg, Arlington, 1993) [...]”⁸²¹.

El Tribunal Constitucional también asumió el ejercicio del control de convencionalidad como parte de un ejercicio hermenéutico, lo que significa que en los casos concretos el TC interpreta las normas nacionales a la luz de las obligaciones internacionales del Estado. Esto le permite determinar la constitucionalidad de las normas impugnadas; ejemplo de ello lo constituyen los casos relacionados con el principio de presunción de inocencia. En esta ocasión afirmó:

“que el requirente denuncia la vulneración del principio de inocencia, al que adjudica el carácter de presunción. La Constitución Política no lo consagra explícitamente, pero parte de la doctrina lo deduce indirectamente de la prohibición de presumir de derecho la responsabilidad penal, en armonía con el derecho a la libertad individual y la seguridad de que los preceptos que regulen o limiten las garantías constitucionales no pueden afectar la esencia de las mismas. En tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile sí aparece reconocido formalmente. La Convención Americana sobre Derechos Humanos -‘Pacto de San José de Costa Rica’-, en el artículo 8.2, dispone que ‘toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad’ y que ‘durante el proceso toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las garantías mínimas’ que enuncia. A su vez, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el artículo 14.2, reitera que ‘toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley’. ‘Que dicho principio, que más bien se podría referir al -trato de inocente-, importa la obligación de considerar al imputado como si fuere inocente, reduciendo las limitaciones y perturbaciones en sus derechos al mínimo indispensable para el cumplimiento de los fines del proceso. Por ello, las restricciones -como medidas cautelares- tienen carácter excepcional y provisional y deben responder a la necesidad de su justificación’”⁸²².

De esta manera, y para no exceder el marco de esta investigación en lo que respecta a los diferentes pronunciamientos por parte de los jueces chilenos, es preciso remarcar cómo el país vecino pasó a debatir la jerarquía constitucional de los tratados internacionales a ejercer un efectivo control de convencionalidad, dándole trascendencia así al ordenamiento internacional sobre derechos humanos. Sin embargo, el punto de inflexión del sistema jurídico chileno, a favor de la primacía normativa del ordenamiento internacional, surge a partir del fallo conocido como “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros vs. Chile) donde la Corte IDH el 5 de febrero de 2001, dispuso por unanimidad:

“que el Estado violó el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en

⁸²¹ Tribunal Constitucional de Chile, sentencia rol 519-2006.

⁸²² Véase Tribunal Constitucional, sentencia de 31 de agosto de 2007, rol 739- 2007 y sentencia de 13 de mayo de 2008, rol 993-2008.

perjuicio de los señores Juan Pablo Olmedo Bustos, Ciro Colombara López, Claudio Márquez Vidal, Alex Muñoz Wilson, Matías Insunza Tagle y Hernán Aguirre Fuentes. 3. [...] que el Estado incumplió los deberes generales de los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en conexión con la violación del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión señalada en el punto resolutivo 1 de la presente Sentencia. [...] que el Estado deb[ía] modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, con el fin de suprimir la censura previa para permitir la exhibición de la película ‘La Última Tentación de Cristo’, y deb[ía] rendir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dentro de un plazo de seis meses a partir de la notificación de la presente Sentencia, un informe sobre las medidas tomadas a ese respecto”⁸²³.

Vale aclarar que, la modificación del orden jurídico interno a la cual instaba la Corte IDH, era precisamente la de la propia Constitución chilena. Pues el motivo de la violación de los derechos humanos residía en que el artículo 19 número 12, de la Constitución Política de Chile de 1980, era contrario al artículo 13 de la CADH. Este precepto establecía un sistema de censura para la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica. A su vez, el Decreto Ley número 679, del 1 de octubre de 1974, facultaba al Consejo de Calificación Cinematográfica para orientar la exhibición cinematográfica en Chile y efectuar la calificación de las películas. El Reglamento de esta norma estaba contenido en el Decreto Supremo de Educación número 376 de 30 de abril de 1975. Dicho Consejo de Calificación Cinematográfica era parte del Ministerio de Educación.

Así las cosas, el 29 de noviembre de 1988, el Consejo de Calificación Cinematográfica rechazó la exhibición de la película “La Última Tentación de Cristo”, ante una petición que le hiciera la “United International Pictures Ltda”. Dicha empresa apeló la resolución del Consejo, pero la resolución fue confirmada por un tribunal de apelación mediante sentencia de 14 de marzo de 1989, cuestión ésta que fuera ratificada por la Corte Suprema de Chile. Llegadas las actuaciones a la Corte IDH se condenó, como ya se expusiera, al Estado chileno por violar el derecho humano previsto en el artículo 13 de la CADH.

El primer informe del Estado de Chile, del 7 de agosto de 2001, mediante el cual dio cuenta sobre las medidas adoptadas con el propósito de cumplir lo resuelto por la Corte en su sentencia, indicó que se había aprobado “por el Congreso en Pleno, el proyecto de reforma constitucional destinado a consagrar el derecho a la libre creación artística y eliminar la censura cinematográfica”. Asimismo, Chile informó que: “el Ejecutivo envió al Congreso Nacional un [...] proyecto de ley sobre calificación de la producción cinematográfica, [...] [el cual] se enc[ontraba] en el primer trámite constitucional”, y que el “Consejo de Calificación Cinematográfica (CCC) ha[bía] comenzado a re-calificar algunas producciones cinematográficas anteriormente rechazadas con el propósito de facilitar su exhibición pública”.

El escrito original del informe mencionado y sus anexos, se recibieron en la Secretaría el 24 de agosto de 2003. “El 10 de julio de 2001 el Congreso Nacional aprobó el proyecto de reforma constitucional destinado a consagrar el derecho a la libre creación artística y a la eliminación de la censura cinematográfica sustituyéndola por un sistema de calificación que ser[ía] regulado por ley”, proyecto que fue promulgado e incorporado a la Carta Fundamental, el 25 de agosto de 2001, mediante la publicación en el Diario Oficial de Chile de la Ley número 19.742.

⁸²³ Corte IDH, caso “La última tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile”, sentencia del 5 de febrero de 2001, serie C, número 73.

Luego, Chile informó que la Ley número 19.846 (Ley sobre Calificación de la Producción Cinematográfica) se publicó y entró en vigor el 4 de enero de 2003. En su artículo primero, estableció un sistema para la calificación de la producción cinematográfica que se realizaba por edades, destinado a orientar a la población adulta respecto de los contenidos de la producción cinematográfica y de proteger a la infancia y a la adolescencia, en atención a lo señalado en diversos tratados internacionales, suscritos por el mencionado Estado⁸²⁴.

A raíz de este trascendente fallo de la Corte IDH se modificó la Constitución chilena con el propósito de ampliar derechos humanos allí contenidos. Por lo tanto, previo a este fallo el artículo 19.12 de la Carta constitucional trasandina establecía un: “sistema de censura para la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica”, mientras que a través de la reforma a instancias de la Corte IDH ahora dispone: “la ley regulará un sistema de calificación para la exhibición de la producción cinematográfica”⁸²⁵.

De esta manera, se puede observar cómo uno de los organismos internacionales de derechos humanos, del sistema interamericano, conminó a un Estado parte a modificar el texto de su Constitución Nacional. Además, se advierte cómo éste, respetuosamente, acepta la declaración de inconventionalidad de un precepto de máxima jerarquía y promueve las reformas necesarias en su legislación interna, incluso, la de la propia carta magna estadual, para modificar y eliminar normas domésticas, contrarias al derecho internacional de los derechos humanos.

2. Perú

La ratificación del Estado peruano de la Convención Americana de Derechos Humanos, que incluye el reconocimiento de los órganos que lo comprenden (Comisión y Corte), así como el sometimiento a la competencia contenciosa de la Corte, fue realizado por la Asamblea Constituyente de 1978-1979. La Convención Americana fue aprobada con anterioridad por el Gobierno militar, mediante el decreto ley 22231, publicado en el diario oficial El Peruano el 11 de julio de 1978. Pero esto se consideró insuficiente y, por tanto, fue necesaria su ratificación por parte de la Asamblea Constituyente. De este modo, tal acto consta en la decimosexta de las disposiciones generales y transitorias de la Constitución de 1979. El instrumento de ratificación por parte del Perú es de 1978 y reiterado en 1981.

En vista de este último instrumento de ratificación, depositado en la sede del Organismo, la CADH está vigente para el Perú, desde noviembre de 1981. Poco

⁸²⁴ Véase Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 28 de noviembre de 2003. Cumplimiento de Sentencia.

⁸²⁵ Párrafo reemplazado por el artículo único, letra a) de la ley de Reforma Constitucional número 19.742. Véase la ley número 19.733, sobre libertad de opinión e información y ejercicio del periodismo. Véase la ley número 19.846, sobre Calificación de la Producción Cinematográfica. Véase el Decreto Supremo número 18 del Ministerio de Educación que aprueba el Reglamento sobre Calificación de la Producción Cinematográfica.

después de la caída del régimen fujimorista (noviembre de 2001) se conformó, oficialmente, una comisión de estudios para promover una reforma constitucional en Perú. Este órgano señaló, que una futura reforma de la Constitución debía hacerse teniendo en cuenta que la persona humana es el fin supremo de la sociedad y el Estado. Por ello, estimó conveniente tomar como base la enumeración de derechos fundamentales reconocidos por la Constitución de 1979, incorporando, además, los aportes de los instrumentos internacionales de derechos humanos, la doctrina sobre la materia, las recientes constituciones del área latinoamericana, así como los aspectos positivos introducidos por la carta de 1993.

Tratándose de los derechos económicos, sociales y culturales, debía efectuarse una detallada revisión de lo dispuesto por la Constitución de 1979, a fin de establecer un adecuado equilibrio con las actuales tendencias que caracterizan a un Estado social en revisión, sin que ello importe el vaciamiento de tales derechos. Se precisó que el primer título de la Constitución debía estar referido a los derechos fundamentales. Así, se dejaría de lado la sistemática utilizada por la carta de 1993 que ubicó en capítulos distintos a los derechos fundamentales y a los derechos políticos, sociales y económicos, propiciando una diferenciación que afectó la unidad de éstos.

Finalmente, se planteó la necesidad de otorgar a los instrumentos internacionales rango constitucional, al igual que lo hizo la Constitución de 1979. Luego, vino un proyecto de reforma integral de la Constitución que se inició en la comisión de constitución, reglamento y acusaciones constitucionales del Congreso de la República (abril y julio de 2002, respectivamente) que recogió lo anterior, pero dispersó y alargó, innecesariamente, a los preceptos que integran el derecho internacional de los derechos humanos, mediante el empleo de una técnica legislativa, considerada defectuosa⁸²⁶. Esta tentativa fracasó finalmente (2003) por las diferencias surgidas entre los diversos grupos políticos al interior del Congreso de la República y por las innecesarias concesiones otorgadas durante el debate.

Entre las normas que se pretendía rescatar en estas “Bases” y que aparecieron por vez primera en la Constitución de 1979, están las siguientes.

i) “La Constitución prevalece sobre toda norma con rango de ley, ésta sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. Los tratados sobre derechos humanos tienen jerarquía constitucional”;

ii) “Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional. En caso de conflicto entre el tratado y la ley, prevalece el primero”;

iii) “Los preceptos contenidos en los tratados relativos a derechos humanos, tienen jerarquía constitucional. No pueden ser modificados sino por el procedimiento que rige para la reforma de la Constitución”; y,

iv) “El Estado, sobre la base de los principios de equidad, reciprocidad y dignidad de la persona humana, puede celebrar tratados mediante los cuales se reconozca determinadas competencias a organismos internacionales con jurisdicción para cautelar los derechos humanos, combatir el crimen internacional, la corrupción y el terrorismo, así como para auspiciar los procesos de integración”.

⁸²⁶ Véase comisión de constitución, reglamento y acusaciones constitucionales del Congreso de la República. Anteproyecto de ley de reforma de la Constitución (texto para el debate), Lima, 5 de abril de 2002; y proyecto de ley de reforma de la Constitución, Lima, julio de 2002.

Sin perjuicio de lo señalado, en materia de propuestas de reforma constitucional, el artículo 205 de la Constitución de 1993 no sólo constitucionalizó la jurisdicción internacional. También, reconoce un nuevo derecho fundamental, el “derecho de acceso a la jurisdicción internacional en materia de derechos humanos”. En tal sentido dispone que: “agotada la jurisdicción interna, quien se considere lesionado en los derechos que la Constitución reconoce puede recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según tratados o convenios de los que el Perú es parte” (repite así lo señalado en la Constitución de 1979).

Cabe indicar que, en Perú, se habla de un auténtico reconocimiento de un derecho fundamental y no, como es frecuente en la doctrina nacional, de la constitucionalización de la jurisdicción internacional en materia de derechos humanos por el artículo 205 de la Constitución de 1993. No representa tamaño reconocimiento una mera sutileza, sino que se habla de algo esencial que genera consecuencias importantes para la salvaguarda de los derechos humanos. Contrariamente, si se admite que por la vía del artículo 205 de la ley fundamental, sólo se constitucionalizó la jurisdicción internacional, el Estado peruano gozaría de una relativa libertad para determinar cuáles son esos tribunales y organismos internacionales a los que se podría acceder agotada la jurisdicción interna. Tal hermenéutica habilitaría al Estado peruano a garantizar el goce de la prerrogativa a partir del mero sometimiento a la competencia de, por lo menos, un órgano o tribunal internacional en materia de derechos humanos. De tal manera, la subordinación a la competencia del Comité de Derechos Humanos de la ONU, por ejemplo, sería condición suficiente para que no se afectara el artículo 205 constitucional, si es que acaso se intentase desvincular al Perú de la competencia contenciosa de la Corte IDH⁸²⁷.

El Tribunal Constitucional peruano en su labor especializada, y como órgano encargado del control de la constitucionalidad de las leyes, y como conocedor, en última y definitiva instancia, de los procesos constitucionales de la libertad, en su uniforme jurisprudencia, a partir de las disposiciones de la CADH, ha inaplicado normas de rango legal o actos estatales que la contravienen. A continuación, se individualizan alguno de ellos.

El primero, es el referido a la demanda de amparo presentada por Santiago Enrique Martín Rivas contra el Consejo Supremo de Justicia Militar, alegando la vulneración de sus derechos al debido proceso, a la cosa juzgada, a la amnistía y el principio de seguridad jurídica. Señala que, en el año 1995, la Sala de Guerra le concedió el derecho de amnistía por los hechos ocurridos en torno al denominado caso “La Cantuta” (causa 157-V-93). Dicha medida fue elevada en consulta a la Sala Revisora de la Justicia Militar, órgano que luego aprobó el archivo definitivo del proceso. No obstante, con fecha 17 de octubre de 2001, la demandada reabrió el caso y se anuló la ejecutoria que disponía su archivo definitivo y, posteriormente, desestimó el recurso de nulidad interpuesto por el recurrente.

⁸²⁷ Véase Domingo GARCÍA BELAUNDE y José PALOMINO MANCHEGO en AA.VV. *Controle de Convencionalidad de Um panorama latino-americano*, Gazeta Jurídica Editora, Brasília, 2013, Luiz Guilherme Marinoni y Valerio de Olivera Mazzuoli (Coords.) y en el *Libro de Ponencias del IV Congreso Nacional de Derecho Procesal Constitucional* (Arequipa, 18-20 de abril de 2013). La presente versión ha sido revisada y corregida para su nueva publicación, respetando la fecha en que fue terminada (nota de diciembre de 2012).

Se alega que las resoluciones emitidas por el Consejo Supremo de Justicia Militar contravienen las leyes de amnistía -ley 26479 y 26492-. Asimismo, agrega que siguiendo la jurisprudencia emitida por la Corte en el caso “Castillo Petruzzi y otros”, debe concluirse que la CADH no puede suprimir o limitar el derecho de amnistía otorgado por el Estado peruano; más aún, si el propio Tribunal Constitucional declaró improcedente la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra diversos artículos de las leyes de amnistía.

Los fundamentos pertinentes son los que a continuación se transcriben:

“este mismo criterio ha sido adoptado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso ‘La Cantuta vs. Perú’. Allí la Corte Interamericana señaló: ‘Específicamente en relación con la figura de la cosa juzgada, recientemente la Corte precisó que el principio *non bis in idem* no resulta aplicable cuando el procedimiento que culmina con el sobreseimiento de la causa o la absolución del responsable de una violación a los derechos humanos, constitutiva de una infracción al derecho internacional, ha sustraído al acusado de su responsabilidad penal, o cuando el procedimiento no fue instruido independiente o imparcialmente de conformidad con las debidas garantías procesales. Una sentencia pronunciada en las circunstancias indicadas produce una cosa juzgada *aparente* o *fraudulenta*. La primera cuestión, esto es, la determinación de si estas leyes (las de amnistía) son compatibles con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la Constitución, no es un asunto que deba resolverse de manera aislada, sino a partir de su integración. Ello es así por cuanto es necesario entender al Derecho Internacional como un Derecho de integración sobre la base de la responsabilidad internacional de los Estados. Así, en función de dicha responsabilidad, no se postula la derogación automática de las normas internas, en caso de conflicto con sus obligaciones en el plano internacional, ni el desconocimiento de estas últimas en el orden nacional, sino su armonización e integración. Se requiere, por el contrario, una solución integradora y de construcción jurisprudencial, en materia de relaciones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y el Derecho Constitucional nacional. Se precisa de un sistema de articulación competencial entre las jurisdicciones internacional y constitucional, en virtud del cual no resulta aceptable fijar una competencia de competencias privativa, sino establecer la voluntad del Estado peruano, en concordancia con las obligaciones internacionales asumidas como miembro de dicho sistema; siendo que la confluencia teleológica, dada la protección efectiva de los derechos fundamentales de los ciudadanos peruanos, determina esta relación de cooperación entre ambas jurisdicciones, de conformidad con el artículo 1 de la Constitución, que establece: La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado. En ese sentido, bajo los parámetros de una tesis de la coordinación corresponde a este Colegiado analizar la legitimidad de dichas leyes de amnistía. El recurrente ha sostenido que lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso ‘Barrios Altos’ no era aplicable a los hechos del denominado caso La Cantuta. Igualmente, ha sostenido que el pronunciamiento de la Corte, mediante el cual se declara que las leyes de amnistía carecen de efectos generales, no es vinculante para el Estado peruano al haber sido expedido absolviendo una opinión consultiva. [...] es de precisar que, el Estado peruano, sólo pidió una opinión consultiva a la Corte Interamericana de Derechos Humanos acerca de la compatibilidad entre las leyes de amnistía número 26479 y 26492 con la Convención Americana de conformidad con el artículo 64 inciso 2 de esta Convención. Corresponde, por tanto, que el Tribunal analice tales objeciones. El Tribunal observa que en la sentencia de 14 de marzo de 2001, la Corte Interamericana de Derechos Humanos admitió el reconocimiento de la responsabilidad internacional del Estado peruano en el denominado caso ‘Barrios Altos’, y declaró que [...] las leyes de amnistía números 26479 y 26492 son incompatibles con la Convención Americana de Derechos Humanos y, en consecuencia, carecen de efectos jurídicos [ordinal 4 de la parte resolutive de la sentencia]. Igualmente, sostuvo que: Como consecuencia de la manifiesta incompatibilidad entre las leyes de auto amnistía y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ‘ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni pueden tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en el Perú’ (comillas agregadas). El Tribunal toma nota asimismo de que, mediante sentencia del 3 de septiembre de 2001, la Corte Interamericana absolvió una solicitud de interpretación de la

sentencia de fondo formulada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, al amparo del artículo 67 del Pacto de San José de Costa Rica. Se solicitó a la Corte Interamericana absolviere la siguiente pregunta: [¿]Tiene la sentencia en el caso ‘Barrios Altos’, con referencia a la incompatibilidad de las leyes números 26479 y 26492 con la Convención Americana, alcance general o se limita solamente al caso indicado? Ante lo cual, la Corte respondió: La promulgación de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado parte en la Convención constituye *per se* una violación de esta y genera responsabilidad internacional del Estado. ‘En consecuencia, la Corte considera que, dada la naturaleza de la violación constituida por las leyes de amnistía números 26479 y 26492, lo resuelto en la sentencia de fondo en el caso Barrios Altos tiene efectos generales, y en esos términos debe ser resuelto el interrogante formulado en la demanda de interpretación presentada por la Comisión’ (comillas añadidas). El mismo criterio se ha expuesto en el caso ‘La Cantuta vs. Perú’, recientemente resuelto por la Corte Interamericana, en la que se volvió a recordar que [...] la Corte ya analizó el contenido y los alcances de las leyes de amnistía números 26479 y 26492 en el caso ‘Barrios Altos vs. Perú’, en cuya sentencia de fondo [...] declaró que las mismas son ‘incompatibles con la Convención Americana [...] y, en consecuencia, carecen de efectos jurídicos’. La Corte interpretó la sentencia de fondo dictada en ese caso en el sentido de que [...] lo resuelto [...] tiene efectos generales. De lo expuesto se colige que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha declarado que las leyes de amnistía aludidas carecen de efectos jurídicos y que lo resuelto, por tanto, tiene efectos generales. Siendo así, dicho pronunciamiento no solo es de aplicación a los hechos que suscitaron el caso ‘Barrios Altos’, sino que comprende a los casos en los que su aplicación impidió que se juzgaran y sancionaran graves violaciones de derechos reconocidos en la Convención Americana, como el caso ‘La Cantuta’. El Tribunal recuerda, además, que el cumplimiento de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es una obligación que [...] corresponde a un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, respaldado por la jurisprudencia internacional, según el cual los Estados deben cumplir sus obligaciones convencionales internacionales de buena fe (*pacta sunt servanda*) y, como ya ha señalado esta Corte y como lo dispone el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, no pueden, por razones de orden interno, dejar de atender la responsabilidad internacional ya establecida. Por tanto, careciendo de efectos jurídicos las leyes de amnistía señaladas, el Tribunal juzga que las resoluciones jurisdiccionales dictadas a su amparo no adquieren la calidad de cosa juzgada constitucional y, por tanto, no se ha afectado el derecho reconocido en el artículo 139, inciso 13, de la Constitución (STC 679-2005-PA/TC, FJ. 17-18 y 50)”.

En segundo término, se precisa el lugar que ocupan los tratados de derechos humanos y la competencia contenciosa de la Corte, ratificada por el Estado peruano, y la obligación que tienen los jueces de aplicar, en sede nacional, las disposiciones de la CADH y los criterios jurisprudenciales establecidos por la Corte, sobre las disposiciones del derecho interno cuando se vulneren aquéllas. Así, se pronunció la Corte peruana:

“de conformidad con el artículo 55 de la Constitución Política del Perú, ‘Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional’ y, según lo preceptuado por la Cuarta Disposición Final y Transitoria del citado complejo fundamental, las normas constitucionales relativas a derechos humanos se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales inherentes a ellos. Este Tribunal se ha pronunciado respecto a este tema en la STC N° 5854-2005- AA/TC, estableciendo que ‘Tal como lo dispone el artículo 55 de la Constitución, los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional. De esta manera, los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Estado peruano, por pertenecer al ordenamiento jurídico interno, son derecho válido, eficaz y en consecuencia inmediatamente aplicable al interior del Estado. Los derechos fundamentales reconocidos por nuestra Constitución, deben ser obligatoriamente interpretados de conformidad con los tratados y los convenios internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Perú y en concordancia con las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte (Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional). En tal sentido, el ejercicio interpretativo que realice todo órgano jurisdiccional del Estado (o que

desempeñe funciones materialmente jurisdiccionales), para determinar el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales, debe estar obligatoriamente informado por las disposiciones de los tratados internacionales de derechos humanos y por la interpretación de las mismas realizada por los tribunales internacionales sobre derechos humanos a través de sus decisiones'. De ahí que el derecho fundamental de acceso a la justicia frente a toda vulneración de los derechos humanos, como manifestación del derecho al debido proceso reconocido en el inciso 3) del artículo 139 de la Constitución, no sólo se reduce al acceso a los tribunales internos, sino también a los internacionales, tal como se tiene previsto en el artículo 205 de la Constitución: 'Agotada la jurisdicción interna, quien se considere lesionado en los derechos que la Constitución reconoce puede recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según tratados o convenios de los que el Perú es parte'⁸²⁸.

En virtud de lo expuesto, puede observarse cómo el Estado Peruano se encuentra en apertura hacia el derecho internacional en salvaguarda de los derechos humanos fundamentales. En efecto, una muestra de ello es la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993 (CDFT) que es en realidad una cláusula de apertura constitucional: "las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú". El Código Procesal Constitucional, en el artículo V del Título Preliminar reproduce en parte la CDFT que se comenta, pero al mismo tiempo, añade, como parte del parámetro controlador a la jurisprudencia de derecho internacional. "El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte".

Si bien la Constitución peruana no establece, concretamente, el rango constitucional que ostentan los tratados internacionales al estilo kelseniano, tal *status* constitucional se infiere de la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional. De acuerdo con este apartado, el control de convencionalidad y su equivalencia con la figura de control de constitucionalidad, se deriva del hecho que el TC haya afirmado aquello en la sentencia recaída en el expediente número 0025-2005-AI/TC391. En el caso que se menciona, dicho tribunal ha señalado que los tratados de derechos humanos integran el ordenamiento jurídico peruano y detentan rango constitucional, entre ellos, se incluyen a los que pertenecen al parámetro interamericano -ésta ha sido su manera de asumirse como ordenamiento pluralista-. En opinión del Tribunal Constitucional, dicha posición se refuerza a partir del artículo 55 de la Constitución, que plantea la aplicabilidad inmediata de los tratados en el derecho interno en lectura conjunta con el artículo 3 del mismo texto.

En ese sentido, la relación entre la Constitución y el control de convencionalidad se reconducirían por la vía interpretativa. Es decir, el examen de convencionalidad respecto de la norma constitucional no estaría basado, necesariamente, en el principio de jerarquía, sino en la lógica de coordinación, horizontalidad y diálogo, prevaleciendo la que mayor protección le confiera al ser humano. En este sentido el Tribunal Constitucional expuso: "el principio de unidad de la Constitución: conforme al cual la interpretación de la Constitución debe estar orientada a considerarla como un 'todo' armónico y sistemático, a partir del cual se

⁸²⁸ Tribunal Constitucional de Perú, STC, 01458-2007-PA/TC, FJ. 2 y 3.

organiza el sistema jurídico en su conjunto. El principio de concordancia práctica: en virtud del cual toda aparente tensión entre las propias disposiciones constitucionales debe ser resuelta ‘optimizando’ su interpretación⁸²⁹.

Así, respecto de la norma de rango constitucional incompatible con la CADH, es posible hacer una interpretación sistemática y unitaria de lo que se considera Constitución, si lo que se quiere es no entrar en contradicción con el parámetro interamericano. De esta manera, se observa cómo países en los que sus constituciones no establecen, expresamente, el rango constitucional de los tratados internacionales sobre derechos humanos, le otorgan a éstos la misma jerarquía constitucional e, incluso, hacen prevalecer el derecho internacional siempre que ello amplíe el derecho del ser humano. De esta manera, el juez Cançado Trindade señalaba en un voto disidente, que: “a partir de mediados del siglo XX se pasó a hablar de la ‘internacionalización’ del derecho constitucional y más recientemente, en las dos últimas décadas, de ‘constitucionalización’ del Derecho Internacional”⁸³⁰, atendiendo a dos sucesos distintos, parcialmente concurrentes.

La internacionalización del derecho constitucional consiste en el proceso de inclusión del derecho internacional dentro del derecho constitucional interno de un país, de modo tal que las normas internacionales ocupen un lugar definido dentro del sistema de fuentes del respectivo Estado. La constitucionalización del derecho internacional consiste en un proceso distinto, en virtud del cual, se acepta que los tratados sobre derechos humanos tienen una dimensión constitucional, es decir, que son constituciones del orden internacional, que implican la supremacía y respeto de los derechos humanos, es éste el caso de Perú. La internacionalización del derecho constitucional, en cambio, opera para cada caso en los planos del derecho interno, en la medida en que cada uno de los Estados fija el lugar que deben ocupar los tratados públicos y sus normas. A fin de resolver el asunto de la ubicación de los tratados públicos dentro del sistema de fuentes interno, como se verá luego con Colombia, al igual que otros países latinoamericanos, hizo uso de la figura del bloque de constitucionalidad, utilizada como instrumento por el que se hecha mano al proceso de internacionalización del derecho constitucional.

3. Guatemala

En Guatemala, con la reforma constitucional de 1985, el control de constitucionalidad es mixto, tanto concentrado como difuso. Según lo establecido en el artículo 266 de la Constitución Política de la República, procede.

⁸²⁹ Tribunal Constitucional de Perú, sentencia recaída en expediente número 5854-2005-AA/TC, 08 de noviembre de 2005, FJ.12; y diversas sentencias: STC 1797-2002-HD/TC, publicada el 30 de setiembre de 2003, FJ 11; STC 0008-2003-AI, publicada el 12 de diciembre de 2003, FJ 5; entre otras.

⁸³⁰ Corte IDH, caso “Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú”, sentencia de noviembre 30 de 2007, serie C, número 174, párrafo 6, voto disidente del juez Antonio Cançado Trindade, a la Sentencia de Interpretación de la Sentencia de fondo.

i) En casos concretos, en todo proceso de cualquier competencia o jurisdicción, en cualquier instancia y en casación y, hasta antes de dictarse sentencia, las partes podrán plantear como acción, excepción o incidente la inconstitucionalidad total o parcial de una ley, debiéndose pronunciar el tribunal al respecto. El efecto será la inaplicación de ésta al caso concreto.

ii) La Corte Constitucional, de conformidad con lo establecido en el artículo 268 de la Constitución de 1985, es creada como Tribunal colegiado autónomo y con jurisdicción privativa, cuya función esencial consiste en la protección del orden constitucional. Posee la facultad de declarar la inconstitucionalidad de cualquier norma por lo que, en caso de que la pretensión sea acogida, el efecto será su exclusión del ordenamiento jurídico, la pérdida de vigencia de la norma con carácter *erga omnes*.

Dentro de este control constitucional debe remitirse al artículo 204 de la Constitución de Guatemala que dispone en lo pertinente: “Los tribunales de justicia observarán obligadamente el principio de que la Constitución de la República prevalece sobre cualquier ley o tratado...”. Sin embargo, el artículo 46 de la carta constitucional de Guatemala dispone: “Preeminencia del Derecho Internacional. Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno”. De lo expuesto, parecería surgir del texto constitucional una contradicción normativa, puesto que si bien el artículo 46 estipula concretamente que, en materia de derechos humanos, prevalece el derecho internacional, luego en el artículo precitado, parecería ser que la Constitución prevalece sobre cualquier ley o tratado. No obstante, es dable remarcar que este último artículo hace referencia a cualquier materia que no refiera estrictamente a materia de derechos humanos, puesto que cuando se trata de tal supuesto, la carta magna guatemalteca es contundente al respecto: prevalece siempre el derecho internacional, sobre el interno, en sintonía con lo dispuesto con el artículo 27 de la Convención de Viena.

En este caso puntual, se podría decir que al analizar el texto constitucional, el país se remite constantemente al derecho internacional. Por ejemplo el artículo 42, en lo referente a los derechos de autor o inventor, expone: “derecho de autor o inventor. Se reconoce el derecho de autor y el derecho de inventor; los titulares de los mismos gozarán de la propiedad exclusiva de su obra o invento, de conformidad con la ley y los tratados internacionales”-. El artículo 87 sigue el mismo sendero en lo relacionado al reconocimiento de títulos, grados, diplomas e incorporaciones. El artículo 102, en lo que respecta a derechos sociales, también remite a los tratados internacionales para ampliar tales derechos. El artículo 106 en lo referente a los derechos laborales también hace remisión al derecho internacional entre muchas disposiciones. De esta manera, para el Estado guatemalteco, el derecho internacional se encuentra por encima del ordenamiento interno en todo aquello referente a la protección de los derechos humanos, pues es el organismo internacional quien velará en mayor y mejor medida sobre este extremo. Ello, en virtud de que al remitir al derecho internacional y, por ende, a la jurisdicción internacional esa corte no sufre tensiones políticas con tribunales internacionales de derechos humanos.

A continuación, se ponen como ejemplo dos sentencias dictadas por la Corte de Constitucionalidad. En la primera de ellas se hace referencia sobre la doctrina del bloque de constitucionalidad y, en la restante, se estudia lo relativo al control de convencionalidad.

Expediente número 1822-2011: con fecha 17 de julio de 2012, la Corte de Constitucionalidad de Guatemala dictó la sentencia dentro de la acción de inconstitucionalidad general parcial promovida contra del artículo 201 *bis* del Código Penal en el cual se tipifica el delito de tortura, por la omisión legislativa de incluir el castigo, cualquier tipo de discriminación, o con cualquier otro fin, como finalidades del delito de tortura, y “la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica”, supuestos contenidos en el artículo 1 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, y en el artículo 2 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura. Entre los fundamentos jurídicos de la impugnación, el exponente se basa en lo siguiente:

“la suscripción y ratificación de esos tratados internacionales en materia de derechos humanos conlleva a que el Estado de Guatemala reconozca y acepte la definición de la tortura con todos sus elementos de tipicidad, incluyendo la finalidad de castigo, discriminación y cualquier otro fin, y la aplicación de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o disminuir su capacidad; por ello, el compromiso del Estado de Guatemala es establecer el delito de tortura dentro de su legislación penal con todos los elementos del tipo penal en la definición internacional, lo cual debe cumplirse respetando los elementos de tipicidad y la definición establecida por las convenciones. El artículo 201 *bis* del Código Penal que establece el delito de tortura contraviene el artículo 46 constitucional debido a su colisión con los artículos 1, 2, numeral 1, y 4, numeral 1 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; 1, 2, 6 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; 2 y 5 numeral 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La omisión de elementos esenciales en la tipificación de la tortura en el ordenamiento nacional es una grave violación a derechos constitucionales y normas internacionales”.

En el ejercicio del control de constitucionalidad de las leyes, el Tribunal Constitucional recurre a la aplicación del bloque de constitucionalidad para dar una respuesta adecuada ante la acción planteada, y al respecto indica que:

“...para dar respuesta a la problemática acerca de la recepción en el orden interno de los tratados en materia de derechos humanos, otros ordenamientos han acudido a la figura del bloque de constitucionalidad, el que ha sido parte de anteriores pronunciamientos de la Corte de Constitucionalidad (verbigracia los expedientes 90-90, 159-97, 3004-2007, 3878- 2007, auto de 4 de octubre de 2009, expedientes 3690-2009, 1940-2010 y 3086-2010, entre otros), aunque en ninguno de éstos se ha definido su contenido y alcances. Ello implica realizar el análisis confrontativo que requieren acciones de inconstitucionalidad como ésta, por el que se posibilite verificar si en el ejercicio de la función legislativa, existe conformidad en adecuación de tipos penales no sólo conforme a normas de la Constitución Política de la República de Guatemala, sino también con los estándares internacionales en materia de derechos humanos que impulsaron los compromisos estatales para la tipificación de la tortura, cuestión que ha sido consentida por la doctrina y la jurisprudencia constitucional extranjera por la figura del ‘bloque de constitucionalidad’, institución que ha permitido realizar dicha integración de la Constitución material, pues de no advertirse lo anterior, la omisión relativa determinada implicaría, por sí sola, contravención de los artículos 44, 46 y 149 de la Constitución Política de la República”.

Finalmente, la Corte de Constitucionalidad resolvió hacer lugar a la acción de inconstitucionalidad por omisión legislativa del delito de tortura, por no contener los tipos penales previstos en la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

Expediente número 3334-2011: En sentencia de fecha 14 de febrero de 2012, se resolvió la acción de inconstitucionalidad general parcial del numeral II de la resolución contenida en el punto Quinto, del acta número 21-2009, que contiene la

sesión pública ordinaria celebrada el 6 de mayo de 2009 por el Concejo Municipal de Santa Catarina Palopó, departamento de Sololá, promovida por el Procurador de los Derechos Humanos. El Procurador de los Derechos Humanos objetó el numeral impugnado, en el que se acordó: “II) Reservar las siguientes informaciones contenidas dentro del Manual de Procedimiento: 1.- Directorio de empleados y servidores públicos, incluyendo número de teléfono y direcciones de correo electrónico oficiales no privados; 2.- Número y nombre de funcionarios, servidores públicos, empleados y asesores que laboran en el sujeto obligado (Municipalidad) y todas sus dependencias, incluyendo: salarios, honorarios, dietas, bonos, viáticos o cualquier otra remuneración económica que perciban por cualquier concepto. 3.- Informes finales de las auditorías gubernamentales o privadas, conforme a los períodos de revisión correspondientes”. Con base a ello, el accionante indica que la normativa impugnada viola los preceptos contenidos en los artículos 2, 5, 30, 44, 152, 154, 155, 171, 175, 204 y 274 de la Constitución.

La Corte de Constitucionalidad considera:

“por otra parte, este tribunal no podría soslayar que al analizarse disposiciones normativas como la impugnada por el Procurador de los Derechos Humanos, debe realizarse, además, un adecuado control de convencionalidad de aquella disposición, pues por regularse en ésta situaciones que restringen el derecho de acceso a la información pública, debe determinarse si aquella regulación guarda coherencia con el respeto al derecho internacional de los derechos humanos. Esta labor de control ya fue realizada por esta Corte -sólo que respecto de una resolución judicial- en la sentencia de veintitrés de agosto de dos mil once (Expediente 2151-2011), y en congruencia con ella, se afirma que al realizar esta labor de control de normativa jurídica de derecho interno guatemalteco, deben tenerse en cuenta instrumentos internacionales que tengan relación con dicha normativa, y la exégesis que respecto de estos últimos ha realizado la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En ese sentido, el control de convencionalidad de la normativa impugnada debe realizarse a la luz de lo dispuesto en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y en función de lo que respecto de este último puntualizó la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia de diecinueve de septiembre de dos mil seis (caso ‘Claude Reyes y otros vs. Chile’, fondo, reparaciones y costas, párrafo 86), cuando en dicho fallo se indicó que ‘el actuar del Estado debe encontrarse regido por los principios de publicidad y transparencia en la gestión pública, lo que hace posible que las personas que se encuentren bajo su jurisdicción ejerzan el control democrático de las gestiones estatales, de forma tal que puedan cuestionar, indagar y considerar si se está dando un adecuado cumplimiento de las funciones públicas’. Al resolver, la Corte de Constitucionalidad estableció vicio de inconstitucionalidad, por confrontar la regla establecida en el artículo 30 de la Constitución; por inconformidad convencional, por confrontar lo establecido en el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y; por ilegalidad reglamentaria, por violar lo establecido en el artículo 10, numerales 3), 4) y 23) de la Ley de Acceso a la Información Pública. Por último declaró la procedencia de la acción de inconstitucionalidad promovida”.

De lo expuesto surge que el Estado guatemalteco no sólo aplicó de manera cabal el instituto del control de convencionalidad estipulado por la Corte IDH, sino que también se valió para ello de una norma constitucional como es el artículo 46 que le otorga prevalencia al derecho internacional por sobre el derecho interno en materia de derechos humanos. Ello, nada más ni nada menos, en salvaguarda de los derechos esenciales del ser humano.

4. Colombia

En lo que respecta a la Constitución colombiana, ésta tiene sobrada semejanza con la del Estado guatemalteco. El artículo 93 de la carta constitucional de este país dispone:

“los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. Acto legislativo 02 de 2001, artículo 1. Adiciónese el artículo 93 de la Constitución Política con el siguiente texto: el Estado colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución. La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él”.

Aquí, es preciso remarcar que la Constitución colombiana no sólo le concede supremacía al derecho internacional sobre el derecho interno, sino también que expresa que la interpretación de las normas locales debe encontrarse en conformidad con lo establecido en los tratados internacionales.

Por su parte, en el caso de la Corte Constitucional de Colombia, se trae a colación una de las sentencias más relevantes en cuanto a la aplicación del control de convencionalidad, la cual ha sido emitida dentro la causa 442/2011 referente a la acción pública contra los artículos 220 y 221 de la ley 599 de 2000⁸³¹. Se indica que tanto la Corte Constitucional, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, han señalado que las disposiciones penales que restringen la libertad de expresión, además de ser necesarias y excepcionales, deben ser expresas, precisas, previas y estar plasmadas en una ley. Narran que, recientemente, la Corte IDH declaró que la ley penal argentina, que tipificaba los delitos de injuria y calumnia, era contraria a la Convención Americana sobre Derechos Humanos por no ser precisa e inequívoca en detallar los elementos constitutivos del ilícito y esto permitía la persecución a ejercicios legítimos de este derecho, como críticas negativas sobre hechos y personas.

Ambos tribunales, consideran que los artículos 220 y 221 de la ley 599 de 2000 son tan imprecisos, ambiguos y amplios al tipificar los delitos de calumnia e injuria, que constituyen preceptos similares a los de la ley argentina, declarados violatorios de la Convención, pues tienen una redacción parecida y, por lo tanto, resultan inconstitucionales. Explican que la actual redacción de los delitos de injuria (‘imputación deshonrosa’) y de calumnia (‘imputar una conducta típica’) permite que críticas, opiniones negativas, o discursos impopulares o chocantes, sean perseguidos penalmente porque “para los ciudadanos no hay certeza jurídica sobre lo que está

⁸³¹ Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-442/2011. Con fecha 25 de mayo de 2011, la Sala Plena de la Corte Constitucional de Colombia dictó la sentencia C-442/2011165, mediante la cual se planteó una acción pública de conformidad con el artículo 241 de la Constitución Política solicitando la inexecutable de los artículos 220 y 221 de la Ley 599 de 2000, por la cual se expide el Código Penal por vulnerar los artículos 20, 29 y 93 constitucionales y los artículos 9 y 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

sancionado y lo que está permitido”. Estiman que la supuesta imprecisión y vaguedad entran en contradicción con los límites a la libertad de configuración del Congreso de la República “en violación al artículo 29 constitucional, según el cual las conductas [tipificadas] como delitos, deben respetar el principio de legalidad, y estar descritas clara e inequívocamente”.

La Corte Constitucional de Colombia al realizar su análisis esgrime, en relación a los tipos penales de injuria y calumnia, que éstos constituyen medidas de protección penal de los derechos fundamentales a la honra y al buen nombre, ya que dichos derechos han sido reconocidos por las disposiciones constitucionales y por tratados internacionales en materia de derechos humanos -refiriéndose al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y a la Convención Americana sobre Derechos Humanos-. El Tribunal Constitucional sigue indicando que:

“...la jurisprudencia emanada de la Corte IDH es un criterio relevante para fijar el parámetro de control de las normas que hacen parte del ordenamiento interno colombiano, precisamente porque establece el alcance de distintos instrumentos internacionales de derechos humanos los cuales a su vez resultan relevantes al examinar la constitucionalidad de disposiciones de rango legal al hacer parte del bloque de constitucionalidad. Dentro de esta línea argumentativa esta Corporación ha sostenido que la jurisprudencia de la Corte IDH contiene la interpretación auténtica de los derechos contenidos en la CADH, instrumento internacional que integra el parámetro de control de constitucionalidad [...]”.

Se hace alusión a la sentencia C-370 de 2006 en la que se reconoció el carácter vinculante de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los siguientes términos:

“por su relevancia como fuente de Derecho Internacional vinculante para Colombia, por tratarse de decisiones que expresan la interpretación auténtica de los derechos protegidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Corte transcribirá algunos de las partes más relevantes de algunas de las Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos relativas a estándares sobre justicia, no repetición, verdad y reparación de las víctimas de los graves atentados contra el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario”.

Luego, en la nota número 54 de la sentencia, se indica que: “en definitiva la línea argumentativa adoptada por la Corte Constitucional resulta concordante con la postura de la Corte IDH, la cual en distintas sentencias ha señalado el carácter vinculante de su jurisprudencia como interpretación auténtica de la CADH, sobre lo cual hace acotación de la sentencia dictada en el caso ‘Almonacid Arellano vs. Chile’ y la sentencia dictada en el caso ‘Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú’, estableciéndose el ejercicio del control de convencionalidad”.

Por último, indica que en el caso “Kimel vs. Argentina” -sentencia dictada por la Corte IDH- se dijo:

“aunque constituye un precedente significativo en torno al alcance de la libertad de expresión y del principio de legalidad en la tipificación de los delitos de injuria y calumnia, esta decisión no puede ser trasplantada automáticamente al caso colombiano en ejercicio de un control de convencionalidad que no tenga en cuenta las particularidades del ordenamiento jurídico interno, especialmente la jurisprudencia constitucional y de la Corte Suprema de Justicia que han precisado notablemente el alcance de los elementos normativos de estos tipos penales, a lo cual se hará alusión en un acápite posterior de esta decisión”.

Por otro lado, la tesis de la obligatoriedad fue expuesta, entre otras, en la Sentencia C-481 de 1998, en la que, al resolver un problema de discriminación laboral por sexo, la Corte puntualizó que: “es lógico que nuestro país acoja los criterios jurisprudenciales de los tribunales creados por tales tratados para interpretar y aplicar

las normas de derechos humanos. Esa doctrina internacional vincula entonces a los poderes públicos en el orden interno”⁸³². La otra postura fue contenida en la Sentencia C-370 de 2006, refiriendo un precedente anterior, según el cual “la jurisprudencia de las instancias internacionales, encargadas de interpretar esos tratados, constituye un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos humanos”⁸³³.

5. Holanda y Luxemburgo

Holanda y también Luxemburgo son “los padres fundadores” de la Unión Europea; de esta empresa también deriva, ciertamente, el punto de vista común de estas naciones, según el cual el mantenimiento de la propia soberanía depende, esencialmente, de la integración y de la cooperación internacional. En efecto, desde el final de la Segunda Guerra Mundial, cooperación e integración internacional antes y comunitaria después, se han convertido en las palabras claves para estos dos países. Por tal razón, el análisis relativo al desarrollo del derecho constitucional europeo puede hacerse, exitosamente, bajo algunos perfiles determinados y, en particular, bajo el jurisprudencial, a partir de la historia de la fuerte interacción-colaboración entre los ordenamientos constitucionales de estos dos países y la Unión Europea. A tal último propósito, se le debe sumar aquella doctrina acreditada según la cual el papel de las tradiciones constitucionales comunes europeas consiste en “la indicación de una línea evolutiva que tiene sus connotaciones más importantes justamente en los síntomas de superación del Estado Nacional que la experiencia de estos últimos tiempos pone de relieve y en las perspectivas de colaboración para una gestión de los problemas de la humanidad que no puede ser dejada a la casualidad de los eventos. Perspectivas, entonces, en gran parte nuevas, pero en vista de las que la evaluación de las experiencias del pasado sigue apareciendo valiosa”⁸³⁴.

La Constitución holandesa (*Grondwet*) se remonta a 1815. Sin embargo, en 1840, tras la separación con Bélgica, la Carta Fundamental sufrió una profunda modificación y desde entonces se han sucedido diversas revisiones, de acuerdo con las etapas típicas del constitucionalismo europeo ⁸³⁵. En 1953, en particular, se establecieron algunas cláusulas que facilitaron el traspaso de soberanía a las organizaciones internacionales y que facilitaron el desarrollo de la cooperación internacional. No obstante, la Constitución holandesa puede ser clasificada como

⁸³² Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-481 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, consideración jurídica número 26.

⁸³³ Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-370 de 2006. Varios ponentes, consideración jurídica número 4.6.

⁸³⁴ Véase Alessandro PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Editore Il Mulino, Bolonia, 2002, p. 127.

⁸³⁵ Entre las modificaciones más relevantes de la Carta Constitucional holandesa, en la historia reciente, se recuerdan las acontecidas en 1983 y en 2002.

rígida en cuanto prevé un procedimiento especial para su reforma (artículo 137 *Grondwet*).

Históricamente, antes de 1953, la Constitución holandesa no contenía ninguna disposición que regulara la relación entre el derecho internacional y el derecho interno. No obstante, la revisión de la Constitución llevada a cabo en aquel año determinó la introducción de “previsiones con el fin de privilegiar el derecho convencional respecto al derecho nacional y reconocer un derecho legislativo, administrativo o judicial, procedente de o en virtud de una Convención, a organizaciones de tipo internacional”⁸³⁶. Desde una perspectiva más amplia, en relación con la primacía del ordenamiento jurídico estatal, se puede, por lo tanto, afirmar que el modelo normativo por el que se ha optado en Holanda, es, sin duda, el de la “disolución de la soberanía constitucional en el ordenamiento internacional”⁸³⁷.

En este sentido, el artículo 91 de la carta constitucional de Holanda dispone: “El Reino no quedará vinculado por tratados y éstos no podrán ser denunciados sin la aprobación previa de los Estados Generales. La ley determinará los casos en que no se requiera tal aprobación. La ley regulará el procedimiento de la prestación de aprobación, pudiendo también prever la aprobación tácita. Cuando un tratado contuviere estipulaciones que deroguen la Constitución o que impongan la necesidad de tal derogación, se requerirá para su adopción por las Cámaras una mayoría de al menos dos tercios del número de votos emitidos”. Del artículo constitucional se desprende que, un tratado internacional puede derogar cláusulas constitucionales, pero para ello se deberá obtener la mayoría de las Cámaras. Y, además, expresamente le confiere competencia a los organismos internacionales en el artículo 92 se expresa: “Con observancia, en la medida necesaria, de lo dispuesto en el apartado tercero del artículo 91, se podrán conferir competencias legislativas, administrativas y jurisdiccionales a organizaciones internacionales de derecho público”.

La relación entre la jurisdicción europea y las jurisdicciones estatales se puede considerar una de las más desarrolladas en Europa; por ejemplo, respecto del diálogo y de la colaboración alcanzada entre los tribunales, que constituyen los pilares del derecho constitucional europeo. Tanto en la Constitución como en la jurisprudencia se confirman los principios europeos de la primacía y de la directa aplicabilidad del derecho europeo.

Como se ha observado para Holanda, también en el ordenamiento jurídico de Luxemburgo, los tratados internacionales y las normas de derecho internacional constituyen importantísimas fuentes del derecho. En octubre de 1956, en particular, se introdujo en la Constitución la posibilidad de traspasar competencias estatales a las organizaciones internacionales; en cambio en 1994, tras la aprobación del Tratado de Maastricht, se modificaron las normas relativas a la ciudadanía, para adecuar el derecho interno a las nuevas exigencias del ordenamiento internacional.

La apertura hacia el derecho internacional, o la tradición monista de Luxemburgo, se halla en el artículo 49 *bis* -Capítulo III (Del poder soberano), Párrafo IV (de los poderes internacionales)- de la Constitución. A tal propósito, además, el

⁸³⁶ C. AKKERMANS, “Paesi Bassi”, en *Le Costituzioni dei Paesi della Comunità europea*, E. Palici Di Suni, M. Comba, F. Cassella (Coords.), Editore CEDAN, Pavia, 1993, p. 394.

⁸³⁷ Benito ALÁEZ CORRAL, “Soberanía constitucional e integración europea”, en *Cuadernos monográficos de Teoría del Estado*, Derecho Público e Historia Constitucional, 1998, p. 12.

Conseil d'Etat ha establecido que: “en caso de conflicto entre una norma de derecho interno y una norma de derecho internacional con efectos directos en el ordenamiento jurídico interno, la norma establecida por el tratado tiene que prevalecer”⁸³⁸. En este sentido, en el contexto de las relaciones entre ordenamientos, el Gran Ducado de Luxemburgo -país de tradición monista- reconoce la directa aplicabilidad del derecho internacional, así como la autoridad directa de las jurisdicciones internacionales. En 1951, el Consejo de Estado luxemburgués reconoció que un tratado internacional incorporado a la legislación interna, mediante una ley de aprobación tenía que ser considerado como una norma de naturaleza superior⁸³⁹.

De ello deriva la natural consecuencia de que, en caso de conflicto, la norma internacional prevalece sobre la norma nacional. El Consejo de Estado, como se puso de relieve, ha afirmado otras veces que la norma internacional prevalece sobre la voluntad de cualquier órgano interno. No obstante, se puede argumentar que las jurisdicciones luxemburguesas no se han pronunciado nunca, explícitamente, a favor de una primacía de las normas internacionales sobre la carta constitucional. La convención constituyente de 1956 rechazó un proyecto de texto gubernamental, que establecía que las normas de derecho internacional prevalecen sobre las disposiciones constitucionales. Sin embargo, es necesario recordar, que en 1992, el Consejo de Estado -pronunciándose sobre el proyecto de ley de aprobación del Tratado de Maastricht- admitió, implícitamente, la mencionada primacía al afirmar que: “según la regla de la jerarquía de las normas jurídicas, el derecho internacional prevalece sobre el derecho nacional, y que, en caso de conflicto, las jurisdicciones nacionales no aplican el derecho interno, a favor del Tratado. Con el fin de evitar una contradicción entre nuestro derecho nacional y el derecho internacional, el Consejo de Estado insiste en que la consiguiente revisión constitucional intervenga en tiempo útil para prevenir una tal situación de incompatibilidad”⁸⁴⁰.

6. Síntesis del capítulo

Hasta aquí, se analizó concretamente la recepción del derecho internacional por las constituciones y judicaturas de numerosos Estados americanos y europeos en el resguardo y la tutela más eficiente de los derechos humanos esenciales del ser humano. Sin embargo, en lo que respecta a la región, también es preciso nombrar algunos antecedentes pronunciados por la Corte IDH en que los Estados acataron las órdenes emanadas del organismo internacional. En el nivel de las normas legales,

⁸³⁸ *Conseil d'Etat*, 21 de noviembre de 1984, Pas. 26, p. 174.

⁸³⁹ Se recuerda que la entrada en vigor de un Tratado internacional está subordinada a tres condiciones: 1. la ratificación del mismo por el Gran Duque; 2. Que el Tratado esté en vigor a nivel internacional; 3. Que su texto haya sido integralmente publicado en el *Mémorial Luxembourgeois* como en el caso de las leyes nacionales.

⁸⁴⁰ Véase “Rete Giudiziaria Europea”, coordinado por la Comisión Europea, disponible en http://ec.europa.eu/civiljustice/sitemap/sitemap_it.htm (acceso el 23-VII-2016).

además del ya analizado caso chileno donde se modificó la propia constitución local, la Corte IDH le ordenó a diversos estados modificar normas de su sistema legislativo. Así, declaró que una norma del Código Penal de Ecuador era violatoria *per se* del artículo 2 de la Convención, lo que implicaba su retiro del ordenamiento⁸⁴¹. También, le ordenó a Perú, que modificara las normas que permitían el juzgamiento de civiles por militares, a través de la “justicia sin rostro”, por ser contrarias a la Convención⁸⁴²; y más recientemente dispuso, en contra de México, que en un plazo razonable debía “completar la adecuación de su derecho interno a la Convención, de tal forma que ajuste la legislación secundaria y las normas que reglamentan el juicio de protección de los derechos del ciudadano”⁸⁴³. Ya en el plano estrictamente judicial, el alcance de las decisiones de la Corte Interamericana también ha sido notable. De ahí que, ordenó nuevas investigaciones sobre las ya realizadas por jueces internos, que incluían un fallo de la Corte Suprema de Guatemala⁸⁴⁴; le ordenó al mismo Estado, “dejar sin efectos” la pena impuesta a un ciudadano, señalando que debía “emitir otra que en ningún caso podrá ser la pena de muerte”⁸⁴⁵. Igualmente y en la misma temática, la Corte le ordenó al Estado colombiano, en diversas ocasiones, que reabra investigaciones cerradas en contra de miembros del Ejército por paramilitarismo⁸⁴⁶.

Por otra parte, y en el plano de lo que hoy se llama “justicia transnacional”, la Corte tomó decisiones trascendentales para el Sistema Interamericano al declarar, contraria a la Convención, toda forma de amnistía, perdones o indultos generales⁸⁴⁷, regla ésta a la que le fueron dados efectos generales, al considerar que toda forma de amnistía general es violatoria *per se* de la Convención Americana⁸⁴⁸. Esto implica la obligatoriedad de la regla jurisprudencial para la totalidad de los Estados partes, y no solamente para Perú. Tanto es esto así que, dicha regla derivó en obligaciones jurídicas concretas para los Estados partes y para los jueces internos (núcleo específico del control de convencionalidad). De esta manera, la Corte dejó sin efectos fallos proferidos por jueces chilenos, a la vez que le ordenaba al país “asegurarse que el decreto ley número 2191 no siga representando un obstáculo para la continuación de las investigaciones de la ejecución extrajudicial del señor Almonacid Arellano”⁸⁴⁹. Más aún, tiempo después, en el caso “La Cantuta vs. Perú”, la Corte, al precisar el alcance de su jurisprudencia, concluyó tajantemente que: “las decisiones de esta Corte tienen efectos inmediatos y vinculantes y que, por ende, la sentencia dictada en el caso

⁸⁴¹ Corte IDH, caso “Suárez Rosero vs. Ecuador”, sentencia de noviembre 12 de 1997, serie C, número 35, párrafo 98 y punto resolutivo número 5.

⁸⁴² Corte IDH, caso “Castillo Petrucci y otros vs. Perú”, sentencia de mayo 30 de 1999, serie C, número 52, punto resolutivo número 14.

⁸⁴³ Corte IDH, caso “Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos”, sentencia de agosto 6 de 2008, serie C, número 184, punto resolutivo número 6.

⁸⁴⁴ Corte IDH, caso de los “Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala”, sentencia de noviembre 19 de 1999, serie C, número 63, punto resolutivo número 8.

⁸⁴⁵ Corte IDH, caso “Raxcacó Reyes vs. Guatemala”, sentencia de septiembre 15 de 2005, serie C, número 133, punto resolutivo número 8.

⁸⁴⁶ Corte IDH, caso de “La Masacre de Mapiripán vs. Colombia”, sentencia de septiembre 15 de 2005, serie C, número 134, punto resolutivo número 7.

⁸⁴⁷ Corte IDH, caso “Barrios Altos vs. Perú”, sentencia de fondo, marzo 14 de 2001, serie C, número 74, párrafos 41 y 44.

⁸⁴⁸ Corte IDH, caso “Barrios Altos vs. Perú”, sentencia de interpretación de Sentencia de Fondo. Septiembre 3 de 2001, serie C, número 83, párrafo 18.

⁸⁴⁹ Corte IDH, caso “Almonacid Arellano vs. Chile”, sentencia de septiembre 26 de 2006, serie C, número 154, párrafo 147 y punto resolutivo número 5.

‘Barrios Altos’ está plenamente incorporada a nivel normativo interno. Si esa sentencia fue determinante en que lo allí dispuesto tiene efectos generales, esa declaración conforma *ipso iure* parte del derecho interno peruano, lo cual se refleja en las medidas y decisiones de los órganos estatales que han aplicado e interpretado esa sentencia⁸⁵⁰.

La fuerza vinculante de la regla jurisprudencial y su inclusión en el sistema interno se hicieron sentir. De esta manera, el 8 de abril de 2008 y en aplicación de las anteriores reglas, el general Julio Salazar Monroe, exjefe del Servicio de Inteligencia Nacional (SIN) durante el gobierno de Fujimori, fue condenado a la pena de 35 años de prisión, por el secuestro y homicidio de los nueve estudiantes y el profesor de la Universidad de La Cantuta. Asimismo, tres de sus subordinados recibieron penas de 15 años de prisión por los mismos delitos⁸⁵¹.

De esta manera, se puede observar cómo la mayoría de los Estados americanos se inclinaron por darle trascendencia al derecho internacional por sobre el derecho doméstico. Ello, en procura de los más fundamentales derechos humanos.

En síntesis es posible identificar, a nivel del derecho comparado, dos argumentos fuertes para justificar la primacía normativa del derecho internacional respecto de todo el derecho doméstico de los ordenamientos que fueron materia de análisis de este capítulo. Uno, tiene que ver con los alcances del artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, en virtud del cual los Estados signatarios no pueden invocar normas del derecho interno, incluso las de sus propias constituciones, para no cumplir con los compromisos asumidos en el plano internacional. El segundo, tiene que ver con la importancia que se le asigna al control de convencionalidad como herramienta idónea para comprobar la compatibilidad de las normas del derecho interno, incluidas las constituciones nacionales -conforme se desarrolló en el caso Chileno-, respecto de los instrumentos internacionales de derechos humanos, ya sea, a través del cumplimiento de las sentencias de la Corte IDH o a través del acatamiento de la jurisprudencia que genera esta instancia jurisdiccional, cuando es empleada por los tribunales nacionales para fundar sus veredictos.

⁸⁵⁰ Corte IDH, caso “La Cantuta vs. Perú”, sentencia de noviembre 29 de 2006, serie C, número 162, párrafo 186.

⁸⁵¹ Tomado de Boletín Informativo Human Right Watch de abril 10 de 2008. Más información <http://www.hrw.org/doc/?t=spanish&c=peru> (acceso el 23-VII-2016).

TERCERA PARTE

PROGRESIVA INCORPORACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS AL ORDENAMIENTO JURÍDICO ARGENTINO EN ESCENARIOS DE SUPRALEGALIDAD, INFRACONSTITUCIONALIDAD Y CONSTITUCIONALIDAD DEFERENTE O MODERADA

CAPÍTULO IX

Argumentos a favor de la primacía y supremacía de las disposiciones constitucionales (tesis constitucionalista) en el marco del sistema jurídico argentino

A los efectos de responder al interrogante fundamental de esta investigación, esto es, a quién le debe lealtad el juez nacional en casos de conflictos normativos insalvables entre la Constitución Nacional, los tratados internacionales con jerarquía constitucional y la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos, resulta trascendente justificar la primacía y supremacía de la Constitución sobre los tratados internacionales de los mentados derechos. Con este propósito, se considerarán varios argumentos que surgen del propio texto constitucional, de la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia, de la posición que asume un sector de la doctrina de la especialidad, de la trascendencia de algunas normas como los artículos 6 y 7 de la ley 24.309 y de la opinión de quienes resultaron investidos como convencionales constituyentes en 1994.

Resulta lógico que en un ordenamiento jurídico como el de la República Argentina, la supremacía y primacía constitucional zanjaría definitivamente el conflicto normativo del que me ocupo en esta investigación, aplicando, entre otras, la regla de la jerarquía. De aquí entonces, el énfasis que le asigna la tesis constitucionalista a la calidad de norma fundante que asume la Constitución local, a su primacía normativa por sobre los instrumentos internacionales y, también, por sobre la jurisprudencia que emana de los tribunales internacionales de derechos humanos.

En éste y en los próximos capítulos de la tercera parte de la tesis se dará respuesta a los siguientes interrogantes: ¿la Convención Constituyente de 1994 se encontraba habilitada a reformar el artículo 30 de la Constitución Nacional y, consecuentemente, a establecer un nuevo mecanismo de incorporación de derechos y órganos extraños a los previstos en la parte orgánica de nuestro texto constitucional?; ¿estaba autorizada a modificar la competencia de la Corte Suprema en tanto intérprete último de la Constitución y los tratados internacionales?; ¿es inconstitucional la nueva redacción del artículo 75 inciso 22? A la luz de los argumentos desarrollados en esta parte del trabajo: ¿resulta compatible el artículo 27 del Tratado de Viena de 1969 con la Constitución Nacional?; ¿se modificó el artículo 31 de la ley fundamental?; ¿cómo debería interpretarse el artículo 27 de la CN?

Resulta oportuno traer a la memoria que en su conferencia de incorporación a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión pública del 22 de septiembre de 2005, Gregorio BADENI formuló una serie de preguntas que surgieron de los considerandos de sendas sentencias dictadas por la

Corte Suprema de Justicia de la Nación, las cuales serán motivo de análisis en esta parte de la investigación:

“¿La Constitución federal está subordinada a los tratados internacionales, a la Convención de Viena, a los principios del derecho internacional y la costumbre internacional aunque ellos, en su caso concreto colisionen con los preceptos contenidos en nuestra ley fundamental? ¿La Corte Suprema de Justicia dejó de ser el Tribunal Supremo de la Nación, quedando sus decisiones sujetas a la revisión por tribunales u organismos internacionales? ¿Puede una convención reformadora de la Constitución apartarse de la ley que declaró la necesidad de su reforma? ¿Es viable, mediante un tratado internacional modificar el texto de la Constitución? ¿Pueden el Presidente de la República y el Congreso, mediante una actuación conjunta y concordante ejercer la función constituyente del artículo 30 de la Constitución? ¿El artículo 27 de la Constitución está subordinado a los tratados internacionales?”⁸⁵².

En definitiva: ¿cuál es el ordenamiento jurídico vigente en la República Argentina?⁸⁵³ A medida que se avance en los argumentos de la tesis constitucionalista, se responderán con creces estos interrogantes y los que se han formulado en los primeros párrafos del presente capítulo.

1. La relación entre la Constitución Nacional y el derecho internacional de los derechos humanos según la tesis constitucionalista

A la hora de abordar la evolución del derecho constitucional clásico, se subrayó que la república democrática, exhibe como nota destacada al constitucionalismo. Es decir, la vigencia de una constitución escrita “que tiene un orden jurídico estable, dentro del cual debe desarrollarse toda la vida de una nación, lo mismo para el pueblo gobernado que para sus gobernantes, escogidos y controlados por él”⁸⁵⁴. Para SÁNCHEZ VIAMONTE el fenómeno del constitucionalismo implica, sin más, el imperio del Derecho a través de la ley o la norma jurídica y, por consiguiente, la exclusión de “la arbitrariedad circunstancial, intencionada o caprichosa”⁸⁵⁵. Como expuse, en los últimos tiempos el derecho internacional impactó en las normas de derecho estadual de numerosos países, especialmente en sus textos constitucionales. Este hecho repercutió, con distinto énfasis, en las sentencias dictadas por los máximos órganos judiciales locales encargados de interpretar y aplicar el Derecho.

En principio, se puede afirmar que son dos los problemas fundamentales que atañen a las relaciones entre el derecho interno y el internacional. El primero de ellos radica en la incorporación del derecho internacional al ordenamiento jurídico argentino, mientras que el segundo se vincula a la relación jerárquica entre las

⁸⁵² Gregorio BADENI, “Conferencia de incorporación a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires”, en la sesión pública celebrada el 22 de septiembre de 2005.

⁸⁵³ *Ibidem*.

⁸⁵⁴ Carlos SÁNCHEZ VIAMONTE, *Manual de Derecho Constitucional...*, ob. cit., p. 90.

⁸⁵⁵ *Ibidem*.

constituciones y los tratados internacionales. A partir del fenómeno de referencia, es posible identificar seis escenarios posibles: uno en el que el derecho internacional de los derechos humanos se incorpora al derecho local por encima de las constituciones -escenario de supraconstitucionalidad-; una segunda alternativa coloca al derecho internacional de los derechos humanos en un pie de igualdad con la constitución -escenario de constitucionalidad-; una tercera opción pone al derecho internacional de los derechos humanos en un escenario de constitucionalidad deferente o moderada; una cuarta categoría pone al derecho internacional de los derechos humanos por debajo de la constitución y por encima de las leyes -escenario suprallegal-; una quinta posibilidad coloca al derecho internacional de los derechos humanos en un pie de igualdad con las leyes estaduales -escenario de legalidad-; una sexta alternativa coloca a los tratados de internacionales por debajo de la constitución y las leyes -escenario de infralegalidad-.

Para SANTIAGO, a *priori*, la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina adhiere a la tesis monista en tanto el derecho interno y el derecho internacional de los derechos humanos conforman un único sistema jurídico de modo que la “entrada en vigencia en el orden internacional de un tratado de derechos humanos significa su inmediata entrada en vigencia también en el orden interno [...] Se trata de un monismo con primacía final de la Constitución, de acuerdo con lo establecido en el artículo 27 de nuestra carta magna”⁸⁵⁶.

Es preciso destacar que el *status quo* vigente hasta el fallo de la CSJN en autos “Cabrera” en 1983 comenzó a modificarse lenta, pero progresivamente, incluso, antes de la reforma constitucional de 1994. Ello, entre otras circunstancias, a partir que la República Argentina aprobó la incorporación al ordenamiento jurídico nacional del Pacto de San José de Costa Rica y reconoció la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto de los casos concernientes a la interpretación o aplicación de la CADH⁸⁵⁷.

Desde entonces, parte de la doctrina, acepta que las decisiones adoptadas por el alto estrado internacional constituyen los paradigmas que deben acatar los jueces nacionales al ejercer el control de constitucionalidad de las normas internas aplicables a los casos puestos a su consideración, como así al denominado control de convencionalidad de esos preceptos que deben alinearse con las disposiciones de la CADH⁸⁵⁸.

⁸⁵⁶ Alfonso SANTIAGO, “El Derecho Internacional de los Derechos humanos...”, ob. cit., p. 8. Afirma en esta dirección que la Constitución originaria de 1853-1860, suscribe de modo implícito al modelo monista al expresar que los tratados internacionales forman parte de nuestro derecho federal (artículo 31) y que los jueces federales resultan competentes para resolver los casos regidos por esas disposiciones (actual artículo 116).

⁸⁵⁷ Por medio de la ley 23.054, sancionada el 1 de marzo de 1984, promulgada el 19 de marzo de 1984 y publicada el 27 de marzo de 1984 (Adla, XLIV-B, 1250) se aprobó la Convención Americana de Derechos Humanos. Ésta fue suscrita en San José de Costa Rica (de allí lleva su nombre) el 22 de noviembre de 1969 durante la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos; entró en vigor el 18 de julio de 1979. La Argentina la firmó el 2 de febrero de 1984 en la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos (OEA).

⁸⁵⁸ Para Alfonso SANTIAGO “la puesta en marcha del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) ha creado el interesantísimo problema de su articulación y armonización con la protección que también realizan las normas y tribunales nacionales.

En palabras de la Corte IDH, se dijo que los jueces locales, al resolver sobre cuestiones que comprometan los derechos reconocidos por el Pacto -sin perjuicio de los acogidos por los demás tratados y declaraciones incorporadas a la Constitución Nacional (artículo 75, inciso 22)-, no sólo deben fallar en mérito a los preceptos convencionales, sino también aplicando los criterios de interpretación fijados por la Corte IDH -y no exclusivamente los establecidos en los casos en los que un determinado país es demandado-.

Los argumentos que se exponen en este capítulo procuran demostrar que el ordenamiento jurídico argentino, pese a los motivos que invoca la tesis internacionalista, se caracteriza por haber transitado desde un escenario de legalidad a otro, preponderantemente, de constitucionalidad deferente de los tratados internacionales incluidos, también, los de derechos humanos a los cuales se les otorgó jerarquía constitucional en las condiciones de su vigencia, sin perjuicio de no haberlos

Como bien señala el Preámbulo de la CADH y recuerda la Corte Suprema en su fallo, el sistema interamericano de los derechos humanos es coadyuvante, complementario y subsidiario de la protección que brindan los Estados nacionales, quienes son los principales responsables de su garantía y promoción. Ambos sistemas son diferentes, independientes y no hay entre ellos una estricta dependencia jerárquica. Se trata de un sistema multifocal, ya que cada uno de estos dos subsistemas tiene normas y órganos propios, cuya operación ha de articularse y armonizarse.

Establecida esta distinción corresponde señalar que ambos subsistemas están llamados a mantener una intensa interacción recíproca de cara al logro del objetivo común que pretenden alcanzar: la protección y defensa de los derechos humanos de las personas que viven en el continente americano. Debido a ello, el diálogo interjurisdiccional surge como una necesidad ineludible y creciente” (Alfonso SANTIAGO, “¿Desobediencia debida? ¿Quién tiene la última palabra? <https://www.calp.org.ar/meran/opac-detail.pl?id1=95101&id2=147125> (acceso 22-X-2017), p. 15).

En palabras de la Corte IDH, se dijo que los jueces locales, al resolver sobre cuestiones que comprometan los derechos reconocidos por el Pacto -sin perjuicio de los acogidos por los demás tratados y declaraciones incorporadas a la Constitución Nacional (artículo 75, inciso 22)-, no sólo deben fallar en mérito a los preceptos convencionales, sino también aplicando los criterios de interpretación fijados por la Corte IDH -y no exclusivamente los establecidos en los casos en los que un determinado país es demandado-.

En esa tónica, para el grupo de autores que esgrimen la supremacía del derecho internacional, los jueces, como custodios del Bloque de Constitucionalidad Federal, están obligados a cumplir y a hacer cumplir las normas internacionales, motivo por el cual, les viene impuesto el conocimiento exhaustivo de los preceptos convencionales y de la jurisprudencia de la Corte IDH con el propósito de evitar que en virtud de la aplicación del derecho interno, se transgredan los compromisos asumidos internacionalmente, lo que podría generar responsabilidad del Estado frente a los organismos internacionales (Fernando Efraín GRANEROS, “Responsabilidad judicial en el marco supranacional”, *La Ley*, 2009-F, p. 914). La cuestión descripta tomó mayor visibilidad por la posición que asumió la Corte Suprema en sus sentencias encaminadas a seguir los precedentes de órganos internacionales como la Corte IDH. Desde la doctrina administrativista ha sido GORDILLO, quien tempranamente indicara la existencia de un “...derecho supranacional de los derechos humanos...”, para luego ya afirmar contundentemente que “...no podemos hacer libre interpretación nacional de los tratados internacionales. El carácter internacional de los derechos humanos es hoy indubitable, pero es apenas un dato más de una realidad jurídica universal bastante mayor...”. Agustín GORDILLO, “Hacia la unidad del orden jurídico mundial”, *RAP*, Buenos Aires, 2009, p. 54. En tal sentido apunta Alfonso SANTIAGO que “la Corte Suprema argentina ha ido desarrollando una serie de doctrinas y criterios jurisprudenciales de cara al logro de ese objetivo de creciente armonización: adhesión a la doctrina del monismo de fuentes, carácter operativo de los derechos reconocidos en los tratados internacionales de derechos humanos, supremacía de esos tratados sobre las leyes ordinarias, presunción de la plena compatibilidad de dichos tratados con la Constitución Nacional, seguimiento como pauta insoslayable de interpretación de las doctrinas elaboradas por los órganos convencionales, cumplimiento de las sentencias de la Corte IDH, recepción de la doctrina del control de convencionalidad, carácter vinculante de las recomendaciones de la CIDH, etcétera” (Alfonso SANTIAGO, “¿Desobediencia debida? ¿Quién tiene... ob. cit., p. 15).

integrados a la Constitución y haber consignado que no derogaban artículo alguno de la primera parte de la carta constitucional, etendiéndolos como complementarios de los derechos y garantías allí reconocidos.

La Corte IDH insiste con énfasis, desde hace tiempo, en la obligación que pesa sobre los jueces internos de cada Estado miembro, de efectuar el análisis de compatibilidad entre las normas internacionales del Sistema Interamericano de derechos humanos y las normas locales de cada uno de los Estados incluyendo sus constituciones⁸⁵⁹.

Si bien, desde el prisma de la Corte IDH, el mandato puede parecer claro y estar justificado en la mismísima CADH y en el Tratado de Viena de 1969, no es menos exacto que la mirada interna de cada Estado puede ser, y de hecho lo es, distinta al asumir, por mandato de sus constituciones nacionales, cuatro de los seis escenarios que ya describimos oportunamente: el de constitucionalidad deferente o moderada, el de supralegalidad, el de legalidad o el de infralegalidad. En efecto, las tensiones que se generan en derredor del control de convencionalidad, como lo exige la Corte IDH, no son menores, ya que, para ciertos Estados, ello supone una invasión en las cuestiones internas o la extralimitación de una competencia que jamás se le otorgó a la Corte IDH por medio de los tratados.

Para un acabado entendimiento de la tesis constitucionalista se brindarán los argumentos sobre cómo, en el caso argentino, se provocó el cambio de escenario desde el legalismo a la constitucionalidad deferente o moderada, respecto del rango con el que se incorporan al ámbito local los instrumentos internacionales de derechos humanos a los que se les asignó o asigna jerarquía constitucional. En consecuencia, debido a la aprobación de la CADH y a la reforma constitucional de 1994 resulta menester precisar el papel que asume nuestra Constitución y si de ello deriva que se alteraron o no los principios de primacía normativa, supremacía y rigidez previstos en la carta magna argentina.

⁸⁵⁹ Profundizando el concepto podría afirmarse que, el mandato emitido por la Corte IDH estriba en lo siguiente.

- a) Exige el análisis de compatibilidad, no sólo en el plano normativo, sino también en el plano jurisprudencial;
- b) Establece la obligación de que éste sea ejercido de oficio por los jueces nacionales;
- c) Entiende que deben realizarlo absolutamente todos aquellos que en el sistema interno de cada Estado miembro, cumplan funciones materialmente jurisdiccionales, incluyendo en tal fórmula a los órganos extrajudiciales.

En efecto, dispuso en su jurisprudencia que las autoridades domésticas están sujetas al respeto de las normas internas. No obstante, cuando un Estado suscribe un instrumento internacional como el Pacto de San José de Costa Rica, se obliga a que todos los órganos, incluidos sus jueces, acaten las disposiciones de la Convención y procuren que sus alcances no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los magistrados y los órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, están obligados a ejercer, *ex officio*, un control de convencionalidad entre los preceptos del ordenamiento nacional y la CADH. Para la Corte Interamericana, los integrantes de los poderes judiciales nacionales deben tener en cuenta no solamente las disposiciones de la Convención, sino también la interpretación que de ella efectúa el tribunal internacional de derechos humanos (véase Corte IDH, “Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia”, sentencia del 1 de septiembre de 2010 -Fondo, Reparaciones y Costas-; “Gelman vs. Uruguay”, 24 de febrero de 2011 -Fondo y Reparaciones-; entre tantos otros posibles de ser citados).

A. Acerca del carácter de norma suprema de la Constitución argentina

Pues bien, podría decirse que en la actualidad el derecho constitucional parte desde la idea-fuerza de que la carta constitucional de nuestro tiempo tiene eficacia jurídica, estando conformada por preceptos normativos. Ha quedado superada la vieja concepción de la constitución como un mero manifiesto político-ideológico, en el que los derechos eran considerados como cláusulas programáticas o meras recomendaciones dirigidas al legislador ordinario. En este marco, las normas que integran un ordenamiento dado no se encuentran rigiendo en un plano de igualdad. “Existe una jerarquía normativa destinada a afianzar la estabilidad de un sistema, la seguridad de los individuos y el desarrollo de las relaciones sociales”⁸⁶⁰. En el movimiento constitucionalista la herramienta más eficaz para salvaguardar la libertad y la dignidad humana ha sido sin lugar a dudas “el principio de la supremacía de la constitución y su secuela instrumental de control de constitucionalidad”⁸⁶¹.

Asimismo, la Constitución como producto del acto fundacional del país condiciona la validez de todo el derecho interno. La creación de éste estará signado a los procedimientos que indica la propia Constitución. El carácter supremo de nuestra carta fundamental implica que todas las disposiciones que: “se sancionan en virtud de la constitución están subordinadas a ella, y ninguna de tales normas puede estar por encima de la constitución a menos que ella disponga lo contrario [...]”⁸⁶².

Sostuvo KELSEN, que la constitución es la base sobre la cual se estructura un sistema jerárquico de leyes, que permite la organización y el normal desenvolvimiento del Estado y de la sociedad. La pirámide jurídica y la certeza de la subordinación de unas disposiciones a otras, son la mayor garantía de los sistemas jurídicos que funcionan en base a la seguridad jurídica y la credibilidad de las normas. Como es sabido, esta concepción kelseniana jurídico-normativa de un Estado, conocida como “*Stufenbau theorie*” o “Teoría Piramidal”, se complementa con un modelo de adecuación de toda la normativa a la constitución, con la existencia de un solo tribunal que controla tal principio. Este modelo de revisión constitucional es el origen de los tribunales constitucionales nacidos a la luz de las primeras constituciones europeas del siglo XX, conocido como control concentrado de constitucionalidad⁸⁶³.

La noción de “constitución”, sea que se asuma una concepción iusnaturalista o positivista, en cualquiera de sus versiones, importa necesariamente la existencia de dos

⁸⁶⁰ Gregorio BADENI, *Tratado de Derecho Constitucional*, segunda edición actualizada y ampliada, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2006, t. I, p. 242.

⁸⁶¹ *Ibidem*.

⁸⁶² *Ibidem*. El derecho constitucional argentino reconoce el papel de la ley fundamental como instrumento regulador crucial de la actividad socio-política, con miras a la consolidación democrática y al aseguramiento de la convivencia pacífica, dentro de un marco institucional de amplia aceptación. Cabe entonces preguntarnos: ¿cuánto y por qué vale nuestra ley fundamental?; ¿cuáles son los motivos para insistir en la primacía y la supremacía de la Constitución por sobre los tratados internacionales de derechos humanos?; ¿por qué no resulta vinculante para el juez nacional, la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos frente a un conflicto normativo insalvable respecto de principios reglados por nuestra Constitución?

⁸⁶³ Hans KELSEN, *Teoría Pura...*, ob. cit., p. 79.

ámbitos o espacios con contenidos esenciales; que en modo alguno pueden faltar en un conjunto de disposiciones de máxima jerarquía, ya sean éstas escritas o consuetudinarias. A uno se lo conoce como “derecho constitucional de la libertad”, también como parte dogmática, el cual se integra con reglas, declaraciones, normas, garantías, principios y valores erigidos para regular la situación de los miembros de una sociedad dentro del Estado y frente a los distintos individuos que componen esa comunidad. Mientras que el otro ámbito conocido como “derecho constitucional del poder”, también individualizado como parte orgánica, se ocupa de la estructuración y funcionamiento del Estado, de establecer sus órganos, fijar sus funciones y regular las relaciones y controles entre los actores del poder⁸⁶⁴.

Estas dos clases de disposiciones, me refiero a las que se ubican tanto en la parte dogmática como en la orgánica, gozan del mismo valor y rango. Vinculado a este aspecto, resulta oportuno recordar que para VANOSI tendrían igual jerarquía “las que importan a la ‘sociedad’ como las relativas a la ‘estructura del Estado’”⁸⁶⁵.

En nuestra República, los convencionales originarios incorporaron en sendas partes de la Constitución, normas que sirvieron y sirven para otorgarle rigidez y jerarquía suprema y primacía normativa. En la primera, se destacaban los artículos 27, 30 y 31. En la segunda, los artículos 67 inciso 17, 86 incisos 2 y 4 y artículos 94 y

⁸⁶⁴ Para NINO la expresión “constitución” tiene la misma ambigüedad y vaguedad que la expresión “derecho” y la caracterización de su significado está sometida a idénticas pugnas. Explica que la principal controversia se da entre iusnaturalistas y positivistas, aunque resulta válido aclarar que existen muchas derivaciones de una y otra corriente. Aquí se pone como ejemplo a un positivismo “descriptivo”, para quien el derecho se refiere a un conjunto de normas que se diferencian “por ciertas propiedades fácticas como su aceptación por un grupo de órganos con acceso al aparato coactivo del Estado” (Carlos Santiago NINO, *Fundamentos de Derecho Constitucional*, tercera reimpresión, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2005, p. 15). Por otro lado, para el iusnaturalismo, es necesario formular un concepto “normativo” del derecho, el cual alude a las reglas que resultan convenientes o justas por parte de algunas personas en determinadas condiciones.

Vale decir que para el autor precitado existe un sentido “mínimo” y un sentido “pleno” del constitucionalismo. Este último, requiere no sólo que existan normas que organicen al Estado y regulen la relación entre gobernantes y gobernados, de algún modo resguardadas del proceso legislativo ordinario, sino también que se respeten ciertas exigencias vinculadas al procedimiento y contenido de las disposiciones que reglamentan las relaciones sociales. En esa línea de dirección, se afirma que éste es el sentido que refleja el artículo 16 de la “Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano” (1789): “una sociedad en la que la garantía de los derechos no está asegurada, ni la separación de poderes está determinada, no tiene constitución” (*ibidem*, p. 4). Agrega el convencional constituyente Alberto NATALE en relación al mencionado artículo 16: “Éste es el meollo del asunto. ¿Qué es la constitución? Es el estatuto de la libertad y del poder para asegurar dicha libertad, y esto fue visto con claridad por los franceses en aquel momento.

Si no está asegurada la separación de los poderes y la garantía de los derechos, no hay constitución. No sería constitución un estatuto, un código, una carta, o como se llamara, que implantase una dictadura o que impidiese la vigencia de los derechos fundamentales de las personas. Por eso la idea de constitución lleva anexa, necesariamente, la idea de derechos de las personas. Ésa es la razón por la cual los norteamericanos en 1787 no sintieron la necesidad de declararlo, porque entendían que eran implícitos de la naturaleza humana; pero después, por conveniencia práctica y para tenerlos explicitados, los incorporaron en las diez primeras enmiendas. Por eso también los franceses, cuando dictaron su última Constitución en 1957, ni siquiera se sintieron necesitados de incorporarlos al texto de su ley fundamental; les bastó con un brevisimo artículo que decía que Francia ratifica la declaración de 1789 y todas las que se hicieron después en ese país” (Alberto NATALE, *Diario de Sesiones...*, ob. cit., Biblioteca Honorable Congreso de la Nación, p. 2890).

⁸⁶⁵ Jorge Reinaldo A. VANOSI, *Teoría Constitucional...*, ob. cit., t. I, p. 18.

98⁸⁶⁶. Desde una visión real, la Constitución valía como consecuencia del juego armónico de aquellas disposiciones, de la hermenéutica que de ellos efectuaba la Corte Suprema de Justicia y por la costumbre -*secundum, praeter* e, incluso, en algún caso muy puntual y nímico, *contra constitutionem* derivada del ejercicio o práctica constitucional-.

En uno de sus artículos, el constituyente originario se refirió a tres tipos de preceptos, caracterizándolos como “supremos” y dispuso la preeminencia de este conjunto de “normas” por sobre las que dictaran los Estados provinciales. Además, exigió que las leyes, esto en sentido estricto, fueran consecuentes con la Constitución y que la regulación de los derechos, garantías y principios incorporados en la parte dogmática, no fuesen alterados por las disposiciones reglamentarias. A su vez, también obligó al gobierno federal a celebrar tratados para afianzar las relaciones de paz y comercio con otras potencias extranjeras, en tanto resultasen conformes a los principios de derecho público contenidos en la ley fundamental. Asimismo, trazó una separación clara entre el proceso legislativo ordinario y el ejercicio del poder constituyente reformador, ello con el fiel propósito de asegurar, a ultranza, la rigidez y supremacía de la carta magna. Insiste en este sentido BADENI en que el principio de supremacía es propio de las constituciones rígidas y es una consecuencia “de la división entre el poder constituyente y los poderes constituidos”⁸⁶⁷.

Por último, determinó que el poder judicial estuviese encabezado por una Corte a la que denominó “Suprema”, confiriéndole a este departamento del poder la misión, ineludible, de ser el guardián último de las normas superlativas como las constitucionales, las convencionales y las legales, otorgándole, a la par, facultades de control sobre el Congreso y el Presidente para evitar que se desviaran del cauce trazado por la Constitución. Los individuos nombrados para ser miembros de la Corte Suprema al asumir sus cargos deben prestar juramento de desempeñar sus funciones “administrando justicia bien y legalmente, y en conformidad a lo que prescribe la Constitución”⁸⁶⁸. En idéntica línea, el artículo 93 de la CN obliga al titular del Poder Ejecutivo “a observar y hacer observar fielmente la Constitución de la Nación

⁸⁶⁶ Véase Miguel Ángel EKMEKDJIAN, *Análisis pedagógico de la Constitución Nacional*, segunda edición, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1988, *passim*.

⁸⁶⁷ Gregorio BADENI, *Tratado de Derecho* ..., ob. cit., t. I, p. 243.

⁸⁶⁸ Constitución Nacional artículo 112. Resulta significativo recordar, que el Preámbulo de la Constitución exhibe relevancia jurídico-normativa y constituye una pauta insoslayable de orientación hermenéutica, hace ostensibles los valores supremos de nuestro Estado democrático de derecho y sienta los principios fundacionales de la Nación Argentina. Dicho de otra manera, conforma la antesala de los derechos, libertades y garantías que plasma nuestra ley fundamental, ostentando, ciertamente, un valor jurídico relevante que merece un justo realce. Además de contener, como párrafo final, la fórmula imperativa por la cual la Convención Constituyente ordena, a todos, el acatamiento de la Constitución sancionada. Las CSJN en Fallos 308:2268, sentencia del 27 de noviembre de 1986, “Sesean, Juan Baustista c. Zaks de Sesean, Ana María s/Inconstitucionalidad”, afirmó que: “la interpretación auténtica de la Constitución no puede olvidar los antecedentes que hicieron de ella una creación viva, impregnada de realidad argentina, a fin de que dentro de su elasticidad y generalidad siga siendo el instrumento de ordenación política y moral de la Nación [...] la Corte Suprema es el intérprete final de la Constitución. El ejercicio de esta función encuentra su cabal significado si se tiene en cuenta que aquella no proclama como principio único la soberanía popular (Preámbulo y art. 33) sino que en la segunda parte del art. 19 y en el art. 29, consagra el principio del estado de derecho, otorgando primacía a la ley como regla general y objetiva por sobre la voluntad subjetiva de los gobernantes” (voto del doctor Enrique Santiago Petracchi).

Argentina”, reconociéndola como norma suprema y fundante de todo el ordenamiento nacional.

Sintetizando, cabría coincidir con SANTIAGO en que toda constitución construye y ordena un sistema institucional de gobierno del país en el que rige, esto es, quién y cómo se manda; y también reglamenta el diseño de su ordenamiento normativo, esto es, quiénes y mediante qué mecanismo se crearán los preceptos normativos por los que se rige una Nación, y cuál es la jerarquía que van a ocupar cada uno de ellos en el sistema⁸⁶⁹.

El autor afirma que esta dimensión de la carta constitucional como *lex legum norma normarum*, fue puesta de manifiesto por KELSEN. Explica que el texto de la Constitución es el que establece los mecanismos en virtud de los cuales se crearán las normas de ese ordenamiento y la relación jerárquica que entre ellas van a guardar. RAZ recuerda que: “en un Estado de derecho ‘la propia creación del derecho ha de estar regulada y sometida al derecho’. La Constitución fija los procedimientos de creación y los límites de contenido que deberán observar todas las demás normas del sistema jurídico para ser consideradas como válidas. Ninguna de ellas podrá contradecir lo establecido en el texto de la propia Constitución”⁸⁷⁰.

1) La Constitución como norma fundante del ordenamiento jurídico nacional

La constitución, ello en el sistema jurídico global, es la expresión máxima de una sociedad políticamente organizada. Representa, dentro de la vida social, la recta estructura que sostiene y unifica el organismo. La constitución es algo más que la norma suprema del régimen local: “es el centro del ordenamiento jurídico, por donde pasan todos los hilos del derecho”⁸⁷¹.

En palabras de la Corte, la Constitución Nacional no es otra cosa que el pacto fundacional de la República⁸⁷² y, configura su diseño institucional. Se inclinó inicialmente hacia un escenario de legalidad en lo que respecta a la relación de la carta magna con otra de las normas supremas de la Nación: los tratados internacionales. La innovación constitucional de 1994, como se verá en este capítulo, no alteró, en lo más mínimo, la calidad de norma fundante de la Constitución argentina. El artículo 75 inciso 22, al conferir jerarquía constitucional a ciertos instrumentos internacionales en nada afectó aquel principio rector. Para PIZZOLO, la incorporación del mentado inciso, como atribución del Congreso, no debe entenderse como que se hubiera sacrificado la noción de supremacía constitucional o la calidad de “norma base” que exhibe la Constitución Nacional dentro del ordenamiento jurídico argentino. Pues los

⁸⁶⁹ Véase Alfonso SANTIAGO, “¿Desobediencia debida? ¿Quién tiene...”, ob. cit., p. 15.

⁸⁷⁰ *Ibidem*.

⁸⁷¹ Alejandro NIETO, “Peculiaridades de la norma constitucional”, *Revista de Administración Pública*, número 100-102, vol. I, enero-diciembre 1983, citado por Manuel ARAGÓN, *Constitución y Control del Poder*, Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1995, p. 102.

⁸⁷² CSJN, Fallos 315:71, caso “Apoderado de la Alianza ‘Unión de Fuerzas Sociales’ en su presentación -Circuito Bulnes- Depto. Río Cuarto (Junta Electoral Nacional)”, 1992.

instrumentos internacionales, ahora alcanzan casi la máxima jerarquía normativa, por una habilitación expresa de la misma Constitución. Fueron las propias disposiciones constitucionales las que invitaron a ciertos preceptos convencionales internacionales a compartir el orden jurídico interno, y no estos últimos, los que se impusieron en el rango constitucional o supraconstitucional. La Constitución sigue siendo, en esta idea, la norma fundante, esto es, el precepto normativo que configura todo el sistema y determina qué jerarquía tienen las disposiciones no constitucionales como las normas convencionales internacionales. De suyo, en esta particularidad, radica su calidad de “norma base y referencial” de todo el ordenamiento jurídico argentino⁸⁷³. Es la Constitución Nacional, con exclusión de todo otro precepto normativo, el que ordena el rango que ocupa cada una de las fuentes del sistema jurídico nacional.

Se puede reconocer a la Constitución argentina como la disposición que se instala en el origen de la totalidad de las normas que integran nuestro ordenamiento nacional, pues todo el derecho deriva de la Constitución. Para la tesis constitucionalista la primacía final en el ordenamiento jurídico argentino sigue siendo del precepto constitucional, respecto de otras disposiciones convencionales o de la interpretación que de ellas efectúen los tribunales internacionales de derechos humanos. El juez nacional, entonces, deberá resolver los conflictos normativos insalvables siguiendo este mismo criterio. Para ello, podrá apoyarse en diversos fundamentos que le brindan el derecho argentino y sus operadores. Entre otros, puede recurrir a los siguientes:

A) Supremacía constitucional sobre los tratados internacionales

La supremacía de la constitución es un instrumento de suma utilidad para limitar el ejercicio del poder a los detentadores de éste. El principio de supremacía constitucional exige tanto a gobernantes como a gobernados el deber de adecuar sus conductas a las reglas plasmadas en la carta fundamental, cuyo rango jurídico se encuentra por encima de las disposiciones normativas que pueden emanar de ellos. Desde luego quedan comprendidos dentro de este catálogo normativo, todos los instrumentos internacionales, aún los de derechos humanos con jerarquía constitucional, que deben adecuarse siempre a la Constitución argentina. “Caso contrario los gobernantes podrían modificar las reglas de juego fundamentales de una sociedad política, con su secuela de arbitrariedad e inseguridad en la regulación de las relaciones sociales”⁸⁷⁴.

Desde la entrada en vigor de la Constitución Nacional y hasta poco antes de la última de sus reformas la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a través de sus sentencias, colocó a los tratados internacionales en un escenario marcadamente legalista. Consideró que estaban en un plano de igualdad con las leyes de la Nación, en tanto los tratados hubieren cumplido los recaudos formales señalados por la carta

⁸⁷³ Véase Calogero PIZZOLO, *Constitución Nacional, anotada, comentada y concordada junto a los tratados internacionales con jerarquía constitucional y la jurisprudencia de los organismos internacionales de control*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2002, p. 393.

⁸⁷⁴ Gregorio BADENI, *Tratado de Derecho...*, ob. cit., t. I, p. 242.

magna. Vale decir, haber sido concluidos y firmados por el poder ejecutivo, conforme lo disponía el artículo 86, inciso 14 (actualmente artículo 99, inciso 11), aprobados posteriormente por una ley del Congreso de la Nación, tal como lo exigía el artículo 67, inciso 19 (actualmente artículo 75, incisos 22 y 24) y ratificados luego por el Presidente. En efecto, sin perjuicio de las objeciones que, a su tiempo, efectuó BARBERIS⁸⁷⁵, respecto de las atribuciones del Poder Legislativo para dejar sin efecto un tratado internacional celebrado por la República, resulta esclarecedor tener en cuenta la opinión de la Corte Suprema al analizar disposiciones legales que importaron la derogación de una convención internacional, su reforma o la imposibilidad cierta de cumplirla⁸⁷⁶.

Se debe recordar, que el cimero estrado federal sostuvo que los tratados internacionales y las leyes de la Nación conformaban el ordenamiento interno de la República y que, de los artículos 31 y 110 -actual 116- de la Constitución, no se desprendía la superioridad o prelación de unos sobre otros sino, contrariamente, una igualdad en cuanto a jerarquía de ambas fuentes⁸⁷⁷. Quedaba absolutamente claro que, a partir de aquella hermenéutica del artículo 31 de la Constitución Nacional, se colocaba a la ley de la Nación en un pie de igualdad frente a los tratados internacionales y, a ambas normas, subordinadas a la propia Constitución. Subraya GELLI, al respecto, que el artículo 31 declara la supremacía de la Constitución por sobre la totalidad del ordenamiento jurídico nacional. “Éste debe subordinarse a aquélla y no debe modificarla si no es por el procedimiento establecido en el artículo 30 de la Ley Suprema, disposición que crea el poder constituyente derivado y el modo y alcance de su ejercicio. Por disposición del artículo 27 de la Constitución, también los tratados de paz y comercio deben respetar el orden público establecidos en la norma base”⁸⁷⁸.

Tras esta breve introducción, es preciso evaluar ahora cuál debería ser el alcance de cada uno de aquellos artículos para concluir que la carta magna fue, y sigue siendo actualmente, la fuente más importante de nuestro ordenamiento jurídico y que la Corte federal debe ser, y valga la insistencia, su guardián e intérprete final; función ésta que le es propia de manera exclusiva, excluyente e indisponible.

Cabe tener presente que la legitimidad y estabilidad normativa que provoca la supremacía de la Constitución argentina se manifiesta en una supremacía material y otra formal. La primera se vincula con el contenido de una carta constitucional e implica la imposibilidad de la aplicación de normas en el derecho interno que se opongan a preceptos y objetivos de la Constitución. Desde la perspectiva de la supremacía formal, se puede sostener que ésta consolida la supremacía material al determinar cuáles serán los procedimientos que se deben observar para que las disposiciones normativas resulten válidas al ser consecuentes con la ley fundamental⁸⁷⁹. En esta línea expone SANTIAGO que: “la Constitución fija los procedimientos de creación y los límites de contenido que deberán observar todas las demás normas del sistema jurídico para ser consideradas válidas. Ninguna de ella

⁸⁷⁵ Véase Julio BARBERIS, *La Convención de Viena sobre el derecho de los tratados entre Estados y la Constitución Argentina*, Editorial Prudencia Juris, 1985-1986, pp. 185-187.

⁸⁷⁶ CSJN, Fallos 257:99, caso “Martín”, 1963; CSJN, Fallos 271:7, caso “Esso”, 1968.

⁸⁷⁷ Véase María Angélica GELLI, *Constitución de la Nación...*, ob. cit., p. 292.

⁸⁷⁸ *Ibidem*.

⁸⁷⁹ Véase Gregorio BADENI, *Tratado de Derecho...*, ob. cit., t. I, pp. 242-243.

podrá contradecir lo establecido en el texto de la propia Constitución”⁸⁸⁰. Sobre la base de la idea de jerarquía, la Constitución Nacional es superior frente a todas las normas, de modo que cualquier precepto contrario a ella podrá ser declarado inconstitucional y, en consecuencia, inaplicable al caso.

A continuación se explicará cómo contribuyen los distintos preceptos de la Constitución argentina para consagrar su supremacía. Estos artículos, del texto de la carta magna, serán evaluados en orden al peso que tienen con el propósito de consolidar tal principio. Comenzaré por el de mayor trascendencia.

i. Alcance del artículo 31 de la Constitución Nacional

La Constitución argentina sigue, en materia de supremacía, a su modelo inspirador; me refiero a la Constitución de Filadelfia de 1787. En efecto, se apoya en el artículo VI, segundo párrafo de la Constitución norteamericana, la cual expresamente dispone: “esta Constitución, las leyes de los Estados Unidos que en virtud de ella se promulgaren, y todos los tratados hechos, o que se hicieren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la suprema ley del país. Los jueces de cada Estado estarán obligados a observarla, aun cuando hubiere alguna disposición contraria en la Constitución o códigos de los Estados”. Sin embargo, la norma modelo, tuvo que ser interpretada por la Corte Suprema de Estados Unidos y se lo hizo de manera categórica mediante el famoso fallo “*Marbury versus Madison*” a través del voto de su presidente John Marshall, conforme analicé con anterioridad en el capítulo I.

Ahora bien, es también crucial e importante recordar que el artículo 31 del texto constitucional de 1853-1860, resuelve dos tópicos que si bien son distintos se encuentran ligados entre sí. Uno tiene que ver con la supremacía de la legislación federal sobre la provincial y, el otro, con el orden de prelación de las normas del ordenamiento jurídico el cual apunta a resolver el lugar concreto que ocupan y con qué jerarquía se ubican las disposiciones que lo integran. El precepto analizado -el cual permanece sin modificación expresa hasta el presente- predica que: “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 ella...”.

Este artículo, por sí solo, y además junto a otras que trataré específicamente más adelante, constituyen el núcleo central que consagra la supremacía de la Constitución Nacional⁸⁸¹.

⁸⁸⁰ Alfonso SANTIAGO, “¿Desobediencia debida? ¿Quién tiene... ob. cit., p. 15.

⁸⁸¹ GROS ESPIELL refiere que: “la expresión ley suprema en estas constituciones de Estados federales, como son México y la Argentina, no significa que tengan los tratados una jerarquía superior a las leyes federales, sino que la constitución, las leyes federales y los tratados ratificados y en vigor, forman el conjunto normativo que asegura la supremacía federal respecto de las constituciones y legislaciones de los estados federados o de las provincias” (Héctor GROS ESPIELL, “Los Tratados sobre Derechos Humanos y el Derecho Interno”, *Temas de Derecho Internacional en Homenaje a Frida M. Pfrter de Armas Barea*, R. Vinuesa editor, Fundación del Centro de Estudios Internacionales de Buenos Aires, Buenos Aires, 1989, p. 62).

El artículo 31 confiere a la Constitución, a las leyes de la Nación y a los tratados internacionales jerarquía de ley suprema de la Nación, prevaleciendo sobre el resto del ordenamiento nacional y de los ordenamientos provinciales. La Constitución, los tratados, las leyes dictadas por el Congreso de la Nación y el resto de las normas sancionadas por el gobierno nacional, constituyen el orden jurídico federal que resultan superiores respecto de los ordenamientos jurídicos provinciales si tales normas son dictadas de conformidad con la Constitución Nacional. Al respecto, sostuvo la Corte Suprema que: “no todas las leyes de la Nación por el simple hecho de ser tales, tendrán supremacía sobre las leyes provinciales [...] Una ley nacional puede o no ser constitucional frente a una ley de una provincia que si lo es; en ese supuesto, tiene supremacía la segunda. La supremacía final, en tal caso, es siempre de la Constitución”⁸⁸².

Cabe preguntarse: ¿la enumeración del citado artículo 31 implica estrictamente fijar un orden de prioridad normativo en el derecho constitucional argentino? Antes de la innovación constitucional de 1994 no cabía duda alguna que la supremacía de la Constitución era evidente de la lectura del precepto, pues los tratados eran igualados jerárquicamente a la ley (conforme interpretación de la Corte Suprema), y el artículo 31 CN exigía adecuación de las leyes a la carta constitucional al disponer que aquéllas sean consecuentes con el texto de máxima jerarquía. De ahí, se podría inferir que si se requería adecuación de ley a la Constitución lo mismo podía pedirse de un instrumento de idéntico rango a la ley, como era el caso de los tratados internacionales.

ii. Interpretación armónica de los artículos 27 y 31 de la Constitución Nacional

A este respecto sostuvo SÁNCHEZ VIAMONTE que el artículo 31 de la norma fundante vino a colocar en un pie de igualdad, a la ley y los tratados internacionales que celebraba el poder ejecutivo con las potencias extranjeras, a instancias de las facultades regladas por los artículos 86, inciso 14 y el artículo 67, inciso 19. No obstante, afirmaba el doctrinario que: “todos estos tratados o convenciones de carácter internacional [debían] ser celebrados con sujeción a los principios de derecho público que caracterizaban la forma republicana de gobierno, tal como ella resultaba adaptada a nuestro país por la Constitución en el conjunto armónico de sus disposiciones correlacionadas entre sí (artículo 27)”⁸⁸³.

El más alto tribunal señaló con claridad meridiana, que al no existir fundamento normativo para atribuir preeminencia a la ley o al tratado, que regía el principio en virtud del cual la norma posterior derogaba a la anterior. De ahí, que resultara factible, para el cimero estrado, la supresión de un tratado por medio de una ley sancionada y promulgada con posterioridad⁸⁸⁴.

⁸⁸² CSJN, Fallos 186:170, caso “Bco. de la Prov. de Bs. Aires c/ Nación”, 1940.

⁸⁸³ Carlos SÁNCHEZ VIAMONTE, *Manual de Derecho Constitucional...*, ob. cit., p. 95.

⁸⁸⁴ Al referirse a esta etapa histórica del ordenamiento jurídico local, indicaba el Ministro Fayt en el precedente “Simón” que: “la Corte Suprema sentó las bases de su doctrina sobre la relación entre el derecho interno y el derecho internacional. Allí se estableció que ni el art. 31 ni el 100 (actual 116) de la Constitución Nacional atribuyen prelación o superioridad a los tratados con las potencias extranjeras, respecto de las leyes válidamente dictadas por el Congreso de la Nación y que, por tal razón, no existía fundamento normativo para acordar prioridad de rango a ninguno. Se seguía de lo dicho que respecto de

Aquella doctrina judicial fue incorrectamente alterada por la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (aprobada por la ley 19.865 del 3 de octubre de 1972, y que entró en vigencia el 27 de enero de 1980), la cual en su artículo 27 establece, categóricamente, la primacía del derecho internacional sobre el derecho interno. Sin embargo, tal relevancia, no puede entenderse como que el derecho internacional esté por encima de la Constitución, cuyas normas podría derogar o modificar. En sí, esta conclusión encierra una contradicción lógica que será expuesta oportunamente.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, el 5 de diciembre de 1983, hizo suya la opinión del Procurador General de la Nación, y sostuvo que: “los tratados internacionales no prevalecen en nuestro derecho constitucional sobre la Constitución Nacional, porque la rigidez de ésta no tolera que normas emanadas de los órganos del poder constituido la alteren o violen, pues ello equivale a reformarla y porque el artículo 27 es terminante en exigir que los tratados estén de conformidad con los principios de derecho público de la Constitución”⁸⁸⁵.

El pronunciamiento de nuestra Corte de aquel año resulta esclarecedor para entender por qué, para uno de los más destacados constitucionalistas, el tratado celebrado por nuestros representantes en los términos de los antiguos artículos 86 inciso 14 y 67 inciso 19, debía estar de conformidad con los principios de derecho público establecidos en la ley fundamental, incluso, la mismísima Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

Bajo estas premisas, BIDART CAMPOS expuso, en un texto del año 1966, que nuestra Constitución no se refería de modo expreso, como sí lo hacían otras constituciones, al derecho internacional para tenerlo por incorporado al derecho nacional. Sólo el artículo 31 incluía, como un fragmento del derecho federal, a una parte del derecho internacional, que era el generado a través de los tratados. Para el autor mencionado, ya en esos años, el tratado se conformaba como un acto federal complejo, que requería el concurso de dos departamentos del poder: uno que lo firmaba y concluía (el presidente) y otro, que lo aprobaba o desechaba (el Congreso de la Nación). Luego seguía la ratificación en sede internacional y, a partir de ese acto, el tratado quedaba incorporado de manera automática al derecho nacional. Entonces, ¿cuál era la jerarquía con la cual, para el notable constitucionalista, penetraba esta fuente del derecho al sistema jurídico nacional? Quedaba claro que lo hacía en un escenario de infraconstitucionalidad. Por entonces, BIDART CAMPOS al referirse al

ambas clases de normas, en cuanto integrantes del sistema jurídico interno de la República, el principio con arreglo al cual las normas posteriores derogan a las anteriores. En su expresión clásica: *leges posteriores priores contrarias abrogant*. Como consecuencia necesaria de la igualdad jerárquica señalada también la doctrina y jurisprudencias norteamericanas ‘citadas en el fallo en cuestión’ han admitido desde antiguo la aplicación de este principio”. CSJN, “Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la Libertad”, Fallos 328:2056, caso “Simón”, 2005, considerando 51, voto en disidencia del doctor Fayt.

Es dable aclarar que la supremacía constitucional no sólo imponía un orden de prelación de la norma constitucional, por sobre la leyes que dictaba el Honorable Congreso, sino también del propio texto surgía la primacía de éstas por sobre los reglamentos que dictaba el poder ejecutivo nacional. En este sendero, el artículo 86 inciso 2 establecía que el poder ejecutivo: “expide las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación, cuidando de no alterar sus espíritu con excepciones reglamentarias”.

⁸⁸⁵ CSJN, Fallos 305:2150, caso “Cabrera”, 1983.

lugar jerárquico que ocupaba este tipo de instrumentos en el ordenamiento local, sostuvo: “pero se incorpora en un plano subordinado a la Constitución; o sea, que no puede contrariarla; y si está en contra de ella, es inconstitucional. Ni siquiera en tiempos de guerra puede aceptarse un tratado que sea opuesto a la Constitución. Y ello en base a dos argumentos: a) el tratado que emana de órganos del poder constituido, no puede prevalecer sobre la Constitución emanada del poder constituyente; si es incompatible con ella, implica una modificación inválida e inconstitucional a la constitución; y, b) el [artículo] 27 obliga al gobierno federal a afianzar sus relaciones de paz y comercio con otros estados, mediante tratados ‘que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta constitución’. O sea, que la constitución es suprema siempre”⁸⁸⁶.

La posición defendida, entonces, es consecuente con la opinión de GELLI, en tanto afirma que la Constitución histórica asumió enérgicamente el principio de supremacía constitucional que por armonización de los artículos 27 y 31 colocaba al texto constitucional en la cúspide del ordenamiento argentino, prevaleciendo sobre todo el orden jurídico interno⁸⁸⁷. Para GELLI, el artículo 31 incorpora dos principios esenciales al ordenamiento nacional: el de supremacía y el de jerarquía de fuentes⁸⁸⁸.

Esa cúspide triangular, conforme lo dispone el mentado artículo, sólo determina la superioridad de la Constitución respecto de las leyes que dicta el parlamento argentino, tanto las de carácter común como las de naturaleza federal. La voz “que en su consecuencia se dicten por el Congreso” conlleva la idea que los legisladores nacionales no podrían dictar leyes inconsecuentes o contrarias a las declaraciones, derechos y garantías contenidos en el texto constitucional. También contribuye a consolidar esta supremacía, la regla incorporada al artículo 28 en tanto garantiza la inalterabilidad de los principios, derechos y garantías por la vía de la reglamentación legislativa.

Este precepto, cuenta con un interesante antecedente que sirve para comprender, a cabalidad, los alcances de otro de los artículos de la ley fundamental, que se consideran claves para saber si posee mayor valor jerárquico, en términos de su rango normativo, un tratado o la Constitución. A propósito de ello, el artículo 23 del proyecto de Alberdi, específicamente, impedía que las leyes o los “tratados” celebrados con potencias extranjeras alteraran principios de derecho público establecidos en la Constitución Nacional. Aquel documento expresaba: “las leyes y los tratados reglan el ejercicio de estas garantías sin poderlas alterar ni disminuir”⁸⁸⁹.

Esta disposición, junto al artículo 35, conformaron los cimientos del actual artículo 27 de la ley suprema, el cual constituye la norma complementaria de los

⁸⁸⁶ Germán J. BIDART CAMPOS, *La Constitución Argentina*, Ediciones Lerner, Buenos Aires, 1966, p. 28. Véase también Segundo V. LINARES QUINTANA, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, Editorial Alfa, Buenos Aires, 1953, t. II, pp. 363, 367 y ss. Además, aclaraba el maestro BIDART CAMPOS que a su juicio “la celebración de un tratado contrario a la Constitución puede aparejar responsabilidad internacional de nuestro Estado aunque en el orden interno el tratado sea declarado inconstitucional”.

⁸⁸⁷ Véase María Angélica GELLI, *Constitución de la Nación Argentina...*, ob. cit., p. 244.

⁸⁸⁸ Véase *ibidem*.

⁸⁸⁹ Manuel José GARCÍA MANSILLA, Ricardo PÉREZ CALVO, *Las Fuentes de la Constitución...*, ob. cit., p. 304.

artículos 28 y 31 para determinar que los tratados siempre se ubicaron por debajo de la Constitución⁸⁹⁰.

El reciente pronunciamiento de nuestro encumbrado estrado en los autos “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/Informe sentencia dictada en el caso ‘Fontevicchia vs. Argentina’ por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”⁸⁹¹, fechada el 14 de febrero de 2017 ratificó, por mayoría, la supremacía de los principios de derecho público mencionados por el artículo 27 de la Constitución por sobre los derechos consagrados en los tratados internacionales. Expresamente se indicó: “estos principios reseñados se traducen en el modo en que deben ser interpretadas las obligaciones asumidas por el Estado argentino. El constituyente ha consagrado en el artículo 27 una esfera de reserva soberana, delimitada por los principios de derecho público establecidos en la Constitución Nacional, a los cuales los tratados internacionales deben ajustarse y con los cuales deben guardar conformidad (Fallos 316:1669; entre otros)”⁸⁹².

Luce claro que, para el constituyente originario, los tratados internacionales se deben subordinar siempre a los principios de derecho público contenidos en la Constitución, a toda la Constitución tanto la que conforma el derecho constitucional de la libertad, como la que integra el derecho constitucional del poder. Respecto del real alcance del artículo 27 la tesis coincide con la postura del profesor SANTIAGO, quien sostiene: “...los tratados internacionales que celebre el Estado argentino, han de ser para su validez, conformes con las disposiciones de su Constitución. Entre esos principios se encuentran el de supremacía y rigidez constitucional”⁸⁹³.

En igual sentido se manifiesta GELLI, al indicar que los límites que nuestro ordenamiento jurídico imponen para la celebración de tratados internacionales se encuentran reglados por el artículo 27 de la CN, el cual remite expresamente al derecho público constitucional. Asimismo, se encuentra sujeto a las disposiciones del artículo 31 y por el artículo 30, dado que cualquier alteración al sistema de supremacía constitucional vulneraría, lisa y llanamente, la división de poderes entre el poder constituyente y los poderes constituidos⁸⁹⁴.

En referencia concreta al argumento que formula la tesis internacionalista en relación a que el artículo 27 sólo se refiere a los tratados de paz y comercio, no así a los de derechos humanos, se coincide con BIDART CAMPOS en tanto sostiene que la fórmula del mentado precepto constitucional no puede limitarse a los tratados a los que alude expresamente “sino que configura un principio básico y general de nuestro derecho constitucional [...] Por todo ello, decimos que la supremacía de la Constitución no cede al derecho internacional público -ni convencional ni consuetudinario-”⁸⁹⁵.

⁸⁹⁰ Véase Salvador María LOZADA, *La Constitución Nacional Anotada*, APL Editor, Buenos Aires, 1961, pp. 75, 76.

⁸⁹¹ CSJN, Fallos 340:47, caso “Ministerio de Relaciones Exteriores”, 2017.

⁸⁹² *Ibidem*, voto concurrente de la mayoría, jueces Highton de Nolasco, Lorenzetti y Rosenkrantz, considerando 16.

⁸⁹³ Alfonso SANTIAGO, “¿Desobediencia debida? ¿Quién tiene...”, ob. cit., p. 15.

⁸⁹⁴ Véase María Angélica GELLI, *Constitución de la Nación Argentina...*, ob. cit., p. 324

⁸⁹⁵ Germán J. BIDART CAMPOS, *Manual de derecho...*, ob. cit., 1974, p. 70.

Por último, cabe señalar que, respecto a la incorporación automática del derecho de gentes, en un sistema monista atenuado como el argentino, el imperio del artículo 27 CN hace prevalecer el texto constitucional sobre el mentado *ius cogens*. Es preciso recordar, en esta línea, lo expuesto en “Arancibia Clavel”⁸⁹⁶ por uno de los integrantes del máximo estrado local. Es interesante ver cómo el juez VÁZQUEZ avanza sobre la supremacía del texto constitucional por sobre las normas consuetudinarias contenidas en el derecho de gentes. Sostuvo además, que no es cierto que la letra del artículo 118 de la ley fundante, estatuya preeminencia al derecho de gentes sobre las propias normas constitucionales. Ello no surge de la Constitución Nacional, ya sea de su texto original ni de alguna de sus reformas. En síntesis, el juez de la Corte subraya que, conforme resulta de lo reglado por el artículo 118 de la CN, existe una relación armónica de éste “con el artículo 27 de la ley fundamental. De esa forma, se marca el respeto por la jerarquía normativa, subordinando el derecho de gentes a la aplicación de las normas fundamentales de la carta esencial, y al ser ello así, el *ius cogens* sólo podrá aplicarse en la medida que no las contradigan”⁸⁹⁷.

B) Primacía del poder constituyente sobre el poder constituido

La carta constitucional argentina distingue en el Preámbulo los tres sujetos del poder constituyente originario: los representantes del pueblo de la Nación Argentina, reunidos en un Congreso General Constituyente a instancia de la voluntad y la elección de las provincias que lo integran. “Cada una de estas entidades históricas, sociológicas y jurídicas hacen parte del poder constituyente que creó el Estado Federal”⁸⁹⁸. De esta manera, tanto el Preámbulo como el artículo 30 de la Constitución, incorporan el poder constituyente en sus dos versiones: originario y derivado. Simétricamente, plasman la división de poderes propia del sistema Republicano y la separación del poder constituyente con el poder constituido, merced a la relación de aquellas disposiciones con los artículos 75, 99, 116 y 117. Esta división, al decir de GELLI, y como se indicó en esta parte del trabajo, proporciona una de las justificaciones del control de constitucionalidad en virtud del principio de supremacía

⁸⁹⁶ CSJN, Fallos 327:3312, caso “Arancibia Clavel, 2004.

⁸⁹⁷ *Ibidem*, juez Vázquez, su disidencia considerando 25. Para este magistrado, en principio, el artículo 118 de la Constitución Nacional, es claro pues se refiere al derecho de gentes para establecer el modo en que serán juzgados los delitos cometidos en el exterior, en contra de sus disposiciones. Para el entonces juez de la CSJN, de ningún modo se podría otorgar al *ius cogens* jerarquía constitucional, pues nada dice, al respecto, el artículo 75 inciso 22 de la carta constitucional y, además, la ley 48 en su artículo 21 lo relega a una posición jerárquica que lo ubica por debajo de la Constitución, los tratados, las leyes nacionales y provinciales. No obstante, recuerda el ministro Vázquez, que la CSJN interpretó que el artículo 118 *ejusdem* regula la modalidad de los juicios criminales. Es decir, los que se derivan de los *delicta iuris gentium*, dejando constancia que, el mentado precepto, impone un mandato al legislador ordinario: la sanción de una ley especial que establezca el lugar en que habrá de celebrarse el juicio. De ahí que, a falta de ley especial que prevé la norma constitucional, para los hechos materializados en el extranjero, el *ius cogens* resulte, en principio, inaplicable. Para el juez Vázquez, una hermenéutica a contrario *sensu* traería como resultado una conclusión dogmática que se apartaría del sentido literal del verdadero alcance que la Corte le confirió al precepto constitucional.

⁸⁹⁸ *Ibidem*, p. 340.

constitucional consagrado en los artículos 31 y 75 inciso 22 y 24 sobre jerarquía de los tratados⁸⁹⁹.

Al momento de caracterizar a la Constitución originaria, se expresó cuál era la relación entre poder constituyente y poder constituido; qué facultades tenía la asamblea constituyente reformadora en las constituciones de tipo racional-normativo; cuáles eran los límites del Congreso argentino en materia de reforma constitucional, etcétera. También, como se hizo notar en esa primera parte de la investigación, la Constitución argentina, antes de la reforma de 1994, era, además de suprema, extremadamente rígida y, ello, en esencia, por imperio de su artículo 30. Es este artículo de la Constitución Nacional el que, principalmente, determina su carácter rígido al diseñar un mecanismo especial para su reforma.

Conforme lo concibe, los poderes constituidos no tienen la capacidad de modificar el texto constitucional, ni pueden avanzar en sus decisiones más allá de los límites que imponen los preceptos constitucionales. Por lo tanto, es dable sostener que: “los órganos de gobierno no podrían firmar, aprobar ni ratificar ningún tratado internacional que contrarié la constitución, ni los jueces pueden aplicar ninguna norma o criterio jurisprudencial contrario a sus disposiciones. Quebrar el principio de la supremacía y rigidez constitucional significaría afectar las bases mismas del sistema institucional y jurídico, ya que los poderes constituidos podrían directa o indirectamente dejar sin efecto las reglas que les ha impuesto el poder constituyente”⁹⁰⁰.

Así, la arquitectura constitucional, proyectó un modelo donde se erigieron límites al ejercicio y conformación de los poderes constituyentes reformadores y a los órganos que integran al poder constituido. Cada uno de estos espacios, más allá de poderes implícitos, tenían expresas atribuciones que les otorgaba la Constitución Nacional. Se puede afirmar que, fuera de estos límites constitucionales, el obrar de dichos órganos del poder estatal carecen de validez.

Es evidente entonces, que existe una suerte de primacía del poder constituyente sobre el poder constituido. De ahí puede sostenerse, como se explicará a continuación con mayor amplitud, que cualquier reforma constitucional que se habilite sin seguir el mecanismo reglado por su artículo 30 se encontrará viciada en sus orígenes y por ello tachada de inconstitucional. Es evidente que, la tarea de modificar el texto de la constitución se encuentra vedada al legislador ordinario o a cualquiera de quienes conforman el poder constituido. Es ésta una facultad que nuestros convencionales originarios reservaron, de manera exclusiva y excluyente, a una Convención convocada al efecto. Ni el Congreso de la Nación, ni el poder ejecutivo están por sobre la convención, como el mandante sobre el mandatario. Todo lo contrario, es la convención la que sanciona las normas constitucionales a las cuales han de ajustarse los poderes constituidos. Por otro lado es imposible que un tratado de cualquier tipo, como acto o producto del poder constituido, pueda reformar la Constitución Nacional, que es obra o producto, exclusivo, del poder constituyente originario o derivado.

EKMEKDJIAN, tomando las ideas de SIEYÈS, concibe que el poder constituyente es la facultad que tiene el pueblo soberano de otorgarse sus propias instituciones, de organizarse políticamente, de fijar los límites al ejercicio del poder, establecer

⁸⁹⁹ Véase *ibidem*.

⁹⁰⁰ Alfonso SANTIAGO, “¿Desobediencia debida? ¿Quién tiene..., ob. cit., p. 15.

mecanismos de control, de frenos y contrapesos, de establecer cómo deben relacionarse los detentadores del poder con los gobernados, etcétera. “El único que tiene legitimidad para ejercer el poder constituyente es el pueblo, es decir, la comunidad política, ya sea que pretenda organizarse por primera vez o bien para reformar su organización. Nadie aunque ejerza el poder efectivamente, está legitimado para reemplazar a su titular nato que es aquél”⁹⁰¹.

La calidad de metanorma que se le atribuye al artículo 30 CN traerá como consecuencia que, incluso, las normas constitucionales, incorporadas a instancias de una reforma que las hayan infringido, resultarán, a juicio de esta tesis, sin valor alguno.

i. Alcances del artículo 30 de la Constitución argentina

Juan Bautista ALBERDI en sus *Bases y puntos de partida para la organización política del Río de la Plata*, recomienda la creación de un sistema con un órgano especial para la sanción de la Constitución Nacional: la Convención Constituyente. El artículo 37 del proyecto de referencia decía lo siguiente: “la Constitución es susceptible de reformarse en todas sus partes; pero ninguna reforma se admitirá en el espacio de diez años”. Esta norma, para algunos constitucionalistas tiene grandes parecidos con el artículo 30 del texto originario de 1853⁹⁰².

Asimismo, el artículo 38 de aquel proyecto expresaba: “la necesidad de la reforma es declarada por el Congreso permanente, pero sólo se efectúa por un Congreso o Convención convocado al efecto”. Resulta evidente, que en este precepto se contemplaba, con claridad, aquello que dispone en la actualidad el artículo 30 de nuestra ley fundamental. Por último, el artículo 39 termina de completar el instituto al referir: “es ineficaz la proposición de reforma que no es apoyada por dos terceras partes del Congreso o por dos terceras partes de las legislaturas provinciales”.

Con ALBERDI se instala la idea de que las convenciones especiales van a ser las únicas competentes para proceder a reformar la Constitución, principio que se plasmaría en el texto originario de 1853 y que se mantendría luego de la reforma de 1860, año en el que se completó el proceso de unión nacional con la incorporación de Buenos Aires al reasumirse el poder constituyente originario. El Pacto de San José de Flores fijó un acuerdo entre la Confederación y el Estado de Buenos Aires, en el cual se respetó un mecanismo para la sanción de las enmiendas que habían propuesto los convencionales bonaerenses y, que, posteriormente, resultaron aceptadas en casi su totalidad por la Convención Nacional *ad hoc*, conforme fuera denominada la convención del año 1860.

A partir de ese momento histórico, todas las reformas constitucionales fueron convocadas bajo el trámite que regula el proceso de formación y sanción de las leyes previsto en nuestra carta magna. Sin perjuicio de que el artículo 30 se refiere al acto de la declaratoria que debe efectuar el Congreso para dar inicio al proceso denominado como etapa preconstituyente. Muchos especialistas del derecho constitucional

⁹⁰¹ Miguel Ángel EKMEKDJIAN, *Tratado de Derecho Constitucional...*, ob. cit., p. 152.

⁹⁰² Véase *ibidem*, p. 179.

“confunden esa expresión con lo que constituye la única forma de manifestación de imperio de un poder del Estado, que es el acto legislativo y jamás un mero acto declarativo. Ésa es al menos mi opinión aunque admito que discrepo en este sentido con calificadísimos autores del derecho constitucional argentino”⁹⁰³.

Lo cierto es que, todo proceso de reforma constitucional, cualquiera fuere el modo en que se lleve a cabo, importa una acción marcadamente política al poner en funcionamiento la dimensión arquitectónica de aquélla. Como expresa GELLI “aun si la reforma fuese parcial, o comprendiera el alcance y límites de los derechos y garantías, toca de modo directo o indirecto, pero siempre significativo, el sistema político global”⁹⁰⁴. Al respecto, Antonio María HERNÁNDEZ, manifestó en referencia al carácter de aquel acto del Congreso: “La mayoría de la doctrina sostiene que también le corresponde una función preconstituyente y de naturaleza política. Los autores en su gran mayoría sostienen en consecuencia que el proceso del artículo 30, referido a la declaración de necesidad de la reforma, no se hace por medio de una ley sino a través de un declaración de carácter político y preconstituyente. Ésta es la opinión de José Manuel ESTRADA, Joaquín V. GONZÁLEZ, Juan GONZÁLEZ CALDERÓN, Germán BIDART CAMPOS, Jorge Reinaldo VANOSI y Carlos SÁNCHEZ VIAMONTE, entre otros”⁹⁰⁵.

En oportunidad de discutirse la aprobación del reglamento de la Honorable Convención Constituyente de 1994, el convencional CARDESA sostuvo que, existían tres tipos posibles de hermenéutica respecto del artículo 30, a partir de lo sustentado por los convencionales hasta entonces: a) La primera tesis postula que el Congreso sólo se limita a declarar la necesidad de reforma y luego la Convención Constituyente tiene absoluta libertad de avanzar en cualquiera de los puntos que entienda es necesario reformar, dado su carácter soberano; b) Una segunda posición, que él califica como la que cuenta con mayor respaldo en la doctrina constitucional, importa que el Congreso en la etapa preconstituyente declara la necesidad de reforma total o parcial, fija los artículos o materias susceptibles de ser modificados; la Asamblea Constituyente determina si se expide o no en torno de los asuntos sometidos a revisión; y, c) Una tercera posición sostiene que el Congreso establece los contenidos de la reforma, fija plazos para el funcionamiento de la Convención; en fin, convierte a este honorable cuerpo en un mero órgano refrendatario de la ley que declaró la necesidad de la reforma⁹⁰⁶.

⁹⁰³ *Ibidem*. Es interesante la aclaración que al respecto formula el convencional BARRA al explicar conforme doctrina de un destacado administrativista que en realidad la declaración de la necesidad de reforma constitucional es un acto institucional. “En realidad ese instrumento constituye un acto institucional que tiene forma de ley. Así lo indica el profesor MARIENHOFF al señalar que se trata de un acto institucional. Por eso se establece un proceso especial para su discusión y sanción que no es -ni puede serlo- exactamente el de las leyes. /Por esa razón, le pido a quienes cuestionaron este punto a lo largo del debate que analicen si la mayoría que establece la Constitución para el régimen de insistencia podría aplicarse a la sanción de un instrumento que para su sanción original requirió del apoyo de los dos tercios de la totalidad de los miembros del Congreso” (Rodolfo C. BARRA, *Diario de Sesiones...*, ob. cit., p. 294).

⁹⁰⁴ María Angélica GELLI, *Constitución de la Nación Argentina...*, ob. cit., p. 340.

⁹⁰⁵ Antonio María HERNÁNDEZ, *Diario de Sesiones...*, ob. cit., p. 919.

⁹⁰⁶ Agrega el convencional citado: “Es cierto también -se lo ha dicho sobradamente en esta Convención- que el artículo 30 tiene numerosas interpretaciones. Las hemos observado antes de la firma del Pacto, antes de que se comenzara a discutir la ley, y ha rondado durante el debate que estamos manteniendo en esta convención constituyente. En este sentido, por lo menos existen tres interpretaciones: la primera ha

La numerosa doctrina de los juristas, a la que se ha hecho referencia, da sustento a la tesis constitucionalista. A modo de ejemplo, sostiene el profesor SANTIAGO que: “la Constitución es la fuente de legitimidad de las atribuciones reconocidas a los poderes constituidos y a la par constituye para ellos un límite infranqueable. Desconocer en algún punto dichos límites sería serruchar la rama en la que ellos fundan su propia autoridad”⁹⁰⁷. Exploraré ahora esas fronteras que erigieron nuestros constituyentes nacionales.

ii. Límites a las facultades del poder constituyente reformador

En nuestro sistema federal, salvo la excepción prevista en el artículo 75 inciso 22 -introducida, muy probablemente, en transgresión a lo reglado por el artículo 30 de la Constitución Nacional y lo dispuesto en la ley que declaró la necesidad de reforma 24.309-, el Congreso no puede proceder a reformar la Constitución Nacional. Para ello, existe una disposición en la primera parte del texto supremo, que regula el formato para proceder a su reforma total o parcial y se distinguen dos momentos que se conocen como etapas preconstituyente y constituyente propiamente dicha. En cada uno de estos momentos juega un rol destacado el Congreso, al declarar la necesidad de reforma, al establecer los tiempos en que se debe efectuar y los tópicos o artículos sujetos a modificación⁹⁰⁸. Luego, en la segunda de las instancias, interviene la asamblea constituyente elegida al efecto, con el propósito de analizar si reforma, o no,

sido desarrollada magníficamente -en mi opinión- por el señor convencional por la Unión Cívica Radical -que es independiente- de la provincia del Chubut, quien nos planteó la concepción más amplia de la visión del artículo 30, según la cual el Congreso ni siquiera puede establecer limitación temática alguna.

La segunda interpretación es más general y es avalada por casi todos los autores que se han citado. Según ella, la potestad que el artículo 30 de la Constitución establece al poder preconstituyente -esto es al Congreso-, simplemente se limita a la mención de los artículos o de los temas a reformar, y si dicha reforma va a ser total o parcial. Asimismo, el señor convencional de la Unión Cívica Radical por Chubut nos explicó con claridad que, debido a estas numerosas interpretaciones, las constituciones provinciales que las siguieron en el tiempo debieron aclarar definitivamente los textos. Si me permiten voy a leer la de mi provincia -Buenos Aires-, que en su artículo 192 indica: ‘Esta Constitución sólo podrá ser reformada por el siguiente procedimiento’; Menciona dos, pero voy a leer el primero, que es el que nos interesa. Dice así: ‘el proyecto de reforma será tramitado en la forma establecida para la sanción de las leyes, debiendo contar con el voto afirmativo de dos tercios del total de los miembros de ambas Cámaras para ser aprobado. La ley indicará si la reforma será total o parcial y, en este último caso, las partes o los artículos que serán reformados’. Por lo tanto, considero que no es de buena doctrina hacerle decir al artículo 30 de nuestra Constitución lo que no dice.

Ahora bien, existe otra interpretación, la que ha esgrimido en este Honorable Cuerpo el bloque mayoritario. Parafraseando a un autor popular, diría que este artículo 30 ha servido tanto para un barrido como para un fregado. Pero pasemos a lo que establece la ley 24.309. Esta norma ha determinado cuáles serán los contenidos de la reforma, ha fulminado con nulidades de antemano, ha fijado plazos para el funcionamiento de la Convención, en fin, ha vaciado a este honorable cuerpo de su finalidad específica y tiende a convertirlo en un mero órgano refrendatario de la ley que, a tenor de lo que señala la metanorma del artículo 30, solamente debía declarar la necesidad de la reforma”.

⁹⁰⁷ Alfonso SANTIAGO, “¿Desobediencia debida? ¿Quién tiene...”, ob. cit., p. 15.

⁹⁰⁸ Véase CSJN, Fallos 322:1616, caso “Fayt, Carlos Santiago c/ Estado Nacional s/ proceso de conocimiento”, 1999. Sostuvo al respecto que: “la declaración por el Congreso de la necesidad de reforma bajo las condiciones que expresa el texto de la Constitución, es un acto del poder preconstituyente”, voto de la mayoría integrada por los jueces: Nazareno, Moliné O'Connor, Belluscio, Boggiano, López, Bossert, Vázquez. Abstención: Fayt, Petracchi.

los puntos declarados como modificables y, eventualmente, si aprueba, o no, los nuevos artículos a ser incorporados a la Constitución. Este proceso, reglado para habilitar y concretar la reforma, convierte a la Constitución argentina en una carta de tipo rígido, donde, el procedimiento se agrava respecto del trámite ordinario de sanción de las leyes “para evitar que la Constitución pueda reformarse sin la necesaria reflexión cediendo a un impulso momentáneo que puede traer perjuicio al país”⁹⁰⁹.

Para el constitucionalismo clásico, y más aún, para las constituciones conceptualizadas como preponderantemente de tipo racional-normativas, el sujeto detentador de la soberanía será el pueblo, quien se expresará de manera colectiva a través del poder constituyente conformado con representantes elegidos directamente por el mismo pueblo soberano⁹¹⁰. Refiere SANTIAGO que: “el ejercicio del poder constituyente, mediante el dictado de una Constitución, constituye la instancia política y jurídica suprema en una democracia constitucional”⁹¹¹.

Como se dijo, el poder constituyente reformador o derivado es aquél encargado de modificar la constitución conforme al procedimiento prefijado para esa labor. Es preciso tener en cuenta que las cartas fundamentales como la argentina requieren, para la existencia y funcionamiento de este poder, el cumplimiento de recaudos puntuales que en unos casos son dispuestos de manera expresa por la Constitución y, en otros, determinados por la costumbre y los precedentes generados a merced de las sucesivas reformas que se efectuaron. SÁNCHEZ VIAMONTE expuso que el poder constituyente originario se desenvuelve sin limitación alguna; en cambio, el poder constituyente, que se pone en funcionamiento en lo que podríamos denominar como etapa de continuidad, se encuentra condicionado jurídicamente por sí mismo, por la incidencia de una constitución anterior a la que debe respetar como autolimitación hacia el futuro⁹¹². De ahí que se considere inexistente el ejercicio del poder constituyente derivado en los supuestos donde se efectúan reformas constitucionales que no acaten los mecanismos formales preestablecidos. Tampoco cabe asignarle validez a los casos de ruptura del orden constitucional⁹¹³.

Al atender el segundo de los supuestos, que observa las directivas dadas por la costumbre constitucional para habilitar el ejercicio del poder constituyente derivado, y en consecuencia la reforma de la ley mayor, es menester detenerse en uno de los

⁹⁰⁹ Miguel A. EKMEKDJIAN, *Análisis pedagógico de la Constitución Nacional*, segunda edición, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1988, p. 55.

⁹¹⁰ Prieto SANCHÍS, sostiene que: “la idea de poder constituyente o de soberanía popular sobre la que descansa la constitución puede ser vista como una traslación de la vieja soberanía ilimitada, *legibus solutus*, de manera que el constitucionalismo representaría un cambio o novedad en el sujeto titular del poder supremo, el pueblo en lugar del príncipe, pero no tanto de sus atributos” (Luis Prieto SANCHÍS, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Editorial Trota, Madrid, 2003, p. 35).

⁹¹¹ Alfonso SANTIAGO, “¿Desobediencia debida? ¿Quién tiene...”, ob. cit., p. 15. Expuso SPOTA, para que exista poder constituyente, éste debe ser desempeñado por el pueblo, pero, al mismo tiempo, se debe verificar el cumplimiento de otra nota básica: “esto es, que el resultado del ejercicio de esos poderes debe ser una norma suprema en la cual, al menos, se respeten los derechos esenciales del hombre y el ciudadano y el principio de división de poderes” (Alberto A. SPOTA, *Lo político, lo jurídico, el derecho y el poder constituyente*, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1981, p. 108).

⁹¹² Véase Carlos SÁNCHEZ VIAMONTE, *El Poder Constituyente. Origen y formación del constitucionalismo universal y especialmente argentina*, Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1957, pp. 574-576.

⁹¹³ Véase Ignacio COLOMBO MURÚA, *Límites a las reformas constitucionales*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2011, p. 140.

requisitos de la etapa preconstituyente y de la constituyente: los puntos sujetos a reforma y el control de la actividad de la asamblea constituyente derivada; a los fines de verificar el respeto de los límites materiales que debe observar en sus decisiones⁹¹⁴.

Cabe añadir que, la Convención Constituyente de 1898 fijó dos importantes antecedentes en relación a los límites para el ejercicio del poder constituyente derivado o reformador. Conforme al primero de ellos, se generó la doctrina en virtud de la cual las asambleas reformadoras no originarias sólo pueden modificar, o no, los artículos que expresamente sean propuestos por el Congreso al momento de declarar la necesidad de modificación del texto constitucional. Dicho en otros términos, el poder constituido -Congreso de la Nación-, no tiene atribuciones para reformar, a su voluntad, la carta constitucional u obligar al órgano que ejerce las funciones de poder constituyente a llevar a cabo la reforma. Es este último quien goza de la potestad para decidir si avanza, o no, con la reforma del texto supremo⁹¹⁵.

A mérito de lo decidido en aquel entonces, se perfila una segunda cuestión: La Asamblea tiene vedado tratar temas no incluidos por el Congreso en la norma que declara la necesidad de modificación de la Constitución al tiempo de la convocatoria. En este aspecto, el poder constituyente, a *contrario sensu* del primer principio, queda limitado en sus facultades y no puede tratar temas que no hayan sido incluidos en el acto preconstituyente por el Congreso. Sostiene EKMEKDJIAN, que “-de otro modo- se rompería la lógica de los antecedentes”⁹¹⁶.

Es interesante tener en cuenta que, pocos meses antes de declararse la necesidad de reforma de la última innovación constitucional, en el precedente “Ríos”⁹¹⁷, la Corte Suprema de Justicia de la Nación desestimó una queja, a través de un voto único suscripto por los jueces Barra, Boggiano, Fayt, Cavagna Martínez, Nazareno, Levene (h.) y Moline O’Connor. En dicha ocasión, juzgó que la actuación de la Convención reformadora, de la provincia de Corrientes, se mantuvo dentro de las facultades dadas a ella, a través de la ley que declaró la necesidad de la enmienda

⁹¹⁴ Para entender cómo se interpretó la letra de nuestra Constitución es necesario remontarse a la experiencia vivida, a instancias de la reforma de 1898, cuando el Congreso sancionó en septiembre de 1897 la ley 3.507. Resulta útil tener presente que, a través de ésta se declaró la necesidad de la reforma parcial de la Constitución y se habilitaron la modificaciones de las siguientes materias:

- a) la transformación del entonces artículo 37, vinculado al número de habitantes establecido como base de cálculo para la elección, por provincia, de los diputados de la Nación;
- b) la modificación del entonces artículo 87, relacionado con el número de ministros del Poder Ejecutivo Nacional;
- c) la reforma del artículo 67 inciso 1, dirigido a permitir la instalación de aduanas interiores en la Patagonia.

⁹¹⁵ Véase Miguel Ángel EKMEKDJIAN, *Tratado de Derecho Constitucional...*, ob. cit., p. 233.

⁹¹⁶ Sigue el autor y dice que: “...la Convención rechazó la reforma propuesta por el Congreso en relación al [artículo] 67 [inciso] 1, que proponía autorizar la creación de aduanas interiores en la Patagonia y rechazó -además- avocarse al tratamiento de una solicitud firmada por más de veinte mil personas, para modificar las relaciones entre la Iglesia Católica y el Estado, porque ese tema no había sido sometido a su consideración por el Congreso. En este aspecto el organismo hizo suyos los fundamentos del proyecto presentado por el convencional Gregorio Romero. También fueron rechazados dos proyectos uno del convencional Silvano Bores, que daba representación legislativa a los territorios nacionales, y otro de Honorio Pueyrredón, que pretendió imponer el sistema de circunscripciones electorales por iguales motivos” (Miguel Ángel EKMEKDJIAN, *Tratado de Derecho Constitucional...*, ob. cit., p. 234).

⁹¹⁷ CSJN, Fallos 316:2743, caso “Ríos, Antonio Jesús s/ plantea nulidad parcial de la reforma constitucional - medida de no innovar”, 1993.

constitucional. Se indicaba allí, que la Asamblea constituyente derivada tenía facultades para modificar los artículos relacionados al régimen municipal y era correcto interpretar que se habilitaba, con ello, la creación de nuevos cargos tales como el de viceintendente y los de convencionales constituyentes municipales. De esta manera, la Corte Nacional declaró válida la reforma de la Constitución correntina. Destaca SANTIAGO, dos notas sobresalientes del pronunciamiento, una de las cuales guarda estricta vinculación con la materia tratada. Sostiene, que en este fallo para la CSJN “la ley que convoca a la Asamblea constituyente provincial puede circunscribir a ésta a tratar solo determinados temas. Se afirma que ‘[...] el ámbito de aquellos se haya circunscripto por los términos de la norma que la convoca y le atribuye competencia’. Y, por último y como consecuencia de esto, reconoció implícitamente el carácter justiciable y revisable de los trámites de reforma de las constituciones provinciales”⁹¹⁸.

CUETO RÚA, al responder a una publicación de LINARES QUINTANA⁹¹⁹, se erigió en uno de los primeros doctrinarios en afirmar que era posible declarar judicialmente la inconstitucionalidad de una reforma constitucional, invocando, para llevarla a cabo, que no se seguía el procedimiento establecido en la Constitución⁹²⁰.

En idéntico sentido se expresa BIDART CAMPOS al preguntar: ¿puede una reforma introducida en la Constitución ser atacada de inconstitucional? En efecto, opina que ello es posible en supuestos donde la enmienda de la ley suprema se efectúe transgrediendo las disposiciones procesales que regulan el mecanismo para efectivizar las modificaciones constitucionales. Y agrega luego, que “el derecho espontáneo establece que al declarar la necesidad de la reforma, el congreso debe puntualizar los contenidos o artículos que considere necesitados de revisión. La fijación del temario demarca inexorablemente la materia sobre la cual pueden recaer las enmiendas. La convención no queda obligada a introducir reformas en los puntos señalados, pero no puede efectuarlas fuera de ellos”⁹²¹.

También, el propio Gregorio BADENI, se manifiesta conteste con esta hermenéutica. Defiende la idea de ejercer control judicial de constitucionalidad

⁹¹⁸ Alfonso SANTIAGO, *Historia de la Corte Suprema Argentina. El período de la restauración democrática*, Editorial Marcial Pons, Buenos Aires, 2014, Alfonso Santiago (Dir.), Luciano Calero (Coord.), t. III, pp. 1480-1481. Agrega el profesor SANTIAGO que el fallo cobra significación al haberse dictado a fines de 1993, “cuando había comenzado el proceso de reforma a nivel nacional y el gobierno estaba interesado en que éste se llevara a cabo, dentro de los límites establecidos en el Pacto de Olivos y la ley 24.309” (*ibidem*).

⁹¹⁹ LINARES QUINTANA publicó el 7 de junio de 1944 un artículo en la revista jurídica *La Ley* en el que planteó la posibilidad de declarar judicialmente la inconstitucionalidad de la reforma constitucional, en el supuesto en que una Asamblea constituyente modificase el texto original y alterase “un derecho superior intangible, que se impone al autor mismo de la Constitución, o sea el derecho natural” (véase Segundo V. LINARES QUINTANA, “Puede una reforma de la constitución ser inconstitucional”, *La ley*, Buenos Aires, 1944, t. 34, pp. 1153-1158).

⁹²⁰ Véase Julio CUETO RÚA, “¿Es posible declarar la inconstitucionalidad de una reforma constitucional?”, *La Ley*, Buenos Aires, 1944, t. 36, pp. 1100-1107.

⁹²¹ Germán J. BIDART CAMPOS, *Manual de derecho constitucional argentino*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1985, p. 81. Por este entonces en su manual aclaraba el prestigioso autor que conforme al derecho judicial vigente por entonces, “no hay control de constitucionalidad de la reforma, porque la jurisprudencia de nuestra Corte tiene establecido que se trata de una cuestión política no judicial tal fue lo resuelto en el caso ‘Guerrero de Soria Juana A. c/Bodegas y Viñedos Pulenta Hnos.’ fallado el 20 de septiembre de 1963” (*ibidem*).

cuando se afecten aspectos sustanciales de la reforma, entre ellos, cuando la Asamblea constituyente se aparta del temario establecido por el Congreso, al modificar preceptos constitucionales que no hubiesen sido declarados sujetos a reforma⁹²². En apoyo a la doctrina antes transcripta, se trae la opinión de alguno de los convencionales constituyentes que se manifestaron al respecto. Por ejemplo, ARMAGNAGUE dijo:

“esto que es el análisis del poder constituyente originario, es lo que ha traído confusión aquí, porque estamos en ejercicio del poder constituyente derivado. Es decir, no estamos analizando la legitimidad sino la legalidad del acto del Congreso. La legalidad de este acto a nosotros nos parece inobjetable. ¿Por qué? Porque el Congreso, de acuerdo con el artículo 30, es el que organiza el mecanismo de la convención y, más aun, fija los límites, puntos o contenidos que debe contener la ley que declara la necesidad de la reforma”⁹²³.

Por parte del oficialismo es interesante el juicio que, sobre la materia, dio el convencional BARRA en 1994. Manifestó que:

“la Convención está destinada a establecer una reforma parcial de la Constitución y que ha sido convocada conforme lo dispone el artículo 30 de nuestra carta magna, donde se establece claramente que la Constitución puede reformarse, además de su todo, en alguna de sus partes. Y si puede reformarse en sus partes, es lógico e indispensable que esas partes que serán reformadas sean identificadas, facultad que la Constitución de 1853 le otorga al Congreso de la Nación. En consecuencia, había que decidir si la Constitución se reformaría en su todo o en sus partes. Como se decidió esto último era necesario identificar a las partes, lo que fue hecho por el legislador en el Congreso, cumpliendo con el mandato del artículo 30”⁹²⁴.

El representante por el partido Demócrata de Mendoza se manifestó en el mismo sentido:

“el Congreso de la Nación, según el artículo 30 de la Constitución, declara la necesidad de la reforma y determina qué es lo que se va a reformar, pero el cómo y el contenido de esa reforma es competencia exclusiva de esta Convención. Dijo MARTÍNEZ RAYMONDA en un artículo publicado en la revista *La Ley*: ‘...que fuera de los límites establecidos por el Congreso, esta Convención nada puede hacer, ni mirar siquiera los artículos no sujetos a la reforma. Pero dentro de esos límites todo lo puede. En este sentido, en las materias sujetas a modificación por la ley declarativa de la necesidad de la reforma, esta Convención es autónoma y soberana’”⁹²⁵.

⁹²² Véase Gregorio BADENI, “Constitucionalidad de la reforma constitucional”, *La Ley*, t. 1998-D, p. 1205. Interesa además la posición que toma Antonio María HERNÁNDEZ, pues si bien coincide, en general, con los autores citados y admite la posibilidad de tachar por inconstitucional una reforma de la Constitución cuando se transgreden los límites fijados para el ejercicio del poder constituyente reformador, no coloca tal función en cabeza del poder judicial. Entiende que, de conferirse tal deber a los jueces se habilitaría de modo incorrecto a un órgano del poder constituido a revisar lo actuado por el propio poder constituyente, colocando, a este último, por debajo del primero. Al depositar la competencia en uno de los órganos del Estado, el poder constituyente perdería la supremacía que debe tener sobre todos los departamentos del poder que regula la Constitución. Para el autor, sólo el poder constituyente puede revisar la obra de otra Asamblea constituyente, pues ésta es la única jerárquicamente en condiciones de asumir en iguales condiciones el ejercicio de la soberanía popular. Para HERNÁNDEZ, la tacha de inconstitucionalidad jamás podría ser efectuada por el poder constituido, dado que se encuentra en una situación inferior al poder constituyente, aunque sea efectuada por la más alta instancia jurisdiccional del país, es decir, por la propia Corte Suprema (véase Antonio María HERNÁNDEZ (h.), *El caso “Fayt” y sus implicancias constitucionales*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2001, pp. 39-41).

⁹²³ Juan Fernando ARMAGNAGUE, *Diario de Sesiones...*, ob. cit., p. 284.

⁹²⁴ Rodolfo C. BARRA, *Diario de Sesiones...*, ob. cit., p. 295.

⁹²⁵ Gabriel Joaquín LLANO, *Diario de Sesiones...*, ob. cit., p. 674.

Para concluir, debería verificar si en efecto, el Honorable Congreso de la Nación al declarar la necesidad de reforma incluyó, de manera expresa, la posibilidad de alterar algún artículo de la primera parte de la Constitución Nacional. Por ejemplo el 30, que regula el proceso de modificación del texto constitucional; el artículo 27, que exige a “todos” los tratados que celebra el gobierno federal con las potencias extranjeras adecuación con los principios de derecho público contenidos en la carta constitucional; si, también, habilitó un nuevo orden jerárquico de las disposiciones que conforman la ley suprema de la Nación; si, además, autorizó la modificación de la competencia de la Corte Suprema de Justicia y, por ello, se permite que sus sentencias sean revisadas por un tribunal extranjero, al cual se lo erigiría como órgano supraconstitucional, etcétera. Es evidente que, a criterio de la tesis constitucionalista, algunas de las reformas llevadas a cabo en 1994, o la interpretación de los alcances de ellas, carecen de valor jurídico en virtud de haberse configurado un manifiesto exceso en el ejercicio de las facultades de las que disponía la Convención constituyente, a tenor del procedimiento reglado por el artículo 30 de la Constitución y a lo dispuesto en la declaración de necesidad instrumentada mediante la ley 24.309.

Resulta notorio, a raíz de lo expuesto, que la declaración de necesidad de reforma puso límites muy claros a la competencia material de la Convención constituyente de 1994 conforme surge de los artículos 2, 3, 4, 5, 6 y 7 de la ley 24.309. En este marco, se entiende que el Honorable Congreso, en ejercicio de las facultades preconstituyente, al declarar la necesidad de reforma de la Constitución en 1994, no habilitó de manera expresa al poder constituyente derivado para reformar artículo alguno de la primera parte de la Constitución, entre los cuales se encuentran los artículos 27, 30 y 31. Asimismo, tampoco se declaró la necesidad de reforma de los artículos 94 y 100, en tanto instituye a la más alta instancia federal, como Corte Suprema de Justicia. Desde esta perspectiva, para la postura constitucionalista, se desprende la imposibilidad de admitir la pretensión de la tesis internacionalista respecto de colocar, a los tratados internacionales de derechos humanos, en un escenario de supraconstitucionalidad o de igual jerarquía que la carta constitucional argentina y, a la Corte Interamericana de Derechos Humanos como un organismo supraconstitucional, habilitado para juzgar la compatibilidad de todo el derecho local -incluida la Constitución-, con la CADH y otras normas que conforman el bloque convencional de los derechos humanos latinoamericanos y, más grave aún, obligar a los jueces nacionales a seguir la jurisprudencia de la Corte IDH.

Explica GONZÁLEZ CAMPAÑA que, al ratificar nuestro país la CADH en 1984, un sector de la doctrina constitucionalista indicó que el reconocimiento de la competencia de la Corte IDH -artículo 62 CADH- generaba un importante conflicto normativo, respecto de la redacción del entonces artículo 100 -actualmente artículo 116- de la carta constitucional argentina; en tanto mandaba atribuir a la CSJN las decisiones de la totalidad de las causas en que la Nación sea parte. De ahí, que el dictamen, emitido en 1987 por el Consejo de la Consolidación de la Democracia, considerara la necesidad de modificar los artículos 94 y 100 de la entonces vigente Constitución Nacional, para admitir, válidamente, instancias jurisdiccionales superiores a la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la prórroga de competencia federal en árbitros o tribunales internacionales jurisdiccionales judiciales o de carácter

administrativos. Sostiene el autor citado que: “dichas reformas no se llevaron a cabo en aquella oportunidad, ni tampoco en la Convención constituyente de 1994”⁹²⁶.

En resumen, se puede sostener que nuestra Constitución, y la ley que declaró la necesidad de su reforma en 1994, fijaron la competencia material de la Asamblea reformadora a estos puntos que guardan vinculación con la tesis constitucionalista:

- a) la ley 24.309, reafirma la plena vigencia del artículo 27 de la Constitución, en cuanto exige que los tratados internacionales, sin distinción alguna, se incorporan, para esta tesis, al ordenamiento jurídico argentino en un escenario de infraconstitucionalidad, en tanto requiere la adecuación de éstos a los principios de derecho público incorporados a la carta constitucional. Lo mismo aplica respecto de los instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional pues ellos ingresan, al ordenamiento jurídico argentino, en un escenario de constitucionalidad deferente o moderada.
- b) la mencionada ley declarativa, considera al artículo 30 como metanorma constitucional y reconfirma el carácter rígido de la ley fundamental. Se entiende que si el Congreso, en ejercicio de sus facultades preconstituyentes, hubiera considerado necesario modificar el mecanismo de reforma de la Constitución, no hubiese prohibido en el artículo 7, la introducción de modificación alguna al capítulo único de la primera parte de la Carta constitucional.
- c) la norma que declaró la necesidad de reforma constitucional, no habilitó a la Asamblea constituyente a otorgar jerarquía supraconstitucional e incluso constitucional a tratado alguno, al vedar la posibilidad de reformar los artículos 27 y 31 de la CN. Se volverá sobre estos aspectos más adelante.
- d) la mencionada ley declarativa tampoco habilitó a la Convención reformadora a modificar al entonces artículo 94 -actual 108- y quitar a la más alta Corte federal, cabeza del poder judicial de la Nación, su condición de órgano supremo en material jurisdiccional.

iii. La primacía normativa de la Constitución argentina como decisión reservada al Poder Constituyente

Como se expuso en el primer acápite del capítulo IV de esta investigación, la circunstancia de que un Estado regule la incorporación del derecho internacional al derecho interno por un sistema dualista o monista, en sus diversas modalidades, no depende de lo que establezcan las normas internacionales o el derecho internacional de los derechos humanos; es el derecho constitucional de cada país, como norma máxima de un ordenamiento jurídico interno, el que finalmente decide por uno u otro sistema. De esta manera, una vez incorporado el derecho internacional al derecho interno,

⁹²⁶ Germán GONZÁLEZ CAMPAÑA, “La Corte reconoce la obligatoriedad de la jurisprudencia internacional (¿Sigue siendo suprema?)”, en *La Ley, Suplemento de Jurisprudencia de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 19 de abril de 2005, p. 33.

resulta necesario asignarle jerarquía normativa al primero de los plexos normativos. Al incorporarse los preceptos internacionales, serán las disposiciones del derecho interno las que ubiquen a los instrumentos internacionales dentro de su escala jerárquica de normas internas en base a criterios políticos, como refiere el propio Kelsen⁹²⁷.

Señala SANTIAGO que, actualmente, la organización jurídico-política de la República, exhibe en la instancia última del ordenamiento jurídico positivo nacional a la Constitución argentina⁹²⁸. Resulta más realista concluir que los preceptos que integran el derecho internacional, salvo las normas que constituyen *ius cogens*, adquieren en general su validez a través del consentimiento que dan los poderes públicos nacionales en función a las competencias regladas por una Constitución, que afirmar que las constituciones nacionales son sancionadas a partir de una habilitación plasmada en las disposiciones del derecho internacional. “La sanción de una Constitución por el Constituyente significa la máxima expresión del derecho positivo de un Estado y el punto de partida para el reconocimiento y la sanción de las restantes normas jurídicas, incluidas las internacionales”⁹²⁹.

Es evidente que, conforme a las exigencias y contenidos esenciales de la teoría del poder constituyente y de la supremacía constitucional que dan razón de ser a nuestro sistema jurídico-político, es posible sostener que la supremacía debe ser siempre constitucional, a pesar de que se admita la posibilidad de que sea la propia Constitución la que imponga la primacía normativa del derecho internacional o comunitario sobre todo el derecho local, incluida la misma Constitución. En estos supuestos, el juez nacional al privilegiar la norma internacional hace plenamente operativa a la Constitución⁹³⁰.

Para SANTIAGO estos criterios son los que rigen en el estado actual de evolución de los Estados nacionales en el contexto del fenómeno de la globalización. Éste, indefectiblemente, debilitó el Estado-Nación moderno, relativizó partes importantes de la soberanía estatal, sin embargo, todavía se está lejos de poder afirmar que la supremacía constitucional desapareció del ordenamiento jurídico argentino. Los Estados nacionales continúan operando como los principales actores del sistema político y jurídico y las instituciones del derecho internacional todavía se encuentran en proceso de conformación⁹³¹.

⁹²⁷ Véase Hans Kelsen, *Introducción...*, ob. cit., p. 104. Expresa el profesor de Viena, respecto a las relaciones que guardan entre sí el derecho internacional y el interno, que “ambos sistemas son igualmente correctos e igualmente justificados. Es imposible, a partir de una especulación jurídico-científica, adoptar una decisión jurídico-científica a favor de uno de los dos” (Hans Kelsen, *Teoría pura...*, ob. cit., p. 334). Dicho con otro giro, la decisión de cuál de los sistemas debe ubicarse en la cúspide del ordenamiento “escapa a la ciencia del derecho” (*ibidem*). De ahí que “no siendo de origen estrictamente jurídico el establecimiento de la primacía es una decisión política que establece cada comunidad soberana (Alfonso SANTIAGO, “¿Desobediencia debida? ¿Quién tiene...”, ob. cit., p. 15).

⁹²⁸ Alfonso SANTIAGO, “¿Desobediencia debida? ¿Quién tiene...”, ob. cit., p. 15. Añade el autor que respecto del necesario acatamiento de todo el sistema normativo nacional, incluida la propia Constitución, a las exigencias de derecho natural que se derivan de la dignidad de la persona humana, cabe remitirse al libro de su autoría *En las fronteras entre el Derecho Constitucional y la Filosofía del Derecho*, Ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2010, en especial Capítulos III a V.

⁹²⁹ *Ibidem*.

⁹³⁰ Véase *ibidem*.

⁹³¹ Véase *ibidem*.

En relación directa a lo que sucede en el sistema jurídico argentino, se puede afirmar que el Constituyente de 1994 podría haber previsto de manera expresa en el texto de la ley fundamental la primacía normativa del derecho internacional, incluso, sobre las propias disposiciones constitucionales como en efecto lo hicieron algunas constituciones, conforme se puso de relieve en el capítulo VIII de esta investigación. No obstante, la innovación constitucional de 1994 nada hizo al respecto, por el contrario, optó por conferirle al derecho internacional de los Derechos Humanos un carácter complementario de las normas constitucionales (el tema se trata con mayor amplitud en el punto B. 4) de este capítulo). Recuerda SANTIAGO que: “quien complementa agrega, añade, pero no reforma ni suprime lo principal”⁹³².

Queda claro, conforme explicaré en el punto B. de este mismo capítulo, que la jerarquía constitucional que el artículo 75 inciso 22.2 otorga a los once tratados de derechos humanos debe entenderse, conforme lo aclara su propio texto, como complementaria de los derechos constitucionales reconocidos en la primera parte de la Constitución Nacional y no pueden derogar ninguno de sus artículos, entre ellos, el artículo 27, que impone la supremacía de la Constitución sobre los tratados internacionales, el artículo 30, que regula el mecanismo de reforma de la carta constitucional y prohíbe a los poderes constituidos la modificación o trasgresión de las disposiciones constitucionales, y, por último, el artículo 31, que instituye la supremacía constitucional en la Nación Argentina⁹³³.

Surge patente, de la lectura de nuestra Constitución, que no es posible hallar de manera expresa o implícita alguna disposición que consagre la supremacía del orden convencional sobre el orden constitucional, de modo similar a como el artículo 31 de nuestra carta fundamental ordena la supremacía del derecho federal sobre cualquier disposición del derecho provincial. Como corolario de lo expuesto en este acápite corresponde sostener que al no determinarse en la Constitución argentina la primacía del derecho internacional de los derechos humanos sobre el propio articulado de la CN, se debe afirmar la primacía normativa de la carta constitucional sobre el derecho convencional conforme “los principios de la lógica jurídica más elemental”⁹³⁴.

Esta realidad normativa, valga la insistencia, sólo puede ser alterada por una decisión positiva del poder constituyente derivado, previa habilitación expresa del Congreso de la Nación, conforme al procedimiento establecido por el artículo 30 de la Constitución Nacional y el derecho espontáneo que se desprende de su hermenéutica. Dicha primacía normativa de la Constitución Argentina “no puede ser modificada jurisprudencialmente por los tribunales [nacionales o internacionales de derechos humanos], sin que ello configure un claro exceso judicial y una violación de la propia normativa constitucional, cuya custodia final está encomendada a los jueces nacionales”⁹³⁵. De ahí que, se coincida con SÁNCHEZ VIAMONTE en tanto subraya: “la sola existencia de una Constitución basta para afirmar que el Estado de derecho creado por ella excluye todo el derecho que no nazca de ella explícita o implícitamente, porque ninguna manifestación de voluntad, colectiva o personal, de autoridad o de

⁹³² *Ibidem.*

⁹³³ Véase *ibidem.*

⁹³⁴ *Ibidem.*

⁹³⁵ *Ibidem.*

libertad, es apta para crear derecho que, no tenga origen en la voluntad del constituyente, expresada mediante la Constitución”⁹³⁶.

Finalmente, destaca el profesor Alfonso SANTIAGO que sólo corresponde al poder constituyente y a ninguna otra autoridad, “determinar los principios que regirán las relaciones normativas positivas del sistema jurídico de cada país. Desconocer este criterio, significa alterar los principios de soberanía del pueblo y de autogobierno que están en las bases mismas del sistema democrático”⁹³⁷.

2) La lealtad del juez nacional en caso de conflicto normativo entre la Constitución y los artículos 27 y 46 de la Convención de Viena de 1969

Es evidente que, para echar completa luz sobre este punto, se debe observar en cuál de los escenarios de nuestro ordenamiento local, se incorpora a la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados⁹³⁸: en el de legalidad; en el de suprallegalidad; en el de constitucionalidad deferente o moderada; en el de constitucionalidad; o en el de supraconstitucionalidad. Aquí se evaluará cómo rigió el Convenio, para la tesis constitucionalista, antes y después de la reforma constitucional de 1994. Y ello, incluso, con posterioridad a la última enmienda constitucional donde se podría admitir que se le confiere valor suprallegal, pero infraconstitucional, a estos tipos de tratados internacionales. Cabe recordar que, antes de que operara esta modificación, el más alto estrado jurisdiccional argentino cambió la doctrina que ubicaba a los tratados internacionales en un escenario de legalidad. Como se indicó anteriormente, el plenario “Ekmekdjian, Miguel vs. Sofovich, Gerardo”⁹³⁹, de 1992, representó un giro importante en lo atinente a la jerarquía de los tratados, al reconocerlos por encima de la ley. Al efecto, utilizó dos argumentos centrales: uno de derecho constitucional y otro de derecho internacional.

En relación al primero dijo: “La derogación de un tratado internacional por una ley del Congreso, violenta la distribución de competencias impuesta por la Constitución Nacional porque mediante una ley se podría derogar [el acto federal complejo que caracteriza al proceso de la celebración e incorporación de un tratado al ordenamiento jurídico argentino]. Constituiría un avance inconstitucional del poder legislativo [...] sobre atribuciones del poder ejecutivo [...] que es quien conduce exclusiva y excluyentemente las relaciones exteriores...”⁹⁴⁰.

Asimismo, la CSJN, recurre al derecho internacional para motivar el cambio de criterio respecto a la jerarquía de los tratados en el derecho interno. Afirma que el instrumento de fuente extranjera, artículo 27 de la Convención de Viena, “confiere

⁹³⁶ Carlos SÁNCHEZ VIAMONTE, *Manual de Derecho Constitucional...*, ob. cit., p. 92.

⁹³⁷ Alfonso SANTIAGO, “¿Desobediencia debida? ¿Quién tiene...”, ob. cit., p. 15.

⁹³⁸ Suscripta en la ciudad de Viena en 1969, ratificada por nuestro país el 5 de diciembre de 1972 y en vigor desde el 27 de enero de 1980.

⁹³⁹ CSJN, Fallos 315:1492, caso “Ekmekdjian c/ Sofovich”, 1992.

⁹⁴⁰ *Ibidem*.

primacía al derecho internacional convencional sobre el derecho interno⁹⁴¹. A este razonamiento la tesis constitucionalista le podría formular dos críticas: a) una, apoyada en el yerro que significa esgrimir que el precepto no existiera antes de este cambio de rumbo, dado que aquél ya era obligatorio, por vía de la costumbre internacional, mucho antes de la entrada en vigor del Tratado de Viena de 1969, que lo único que hizo fue codificarlo; y, b) el mencionado artículo 27 de la Convención sólo dispone que un Estado no puede echar mano a su derecho interno para justificar el incumplimiento de una obligación internacional. Resulta un exceso en el que incurre la Corte, al sostener que la disposición del tratado consagra la primacía del derecho internacional convencional sobre el derecho interno de un país signatario.

Por su parte, como se indicó más arriba, en “Fibraca Constructora S.C.A vs. Comisión Técnica Mixta de Salto Grande”⁹⁴², de 1993, la Corte Suprema ratificó su nueva doctrina respecto a la jerarquía normativa de los tratados internacionales pero introdujo dos novedosos puntos: a) la aclaración de toda duda en relación a si lo decidido en el fallo antes abordado era susceptible de ser aplicado, o no, a materias distintas a los derechos humanos; y, b) la formulación de una hermenéutica armonizante del artículo 27 de la Convención de Viena con el artículo 27 de la Constitución Nacional.

Vinculado al último aspecto subrayó la CSJN que: “una vez resguardados los principios de derecho público constitucionales se debe asignar primacía a los tratados internacionales ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria”⁹⁴³. Es decir, la categórica afirmación que efectuara la Corte, en cuanto a que el artículo 27 del Tratado de Viena fijaba la primacía del derecho convencional internacional sobre el derecho interno, es ahora atenuada a la luz del artículo 27 de la Constitución Nacional, que prevé que los tratados deben estar de conformidad con los principios de derecho público reglados en la carta constitucional. Del fallo en trato se concluye que, una vez asegurado los estándares que imponen los principios del orden público de la Constitución se debe conferir primacía al tratado sobre toda otra norma interna contraria⁹⁴⁴. Finalmente, unos meses antes de la reforma constitucional, la CSJN falló en “Hagelin, Rognar”⁹⁴⁵, en diciembre de 1993, en similar sentido que en “Ekmekdjian vs. Sofovich”. Mantuvo igual temperamento en “Cafés La Virginia S.A.”⁹⁴⁶, en octubre de 1994.

En torno de la innovación constitucional del año 1994, destacan, dentro de las modificaciones constitucionales llevadas a cabo, la asignación de un nuevo rango jerárquico a los tratados internacionales como el que se analiza en este acápite. En los hechos, no produjo ninguna alteración a la doctrina que abrazara la CSJN dos años antes de la enmienda introducida al texto constitucional. En concreto, los artículos del

⁹⁴¹ *Ibidem*.

⁹⁴² CSJN, Fallos 316:1669, caso “Fibraca”, 1993.

⁹⁴³ *Ibidem*.

⁹⁴⁴ En el fallo se postula la idea de que el Tribunal Arbitral creado en el marco de la Comisión Técnica Mixta de Salto Grande satisface las exigencias del debido proceso y que sus laudos son definitivos y no susceptibles de revisión en sede interna.

⁹⁴⁵ CSJN, Fallos 312:626, caso “Hagelin, Ragnar Erland s/ denuncia c/ Tte. de Navío Alfredo Ignacio Astiz -causa N° 4516”, 1989.

⁹⁴⁶ CSJN, Fallos 317:1282, caso “Cafés La Virginia”, 1994.

instrumento internacional bajo estudio, disponen como complementos del principio *pacta sunt servanda* que:

Artículo 27. El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.

Artículo 46. Disposiciones de derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados.

Inciso 1. El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifiesto en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno”.

Estas disposiciones del Convenio sobre Derecho de los Tratados sirven como argumento para que los partidarios de la tesis internacionalista justifiquen la supremacía del derecho internacional respecto del derecho nacional; incluso, por sobre las constituciones de los Estados. Básicamente, se sostiene que ningún país signatario de un tratado puede invocar norma alguna de su ordenamiento local para dejar de cumplir con las disposiciones de un tratado del que es parte. La tesis llega a tal punto, que algunos Estados de la comunidad internacional efectuaron reservas expresas para soslayar la imposición del mentado artículo 27 del Convenio de Viena de 1969. Por ejemplo, la República de Guatemala en el precepto normativo en virtud del cual ratificó el referido instrumento internacional, incorporó una cláusula específica. En el artículo 2 inciso c) se dice que la norma de fuente internacional debe ser entendida como referida a las disposiciones ordinarias del derecho interno “...y no las de su Constitución Política, porque ésta prevalece sobre cualquier ley o tratado”⁹⁴⁷.

Otros Estados, como el argentino, que poseen constituciones predominantemente del tipo racional-normativa, rígidas y supremas, no admiten la posibilidad de que un tratado internacional produzca cambios en su texto supremo. Esta función, se encuentra reservada, como se vio, al poder constituyente reformador. El concepto fue ratificado por la Corte Suprema en el reciente pronunciamiento del 14 de febrero de 2017 al afirmar que:

“en el mismo sentido se expresó Joaquín V. GONZÁLEZ al sostener que: ‘[u]n tratado no puede alterar la supremacía de la Constitución Nacional [...]. En cuanto la Constitución Nacional sea lo que es, el artículo 27 tiene para la Nación significado singular en el derecho internacional. La regla invariable de conducta, el respeto a la integridad moral y política de las Naciones contratantes’ (Joaquín V. GONZÁLEZ, Senado de la Nación, *Diario de Sesiones*, sesión del 26 de agosto de 1909, volumen IX, p. 52)”⁹⁴⁸.

En la misma línea, se inscribe el voto concurrente del juez Rosatti al referir que: “el constituyente ha consagrado en el citado artículo 27 una esfera de reserva soberana (margen de apreciación nacional) delimitada por ‘los principios de derecho público establecidos en la Constitución Nacional’, a los cuales los tratados internacionales -y con mayor razón aun la interpretación que de tales tratados se realice- deben ajustarse y con los cuales deben guardar conformidad.

⁹⁴⁷ Publicado en *Diario Oficial de la República de Guatemala*, el 27 de agosto de 1998, p. 74.

⁹⁴⁸ CSJN, Fallos 340:47, caso “Ministerio de Relaciones Exteriores”, 2017, considerando 18 del voto de la mayoría.

A partir de esta cláusula no es posible hacer prevalecer automáticamente, sin escrutinio alguno, el derecho internacional -sea de fuente normativa o jurisprudencial- sobre el ordenamiento constitucional. Esta interpretación es reflejo de una fuerte tradición en la práctica constitucional argentina, tal como supo exponerlo Joaquín V. GONZÁLEZ [...]”⁹⁴⁹.

Por lo desarrollado, la pretensión de la tesis internacionalista, de justificar la supremacía jerárquica de las disposiciones del derecho internacional sobre la Constitución argentina basadas en los artículos 27 y 46 de la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados, carece de sustento alguno en el ordenamiento jurídico nacional. Aquí, como sostiene la Corte Suprema, el juzgador interno, debería siempre lealtad a los principios de derecho público plasmados en la Constitución argentina, frente a una disposición de fuente internacional, ya sea que provenga de una norma convencional -*res legislata, res pactata o res declarata*- o sea el producto de la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos -*res interpretata*-. Fundamentalmente, por cuanto en el derecho argentino, la Convención de Viena es un tratado internacional que posee jerarquía supralegal, nunca supraconstitucional y ni siquiera rango constitucional. De ahí, Alfonso SANTIAGO afirma que las cláusulas de la Convención aludida -artículos 27 y 46- “no pueden ser opuestas válidamente a lo claramente establecido en los [artículos 27, 30 y 31 de la Constitución Nacional]”⁹⁵⁰.

Así, para la tesis constitucionalista, quien resulta autorizado a modificar la Constitución viva y vigente, es el poder constituyente derivado, es decir, el Pueblo de la Nación, que al elegir convencionales, merced a la declaración de necesidad de reforma de la Constitución Nacional, los habilitará, solamente, a considerar los temas expresamente indicados en la etapa preconstituyente. De lo contrario, cualquier reforma que se haga, producto de la interpretación de los miembros del poder judicial o de la doctrina especializada -por ejemplo, la tesis internacionalista-, afectará significativamente las bases mismas de nuestra organización político-institucional. Hechos equiparables en cuanto a sus efectos, podrían ser los golpes de Estado provocados a partir de 1930, donde se supeditó, con ilegalidad y arbitrariedad manifiestas, la supremacía constitucional y su rigidez a intereses “revolucionarios” de minorías que trastocaron los principios mismos del sistema de gobierno representativo, republicano y federal, arrastrando al Estado argentino a un proceso de desconstitucionalización extremo.

Por último, no se puede dejar de reproducir lo expuesto por el juez Vázquez en el caso “Arancibia Clavel” sobre los alcances del artículo 27 de la Constitución Nacional y del artículo 46 de la Convención de Viena de 1969. Indicó:

“al ser ello así, la doctrina relativa a la imprescriptibilidad de esa conducta, no resulta aplicable al *sub lite* donde, como se vio, se ventilan hechos cometidos en el país, resultando de aplicación lo dispuesto por el artículo 21 de la ley 48 en cuanto marca el respeto por la jerarquía normativa, subordinando el derecho de gentes en la aplicación del derecho interno a la escala de prelación que fija dicho precepto, en cuya cumbre se encuentran las normas constitucionales. Ello, en consonancia con el artículo 27 de la Constitución Nacional, en cuanto exige que los tratados internacionales deben ajustarse a los principios de derecho público establecidos por la Ley Fundamental, y el artículo 46 de la Convención de Viena sobre el

⁹⁴⁹ *Ibidem*, considerando 4 voto concurrente de Horacio Rosatti.

⁹⁵⁰ Alfonso SANTIAGO, “¿Desobediencia debida? ¿Quién tiene..., ob. cit., p. 17.

Derecho de los Tratados, si se entiende que ese precepto alcanza la nulidad de un tratado celebrado por un país en violación manifiesta a una norma de importancia fundamental de su derecho interno. A lo que cabe reiterar lo dispuesto por el artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional en cuanto prescribe que los tratados con jerarquía constitucional ‘no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse como complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos’⁹⁵¹.

En síntesis, si bien es cierto que podría recurrirse, para justificar la primacía de los tratados internacionales sobre la Constitución Nacional a los artículos 27 y 46 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, los cuales prohíben invocar normas internas para dejar de cumplir las obligaciones que asumen los Estados; no es posible soslayar que, para el derecho argentino, la referida Convención de Viena es un tratado internacional que posee jerarquía supralegal pero no supraconstitucional, ni siquiera constitucional. Consecuentemente, sus normas, en caso de conflicto, no pueden ser opuestas válidamente a lo reglado expresamente por los artículos 27, 30 y 31 de la carta constitucional argentina.

3) El proceso de desconstitucionalización: la modificación del principio de supremacía constitucional por vías de hecho

Es evidente que el conflicto que generan las normas dictadas o actos ejecutados, en franca oposición con la Constitución Nacional deben ser corregidos a través del mecanismo erigido para salvaguardar la supremacía de nuestra carta magna: el control judicial de constitucionalidad. No obstante, es preciso subrayar, que este instrumento de defensa del orden democrático no siempre permite subsanar las anomalías graves o fisuras que dañan a nuestro sistema republicano de gobierno.

Como explica la profesora GELLI, la ruptura del principio de supremacía en la República Argentina, se muestra en ciertas situaciones como un verdadero fenómeno de desconstitucionalización, que no se manifiesta en simples transgresiones a la norma fundante provocado por el dictado de leyes o la ejecución de actos contrarios a ella. También este fenómeno, conforme se explicará, puede suscitarse aunque el poder judicial no tache como ilegítimo un precepto o acto contrario al orden constitucional.

A) Los gobiernos de facto y la ruptura con los principios de supremacía y de rigidez. El rol de la Corte Suprema de Justicia en torno al asunto

Indica GELLI, que algunas inconsistencias que se verifican en ciertos regímenes como el argentino, no fueron tan significativas al punto de fisurar el sistema, sólo crearon parcelas en el ordenamiento jurídico sin llegar a romperlo por completo. Expone que, por lo general, este tipo de situaciones se da en torno a cómo los

⁹⁵¹ CSJN, Fallos 327:3312, caso “Arancibia Clavel”, 2004, juez Vázquez, su disidencia considerando 35.

funcionarios, legítimamente elegidos, ejercen sus funciones⁹⁵². En cambio, para la autora, muy distinta es la situación cuando se altera la sucesión reglada del poder, dado que se afectaron, a su juicio, las bases del régimen democrático. En estas situaciones, los principios de la democracia republicana se desmoronan “y la sociedad no sólo lo admite sino que lo justifica, con participación activa del Poder Judicial, en la creencia de que es posible romper las reglas institucionales sin romperlas del todo, el proceso es de desconstitucionalización porque la norma de base, aunque de modo parcial es formalmente abandonada”⁹⁵³.

Explica la destacada jurista que, si la inconstitucionalidad deja de ser la excepción, si es asimilada por la sociedad y además no es remediada por el control judicial, “si afecta el juego político institucional y el ejercicio de los derechos sustantivos, puede asistirse a la descomposición constitucional y, quizás y si no se reacciona, a la desintegración de la sociedad”⁹⁵⁴. A ello agrega que, si el proceso de transgresión constitucional extrema no es socialmente aceptado, si es objeto de crítica por parte de los operadores de la comunidad jurídica y, sin perjuicio de la debilidad del régimen político, no se produce el reemplazo del gobierno democrático, aunque fuese de manera transitoria, el proceso para GELLI no sería de desconstitucionalización. Así, sostiene la autora, que este tipo de fisura no es de las que irrumpieron en la vida institucional de la República, a partir de septiembre de 1930, cuando se puso por encima del texto de la Constitución normas ilegítimamente superiores, soslayando el principio de supremacía constitucional y el mecanismo de reforma reglado por el artículo 30 de la ley suprema.

A partir de entonces, el sistema político de la Argentina se desarrolló al margen de la Constitución Nacional, haciendo tabla rasa del principio jerárquico de normas y, desde luego, ignorando por completo los mecanismos para habilitar el ejercicio del poder constituyente reformador. En estos períodos de facto fue muy común que la ley suprema de la República se integrase con los distintos objetivos de los sendos gobiernos militares, con los estatutos que se dictaron en algunos casos⁹⁵⁵ y las disposiciones de la Constitución que los usurpadores del poder no derogaron⁹⁵⁶.

Destaca GELLI que, esos procesos carecieron de legitimidad democrática y de origen, sustentaron sus políticas por medio de la fuerza y del control del aparato militar, como también en el apoyo parcial de cierto sector de la ciudadanía y en la colaboración que, puntuales sectores de la política y de las fuerzas civiles, brindaron a los autócratas⁹⁵⁷. La Corte, luego de aquellas dos experiencias, consolidó la doctrina de facto frente a cada golpe militar en nuestra República e, incluso, como destacan BOHOSLAVSKY y GARGARELLA frente a los ocasionales golpes dentro de los golpes, como sucedió en 1955 y en 1966⁹⁵⁸.

⁹⁵² Véase María Angélica GELLI, *Constitución de la Nación Argentina...*, ob. cit., p. 370.

⁹⁵³ *Ibidem*.

⁹⁵⁴ *Ibidem*.

⁹⁵⁵ Como por ejemplo en los golpes militares de 1966 y 1976 cuando se sancionaron el Estatuto de la Revolución Argentina y el Estatuto del Proceso de Reorganización Nacional respectivamente.

⁹⁵⁶ Véase María Angélica GELLI, *Constitución de la Nación Argentina...*, ob. cit., p. 371.

⁹⁵⁷ Véase *ibidem*.

⁹⁵⁸ Véase Juan Pablo BOHOSLAVSKY - Roberto GARGARELLA, “El rol de la Corte Suprema. Aportes repetidos y novedosos”, http://www.elhistoriador.com.ar/articulos/dictadura/el_rol_de_la_corte_suprema_durante_la_dictadura.php (acceso el 23-X-2015), *passim*. Al respecto destacan los autores que: “entonces, y ante un anuncio

El 24 de marzo de 1976 las máximas autoridades militares de las tres fuerzas armadas suscribieron un acta que declaraba caducos los mandatos de quienes se desempeñaban en los poderes ejecutivos nacional y los provinciales. Asimismo, se disolvió el Congreso de la Nación y las legislaturas estadales. Lo propio ocurrió con los miembros de la Corte Suprema y su procurador general y con los integrantes de los tribunales superiores de justicia de los distintos Estados provinciales. A los jueces de los tribunales inferiores de la Nación, tanto federales, nacionales y ordinarios, se les declaró la inamovilidad desde su designación o confirmación efectuada por la junta militar. En tanto que, quienes no recibían esta suerte de acuerdo castrense se hallaban sujetos a remoción sin expresión de causa. De esta manera, la junta militar se encontraba facultada para dictar decretos, leyes y, por interpósitas personas, sentencias jurisdiccionales. La junta militar designó magistrados y funcionarios judiciales que, como era de esperar, fueron leales y funcionales al régimen⁹⁵⁹.

Una de las primeras normas dictadas por el gobierno autocrático fue la que exigía que los miembros del poder judicial juraran respetar los Objetivos Básicos fijados por la junta militar, vale decir, el Estatuto para el Proceso de Reorganización Nacional y la Constitución Nacional -en tanto ésta no se opusiera a aquél- conforme lo reglado por el artículo 5 de la ley 21.258. A escasos días de la sanción de la norma, una nueva disposición, la ley 21.279, suprimió esta última parte de la oración, en principio, para adecuarla al juramento que debían prestar los miembros de la junta militar de acuerdo con el Estatuto⁹⁶⁰.

A la luz de las características de la ley fundante, las experiencias vividas degradan la rigidez y fulminan la supremacía de la Constitución. De esta manera, se produce la desconstitucionalización del ordenamiento jurídico de la República. Dicho en palabras sencillas, los usurpadores del poder, en el lapso descrito, convirtieron a la Constitución en una mera ficción y, para ello, contaron con la complicidad de la Corte Suprema de Justicia.

Así, salvando las distancias, se quiere apuntar con lo expuesto, lo imperativo que significa evitar procesos de desconstitucionalización. Ello con el fin de afianzar, más aún en países sujetos a sucesivos golpes de estado, el sistema constitucional republicano y democrático. Si bien, los tratados internacionales, llegaron para coadyuvar o complementar las constituciones locales, ello no significa que esos tratados puedan desvirtuar nuestro texto constitucional.

A todo evento, los tratados internacionales podrán salvaguardar de manera complementaria el texto constitucional, cuando por procesos dictatoriales, éste se vea

que le formulara el Presidente Eugenio Aramburu, donde se informaba de su ascensión al poder desplazando al general Lonardi, quien no había presentado la renuncia a su cargo, la Corte dictó una nueva acordada que afirmaba que 'la designación de la persona que ejerce la presidencia provisional ha sido realizada sin alterar los fines que la revolución triunfante originalmente se propuso'. En el caso 'Molinas, Ricardo Francisco' del 5 de octubre de 1968, la Corte convalidó al nuevo gobierno de facto, y en la acordada del 7 de marzo de 1968 avaló la renovación de la Corte y los tribunales superiores de provincias dispuesta por el gobierno militar. Más adelante, y a través de la acordada del 9 de junio de 1970, respaldaría también la remoción del general Juan Carlos Onganía y su reemplazo por el general Levingston; y todavía, luego, por medio de una nueva acordada, el reemplazo de Levingston por el general Lanusse (OTEIZA, 1994:72)".

⁹⁵⁹ Véase Juan Pablo BOHOSLAVSKY - Roberto GARGARELLA, "El rol de la...", ob. cit., *passim*.

⁹⁶⁰ Enrique GROISMAN, *Poder y derecho en el "Proceso de Reorganización Nacional"*, Centro de Investigaciones sobre el Estado y la Administración, Buenos Aires, 1983, p. 15.

amenazado. Pero de ninguna manera, tales tratados pueden suplir la soberanía estadual plasmada en la Asamblea constituyente y, luego, en la carta magna nacional. Pues es la soberanía de un pueblo la que, en definitiva, construye los cimientos de la organización de los Estados. Esa soberanía no se encuentra reflejada al momento de la suscripción de un tratado -acto federal complejo- ni, mucho menos aún, en la elaboración de convenciones internacionales.

Por ello, lo que aquí se objeta, no es el carácter coadyuvante o complementario de los tratados internacionales, sino más bien que éstos sean el punto de inflexión para comenzar nuevos procesos de desconstitucionalización.

4) Las reformas de 1994: Límites a la nueva jerarquía de los tratados y los intentos de trasgresión a los principios de supremacía y de rigidez

En este tramo, se expondrán argumentos adicionales a los elaborados en el transcurso de este capítulo, para dejar en claro la vigencia plena, aun después de la innovación de 1994, de los principios de supremacía, primacía normativa y rigidez, de nuestra Constitución Nacional.

De la lectura de la ley que autorizó la modificación parcial del texto constitucional en 1994, surge que el convencional reformador, por un lado, se encontraba habilitado por el Honorable Congreso de la Nación a crear institutos para la integración y jerarquía de los tratados internacionales -por incisos nuevos al artículo 67 de la Constitución Nacional-; y, por el otro, impedido de modificar declaraciones, derechos y garantías plasmados en la primera parte de la Constitución Nacional. Cabe insistir que, entre aquellos preceptos intocables, se encontraban los artículos 27, 30 y 31 que, como se explicó, sirven de apoyo a los principios de supremacía y rigidez de los cuales se nutre nuestra carta constitucional.

Debe recordarse que, a propósito de ello, la ley 24.309 estableció expresamente:

“ARTÍCULO 1º-Declárase necesaria la reforma parcial de la Constitución Nacional de 1853 con las reformas de 1860, 1866, 1898 y 1957 [...]

ARTÍCULO 3º-Se habilitan también para su debate y resolución en la Convención Constituyente los puntos que se explicitan y los artículos que se discriminan a continuación:

A tal efecto la Convención Constituyente podrá:

a) Modificar los artículos 63, 67, 106, 107 y 108.

[...]

En todos los casos esa habilitación está referida a los siguientes:

TEMAS QUE SON HABILITADOS POR EL CONGRESO NACIONAL PARA SU DEBATE POR LA CONVENCION CONSTITUYENTE [...]

I.-INSTITUTOS PARA LA INTEGRACION Y JERARQUIA DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES.

* Por incisos nuevos al artículo 67 de la Constitución Nacional [...]

ARTÍCULO 6º-Serán nulas de nulidad absoluta todas las modificaciones, derogaciones y agregados que realice la Convención Constituyente apartándose de la competencia establecida en los artículos 2º y 3º de la presente ley de declaración.

ARTÍCULO 7º-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 Constitución Nacional [...]”⁹⁶¹.

Al respecto manifestó el convencional TORRES MOLINA:

“El punto 1 del artículo 3º de la citada norma, que habilita la discusión del tema referido a la jerarquía de los tratados internacionales, establece que la modificación en ese aspecto puede realizarse mediante el agregado de un nuevo inciso en el artículo 67 de la Constitución, sobre atribuciones del Congreso.

Es una errónea técnica legislativa utilizar el artículo 67 para establecer la jerarquía de los tratados internacionales. Nosotros tendríamos que incorporarla en el artículo 31, tal como está en el texto vigente, o deberíamos agregar un nuevo artículo, como lo han hecho varias constituciones modernas del mundo como, por ejemplo, la peruana o la española. Entonces, eso está marcando una asistematicidad muy clara del Núcleo de Coincidencias Básica”⁹⁶².

De esta manera, el artículo 6 de la mencionada ley, dispuso que serían nulas, de nulidad absoluta, todas las modificaciones, derogaciones y agregados que realice la Convención constituyente apartándose de la competencia establecida en el artículo 3. Ello implica que, el convencional reformador no se encontraba facultado para conferir a los tratados internacionales, de cualquier tipo, una jerarquía superior a la que habilita el artículo 27 de la CN. De ahí que, sólo podría haber habilitado la incorporación de los tratados en los escenarios de legalidad, supralegalidad o a lo sumo de constitucionalidad deferente pero nunca, se podría concebir que el convencional de 1994 tuviera atribuciones para colocar a los tratados internacionales y los organismos que estos tratados crean -como la Corte o la Comisión IDH- en un plano de supraconstitucionalidad.

El convencional Juan Pablo CAFIERO indicó al respecto que: “por ello es que proponemos incorporarnos a esta doctrina, a este pensamiento y darle jerarquía supralegal a todos los tratados internacionales. Esto ha sido contenido en el inciso 19 del artículo 67 propuesto”⁹⁶³.

En esta postura, el convencional MURUZABAL sostuvo: “lo grave es que ese proyecto, al habilitar al Congreso a aprobar tratados sin exigir que, al menos, se cumplan los recaudos requeridos por el artículo 27 de la Constitución, agudizará el grado de inseguridad jurídica resultante”⁹⁶⁴. Al finalizar su intervención, indicó que su partido no estaba en contra de los derechos tutelados por el Pacto de San José de Costa Rica al juzgar que ya se encontraban incorporados a la parte dogmática como derechos implícitos previstos por el artículo 33 de la CN. No obstante, sostuvo que era muy

⁹⁶¹ Ley 24.309.

⁹⁶² Ramón TORRES MOLINA, *Diario de Sesiones...*, ob. cit., p. 410.

⁹⁶³ Juan Pablo CAFIERO, *Diario de Sesiones...*, ob. cit., p. 2830.

⁹⁶⁴ Hilario Raúl MURUZABAL, *Diario de Sesiones...*, ob. cit., p. 2843. Además agregó: “es que como dice Pedro J. FRÍAS en el artículo publicado en el diario ‘La Nación’ del 12 de abril de 1994, titulado Las estrategias de la Convención-Desatar el paquete, citando a Néstor P. SAGUÉS: “...el contrabando normativo se produce cuando, *so* pretexto de modificar otros artículos de la Constitución -fuera de su primera parte- o al considerar los nuevos temas que propone el art 3º de la ley 24.309, se afecten indirectamente reglas concernientes a las declaraciones, derechos y garantías presuntamente intocables” (*ibidem*, p. 2844).

distinto otorgarle rango constitucional a los derechos humanos plasmados en los instrumentos internacionales, que dárseles al propio tratado.

Precisamente, a esta consideración, la tesis constitucionalista agrega que lo expuesto implica otorgar el mismo rango a la segunda parte del tratado que regula el funcionamiento y potestades de los órganos interamericanos, como la Corte y la Comisión IDH. Esta circunstancia, de admitirse, representaría alterar de manera incorrecta la competencia de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación como tribunal que tiene la última palabra en materia de interpretación de la Constitución, las leyes y los tratados internacionales sin distinción alguna. Al respecto sostuvo el cimero tribunal federal que: “el carácter supremo de las decisiones de esta Corte, cabeza del Poder Judicial de la Nación, según lo dispuesto por el [artículo] 108 de la Constitución (Fallos: 256:114; 89:193; 319:1973; 328:2429; 329:3235 y 5913; 330:49 y 251; 338:1575, entre muchos otros), configura un elemento constitutivo de tales principios de derecho público a los que refiere el [artículo] 27 examinado precedentemente”⁹⁶⁵. Se profundizará sobre la cuestión en el punto C de este capítulo.

En igual sentido, se expresó el constituyente NATALE en tanto indicó que el tema del rango de los tratados internacionales es diferente, “y no tengo dudas de que la correcta interpretación de la ley 24.309 apunta a definir cuál será la jerarquía de los tratados internacionales de acuerdo con el marco de lo que establece el artículo 31 de la Constitución Nacional que, por supuesto, no se modifica por imperio de lo que estipula la misma ley”⁹⁶⁶.

De igual modo, MARUZABAL concluye que el tópico en estudio no se encuentra habilitado “por la ley de convocatoria y que su tratamiento colisiona con los artículos 27, 30 y 31 de la Constitución Nacional, lo que lo transforma en una nulidad absoluta, de acuerdo con el artículo 6° de la ley de convocatoria”⁹⁶⁷.

Para el convencional IRIARTE:

“... todos los tratados internacionales tienen jerarquía suprallegal, ya sea que traten de derechos humanos o no. Pero están ubicados por debajo de la Constitución Nacional. Nuestro dictamen se fundamenta en los términos en que se sancionó la ley de convocatoria a este proceso reformista. A nuestro juicio, están vigentes e inalterables los artículos 27, 30, 31 y 100 de la Constitución Nacional. La ley 24.309 no habilita la competencia de esta Convención para reformarlos, modificarlos o suprimirlos. Dichos artículos perfilan el carácter de nuestra Constitución, su tipología, que es escrita y rígida, lo que necesariamente determina la distinción entre los poderes constituidos y el poder constituyente. Además es suprema porque así lo indica el artículo 31 de nuestra carta magna.

Es la Constitución y sólo ella la que está en el vértice mismo de la pirámide jurídica. Ella es la súper ley, la ley de las leyes. Por debajo de ella se encuentran los tratados internacionales, que siempre deben conformarse a sus principios de derecho público. Así lo establece nuestro artículo 27, que tampoco acepta la reformulación”⁹⁶⁸.

Agrega el convencional citado, su parecer respecto del rol indisponible que la Constitución le asigna a la Corte. En relación a ello plantea que:

⁹⁶⁵ CSJN, Fallos 340:47, caso “Ministerio de Relaciones Exteriores”, 2017, considerando 6 del voto concurrente del doctor Rosatti.

⁹⁶⁶ Alberto NATALE, *Diario de Sesiones...*, ob. cit., p. 2889.

⁹⁶⁷ Hilario Raúl MURUZABAL, *Diario de Sesiones...*, ob. cit., p. 2844.

⁹⁶⁸ Luis IRIARTE, *Diario de Sesiones...*, ob. cit., p. 2846.

“la doctrina recoge en forma unánime esta vertebración y jerarquía normativa, como indiscutibles. Además, las referencias a los últimos fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación a que se hizo mención en el informe de la mayoría -los casos ‘Ekmekdjian contra Sofovich’ y ‘Fibraca contra Comisión Técnica Mixta de Salto Grande’-, establecieron indudablemente el principio de supremacía de los tratados por sobre las normas de derecho interno. Tal primacía se asigna -esto es textual del caso ‘Fibraca’- una vez asegurados los principios de Derecho Público Constitucional.

Ekmekdjian afirma en su *Tratado de Derecho Constitucional* que los tratados internacionales tienen carácter supralegal pero indiscutiblemente están por debajo de la Constitución Nacional. Conforme a esta normativa inmodificable, atento a los límites establecidos por la ley 24.309, afirmamos con Bidart Campos y toda la doctrina constitucional y el derecho judicial de la Corte Suprema, que en el derecho argentino los tratados son infraconstitucionales, no prevalecen sobre la Constitución ni tienen su mismo rango.

En este punto, el dictamen de mayoría se aparta ostensiblemente de la competencia otorgada por la ley 24.309, de convocatoria, toda vez que asigna a los tratados sobre derechos humanos jerarquía constitucional, modificando la escala jerárquica establecida por el artículo 31 de nuestra Constitución”⁹⁶⁹.

Numerosas fueron las voces que se manifestaron en torno de la imposibilidad de modificar artículo alguno de la primera parte de la Constitución. Muchos marcaron la consecuente inseguridad jurídica que, sobre los principios de supremacía y rigidez, podría originar la equiparación del rango jerárquico de los tratados internacionales a las normas constitucionales por la vía de la modificación y agregado de nuevos artículos en la parte orgánica, a partir de las recientes facultades conferidas al Honorable Congreso de la Nación. En esta línea sostuvo la convencional PELTIER lo siguiente:

“el poder preconstituyente ha establecido en el artículo 7° que debe respetarse toda la primera parte de la Constitución, es decir las declaraciones, derechos y garantías. Además, ha fijado que todas las incorporaciones que se realicen contrariando el espíritu y el texto de la ley 24.309, serán nulas de nulidad absoluta. Todos sabemos que en cuanto a la interpretación del derecho, la respuesta final la tiene, precisamente, el poder jurisdiccional.

Entonces, nuestros textos deben ser lo suficientemente claros y contundentes como para que quien deba ejercer ese poder, en todos los casos pueda fallar a favor de las personas y de sus derechos.

Nuestra preocupación radica en que el hecho de otorgar jerarquía a los tratados internacionales que versen sobre los derechos humanos, puede llegar a complicar una interpretación futura de la Constitución, porque no ha sido habilitada la modificación de los artículos 27, 30 y 31 de la Constitución Nacional.

Cuando hablamos del artículo 27 nos referimos a lo que se denomina principios del derecho público de la Constitución Nacional. Este artículo establece que, cuando se trate del afianzamiento de las relaciones de paz y comercio, todos los tratados deben sujetarse a las

⁹⁶⁹ *Ibidem*, p. 2847. Agrega el convencional que: “en primer lugar, cuando me referí al fallo de la Corte, expresamente transcribí un párrafo de la causa ‘Fibraca Constructora’ que dice textualmente que: ‘la primacía de los tratados sobre las normas del derecho interno se asignan una vez asegurados los principios del derecho público constitucional’, con lo cual se reafirma la vigencia plena, absoluta, de los principios de los artículos 27 y 31 de la Constitución Nacional. / Es obvio que todas las normas de derecho constitucional tienen la misma jerarquía, no así los valores que ellas engloban. Existe una gran discusión en la doctrina sobre cuál es la jerarquía y los valores de los derechos humanos de nuestra propia Constitución Nacional. / No ha sido rebatido el aspecto que se vincula con el fundamento mismo de nuestro proyecto, que sostiene que nuestra Constitución tiene un sustento filosófico de raíz jusnaturalista cristiana, mientras que los tratados de derechos humanos que se pretenden incorporar con jerarquía constitucional tienen una fundamentación diferente. Esto es algo clave para decidir nuestra postura de mantener y privilegiar la Constitución Nacional por sobre los tratados internacionales”, p. 2848.

normas de derecho público. Algunos autores dicen que a este derecho público pueden ser incorporadas las declaraciones, derechos y garantías -es decir, los derechos de las personas- y todo lo relativo a la institucionalización del poder.

En definitiva, el principio es uno solo: el derecho público debe siempre presidir cualquier tratado que se firme a los efectos de evitar su probable declaración de inconstitucionalidad. Y, aunque la Convención de Viena sobre los tratados establezca la obligación de respetarlos para los estados que hayan firmado, aun sobre el ordenamiento interno, esto no eximiría, en algún momento, que el Estado pudiera denunciar ese tratado y, de tal manera, nos quedáramos sin el respeto de esos derechos, que son fundamentales.

Por otra parte, en el artículo 31 de la Constitución Nacional se establece la supremacía de la norma constitucional, principio al que se le han dado dos interpretaciones. Una de ellas dice que se está repitiendo una norma de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, en donde se establece que la Constitución, los tratados y las leyes son superiores, y ello aplicado exclusivamente a los estados que forman parte de esa nación norteamericana.

Sin embargo, según una interpretación de Hutchinson y Peña, la supremacía que buscaba Alberdi y que estaba en el artículo 15 del proyecto alberdiano, contempla la de la Constitución por sobre las leyes y los tratados. A través de dicho artículo, Alberdi contempla la protección de legalidad y constitucionalidad, y ello es acogido por la Constitución Nacional.

Además, en la propia discusión de la Convención de Buenos Aires, al aprestarse a la ratificación y a la incorporación a la Confederación Argentina, también hablan del artículo 27, estableciendo que se trata de un principio de derecho público, que no puede ser abandonado ni denunciado por el Estado en ningún momento.

Estos análisis e interpretaciones que hemos realizado nos han llevado, lamentablemente, a la conclusión de la imposibilidad de que los tratados internacionales sobre derechos humanos puedan ser equiparados a la Constitución Nacional⁹⁷⁰.

Para la tesis constitucionalista, una de las mejores exposiciones en cuanto delimitan, claramente, cuál fue la competencia que en la materia fijó el Congreso en la etapa preconstituyente, es la de el convencional Alberto NATALE, quien además de ser elegido para trabajar en la innovación constitucional se desempeñaba como Diputado de la Nación y fue miembro de la Comisión de Asuntos Constitucionales, al momento de tratarse el proyecto de declaración de necesidad de reforma en la Cámara baja. Puntualmente expresó:

“por eso en el proyecto en análisis se dice que los derechos del hombre expresados en tratados celebrados con otros países u organismos internacionales se los considerará como parte de los derechos y garantías no enumerados previstos en el artículo 33, siempre que no se afecten otros ya consagrados y en concordancia con lo que establece el artículo 27.

Entonces, se le da esa presencia que en las exposiciones se le quiere dar al tema, pero no quebramos el principio del artículo 31 de la Constitución Nacional. Ese artículo es la base de nuestro sistema de derecho, con una supremacía de la Constitución y normas inferiores que son las leyes y los tratados.

La ley 24.309 nos ha convocado para que resolvamos el rango de los tratados y determinar si ellos se hallan en un nivel similar, inferior o superior al de las leyes [...]

Por eso parece legítimo que la Convención Constituyente se pronuncie sobre esta cuestión, pero todos dentro del marco de la Constitución, no dándoles a algunas de estas normas nivel equivalente al de ella porque entonces afectamos aquel principio de la supremacía constitucional, que no es la pirámide de Kelsen, como he oído decir muy ligeramente, sino un principio axial del sistema constitucional argentino; porque el artículo 31 de la Constitución, inspirado en la cláusula sexta de la Constitución norteamericana, sostiene un doble tipo de supremacía: la de la legislación federal sobre la provincial y la de la Constitución sobre la legislación secundaria, sean tratados o leyes [...]

Todos sabemos que el tema de los derechos humanos no nació ni con el Pacto de San José de Costa Rica ni con la Carta de las Naciones Unidas, sino con la filosofía política que

⁹⁷⁰ Teresa Camila PELTIER, *Diario de Sesiones...*, ob. cit., pp. 2870-71.

había nutrido el pensamiento argentino cuando se constituyó como país. Desgraciadamente, en todas las oportunidades en que la defensa de los derechos humanos fracasó en la Argentina y en el mundo, ello se debió no a falencias de la Constitución o a carencias de normas de derecho, sino a otras circunstancias. Los derechos humanos no se vieron fracturados por la Constitución sino por factores ajenos a ella.

Si queremos darles la altura de proclamación que se aspira en la Convención Constituyente, en buena hora logremos una norma como la que propone el dictamen de los señores convencionales Pando, Maeder y Peltier, que respeta los principios consagrados por los artículos 30 y 31 de la Constitución; de lo contrario lo que haremos será darle flexibilidad al texto, al dejarlo sometido a los vaivenes de las decisiones legislativas que incorporen o desincorporen tratados al derecho positivo argentino, tratados que tendrán el mismo rango que la Constitución y que, por supuesto, podrán alterar sus previsiones.

Estamos preservando la pirámide jurídica del artículo 31, que es la base angular de nuestro sistema. ¿De qué se van a valer los jueces para declarar constitucional o no las leyes que se dicten en el futuro? ¿De la Constitución o además de otras leyes que sancione el Congreso de la Nación ratificando tratados internacionales? Entonces habrá leyes con rango constitucional y leyes con rango infraconstitucional. Habremos entrado en la flexibilidad constitucional que casualmente es la antípoda de lo que constituye el sistema normativo de nuestro país.

Sé que hay calificados autores -no muchos, muy pocos- de la rama del derecho constitucional que se encuentran entusiasmados con esta tesis de la jerarquización de los tratados internacionales, pero pienso que en ocasiones hay que repensar las cosas, porque por lograr aparentemente ciertos bienes terminamos destruyendo principios esenciales de nuestro sistema de derecho.

Si estamos desarmando el artículo 31; si estamos haciendo padecer al artículo 30 por las vicisitudes que mencioné; si la ley 24.309 en cuya virtud estamos reunidos expresa que 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 Constitución Nacional, y todos sabemos que los artículos 30 y 31 forman parte de dicho capítulo; si el artículo 6° de esa misma ley determina que serán nulas de nulidad absoluta todas las modificaciones, derogaciones y agregados que realice la Convención Constituyente apartándose de las competencias establecidas en los artículos 2° y 3°, me pregunto ¿nos iremos tranquilos con estas cosas cuando se vote el dictamen de mayoría? ¿No nos quedaremos pensando en este anatema referido a lo nulo de nulidad absoluta e insanable que prevé el artículo 6° de la ley 24.309 por haber pretendido modificar los artículos 30 y 31 de la Constitución Nacional?[...]»⁹⁷¹.

A modo de síntesis de lo expuesto, sólo a mérito de lo transcrito, luego de repasar las sucesivas opiniones de quienes fueron protagonistas en la Asamblea constituyente de 1994 con voz y voto, se hace necesario destacar la claridad con que se expusieron los límites fijados por el legislador ordinario en la etapa preconstituyente. De ahí, que se insista en la necesidad de ponderar, integralmente, las facultades asignadas al poder constituyente derivado de 1994; operación lógica que conduce a admitir la jerarquía de ciertos instrumentos internacionales de derechos humanos en un plano de constitucionalidad deferente o moderada y para el resto de los otros instrumentos internacionales en escenarios de suprallegalidad e infraconstitucionalidad. Este razonamiento, además, se robustece si se tiene en cuenta que la nueva jerarquía a otorgar a los tratados internacionales, impedía la posibilidad de que éstos se incorporaran en escenarios de supraconstitucionalidad o constitucionalidad puro, al vedarse la posibilidad de alterar, en lo más mínimo, la letra y espíritu del artículo 27 de la Constitución Nacional.

⁹⁷¹ Alberto NATALE, *Diario de Sesiones...*, ob. cit., p. 2901.

B. Argumentos que surgen de las cláusulas incorporadas por la reforma constitucional de 1994 para la tesis constitucionalista

Se tuvo oportunidad de analizar, en la segunda parte de esta investigación, de qué modo se interpretan las novedosas cláusulas de la Constitución que, a partir de la innovación constitucional de 1994, confieren nueva jerarquía a los tratados internacionales en general y, en especial, a los instrumentos internacionales de derechos humanos. Toca ahora detenerme en cómo la tesis constitucionalista concibe a estas nuevas disposiciones constitucionales y de qué manera influyen sobre los principios de rigidez y supremacía constitucional.

1) La “fórmula argentina” como herramienta para que el juez local pueda resolver conflictos normativos

Se debe precisar de qué manera impactan en la arquitectura constitucional las modificaciones que se hicieron luego de la reforma de 1994. Para ello, se pondrá el foco en la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

Cabe recordar, que el artículo 31 de la Constitución (valga la insistencia, que está ubicado en la primera parte de la CN) establece el orden de prelación de los preceptos que integran nuestro ordenamiento: esto es, la misma Constitución, las leyes dictadas en su consecuencia y los tratados internacionales. Previo a la reforma se propició, casi siempre, la supremacía constitucional y siguiéndola se ubican las leyes y los tratados a los que hace referencia el artículo 27 *ejusdem*.

Como se expuso en la segunda parte de este trabajo, la jurisprudencia de la CSJN de la primera década de este siglo, resultó muy congruente con los principios de la Convención de Viena de 1969 sobre Derechos de los Tratados. Ratificó, directa o implícitamente la primacía normativa del derecho internacional sobre las constituciones. De ahí, que, bajo aquella lógica, se pueda sostener que el nuevo artículo 75, que regula las atribuciones del Congreso de la Nación, pudo haber transgredido elípticamente la interdicción de producir modificación alguna respecto de la primera parte -artículos 1 al 35-, al prever, en su inciso 22, un variado cúmulo de disposiciones relacionadas con las facultades parlamentarias. Así, después de ratificar la facultad de celebrar tratados, dispuso que éstos y los concordatos con la Santa Sede poseen “jerarquía superior a las leyes”, zanjando constitucionalmente el conflicto que suscitaba la discusión respecto a que una ley pudiera derogar, total o parcialmente, un tratado internacional.

Además, se incorporaron, de manera complementaria y en las condiciones de su vigencia, once tratados internacionales sobre derechos humanos con jerarquía constitucional. Aquí, se incluyeron declaraciones universales y americanas sobre derechos humanos, económicos y sociales, genocidio, discriminación racial, discriminación contra la mujer, torturas y derechos del niño. Se dejó expresa constancia qué significado asume la frase “en las condiciones de su vigencia” para dejar a salvo las reservas que hizo la República Argentina al tiempo de la ratificación, extendiéndose, de este modo, a los referidos tratados internacionales la supremacía

constitucional. En otro punto, también se brindó flexibilidad a la ley fundamental, al reconocer que otros tratados internacionales pudiesen incorporarse luego, con similar rango supremo, de resultar aprobado con el voto favorable de dos tercios de la totalidad de los miembros de cada Cámara del Congreso.

Sin perjuicio de los distintos pronunciamientos que, desde la reforma constitucional de 1994, hasta nuestros días efectuó la Corte Suprema en relación al tema abordado, destaca, a propósito de sustentar la tesis constitucionalista, lo resuelto por el máximo estrado nacional en el precedente “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto”⁹⁷² del 14 de febrero de 2017. A partir de este pronunciamiento queda claro que las disposiciones del Pacto de San José de Costa Rica, incluso, admitiendo la hipótesis de que se hubieran incorporado al ordenamiento jurídico nacional con jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de la norma suprema, entre los que se incluye, desde luego, el mencionado artículo 27 de la CN. Además, tampoco derogan artículo alguno de la segunda parte, en tanto no se hubieran habilitado de manera expresa en el texto que declaró la necesidad de reforma. A modo de ejemplo, baste citar la norma que instituye a nuestra Corte federal como el tribunal supremo e intérprete final de la Constitución, los tratados internacionales, las leyes y las demás disposiciones que se dicten en su consecuencia. Por eso, pensar a la Corte Suprema, ya no como el último intérprete en relación con una porción de las normas constitucionales (en el caso las de la CADH), es insostenible porque también, como en el supuesto anterior, conduce a la invalidez de la reforma constitucional en dicho punto⁹⁷³.

En aquella dirección debe leerse y entenderse el voto concurrente del juez Rosatti en el mentado fallo al expresar que: “...en efecto, esta Corte no puede desconocer que la CADH fue incorporada con jerarquía constitucional a nuestro orden jurídico sin que tal incorporación suponga derogar artículo alguno de la primera parte de la Constitución Nacional (artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional), dentro de la cual destaca el artículo 27”⁹⁷⁴.

El voto mayoritario de la Corte Suprema consolida esta interpretación al ratificar, de manera categórica, que la reforma de 1994, vino a consolidar la vigencia del artículo 27 de la CN. Al haber otorgado jerarquía constitucional a la CADH y disponer que sus preceptos no derogan artículo alguno de la parte dogmática de nuestra ley fundamental, exalta y reafirma la vigencia de los principios de derecho público contenidos en la Constitución argentina. Además, coloca a estos principios como barreras que no pueden perforar los tratados internacionales, incluso, los de derechos humanos, como por ejemplo, la Convención Americana.

Nuestro cimero estrado, en el voto concurrente de la mayoría, sentó esta inobjetable doctrina y dijo que: “esta comprensión del artículo 27, lejos de haber sido alterada por la reforma de 1994, ha sido reafirmada con ella. Así lo ha entendido el constituyente argentino cuando al otorgar jerarquía constitucional a la CADH -entre otros tratados internacionales sobre derechos humanos- ha establecido expresamente que sus normas ‘no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución’,

⁹⁷² CSJN, Fallo 340:47, caso “Ministerio de Relaciones Exteriores”, 2017.

⁹⁷³ Véase CSJN, Fallos 322:1616, caso “Fayt”, 1999 y sus citas.

⁹⁷⁴ CSJN, Fallos 340:47, caso “Ministerio de Relaciones Exteriores”, 2017, considerando 5, voto concurrente del juez Rosatti.

reafirmando la plena vigencia de los principios de derecho público establecidos en la norma fundamental como valladar infranqueable para los tratados internacionales (doctrina de Fallos 317:1282)⁹⁷⁵.

Resulta oportuno señalar que, en concordancia con el artículo 27 de la Constitución, también desde la doctrina del derecho internacional se admite, fundamentalmente en el ámbito europeo, la existencia de un espacio de reserva con el que cuentan los Estados nacionales conocido como margen nacional de apreciación⁹⁷⁶. Su esencia es garantizar la existencia de la autonomía estadual por la que los Estados tienen reservado, para sí, un margen de decisión en la introducción al ámbito interno de las normas que provienen de fuente internacional.

Es evidente, que dentro de los principios que integran ese margen de apreciación autónomo de cada Estado, donde la soberanía nacional no cede frente a disposiciones de origen internacional, se encuentran los derechos de máxima jerarquía, cuyo goce es asegurado a los individuos por las constituciones de cada país. De este modo, la incorporación de principios de derecho internacional encuentra un valladar en la afectación de esos derechos constitucionales. El margen de apreciación nacional procura adaptar las exigencias del derecho internacional, con los espacios de autonomía que se reservan los Estados signatarios de un tratado internacional, sin que por ello se afecten las garantías esenciales del ser humano.

Sentado lo anterior, podría decirse que el artículo 27 de la CN funciona como una especie de cláusula de reserva permanente a la cual el gobierno federal no puede renunciar, salvo que se proceda a la reforma de la Constitución y se elimine el requisito de adecuación de los tratados internacionales, incluidos los de derechos humanos que celebre Argentina con otros Estados u organizaciones no gubernamentales. El fallo de la Corte Suprema en los autos “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto” recurre a este argumento para fundar su decisión y lo hace en los siguientes términos: “esta interpretación es reflejo de una fuerte tradición en la práctica constitucional argentina expresada, por ejemplo, en la denominada ‘fórmula argentina’ -sostenida en la Conferencia de Paz de La Haya de 1907 por los delegados Roque Sáenz Peña, Luis María Drago y Carlos Rodríguez Larreta- mediante la cual se excluían de los tratados de arbitraje obligatorio las cuestiones que afectaban a la Constitución de cada país. Esta fórmula ‘ha nacido de los términos y del espíritu de

⁹⁷⁵ *Ibidem*, considerando 19, voto de la mayoría jueces Highton de Nolasco, Lorenzetti y Rosenkrantz. Cabe agregar, que para la tesis constitucionalista en el derecho argentino, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 27 de la Constitución, los tratados deben ajustarse y guardar conformidad con los principios de derecho público establecidos en la Constitución. Este precepto consagra la supremacía de la Constitución -más precisamente, de los principios constitucionales- frente a los tratados internacionales de todo tipo. En consecuencia, para esta corriente, no sería extraño suponer que los tratados que no se correspondan con los principios de derecho público establecidos en la Constitución serán inconstitucionales. Por imperio de este artículo, la Constitución Nacional condiciona los tratados sobre aquellas cuestiones que pudieran afectar los principios fundamentales de derecho público argentino sobre los que reposa la organización política de la República. Un tratado internacional, incluso de derechos humanos, no puede alterar la supremacía de la Constitución Nacional. De ahí que el artículo 27, le impone al gobierno federal el deber de afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de los tratados que deberán ajustarse a los preceptos de la misma Constitución.

⁹⁷⁶ Doctrina nacida en la entonces Comisión Europea de Derechos Humanos, adoptada por la Corte Europea de Derechos Humanos y recogida débilmente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Véase Corte IDH, Opinión Consultiva -OC- 4/84.

nuestra Constitución, los que no podían ser desvirtuados por ningún tratado sin exponerse a caer en nulidad’ (Carlos SAAVEDRA LAMAS, ‘En torno a la Constitución que nos rige’, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1957, p. 21)⁹⁷⁷.

Desde la doctrina, sostiene EKMEKDJIAN que, el *treaty making power* de los departamentos del poder legislativo y ejecutivo poseen, en nuestro país, dos techos ideológicos. Uno de ellos, es referido a la barrera que, aludida precedentemente, revivió en febrero de 2017 nuestra Corte Suprema, plasmado en la parte final del artículo 27 de la CN. El segundo de ellos, lo impone la norma internacional y está reglado por el artículo 53 de la Convención de Viena de 1969, el cual impide celebrar tratados cuyo objeto sea contrario al *ius cogens*. Expone el citado autor que, el primero resulta coherente con el rango jerárquico que asigna el artículo 31. Precisamente, la limitación que marca el texto constitucional, dirigida al contenido de los tratados, pone a éstos al alcance del control jurisdiccional de constitucionalidad al cual quedan sujetos todos los actos estatales y con ello se admite la posibilidad de impugnar por inconstitucional un tratado internacional celebrado en transgresión de los principios constitucionales⁹⁷⁸.

Explica el profesor EKMEKDJIAN que la trascendencia de esta cláusula constitucional ya habría sido señalada en el debate que viabilizó la incorporación de la provincia de Buenos Aires en el proceso de revisión de la Constitución de 1860. En la disputa que sostuvo Mitre con Vélez Sarsfield, este último argumentaba que el tratado celebrado con el imperio del Brasil, que devolvía los esclavos fugados del país de aquel Estado, resultaba repugnante al artículo 15 de la CN y, por ello, era nulo en esta cuestión, dado que un tratado era una ley que no podía contrariar a la Constitución. “Mitre, en cambio, sostenía que los tratados tenían la misma fuerza que la ley constitucional, agregando Gutiérrez que hay tratados de paz que derogan artículos constitucionales. En este precepto del artículo 27 se reconoce el origen de la llamada ‘fórmula argentina’, que desde principios de siglo [pasado] figura en todos los tratados de arbitraje que ha suscripto la República”⁹⁷⁹.

Finalmente, agrega el autor citado, que esta disposición se utiliza para excluir del arbitraje obligatorio las cuestiones que afecten a la constitución de cada país. “Esta reserva ha quedado incorporada a los principios del derecho público argentino y sólo puede ceder ante una norma constitucional expresa en contrario”⁹⁸⁰.

En estrecha vinculación con este principio, que la CSJN llamó fórmula argentina, se debe ponderar el desempeño de la delegación nacional que estuvo presente en la génesis y trabajos preparatorios de la CADH. En tal sentido, se sabe que la Conferencia de Costa Rica tomó como modelo el proyecto elaborado por la Comisión IDH. El artículo 67, de ese instrumento, regulaba el alcance y procedimiento para efectivizar las reservas que los Estados signatarios se dispusiesen a formular. Para algunos países, como la Argentina, el proyecto resultaba muy restrictivo dado que únicamente se admitían las reservas cuando una disposición constitucional colisionara con alguna norma de la Convención. HITTERS y FAPPIANO sostienen que la mejor

⁹⁷⁷ CSJN, Fallo 340:47, caso “Ministerio de Relaciones Exteriores”, 2017, considerando 18.

⁹⁷⁸ Véase Miguel Ángel EKMEKDJIAN, *Tratado de Derecho...*, ob. cit., t. II, pp. 632-633.

⁹⁷⁹ *Ibidem*, p. 633.

⁹⁸⁰ *Ibidem*.

explicación puede verse en la observación que al efecto presentó el gobierno argentino en los siguientes términos:

“Artículo 67, párrafo 1: El sistema de reservas, establecido en este artículo está basado exclusivamente en la existencia de normas contradictorias contenidas en la constitución del Estado reservante, y es inaceptable, ya que restringe la facultad soberana de los estados de efectuar reservas.

Se sugiere pues, como más conveniente, una fórmula de más amplitud, similar a la contenida en el artículo 86 del proyecto del Comité Interamericano de Jurisconsultos, que hace extensivo el derecho de reserva a los casos de contradicción con una norma constitucional o legal vigente en el territorio del Estado reservante”⁹⁸¹.

Como es sabido, la moción argentina no prosperó a instancia de la propuesta uruguaya, que es la que recoge el actual artículo 75 de la CADH y nos remite a la Convención de Viena de 1969 en materia de reservas. No obstante, es preciso tener presente que, en la oportunidad de suscribirse el acta final de la Convención Americana, nuestro país formuló una advertencia por escrito, que para ciertos autores carece de validez⁹⁸². En concreto, la delegación nacional indicó que los derechos humanos, que son reconocidos en el Pacto de San José de Costa Rica, “no pueden afectar el pleno ejercicio de la soberanía de la República Argentina, ni contradecir las normas fundamentales contenidas en la Constitución de la Nación Argentina, legislación derivada e interpretación jurisprudencial de ambas”⁹⁸³.

Es imposible negar la importancia de estos antecedentes para la comprensión acabada de cuáles son los límites que no pueden sobrepasar, en el ordenamiento jurídico argentino, las decisiones de los tribunales internacionales de derechos humanos como la Corte IDH. Sobre todo, cuando la misma Corte internacional, en una de sus opiniones consultivas, señaló que los trabajos preparatorios del Pacto de San José de Costa Rica, resultan de una inestimable valía para entenderlo a cabalidad⁹⁸⁴. Además, ayuda a dimensionar cuál es el alcance de su jurisprudencia al interior del país y qué valor deben darle los jueces nacionales para inclinarse, por la Constitución Nacional, cuando la interpretación de fuente extranjera invade la zona de reserva reglada por el artículo 27 CN. En síntesis, la fórmula argentina es una herramienta para que el juez local decida a quién le debe lealtad frente al conflicto normativo insalvable entre la carta constitucional y: a) la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos *-res interpretata-*, b) una sentencia directa contra nuestro país *-res iudicata-* o, c) una norma de fuente internacional, incluso con jerarquía constitucional conforme artículo 75.22 *-res legislatata, res pactata o res declarata-*.

⁹⁸¹ Juan Carlos HITTERS, Oscar Luján FAPPIANO, *Derecho Internacional...*, ob. cit., t. II, volumen 1, p. 92.

⁹⁸² Véase *ibidem*, p. 125. Para los autores la constancia que introdujo la delegación argentina carece de efecto alguno por dos razones centrales: 1) dado que sería una reserva incompatible con el objeto y fin del tratado, al desconocer el control internacional de la CADH; y, 2) porque conforme lo estipulado por el artículo 23.2 de la CVSDT, la reserva hecha al momento de la firma de un tratado, que posteriormente sea objeto de ratificación, aceptación o aprobación, debe ser confirmada de nuevo por el Estado al manifestar su consentimiento en obligarse, cuestión que Argentina omitió hacer el 14 de Agosto de 1984.

⁹⁸³ Pedro A. CAMARGO, *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, año 3, número 7, p. 281.

⁹⁸⁴ Corte IDH, Opinión Consultiva número -OC- 2/82, cita párrafo 23.

La tarea es sencilla para Andrés D'ALESSIO. Al respecto dijo:

“cuando una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre la base de alguno de los tratados incorporados por el artículo 75 inciso 22, pretenda que los tribunales argentinos se pronuncien de modo que viole algunas de las garantías preexistentes en nuestra Constitución, ocurrirá lo siguiente: quedará de lado el principio del artículo 27; quedará de lado que dicha incorporación se hizo con la aclaración de que no importaba derogación de artículo alguno de la primera parte de nuestra Carta, y para que fuera complementaria de los derechos y garantías establecidos en ella; Posiblemente se esté dejando de lado alguna reserva o declaración interpretativa hecha en el momento de la ratificación y, de tal modo, olvidando que la incorporación se hizo en las condiciones de su vigencia en 1994. A todo esto, los jueces que integren ese tribunal habrán asumido su cargo jurando aplicar la Constitución, por lo que no podrán acceder a violarla con tal motivo”⁹⁸⁵.

Por lo expuesto hasta aquí, se puede pensar, bajo la lógica de la tesis constitucionalista, que la *res iudicata* será obligatoria conforme lo determina el artículo 68.1 de la CADH, en tanto la decisión de la Corte IDH no vulnerase la zona de reserva, conocida como fórmula argentina o ante la ausencia de conflicto normativo insalvable con alguno de los principios a los que alude el artículo 27 de la Constitución Nacional.

Una interpretación adecuada obligaría a los jueces nacionales a respetar lo establecido en el artículo 27 de la Constitución Nacional, que se halla plenamente vigente. Precepto que, además, la Convención constituyente de 1994 se encontraba inhibida de modificar. Con ese criterio, aún los tratados sobre derechos humanos con jerarquía constitucional moderada o deferente podrían ser declarados inconstitucionales y, además también, la jurisprudencia de los tribunales internacionales, que interpretan tratados de derechos humanos, vigentes en nuestro país por la vía del artículo 75 inciso 22.

2) Los tratados internacionales de derechos humanos en el ordenamiento local en función a lo reglado por el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional según la tesis constitucionalista

En los acápites anteriores se dio cuenta de los seis escenarios posibles, a través de los cuales se pueden incorporar los tratados internacionales de derechos humanos en los ordenamientos locales. Ello, básicamente, depende de las disposiciones constitucionales de cada uno de los Estados que individualmente firman, aprueban y ratifican una norma de fuente extranjera. En el caso argentino, para la tesis constitucionalista, todos los tratados, incluidos los de derechos humanos, se incorporan en un escenario de supralegalidad y constitucionalidad moderada o deferente. Es decir, que tienen jerarquía superior a las leyes de la Nación, conforme lo dispusiera el convencional reformador en 1994, dada la habilitación expresa que se hizo en el acápite I del artículo 3 de la ley 24.309; pero siempre se ubican apenas por

⁹⁸⁵ Andrés D'ALESSIO, *Los delitos de lesa humanidad*, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 89.

debajo de la Constitución conforme los argumentos que se desarrollarán a continuación.

Pues bien, con motivo de la última modificación constitucional, el nuevo inciso 22 del artículo 75 preceptúa que: “los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes” y, a continuación, enumera once tratados internacionales de derechos humanos, concluidos, firmados y aprobados con las formalidades requeridas por la Constitución, respecto de los cuales se afirma que: “en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional⁹⁸⁶, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías 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”.

Luego, en el inciso 24 del mismo artículo 75, se agrega como facultad del Congreso: “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”. El convencional BARRA, tuvo oportunidad de referirse respecto de la jerarquía de este tipo de tratados en los siguientes términos:

“en forma paralela, los tratados del derecho de integración -que, como se dijo, ya gozan de jerarquía supralegal- pueden delegar competencias a organizaciones supraestatales. Las normas que dicten tales organizaciones se incorporarán de pleno derecho al ordenamiento jurídico interno. Ésta es la gran novedad del sistema en nuestro ámbito, aunque tiene el gran precedente del sistema de la Comunidad Europea. Se incorporarán al derecho interno en forma automática, con jerarquía supralegal aunque infraconstitucional. Para que esta delegación sea posible se requieren mayorías especiales y un sistema de mayor rigurosidad si se trata de una integración con países ajenos a la región latinoamericana. Hasta ahora simplemente hemos descrito el sistema, pero también podemos justificarlo⁹⁸⁷.”

En relación a estos últimos, se debe admitir que aún no generaron problemas interpretativos, dado que, si bien poseen rango superior a las leyes, no se les otorgó jerarquía constitucional en el sentido de incorporarse al texto de la Constitución, con el mismo *status* que las declaraciones derechos y garantías previstas en la parte dogmática. Es muy distinta entonces, la situación en la que se encuentran las convenciones y tratados sobre derechos humanos, a los que el inciso 22 del artículo 75 les asigna jerarquía constitucional. Esta situación provocó, y seguirá provocando, grandes dudas en torno de si ese escalafón, que se atribuye a los tratados

⁹⁸⁶ Los tratados internacionales sobre derechos humanos con jerarquía constitucional enumerados en el artículo 75 inciso 22 segundo párrafo CN, son: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño, más los que en el futuro se incorporen, habiéndose sumado ya dos más: Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (1996) y Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y *Les a la Humanidad* (2003).

⁹⁸⁷ Rodolfo BARRA, *Diario de Sesiones...*, ob. cit., p. 2835.

internacionales de derechos humanos, equivale o no a la prevalencia, de este tipo de normas, por encima de la carta constitucional.

Sin que esta tesis constituya una disidencia, aislada o solitaria, frente a la nueva interpretación que prohíjan quienes sostienen la prelación jerárquica de los tratados internacionales de derechos humanos, en desmedro de la primacía de la Constitución Nacional, es importante recordar un esclarecedor trabajo del constitucionalista Alfonso SANTIAGO. Al respecto manifestó que:

“la protección internacional de los derechos humanos constituye uno de los aspectos más significativos que caracterizan al constitucionalismo actual; sin embargo, la protección internacional de los derechos humanos no puede dejar de lado las garantías ya establecidas por el constitucionalismo clásico original. Esta nueva protección, proveniente del derecho internacional, es complementaria de los derechos de primera generación, establecidos en los textos constitucionales nacionales, como bien pone de manifiesto el artículo 75 inciso 22 de nuestra Constitución Nacional cuando señala, respecto de los tratados internacionales a los que otorga jerarquía constitucional que `no derogan artículo alguno de la Primera Parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”⁹⁸⁸.

Sin embargo, MANILLI, quien se enrola en una posición doctrinaria contraria a la que se expone aquí, afirmando que el derecho internacional de los derechos humanos está por encima de la Constitución Nacional, sostiene: “quienes pensaban que el artículo 31 trazaba una ordenación jerárquica entre tratados y leyes, hoy deberían asumir, para mantener la coherencia, que el nuevo párrafo del artículo 75 inciso 22 ha modificado esa norma; y como ella no [podía] ser reformada por la expresa prohibición de la ley 24.309, deberían considerar que el constituyente de reforma se excedió y que por lo tanto dicho párrafo es nulo. Los únicos que guardan esa coherencia en este punto son SABSAY y ONAINDIA (*La Constitución de los argentinos*, 2ª edición, 1994, Errepar, p. 122), quienes afirman que `sobre la validez de estas modificaciones pesa la sombra de la disposición del artículo 7 de la ley 24.309”⁹⁸⁹.

Para la tesis constitucionalista, aquella posición es errática puesto que, si se considerara que el artículo 31 fue modificado en la reforma de 1994 por los incisos 22 y 24 del artículo 75, tal innovación, sería nula de nulidad absoluta conforme lo dispuesto en los artículos 6 y 7 de la ley 24.309.

Resulta paradójico observar la contradicción de las conclusiones de la postura al decir: “...creemos que aún queda camino por recorrer en este punto, ya que lo ideal hubiera sido proclamar la superioridad jerárquica del derecho internacional -no sólo de los tratados- sobre todo el ordenamiento jurídico interno, pero incluyendo a la propia Constitución”⁹⁹⁰.

Es trascendente señalar que la doctrina judicial que asigna primacía a los tratados internacionales de derechos humanos y al *ius cogens* sobre las normas de la

⁹⁸⁸ Alfonso SANTIAGO, “La dimensión temporal del derecho y el consciente y deliberado apartamiento de los principios de legalidad e irretroactividad en materia penal por parte de la Corte Suprema en el caso `Simón””, *El Derecho*, 14 y 15 de noviembre de 2005.

⁹⁸⁹ Pablo Luis MANILLI, *El bloque de constitucionalidad. La recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho constitucional argentino*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2003, p. 170.

⁹⁹⁰ *Ibidem* p. 172.

Constitución Nacional, implica transgredir sus artículos 27 y 31, preceptos superlativos que establecen el orden de prelación jurídica del ordenamiento nacional. Si se acepta que la reforma constitucional alteró los artículos 27 y 31, tal reforma sería, y valga la reiterancia, nula de nulidad absoluta, porque así los disponen los artículos 6 y 7 de la ley 24.309. Se debe tener en cuenta, como señala LOEWENSTEIN, que: “toda constitución, debe, por lo menos, tener para su pueblo una validez superior a la del producto diario de sus reglas legislativas. [Pues], toda reforma constitucional, aunque sea de naturaleza puramente técnica y no afecte en absoluto los intereses de pueblo propiamente dichos, significa una depreciación de lo que se podría designar como el sentimiento popular de un pueblo. Reformas constitucionales emprendidas por razones oportunistas para facilitar la gestión política desvalorizan el sentimiento constitucional”⁹⁹¹.

La situación se agrava, como categóricamente afirmara SPELMAN “cuando los Estados se apartan de su constitución originaria, y ésa se borra de la memoria con el paso del tiempo, las generaciones siguientes, juzgan el pasado por el presente, conciben que el primero fue igual al tiempo en el que ellos viven, y formándose sobre él proposiciones erróneas sacan asimismo de ellas inferencias y conclusiones igualmente erróneas”⁹⁹².

Luego GELLI destaca que no se logró consenso en la convención constituyente de 1994, respecto de otorgar supremacía al derecho internacional por sobre la Constitución Nacional. “De este modo y en mi opinión, el principio del [artículo] 27 mantuvo su plena eficacia y con él la preeminencia de la Constitución por sobre los tratados [...]”⁹⁹³. Insisto en este punto: la Convención Constituyente de 1994, excluyó

⁹⁹¹ Karl LOEWENSTEIN, *Teoría de la Constitución...*, ob. cit., pp. 199-200. Agrega luego que: “con la expresión ‘sentimiento constitucional’ [...] se toca uno de los fenómenos psicológicos-sociales y sociológicos del existencialismo político más difíciles de captar. Se podría describir como aquellas conciencias de la comunidad que, trascendiendo a todos los antagonismos y tensiones existentes político partidistas, económico sociales, religiosos o de otro tipo integra a detentadores y destinatarios del poder en el marco de un orden comunitario obligatorio, justamente la constitución, sometiendo el proceso político a los intereses de la comunidad. Este fenómeno pertenece a los imponderables de la existencia nacional y no puede ser producido racionalmente, aunque puede ser fomentado por una educación de la juventud llevada a cabo consecuentemente y, bien es cierto, de manera muy diferente a las disposiciones sobre el papel de la Constitución de Weimar (artículo 148, párrafo 3, frase 2) según la cual cada escolar, al terminar la escuela, debía recibir en mano un ejemplar de la Constitución. Sin embargo, la formación del sentimiento constitucional depende ampliamente de los factores irracionales, de la mentalidad y de la vivencia histórica de un pueblo, especialmente de si la constitución ha salido airoso también en épocas de necesidad nacional. El sentimiento constitucional no puede ser explicado exclusivamente por la longevidad de la constitución, aunque sin duda la validez de la Constitución de la Unión Americana, sin modificar durante cerca de dos siglos ha contribuido a su fuerza simbólica casi mística”.

⁹⁹² Henry SPELMAN, *Reliquiae Spelmannianae*, English Works, Londres, 1727, p. 57.

⁹⁹³ Véase María Angélica GELLI, *Constitución de la Nación Argentina...*, ob. cit., p. 244. Destaca la autora que la excepción a esta regla la constituyen los tratados de derechos humanos a tenor de lo reglado por el artículo 75 inciso 22, los cuales refiere poseen jerarquía constitucional. A nuestro criterio, como se explicará más abajo, para la visión de un constitucionalismo puro, por las razones que se expondrán, resultarían inconstitucionales, entre otras razones al significar la modificación de artículos de la primera parte de la Constitución los cuales se encontraban fuera del temario habilitado por la Convención Constituyente y por ello fulminados de nulidad conforme lo establecido por los artículos 6 y 7 de la ley 24.309 y lo dispuesto por el artículo 30 de la Constitución Nacional. La propia GELLI expone: “la Convención puede reformar una, algunas, todas o ninguna de las disposiciones que el Congreso declaró necesarias de enmendar. Si la convención fuese más allá de lo declarado por el

de manera expresa la reforma de la primera parte de nuestra Constitución, es decir, en lo que aquí importa, mantener como principio esencial de nuestro ordenamiento la supremacía del texto constitucional y ello por encima del resto de las fuentes que nutren a nuestro ordenamiento jurídico. De ahí que, si el Congreso de la Nación no incluyó de manera expresa la posibilidad de modificar los artículos 27, 30 y 31 de la Constitución, las reformas tácitas o expresas que se hagan de ellos resultarían al menos inconstitucionales⁹⁹⁴.

Es interesante tener en cuenta la opinión, en minoría, del juez Belluscio en la causa “Petric”⁹⁹⁵ respecto a lo alcances que le asigna al artículo 75 inciso 22. A su juicio, configuran normas constitucionales de segundo grado o rango, que, si bien prevalecen sobre las leyes ordinarias, resultan válidas únicamente en la medida que no alteren o afecten derechos incorporados en la primera parte de la Constitución.

A propósito, también se afirmó que: “los tratados internacionales sobre derechos humanos, a pesar de tener jerarquía constitucional, están subordinados a una Constitución que no pueden modificar porque ello se lo impiden los artículos 27 y 30 de la Ley Fundamental”⁹⁹⁶.

Como se expuso, para esta tesis, no existe duda alguna de que los tratados aludidos tienen carácter supralegal, pero no admite que también tengan carácter constitucional y menos supraconstitucional. Por las razones que se expondrán seguidamente, y los argumentos desarrollados más arriba sobre la base de lo reglado por los artículos 27 y 31, se puede afirmar que la Constitución Nacional se encuentra una “cenefa” por encima de los tratados internacionales de derechos humanos. Esta idea trae como consecuencia la obligación de considerar un nuevo plano en el que podrían incorporarse al ordenamiento jurídico argentino, los instrumentos internacionales a los que se refiere el juez BELLUSCIO en el caso “Petric”⁹⁹⁷. Este escenario, que se ubica entre los de constitucionalidad e infraconstitucionalidad, como afirmara anteriormente, podría ser denominado como de “constitucionalidad moderada o deferente”.

Congreso, esta cláusula sería inconstitucional, aunque nada de ello dijera la ley declarativa (María Angélica GELLI, *Constitución de la Nación Argentina...*, ob. cit., p. 266).

⁹⁹⁴ En tal sentido, GONZÁLEZ CALDERÓN decía que la convención constituyente derivada “tiene poderes limitados en cuanto al ejercicio de sus funciones: no puede modificar sino los puntos o artículos de la ley fundamental que han sido incluidos por el Congreso en la convocatoria” (Juan A. GONZÁLEZ CALDERÓN, *Curso de derecho...*, ob. cit., p. 39). Agrega el autor que: “la doctrina contraria no podría ser sostenida por algún razonamiento serio. Pondría en conflicto a la Convención con el Congreso y, ante todo, importaría un contrasentido constitucional: la declaración de necesidad de reforma hecha por el Congreso, sobre tales o cuáles puntos, sería completamente inútil; ¿para qué se exigiría esa declaración concreta si la Convención pudiera iniciar otras enmiendas?” (*ibidem*).

⁹⁹⁵ CSJN, Fallos 321:885, caso “Petric, Domagoj Antonio c/ Diario Página 12”, 1998, véase especialmente el considerando 7.

⁹⁹⁶ Gregorio BADENI, *Instituciones de Derecho Constitucional*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997, t. I, p. 199.

⁹⁹⁷ CSJN, Fallos 321:885, caso “Petric”, 1998.

3) ¿Cómo interpreta la tesis constitucionalista la expresión: “...en las condiciones de su vigencia...”?

A) La opinión de los convencionales constituyentes

A propósito del alcance de la expresión “en las condiciones de su vigencia”, sostuvo el convencional BARRA lo siguiente:

“señor presidente: deseo señalar que la norma proyectada justamente dice que los tratados tienen esa jerarquía constitucional en las condiciones de su vigencia. Como lo dije esta mañana, esto significa todo el desarrollo de ese acto federal complejo, como lo denomina la Corte, de ingreso del tratado al ordenamiento jurídico interno, su aprobación por parte del Congreso, la promulgación de la ley y la ratificación o depósito por parte del Poder Ejecutivo.

Allí se hacen las reservas y declaraciones interpretativas que precisamente tienen por objeto señalar en qué condiciones se obliga a la Argentina con respecto a los demás Estados y en qué condiciones el tratado pasa a ser, según los casos, una norma de jerarquía constitucional o de menor jerarquía, es decir, en qué condiciones esa norma rige para el derecho interno. Esto avala y da mayor razón al dictamen de la comisión, que fija una serie de resguardos para que los tratados puedan tener jerarquía constitucional. Así, además de los tradicionales, exige el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros del Congreso. O sea que al margen del acto complejo federal que incluye las declaraciones interpretativas y reservas, se exige también la nueva aprobación por las dos terceras partes de la totalidad del Congreso.

Por lo tanto, considero que lo que ha expresado el señor convencional preopinante, apoya aún más las razones por las que solicitamos que esta propuesta se convierta en norma constitucional⁹⁹⁸.

A su turno, el convencional reformador PEÑA expuso: “En el dictamen de mayoría se expresa que a los tratados internacionales se les da rango constitucional en las condiciones de su vigencia. Éstas, en el caso de la República Argentina -en la situación concreta mencionada por el señor convencional preopinante respecto a la Convención sobre los Derechos del Niño-, son las de la ley que la ha puesto en vigencia en nuestro país”⁹⁹⁹. El convencional BARRA apoyó esta conclusión al sostener: “... los tratados sobre derechos humanos que adquieren y adquieran en el futuro rango constitucional, lo hacen ‘en las condiciones de su vigencia’, esto es, tal y como fueron incorporados al ordenamiento argentino”¹⁰⁰⁰. Cobra importancia, a los efectos de comprender los alcances de los preceptos constitucionales bajo estudio, la opinión de quienes desempeñaron el rol de convencionales y actuaron como autoridad en las comisiones especializadas. Esencialmente, a la hora de hacer uso de la palabra en el recinto de sesiones.

Respecto al valor de los debates parlamentarios sobre la interpretación de los textos normativos que se aprueban, la Corte sostuvo, y ello es susceptible de aplicarlo a los debates de la Convención reformadora, que la o la Cámara de Diputados, especialmente la de los miembros informantes en oportunidad de considerarse los distintos proyectos de leyes, resultan fuentes de interpretación auténtica de éstas, en su significado y alcance¹⁰⁰¹. Asimismo, afirmó que: “la primera regla de interpretación de

⁹⁹⁸ Rodolfo BARRA, *Diario de Sesiones...*, ob. cit., p. 2892.

⁹⁹⁹ Daniel Alberto PEÑA, *Diario de Sesiones...*, ob. cit., p. 2880.

¹⁰⁰⁰ Rodolfo BARRA, *Diario de Sesiones...*, ob. cit., p. 2837.

¹⁰⁰¹ Véase CSJN, Fallos 114:28, caso “Contienda de competencia entre el juez de primera instancia en lo civil de La Rioja y el de igual clase de Córdoba, en la sucesión de Lascano, Martín”, 1910.

las leyes [se aplica a la Constitución] es la de dar pleno efecto a la intención del legislador [convencional constituyente], la cual debe fluir de la letra o del espíritu de la misma (Fallos 150:151); principio que exige determinar ese espíritu de la ley cuando fuera de su letra está clara y evidente la intención del legislador y máxime si esa intención consta en la exposición de motivos que la fundaron (Fallos 111:330), o en la discusión de la ley (Fallos 114:298); a la cual cabe agregarse que la importancia de los informes de las comisiones de las honorables cámaras como fuente de la interpretación de las leyes, aumenta cuando ellas obtienen asentimiento general (Fallos 115:174)¹⁰⁰².

B) La opinión de la doctrina

Autores como BIDART CAMPOS, brindan una opinión en relación a qué deben considerarse las reservas y las aclaraciones de diversas especies que la República Argentina incluyó en los respectivos instrumentos, mediante los cuales, se llevaron a cabo las distintas ratificaciones o adhesiones internacionales, a cada uno de los once instrumentos internacionales de derechos humanos¹⁰⁰³.

En idéntico modo, se expresó QUIROGA LAVIÉ, en relación a que los países que formularon reservas o declaraciones alternativas en los términos de la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados (1969), al tiempo de ratificar un tratado, las incorporan como parte del mismo, de acuerdo con la regla constitucional¹⁰⁰⁴.

En las “condiciones de su vigencia” significa, para MANILI, que los tratados internacionales de derechos humanos rigen respecto de nuestro país, con las reservas aceptadas por los demás Estados parte y con las declaraciones interpretativas formuladas. En otros términos, para el autor, no se jerarquiza el tratado en cuanto tal, sino únicamente en cuanto obliga a la República Argentina y, desde luego, sólo con ese alcance. En síntesis, para esta posición, no se otorga rango constitucional al continente sino aquella parte del contenido que es obligatoria para nuestro país¹⁰⁰⁵.

Sostuvo, de manera categórica, el profesor ROSATTI, quien además se desempeñó como convencional constituyente del partido mayoritario, que:

“puedo afirmar, como convencional constituyente e integrante de la Comisión de Redacción de la Reforma de 1994, que el fundamento histórico de la incorporación de esta expresión en la Convención -más allá de que una vez inserta en el texto constitucional tal expresión cobra vigencia generalizada- no fue otro que reforzar (indirectamente) la posición de un sector de convencionales que aspiraba a consagrar constitucionalmente el criterio de que la vida humana comienza desde el momento de la concepción. Dado que este tema (el de la definición del inicio de la vida humana) no estaba habilitado por la ley de convocatoria, y habida cuenta de la resistencia de un importante sector de la Convención a debatirlo (no sólo por apelación a los términos de la ley número 24.309 sino también por motivos sustantivos o conceptuales, el grupo de convencionales que pugnaba por el tratamiento de la cuestión

¹⁰⁰² CSJN, Fallos 210:531, caso “Portillo, Gaspar M. c/ Banco El Hogar Argentino Hipotecario”, 1948.

¹⁰⁰³ Véase Germán BIDART CAMPOS, *Tratado elemental de derecho...*, ob. cit., t. VI, p. 557.

¹⁰⁰⁴ Véase Humberto QUIROGA LAVIÉ, *Constitución de la Nación Argentina Comentada*, Zavallia Editor, Buenos Aires, 2000, p. 483.

¹⁰⁰⁵ Véase Pablo MANILI, *El Bloque de Constitucionalidad Federal...*, ob. cit., pp. 181-183.

entendió que la incorporación de la expresión ‘en las condiciones de su vigencia’ referidas a los tratados individualizados por el artículo 75 inciso 22 segundo párrafo) permitía elevar a la jerarquía constitucional la reserva realizada por la República Argentina (entender ‘por niño a todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad’) a la Convención sobre los Derechos del Niño.

Dicho de otro modo: la expresión ‘en las condiciones de su vigencia’ nunca supuso un condicionamiento al derecho interno por parte del derecho internacional, sino todo lo contrario¹⁰⁰⁶.

Por otro lado, es preciso abordar lo dispuesto en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. De esta manera, se impone aclarar los alcances del término “en las condiciones de su vigencia”. Más aún, cuando para la Corte IDH como para los partidarios de la tesis internacionalista, tal tratado resulta obligatorio para los Estados signatarios. En este sentido, el artículo 62 de la Convención de Viena establece: “1. un cambio fundamental en las circunstancias ocurrido con respecto a las existentes en el momento de celebración de un tratado y que no fue previsto por las partes no podrá alegarse como causa para dar por terminado el tratado o retirarse de él a menos que: [...] b) ese cambio tenga por efecto modificar radicalmente el alcance de las obligaciones que todavía deban cumplirse en virtud del tratado”.

En síntesis, la norma en trato prevé que un cambio fundamental en las circunstancias, respecto a las existentes en el momento de celebración de un tratado, resulta motivo para darlo por concluido. Ello cuando, la existencia de esas circunstancias, constituyera una base esencial del consentimiento de las partes para dar por terminado el tratado o retirarse de él. También, cuando ese cambio implique alterar, radicalmente, el alcance de las obligaciones asumidas. Por lo tanto, la voz “en las condiciones de su vigencia” debe interpretarse como “las establecidas al momento de la adhesión a un tratado”. De este modo, se impone un límite a la discreción con que puede actuar la Corte IDH en su función hermenéutica. Es imposible invocar la existencia de alguna obligación que pese sobre los Estados signatarios de la CADH, de seguir la interpretación que del instrumento hiciera la Corte Interamericana *-res interpretata-*, pues esta podría extralimitarse en función a lo establecido por el artículo 62 de la Convención de Viena.

4) ¿Cómo se interpreta según la tesis constitucionalista el párrafo: “...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”?

A) La opinión de los convencionales constituyentes

¹⁰⁰⁶ Horacio ROSATTI, “El llamado ‘control de convencionalidad’ y el ‘control de constitucionalidad’ en la Argentina”, *La Ley*, Suplemento de Derecho Constitucional de La Ley, lunes 13 de febrero de 2012, p. 6.

Durante los debates suscitados en la Convención reformadora de 1994, el convencional Rodolfo BARRA, tras destacar que todos los tratados tenían jerarquía supralegal pero “infraconstitucional”, sostuvo que algunos de ellos eran elevados al rango constitucional y que al tener tal jerarquía constitucional estaban en pie de igualdad con la Constitución Nacional, pero que no la integraban estrictamente, sino que la complementaban y que no se negaba el carácter supremo de la Constitución porque los tratados no eran normas de la Constitución, ni se incorporaban a ella.

Respecto al carácter “complementario” que la Constitución le atribuye a los tratados, el prenombrado convencional señaló que su inserción había obedecido al propósito de aseverar que ellos no podían modificar los artículos 1 a 35 de la ley fundamental. Agregó que, conforme a este principio, los derechos que consagraban los tratados no colisionaban con los preceptos constitucionales, sino que los complementaban, explicitaban o perfeccionaban. Además, si en algún caso concreto se llegaba a presentar una contradicción “no existiría la complementariedad exigida ahora por el constituyente, por lo tanto, estos derechos no están perfeccionados, con los que no podrán aplicarse”¹⁰⁰⁷.

En tanto que, en referencia al artículo 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos -incorporada al artículo 75 inciso 22-, BARRA destacó que las normas allí insertas “no podían limitar” los derechos tal como estaban enunciados en la Constitución y que, “la palabra ‘complementario’ tiene mucha importancia, porque en la relación de complementación, lo complementario debe seguir a lo complementado, es accesorio a ello”¹⁰⁰⁸.

En esta inteligencia, el convencional Ernesto MAEDER señaló que el contenido de los tratados internacionales debía ser considerado “como parte de los derechos y garantías no enumerados, previstos en el artículo 33 siempre que no afecten otros ya consagrados y en concordancia con lo establecido en el artículo 27”. Y en línea similar, el convencional Humberto QUIROGA LAVIÉ sostuvo que: “lo que hace la nueva norma de la Constitución es afirmar claramente la supremacía de la Constitución por encima de todo el resto del ordenamiento jurídico”¹⁰⁰⁹.

B) La opinión de la doctrina

Al respecto BADENI afirmó que: “la doctrina recientemente adoptada por la Corte Suprema de Justicia, al sustituir la Constitución por el derecho internacional como unidad de análisis para determinar la validez de las normas, coadyuva a pervertir el orden constitucional mediante una interpretación falsa del orden jurídico interno. Interpretación que responde a ciertas apetencias ideológicas extrañas a la ley fundamental, fomentando la indiferencia de gobernantes y gobernados por la violación de ella, y una aptitud psicológica que puede conducir a la atrofia de la conciencia

¹⁰⁰⁷ Rodolfo BARRA, *Diario de Sesiones...*, ob. cit., pp. 2892 y ss.

¹⁰⁰⁸ *Ibidem*.

¹⁰⁰⁹ Gregorio BADENI, “El caso Simón y la supremacía constitucional”, *Suplemento de jurisprudencia penal y procesal penal de La Ley*, 29 de julio de 2005, p. 11 y ss.

constitucional bajo cuyo amparo se organizó la Nación Argentina y la desarticulación de la plena vigencia del Estado de Derecho”¹⁰¹⁰.

Complementariamente, apunta GELLI, que una interpretación, supuestamente válida, afirma que los instrumentos internacionales de derechos humanos, no deberían “derogar las normas de la primera parte de la Constitución pero que, en los hechos, pueden hacerlo, en cuyo caso prevalecen las cláusulas de la Constitución y los tribunales deben ejercer el control de constitucionalidad sobre las disposiciones de los tratados”¹⁰¹¹. En este sentido se afirma que: “Los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional (artículo 75, inciso 22) están en el piso superior de la pirámide jurídica pero no exactamente en el vértice, porque, como indica el mismo inciso, ‘están un escalón debajo del texto constitucional’ al no poder derogar ningún artículo de la primera parte y tener carácter complementario, que significa ‘accesorio, y no principal como la Constitución Nacional’”¹⁰¹².

5) Argumentos que surgen del artículo 36 de la CN. El imperio de la Constitución

El nuevo artículo 36 de la carta magna argentina se erige, entre otros motivos, como consecuencia del proceso de desconstitucionalización sufrido tras los sucesivos golpes de estado desde 1930 en adelante (tópico tratado de manera puntillosa en este mismo capítulo). En directa referencia a ello dijo el convencional que oficiara de presidente de la Comisión de Participación Democrática:

“este proceso de legalidad y de legitimidad institucionales -discutible esta última, pero por lo menos de legalidad institucional- se interrumpió en 1930. Entre 1930 y 1983 hemos tenido veintiséis presidentes, de los cuales trece han sido de facto; cinco fueron electos mediante el fraude o la proscripción de algunos de los partidos importantes de la República; solamente dos por procedimientos institucionales de reemplazo, y escasamente seis en elecciones libres. Sólo dos de estos veintiséis presidentes terminaron su mandato: Justo y Perón.

Esto refleja una suerte de mal endémico de la política argentina. Es difícil encontrar en la historia del constitucionalismo y de la política moderna un récord de esta naturaleza: que existiendo una Constitución que determina que el mandato presidencial dura seis años, el promedio sea de dos años y un mes de gobierno por presidente de la República.

Se ha generado así una tipología del golpe de Estado en la Argentina. De una simple ‘asonada’ dirigida contra gobiernos supuestamente débiles, corruptos, fraudulentos e

¹⁰¹⁰ Gregorio BADENI, “Conferencia de incorporación a la Academia Nacional...”, ob. cit.

¹⁰¹¹ María Angélica GELLI, *Constitución de la Nación Argentina...*, ob. cit., pp. 711-712. La referida autora a renglón seguido expone que: “la hermenéutica, efectuada en minoría por el ministro Belluscio en el caso ‘Petric’ [CSJN, Fallos 321:855, considerando 7 del voto en minoría de Belluscio -aquí el juez de la Corte indicó que los instrumentos internacionales constituyen normas de segundo grado que prevalecen solamente sobre las normas ordinarias-] relativiza la jerarquía constitucional otorgada a los tratados de derechos humanos hasta hacerla desaparecer. Este criterio fue mantenido por el juez Belluscio en su disidencia en el caso ‘Arancibia Clavel’. Dijo el juez que los textos mencionados en el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional -y con igual o mayor razón, aquéllos que este artículo autoriza a incorporar, puesto que ni siquiera emanan del poder constituyente- configuran normas constitucionales de segundo rango. Del mismo modo, en su disidencia, el ministro Fayt sostuvo la jerarquía inferior a la Constitución de los tratados de derechos humanos”.

¹⁰¹² Jorge Reinaldo A. VANOSI, Alberto Ricardo DALLA VÍA, *Régimen constitucional de los tratados*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 322.

incompetentes, como fueron los golpes de 1930 y de 1943, se pasó a la idea de restaurar el ‘imperio del derecho’, como en el 55. Ninguno de estos golpes tenían serias aspiraciones de continuidad; eran simples asonadas que buscaban al calor de circunstancias más o menos transitorias, modificar el orden y la autoridad existentes. Pero de ello se ha pasado a otro tipo de golpe de Estado. Se ha perfeccionado la técnica del golpe. En los últimos años hemos tenido episodios que hablan de una cierta institucionalización del golpe de Estado. Ya no opera en el vacío institucional; crea sus propios mecanismos supraconstitucionales y además ya no se fija, como en las asonadas anteriores, una meta transitoria. Ahora fija ‘objetivos y no plazos’, mentalidad autoritaria que hace del tiempo sólo una variable de ajuste de sus propias ambiciones personales.

Es así como en los últimos cincuenta años aproximadamente los argentinos nos acostumbramos a una doble institucionalidad: por un lado está lo formal, representado por la Constitución y sus normas y, por el otro, el hecho real, donde se producen los cambios de presidentes y de gobiernos de acuerdo con el golpe de Estado de turno. Todo esto pareció introducirse en la cultura política como un dato de la realidad¹⁰¹³.

El artículo 36 de la ley suprema es, en principio, una clara respuesta a los intentos, de *facto*, por subvertir el orden que impone el texto de máxima jerarquía. En tal sentido la norma en trato, en su primer párrafo, dispone: “esta Constitución mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático. Estos actos serán insanablemente nulos”. Se dijo en la Asamblea constituyente que si este precepto hubiese estado incluido en la ley fundamental no hubieran podido dictarse actos como “la acordada de la Corte Suprema de 1930, que aceptó de hecho la afirmación de un régimen de facto en la Argentina”¹⁰¹⁴.

De su letra y espíritu brota, con claridad meridiana, que el legislador extraordinario reconoce a la Constitución Nacional como norma fundante y suprema del ordenamiento jurídico argentino y lo hace por diversas razones:

i) sólo se refiriere de modo expreso a la Constitución y no a otras fuentes normativas que componen el núcleo preceptivo denominado “ley suprema de la Nación”; sean éstos, tratados internacionales de derechos humanos, jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos, demás tratados con jerarquía suprallegal y leyes que dicta el Honorable Congreso;

ii) es de toda lógica que garantizando la vigencia de la norma más importante, también se lo hace respecto de las que deben adecuarse a ella. Es la Constitución, y sólo ella, la que ordena jerárquicamente a todas las fuentes jurígenas del ordenamiento argentino. De ahí que, insisto, sólo sea menester asegurar su imperio para mantener a resguardo el orden de prelación determinado por la Constitución. En esta línea de pensamiento expresó el miembro informante de la Comisión que se ocupó del tema: “todos sabemos que la Constitución es la ley fundamental de la República, es su acta fundacional, el contrato social que nos hemos dado los argentinos para vivir un proyecto de vida en común”¹⁰¹⁵;

iii) si el convencional constituyente pretende asegurar mediante este artículo los ataques de orden fáctico que puedan perpetrarse contra el orden constitucional, es porque admite que los embates de *iure*, encuentran resguardo en la ordenación jerárquica que surge de la letra expresa de la carta constitucional, aseguradas por los

¹⁰¹³ Antonio F. CAFIERO, *Diario de Sesiones...*, ob. cit., pp. 1432, 1433.

¹⁰¹⁴ *Ibidem*, p. 1430.

¹⁰¹⁵ *Ibidem*.

principios de rigidez y supremacía. Claramente con la incorporación de la cláusula, y la vigencia de otras, se procura mantener un orden constitucional dado, ello tanto en los hechos como en el derecho. En esta dirección se expuso: “se trata de una cláusula poco frecuente y si se quiere novedosa en la legislación constitucional comparada. Debemos admitir que cada país, en su momento y a su tiempo, ha tratado de tutelar su orden constitucional, conforme a sus propios antecedentes históricos. No existe una regla universal; cada país ha vivido sus vicisitudes y ha salido a su encuentro forjando normas de la defensa de este bien tanpreciado como es el orden constitucional y el sistema democrático”¹⁰¹⁶;

iv) se pregunta el convencional ROSATTI si el artículo 36 CN constituye una contradicción en sí misma. “Es decir, si la propia Constitución es la máxima referencia jurídica del país, si es la norma que da sentido al resto del ordenamiento jurídico vigente [...] cómo es posible hablar entonces del sin sentido, es decir, ponernos en la hipótesis de la no vigencia de esta norma que infunde de sentido al resto del ordenamiento jurídico”¹⁰¹⁷. Apunta que la respuesta la brindó de manera magistral el convencional DE LA RÚA en tanto reconoce una juridicidad superior al texto de la Constitución ubicada más allá de la lógica jurídica. “Esta otra lógica o fundamentación, otro conjunto de principios que dan sustento a las normas jurídicas [yace] en la propia realidad, en la historia y en los acontecimientos. Es decir que más allá de la lógica interna que tiene esta cláusula -y la tiene, por cuanto se establece un conjunto de actitudes que si se realizan tienen la condigna y correlativa sanción- también hay que buscar el fundamento, más allá del estricto campo normativo”. Por ejemplo, como se vio extensa y profusamente en el tercer capítulo, en el derecho natural tal como lo explican SANTIAGO, BIDART CAMPOS o SAGÜÉS.

Una conclusión que podría ensayarse es que la justificación del texto constitucional, jamás podría tener soporte en el derecho internacional de los derechos humanos, sea éste de carácter convencional o consuetudinario. Desde la doctrina se apunta a que, la Asamblea reformadora, con la regla que instituye en el artículo 36 de la CN, fue más allá de los supuestos donde el imperio de la ley suprema pierda vigencia por actos del poder militar. Se puede afirmar que la tutela del orden constitucional también comprende a las propias autoridades constitucionales cuando deciden incumplir sistemáticamente con la carta magna argentina; por ejemplo, alterando los mecanismos institucionales prevaleciéndose del poder que les confiere el propio estado de derecho¹⁰¹⁸.

En el sentido antes expuesto se indicó que, en el siglo XXI, coadyuva a la ruptura del orden constitucional un factor socio político, al que me referí extensamente párrafos más arriba: el proceso de desconstitucionalización. Éste, cuando se produce por la ausencia de una adecuada educación democrática o por la falta de sensibilidad de ciertos dirigentes políticos, para quienes “los medios antidemocráticos justifican el logro de los fines perseguidos, conducen en definitiva a la pérdida del valor jerárquico de una Constitución”¹⁰¹⁹. De ahí, la importancia que se le confiere al artículo 36 como mecanismo que hace prevalecer la supremacía y primacía normativa de la

¹⁰¹⁶ *Ibidem*, p. 1429.

¹⁰¹⁷ Horacio ROSATTI, *Diario de Sesiones...*, ob. cit., p. 1479.

¹⁰¹⁸ Véase Juan Fernando SEGOVIA, “La defensa de la Constitución”, *Derecho Constitucional de la reforma de 1994*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1995, Dardo Pérez Gilhou (Dir.), t. I, p. 63.

¹⁰¹⁹ Gregorio BADENI, *Tratado de Derecho...*, ob. cit., t. II, p. 1338.

Constitución sobre la totalidad del resto de las normas que componen el ordenamiento nacional; rango jerárquico que puede verse afectado por el comportamiento de *facto* y de *iure* de gobernantes y gobernados.

C. ¿Corte Suprema de Justicia de la Nación o Corte Condicionada?

En nuestra Nación los convencionales originarios incorporaron, en ambas partes de la ley fundamental, normas que han servido y sirven para dotar de valor al texto de la constitución y para atribuir el rol que desempeña la CSJN como intérprete último, o guardián final, de los preceptos fundamentales. La idea desarrollada remite a indagar el significado de un término empleado por la Constitución argentina: la palabra “suprema”. Para la Real Academia de la Lengua Española en su segunda acepción significa: “que no tiene superior en su línea”¹⁰²⁰, nada puede haber entonces arriba de lo que se tiene por superlativo. De igual modo, la Constitución argentina es suprema se convierte en norma condicionante del nuevo régimen establecido y, entonces, resulta imposible admitir que por encima de ella pueda erigirse otro estatuto superior que convierta a la Constitución en norma condicionada.

El concepto aplica al tribunal creado por el entonces artículo 100 de la carta fundamental y por ello, como regla, no es posible sujetar a la Corte argentina a la decisión de órgano jurisdiccional alguno. De la lectura del precepto aludido, se infiere que los convencionales fundadores no se refirieron a aquélla como Corte condicionada de Justicia de la Nación. Al contrario, la denominaron Corte Suprema, para dar cuenta de su encumbrada jerarquía. Este mismo tribunal, considerado superior a todos, al momento de decidir sobre puntos regidos por la Constitución, por las leyes de la Nación y por los tratados celebrados con las naciones extranjeras, se ocupó, en reiterados pronunciamientos, de afirmar que la Constitución Nacional es la ley fundamental, la norma suprema¹⁰²¹.

La voluntad del pueblo, expresada en el texto constitucional, resulta superior a la voluntad de los detentadores del poder, que se expresan por medio de leyes y otras normas de menor valor. Justamente, a la Corte Suprema se le asignó la función de custodiar este orden de prelación. Por ello, el tribunal cimero en la sentencia dictada en el año 1872 en la causa “Fisco Nacional vs. Manuel Ocampo”, afirmó: “la Suprema Corte representa en la esfera de sus atribuciones la soberanía nacional [...] sus decisiones son finales y no hay tribunal que las pueda revocar. Ésa es la doctrina de la Constitución”¹⁰²².

¹⁰²⁰ DRAE, <http://lema.rae.es/drae/?val=condicionado>, segunda acepción (acceso 9-IV-2014).

¹⁰²¹ CSJN, Fallos 316:1669, caso “Fibraca”, 1993, entre otros.

¹⁰²² CSJN, Fallos 12:134, caso “Fisco Nacional c/ Ocampo, Manuel”, 1872. Éste es un brillante fallo que dicta la Corte Suprema de la Nación, en su original Constitución, conforme la ley 27 promulgada el 16 de octubre de 1862. Bartolomé Mitre, pensando en las instituciones fundamentales de la República y no en su interés personal o de partido, la integró con los más reconocidos juristas de la época: José Benjamín Gorostiaga; Salvador María del Carril; Francisco Delgado; José Barros Pazos y Francisco de las Carrera. Ninguno pertenecía al círculo político del Presidente de la República.

Es de toda elocuencia que, en esta lucha por revalorizar y revitalizar las instituciones del Estado democrático, la tesis constitucionalista esté convencida que en ella el Poder Judicial y, especialmente, el juez nacional juegan un rol trascendente, toda vez que el papel que aquél les tiene reservado es de la mayor relevancia: ser, en el caso de la Corte Suprema, el intérprete último de la Constitución, los tratados internacionales -incluidos los de derechos humanos “con jerarquía constitucional”- y de las leyes de la Nación¹⁰²³.

Si se comparte la concepción de nuestra Corte Suprema de Justicia como “guardiana de la Constitución”¹⁰²⁴ e “intérprete final y supremo de la Constitución Nacional”¹⁰²⁵; de la Constitución, como “ley fundamental (ley de leyes)”¹⁰²⁶, y de su Preámbulo, no sólo como exposición de los grandes objetivos de la Nación argentina, sino también como “clave de interpretación de los preceptos constitucionales”, no se tardará en inferir la trascendencia que revisten las pautas exegéticas que de ésta emanan, a la luz de la doctrina del más alto estrado local. De hecho, en el precedente que se analizará en último término del siguiente capítulo conocido como “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto”¹⁰²⁷, la Corte Suprema dedicó varios considerandos para reafirmar su condición de guardián final y de órgano supremo en materia de tutela de los derechos fundamentales que integran el denominado bloque de constitucionalidad federal.

Al respecto se dijo que el carácter supremo de las resoluciones que adopta la Corte Suprema de Justicia, cabeza del Poder Judicial de la Nación, según lo dispuesto por el artículo 108 de la CN, configura un elemento constitutivo de los principios de

¹⁰²³ La Corte Suprema de Justicia sostuvo que: “planteada una causa, no hay otro poder por encima del de la Corte Suprema para resolver sobre la existencia y extensión de las atribuciones constitucionales otorgadas a los Poderes Legislativo, Judicial y Ejecutivo, y al deslinde de atribuciones entre sí y con respecto a los de las provincias” (CSJN, Fallos 316:2940, caso “Nicosia, Alberto Oscar s/Recurso de queja”, 1993).

¹⁰²⁴ CSJN, Fallos 316:2940, caso “Nicosia” 1993.

¹⁰²⁵ CSJN, Fallos 311:2478, caso “Juan R. s/Interpone recurso de revisión en Expte. número 40.779”, 1988. “Que, por otro lado, la eficacia y uniformidad del control de constitucionalidad ejercido por los jueces también requiere la existencia de un tribunal supremo especialmente encargado de revisar las decisiones dictadas al respecto. En el régimen de la Constitución, tal órgano no es otro que la Corte Suprema de Justicia de la Nación. De ahí que haya sido expuesto, reiteradamente y desde los albores de nuestra organización, que ella es el intérprete y salvaguarda final de la Constitución Nacional y de los derechos y garantías en ésta contenidos (Fallos 1:340, 33:162, entre muchos otros)” (consid. 4º). En un pronunciamiento antes citado (Fallos 316:2940), la Corte señala: “Al respecto se ha dicho que decidir [...] si un asunto ha sido, en alguna medida, conferido a otro poder del Estado, o si la acción de ese poder excede las facultades que le han sido otorgadas, es en sí mismo un delicado ejercicio de interpretación constitucional, y una responsabilidad de esta Corte como último intérprete de la Constitución (“Baker vs. Carr”, 369 US 186, 1962)”.

¹⁰²⁶ CSJN, Fallos 241:291, caso “Kot”, 1958. Dijo la Corte en esa oportunidad: “...la Constitución, que es la ley de las leyes y se halla en el cimiento de todo el orden jurídico positivo...”. Haciendo mención a este fallo, el Máximo Tribunal de Justicia de la Nación, afirmó que “...la Constitución Nacional, ya en sus orígenes, enunció un amplio abanico de derechos, libertades y garantías de la persona humana, el cual, modernamente, suele considerarse comprendido en el concepto de derechos humanos [...] ese abanico, a su turno, resultó enriquecido por ‘el ritmo universal de la justicia’ (Fallos 181:209, 299) que condujo a la recepción del llamado constitucionalismo social mediante la incorporación al texto constitucional, en 1957, del art. 14 bis” (CSJN, Acordada N° 17/05, Expte. Número 2349/05, 2 de agosto de 2005. Normativa esta que vino a verse con creces reafirmada en el texto constitucional con motivo de la reforma de 1994).

¹⁰²⁷ CSJN, Fallos 340:47, caso “Ministerio de Relaciones Exteriores”, 2017.

derecho público a los que hace referencia el artículo 27 extensa y necesariamente examinado. “Esta potestad jurisdiccional, calificada como la más alta y eminente del ordenamiento jurídico argentino, connatural con la responsabilidad institucional que le corresponde a esta Corte como titular del Departamento Judicial del Gobierno Federal [...]”¹⁰²⁸, se sustenta con el carácter inalterable de sus pronunciamientos regulares, firmes y pasados en autoridad de cosa juzgada, no siendo posible ‘dejarlos sin efecto’ - lo cual supone ‘revocarlos’ conforme con la primera acepción de la expresión ‘revocar’ del Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia- si es ello lo que se pretende en el presente caso”¹⁰²⁹.

Es evidente que la CSJN es un órgano jurisdiccional que ejerce funciones políticas. Su tarea más relevante consiste mantener, a toda costa, la primacía normativa y la supremacía de la Constitución argentina conforme lo dispuesto por los artículos 1, 27, 28, 30, 31, 36, 75 inciso 22 y 116 CN. Debe garantizar que la carta constitucional federal sea, de manera inalterable, la ley mayor del ordenamiento jurídico nacional. En esta empresa, no cabe duda que el control de constitucionalidad se constituye en la herramienta más idónea e importante para la concreción de la supremacía constitucional. A propósito de esta misión que la Constitución argentina le asigna a la Corte Suprema el convencional IRIARTE expuso:

“simultáneamente, conforme a esta sistemática que integra nuestra parte dogmática, se establece un órgano de control de esa supremacía, de carácter fundamentalmente judicial y difuso, cuya cabeza, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, junto con los tribunales inferiores, son los encargados de conocer y decidir sobre todas las causas que versan sobre puntos regidos por la Constitución Nacional, por las leyes nacionales y por los tratados con las naciones extranjeras -artículo 100-”¹⁰³⁰.

El carácter supremo del órgano que se instituye como cabeza del Poder Judicial de la Nación y la imposibilidad de alterar las resoluciones que adopta conforme lo establecido por el artículo 108 de la carta constitucional argentina, solamente puede ser modificado por una decisión positiva del poder constituyente derivado, previa declaración de necesidad de reforma expresa del Congreso de la Nación, observando el procedimiento establecido por el artículo 30 de la Constitución Nacional y el derecho espontáneo que se desprende de su hermenéutica. El carácter de máxima instancia jurisdiccional que la Constitución argentina le confiere a la Corte Suprema de la Nación, no puede ser alterado jurisprudencialmente por la propia Corte Suprema u otros tribunales nacionales o internacionales de derechos humanos, sin que ello configure un claro exceso judicial y una trasgresión del texto de la propia Constitución argentina, cuya custodia final está encomendada a los jueces nacionales que integran la más alta instancia jurisdiccional federal.

¹⁰²⁸ Véase CSJN, Fallos 330:3109, caso “Brandi, Eduardo Alberto y otros c/ Mendoza, Provincia de s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, 2007; CSJN, Fallos 338:1216, caso “Uriarte, Rodolfo Marcelo y otro c/ Consejo de la Magistratura de la Nación s/acción mere declarativa de inconstitucionalidad”, 2015 y CSJN, Fallos 339:1071, caso “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c/ Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo”, 2016.

¹⁰²⁹ CSJN, Fallos, 340:47, caso “Ministerio de Relaciones Exteriores”, 2017, considerando 6 voto concurrente del juez Rosatti.

¹⁰³⁰ Luis IRIARTE, *Diario de Sesiones...*, ob. cit., p. 2846.

D. Argumentos para sostener la inconstitucionalidad parcial de la reforma constitucional de 1994, en tanto altera la primacía de la carta magna sobre los tratados y leyes de la Nación

1) Alcances de los artículos 6 y 7 de la ley 24.309

A) El caso Fayt

En el caso “Fayt”¹⁰³¹ la Corte, por mayoría, fue contundente y se declaró apta para intervenir en el análisis de validez de la reforma de 1994 e indicó que: “el Congreso de la Nación -al emitir en diciembre de 1993, la declaración de necesidad de la reforma y fijar a través de una ley los puntos a revisar- ha expresado mediante términos inequívocos su conocimiento y aceptación del carácter justiciable a los límites del poder reformador”. Además, la CSJN resultó muy clara a la hora de establecer los límites de la asamblea reformadora respecto de los contenidos a tratar y sostuvo que: “la facultad de reformar la Constitución no puede exceder el marco de la regulación -constitucional- en que descansa”¹⁰³². De ahí que propició, en el caso referenciado, la impugnación de uno de los preceptos modificados por la Asamblea constituyente, al entender que no era una materia habilitada por el Congreso en la etapa preconstituyente. Respecto del tópico, señaló nuestro más alto estrado: “el artículo 99, inciso 4º, párrafo tercero, de la Constitución reformada en el año 1994 no puede aplicarse, por vicio de nulidad absoluta, en virtud de haberse configurado un manifiesto exceso en las facultades de que disponía la Convención Constituyente, conforme al procedimiento reglado por el artículo 30 de la Constitución y a lo dispuesto en la declaración de necesidad instrumentada mediante la ley 24.309”¹⁰³³.

Este criterio del precedente “Fayt” fue recientemente ratificado, por un juez de primera instancia, a raíz de una acción de amparo ensayada por la ministro Highton, articulada con el mismo propósito que el entonces decano de la Corte, Carlos Santiago Fayt¹⁰³⁴. El juez declaró la nulidad de la reforma constitucional introducida en 1994 al

¹⁰³¹ CSJN, Fallos 322:1616, caso “Fayt”, 1999.

¹⁰³² *Ibidem*.

¹⁰³³ *Ibidem*.

¹⁰³⁴ En el fallo, Lavié Pico se basó en la decisión adoptada por la Corte Suprema que le permitió a Carlos Fayt continuar en su cargo en el máximo Tribunal, pese a que en ese momento tenía más años, que el límite establecido por la reforma constitucional de 1994 que era de 75 años. En su motivación, el juez de primera instancia expuso que: “teniendo en consideración que el presente caso es sustancialmente similar al resuelto por la Corte Suprema y que no se han presentado nuevos argumentos que justifiquen apartarse de lo allí decidido, corresponde seguir el criterio adoptado en el precedente citado”. Además expuso que: “resulta irrelevante la fecha en que la actora asumió su cargo”, para agregar más adelante que: “no obsta a esta conclusión el hecho de que la Sra. Jueza Elena Highton de Nolasco haya asumido en su actual cargo con posterioridad a la reforma constitucional de 1994. El propio precedente ‘Fayt’ rechaza cualquier distinción que pudiera hacerse respecto de los jueces que asumieron en sus cargos con anterioridad o con posterioridad a la reforma” (Juzgado Contencioso

artículo 99, inciso 4º, párrafo tercero de la Constitución Nacional, que dispone: “una vez cumplida la edad de setenta y cinco años, los jueces de la Corte Suprema y de los demás tribunales federales requerirán un nuevo nombramiento para mantenerse en el cargo, el cual será por cinco años y resultará renovable por idéntico procedimiento y plazo en forma indefinida”. Sostuvo el magistrado que el límite de edad para el ejercicio de un cargo público resulta razonable, sin embargo, subrayó que: “lo cierto es que en las condiciones jurídicas actuales la única alternativa válida para su implementación sería por medio de una nueva reforma constitucional autorizada al efecto por la ley habilitante respectiva, porque lo decidido al respecto por la Convención Constituyente de 1994, resulta una clara violación al límite constitucional y legal establecido”¹⁰³⁵.

Tal lo expresado puntos atrás, sin perjuicio del valioso argumento que despliega HERNÁNDEZ, la ley, que en la etapa preconstituyente, declaró necesaria la modificación del texto constitucional disponiendo expresamente en el artículo 7 que: “la Convención Constituyente no podrá introducir modificación alguna a las Declaraciones, Derechos y Garantías contenidas en el Capítulo Único de la Primera Parte de la Constitución Nacional”¹⁰³⁶. Entre ellos, tenía prohibido modificar, expresa o implícitamente, en especial el artículo 27 CN.

Por otro lado, desde la visión de la tesis constitucionalista se podría coincidir con el argumento central del prestigioso profesor HERNÁNDEZ, pero aplicado al solo efecto de fundar la inconstitucionalidad del artículo 27 del Tratado de Viena. La tesis de que el poder constituyente es el único habilitado a modificar la Constitución, al estar en un nivel superior al poder constituido, implica que un tratado, no podría modificar la ley fundamental. Es que, para una constitución de raíz eminentemente racional-normativa y rígida, no es posible que el poder constituido modifique una disposición sancionada a instancias del poder constituyente, como lo es el artículo 27 de la Constitución Nacional. Sólo estaría dispuesto a aceptarse la validez de la norma internacional, si entre los preceptos del derecho interno que se prohíbe invocar para incumplir un tratado, se excluye expresamente el texto constitucional. De lo contrario, la norma internacional, es, a juicio de la tesis constitucionalista, inconstitucional.

2. Síntesis del capítulo

En síntesis, para esta posición doctrinaria cuando el inciso 22, del citado artículo 75, habla de la inderogabilidad por parte de los tratados, de artículo alguno de

Administrativo Federal 6, causa 83656/2016, “Highton de Nolasco Elena Inés c/EN amparo ley 16.986”, sentencia del 9 de febrero de 2017).

¹⁰³⁵ Juzgado Contencioso Administrativo Federal 6, causa 83656/2016, “Highton de Nolasco Elena Inés c/EN s/Amparo Ley 16.986”, sentencia del 9 de febrero de 2017 -se aclara que esta disposición adquirió firmeza el 14 de febrero de 2017, al no haber sido apelada por el PEN.

¹⁰³⁶ Ley 24.309.

la primera parte de la carta magna, significa que ésta -con el plexo de derechos y garantías- tiene prelación sobre los tratados con jerarquía constitucional. Cabe enunciar, a continuación, los siguientes principios rectores.

i) Los tratados internacionales sobre derechos humanos no integran la Constitución, sino que la complementan y, lo complementario, es accesorio de lo complementado. Así podrían contemplar nuevos derechos y garantías en la medida que ellos emanen del artículo 33 de la carta constitucional y cuando no alteren la declaraciones, derechos y garantías previstos de modo expreso en la Constitución restringiendo sus alcances y efectos. De lo contrario, se estaría transgrediendo el artículo 7 de la ley 24.309 y la supremacía de la Constitución Nacional¹⁰³⁷.

ii) Como no se reformó, ni podía reformarse, el artículo 27 de la ley fundamental, la validez de todos los tratados internacionales, incluidos los de derechos humanos, para incorporarse al ordenamiento jurídico argentino, están siempre supeditados a su adecuación y conformidad a la Constitución argentina¹⁰³⁸.

iii) Cualquier reforma que se efectúe al texto de la Constitución debe ser hecha por el poder constituyente derivado; el cual, dada su naturaleza jurídica, sólo puede actuar sobre las materias para las que fue habilitado al efecto por el poder constituido, mediante el procedimiento reglado por el artículo 30 y conforme al derecho espontáneo observado a partir de 1898.

iv) En el ordenamiento jurídico argentino, los órganos de gobierno, que son poder constituido, no pueden firmar, aprobar ni ratificar ningún tratado internacional que sea de signo contrario a la Constitución, ni los jueces pueden aplicar ninguna norma o criterio jurisprudencial opuesto a sus disposiciones. De otro modo, se rompería con los principios de supremacía y rigidez constitucional. No es posible que los órganos del poder constituido alteren, directa o indirectamente, las reglas que impuso en la magna ley fundamental el poder constituyente fundacional.

v) La declaración de necesidad de reforma puso límites muy precisos a la competencia material de la Convención reformadora de 1994, conforme surge de los artículos 2, 3, 4, 5, 6 y 7 de la ley 24.309. Dentro de este marco, entiendo que el Honorable Congreso, en ejercicio de las facultades preconstituyentes, al declarar la necesidad de reforma de la Constitución en 1994, no habilitó de manera expresa al poder constituyente derivado para reformar artículo alguno de la primera parte de la Constitución, entre los cuales se encuentran los números 27, 30 y 31.

vi) Por las razones hasta aquí esbozadas, es evidente que la pretensión de la tesis internacionalista, al querer justificar la supremacía jerárquica de las disposiciones del derecho internacional sobre la Constitución argentina, basada en los artículos 26, 27 y 46 de la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados, carece de sustento alguno en el ordenamiento jurídico argentino; más aún, cuando tal instrumento no goza de jerarquía constitucional.

vii) El juzgador interno, deberá siempre lealtad a los principios de derecho público plasmados en la Constitución argentina, frente a una disposición de fuente internacional, ya sea que provenga de una norma convencional *-res legislatata, res pactata* o *res declarata-* o sea el producto de la jurisprudencia de los tribunales

¹⁰³⁷ Véase Gregorio BADENI, “Conferencia de incorporación..., ob. cit.

¹⁰³⁸ Véase *ibidem*.

internacionales de derechos humanos *-res interpretata-*. De manera fundamental, por cuanto en el derecho argentino la Convención de Viena es un tratado internacional que posee jerarquía supralegal, nunca constitucional y menos aún rango supraconstitucional. Consecuentemente sostengo que las cláusulas de la Convención aludida -artículos 27 y 46- no pueden ser opuestas válidamente en forma alguna a lo claramente establecido en los artículos 27, 30, 31, 36, 108, 116 y 117 de la ley suprema.

viii) Los tratados internacionales, como regla, cualquiera sea su categoría, se incorporan al derecho interno en un escenario de carácter supralegal e infraconstitucional¹⁰³⁹; no obstante, algunos instrumentos internacionales de derechos humanos pueden incorporarse en un escenario que se bautizó como de constitucionalidad deferente o moderada.

ix) La calidad de órgano jurisdiccional supraconstitucional que pretende asignarse a la Corte IDH, al colocarla por encima de la Corte Suprema de Justicia de la Nación -prórroga de jurisdicción mediante-, resulta violatoria de principios de derecho público constitucionales. De ahí, que se pueda sostener la inconstitucionalidad del tratado que lo disponga, ello, por transgresión al artículo 27 de la Carta constitucional¹⁰⁴⁰.

x) La Corte Interamericana no es una nueva instancia de apelación de la decisión nacional, ya que el objetivo de la competencia contenciosa de la Corte no es revisar las decisiones nacionales como tribunal de apelación, sino antes bien verificar o constatar si han existido violaciones concretas a las normas de la Convención y de los otros tratados de derechos humanos por parte de los Estados y, en su caso, interceder para hacer cesar la violación, conforme lo dispone la misma Convención. La inspección de convencionalidad no reviste las características de un proceso de control autónomo. Debe cerrar, necesariamente, con un ulterior control de constitucionalidad que efectúa en última instancia la Corte Suprema, a los efectos de salvaguardar los derechos humanos de quienes, como en el caso “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto”, no participaron en la *litis* internacional y podrían ser afectados en el ejercicio del derecho de defensa, el cual asegura nuestra carta constitucional e integra el elenco de principios de derecho público amparados por el artículo 27 *ejusdem*, como así también encuentran consagración en el orden internacional como preceptos de *ius cogens* (*res inter alios judicata allis neque prodest*).

xi) Los tratados internacionales de derechos humanos rigen en las condiciones de su vigencia. Es decir, en las condiciones establecidas por las leyes del Congreso que disponen su aprobación, y se expresan en las reservas y declaraciones interpretativas, así como también, en concordancia con el artículo 27 de la carta magna. Ésta, conformada por los principios de derecho público constitucionales, también rige respecto de los tratados internacionales sobre derechos humanos dado que, precisamente, la referencia a las condiciones de su vigencia, alude de manera implícita a aquéllos¹⁰⁴¹.

¹⁰³⁹ Véase *ibidem*.

¹⁰⁴⁰ Véase Germán J. BIDART CAMPOS, Alberto B. BIANCHI, “¿La jurisdicción internacional prevista en el Pacto de San José de Costa Rica viola la Constitución Argentina? ED-118-976 y ss.

¹⁰⁴¹ Véase *ibidem*.

xii) La jerarquía constitucional que se le otorga a los tratados internacionales sobre derechos humanos implica que son, en principio, preceptos operativos que reglamentan los derechos y garantías constitucionales y que deben ser aplicados toda vez, que, estos derechos y garantías, no disfruten de un estándar de tutela superior como consecuencia de una disposición proveniente de fuente interna¹⁰⁴².

xiii) Los tratados internacionales sobre derechos humanos no pueden desconocer los derechos y garantías expuestos en la primera parte de la Constitución (conforme artículo 7, ley 24.309)¹⁰⁴³.

xiv) La Convención constituyente de 1994 no aceptó que los principios del derecho internacional y la costumbre internacional, tengan vigencia supraconstitucional¹⁰⁴⁴;

xv) Si la cláusula “en las condiciones de su vigencia” del artículo 75 inciso 22, significase que, además del texto de los tratados expresamente mencionados allí, también forman parte de la carta suprema la jurisprudencia de los órganos internacionales de control, cada cambio en la jurisprudencia de estos órganos, en los hechos, tendría como efecto la reforma de la Constitución. La Asamblea constituyente de 1994 no se encontraba expresamente autorizada para reformar el régimen de reforma constitucional del artículo 30 (reglada en la primera parte de la Constitución, cuya modificación la ley 24.309 había prohibido de manera explícita). Consecuentemente, esta conclusión también conduciría a la nulidad de la reforma constitucional en dicho punto.

xvi) Por los argumentos desarrollados a lo largo de este capítulo resulta necesario agregar un nuevo plano jerárquico en el que se incorporan los instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional, al ordenamiento jurídico argentino. Este nuevo plano jerárquico se ubica entre los escenarios de constitucionalidad e infraconstitucionalidad, el cual corresponde ser individualizado como “escenario de constitucionalidad deferente o moderada” y estará ubicado apenas una cenefa por debajo de la Constitución.

Con arreglo a lo reseñado, para la tesis constitucionalista, la jerarquía normativa del orden jurídico supremo de Argentina quedaría conformado de la siguiente forma:

i) en primer lugar, la Constitucional Nacional se erige sobre la totalidad del orden normativo (juega aquí un papel preponderante la jurisprudencia de la Corte Suprema que interpreta disposiciones, principios y valores de la carta constitucional, al ser el exégeta final de aquellas disposiciones);

ii) en segundo término, en un escenario al que se denominó como de “constitucionalidad deferente o moderada”, se ubican los tratados sobre derechos humanos individualizados en el párrafo 2º del artículo 75, inciso 22 y los tratados de derechos humanos que adquieran esta categoría en el futuro (párrafo 3º del artículo 75, inciso 22);

¹⁰⁴² Véase Gregorio BADENI, “Conferencia de incorporación..., ob. cit.

¹⁰⁴³ Véase *ibidem*.

¹⁰⁴⁴ Véase *ibidem*.

- iii) en tercer lugar, los demás tratados, concordatos y las normas dictadas a propósito de los tratados de integración; y
- iv) por último, las leyes nacionales.

Capítulo X

Argumentos que surgen de la jurisprudencia de la Corte Suprema -votos de la mayoría o minoría- y dictamen del Procurador para determinar la relación jerárquica entre la Constitución, las normas internacionales y la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos

En este décimo capítulo se expondrán los argumentos que, los jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de su Procurador General, desplegaron para fundar sus sentencias o dictámenes, favorables a la defensa de la que aquí se individualizó como tesis constitucionalista. Respecto de los ministros de la más alta instancia jurisdiccional federal, sólo se abordarán en este espacio los votos en minoría y mayoría de quienes, expresa o implícitamente, han defendido la primacía normativa, la calidad de norma fundante y rígida de la Constitución Nacional. Igual temperamento ha de seguirse respecto de la labor del Procurador ante la Corte Suprema.

A partir de las razones de orden jurídico esgrimidas en cada uno de los casos, tanto por los jueces como el Procurador General de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, se dará respuesta a las siguientes preguntas: ¿la Constitución Nacional se encuentra subordinada a los instrumentos internacionales, al *ius cogens*, a la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados?; ¿ante la colisión en un caso concreto, entre normas de fuente del derecho internacional, vigentes en la República Argentina con los preceptos contenidos en nuestra ley fundamental, a cual de ellos se debería dar primacía normativa, a los preceptos convencionales o a las normas constitucionales?; ¿el artículo 27 de la Constitución se encuentra subordinado a los instrumentos internacionales y al *ius cogens*?; ¿la Corte Suprema de Justicia de la Nación perdió su condición de Tribunal Supremo y por ello sus sentencias están sujetas a la revisión por tribunales u organismos internacionales?; ¿puede modificarse la Constitución Nacional a través de un tratado internacional?; ¿el poder constituyente derivado puede apartarse de la ley que declaró la necesidad de la reforma constitucional?; ¿pueden el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo de la Nación, ejercer la función constituyente reglada por el artículo 30 de la carta constitucional argentina?; ¿cuál es el alcance que corresponde atribuirle a las sentencias de la Corte IDH?

1. Dictamen del Procurador General de la Nación en el caso “Acosta” (2010)

Con la nueva sentencia de la Corte Suprema en el caso “Ministerio de Relaciones Exteriores”, la posición del entonces representante de los fiscales se afianza y, por lo tanto, cobra suma significación hacer una mención especial de su dictamen en autos “A., J.E. y otro s/Recurso de casación (CS. A. 93, LXLV)”, emitido el 10 de marzo de 2010. Años después del dictamen del entonces Procurador General Esteban RIGHI en “Acosta”¹⁰⁴⁵, la Corte Suprema de Justicia dictó sentencia por mayoría y una disidencia conjunta, resolviendo la controversia sustantiva¹⁰⁴⁶.

Resulta trascendente considerar que, a los imputados en “Acosta”, se les había dictado el auto de procesamiento con prisión preventiva en 2005 y esa detención se prorrogó por el plazo de un año. La circunstancia que los delitos imputados fueran caracterizados como de *lesa humanidad* se ponderó especialmente por la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal para confirmar las prórrogas de las detenciones¹⁰⁴⁷. La defensa de los procesados recurrió a la vía casatoria sosteniendo la caducidad del plazo legal de detención, la errónea interpretación de la ley 24.390 que lo disponía y la aplicación ultractiva de la redacción original de esa norma. A su turno, por mayoría y diversos argumentos, la Cámara Federal de Casación Penal dispuso la libertad de los recurrentes. Así las cosas, cuando el caso llega a la Corte Suprema, mediante el recurso extraordinario federal articulado por el Fiscal ante la Casación penal, el Tribunal debía resolver la procedencia del mantenimiento de la prisión preventiva, vuelta a prorrogar, e interpretar y aplicar la ley reglamentaria de esa medida cautelar al caso concreto. El Procurador General dictaminó la procedencia del mantenimiento de la prisión preventiva de los procesados, criterio este que siguió la Corte Suprema en cuanto a prolongar esa medida.

Pero, además, el Máximo Tribunal de Justicia de la Nación debía examinar la posible aplicación al caso “Acosta” del precedente de la Corte IDH emitido en “Bayarri vs. Argentina”, sentencia en la que, en una situación similar pero no idéntica, el Estado local fue condenado por prolongar irrazonablemente la detención cautelar¹⁰⁴⁸.

El tribunal internacional había interpretado que, conforme a la ley 24.390, vigente al momento de dictarse el fallo en el orden local, existía en el ordenamiento argentino un límite temporal máximo de la prisión preventiva que no se debía superar.

¹⁰⁴⁵ Dictamen del Procurador General Esteban Righi, en “A., J.E. y otro s/Recurso de Casación” (C.S.A. 93, LXLV), emitido el 10 de marzo de 2010, Expediente número 93/2009, t. 45 L.A. Examiné este dictamen en María Angélica GELLI, “El valor de la jurisprudencia internacional a propósito del caso ‘Bayarri’ en un dictamen de la Procuración General de la Nación”, *Revista Jurídica La Ley*, Bs. As., 1 de junio de 2010. Publicado también en Europeanrights.eu. *Osservatorio sui rispetto dei diritti fondamentali in Europa*. 01-06-2010.

¹⁰⁴⁶ CSJN, Fallos 335:533, caso “Acosta, Jorge Eduardo y otros s/Recurso de casación”, 2012. Votaron por la mayoría los jueces Lorenzetti, Highton de Nolasco, Zaffaroni y Maqueda. En disidencia conjunta, los jueces Argibay y Petracchi, consideraron inadmisibles el recurso extraordinario federal, aplicando el artículo 280 del CPC y CN.

¹⁰⁴⁷ CSJN, Fallos 335:533, caso “Acosta, Jorge”, 2012, considerando 2 del voto de la mayoría.

¹⁰⁴⁸ Corte IDH, caso “Bayarri vs. Argentina”, sentencia del 30 de octubre de 2008. Serie C, número 187.

Además de ello, el detenido había permanecido privado de su libertad por trece años en un proceso en el que, finalmente, resultó absuelto. En consecuencia, de todas esas circunstancias, la Corte Interamericana declaró por unanimidad que el Estado argentino había violado -entre otros derechos- el de los detenidos a ser juzgados en un plazo razonable o, en su defecto, a ser dejados en libertad -plazo razonable de la prisión preventiva- establecido en el artículo 7.5 de la Convención Americana de Derechos Humanos¹⁰⁴⁹.

A. El valor de las sentencias de la Corte IDH conforme el derecho interamericano. Postura de la tesis constitucionalista

Se abren aquí dos cuestiones a destacar en el dictamen del Procurador, quien las diferenció claramente y se encuentran plasmadas en el punto V de su meduloso pronunciamiento. Por un lado, se destaca el valor jurídico de las sentencias de la Corte IDH, conforme el derecho interamericano. Por el otro, se meritúa cuál es el peso normativo de las mismas sentencias para el derecho y la jurisprudencia de la República Argentina.

Conforme refiere Righi, en el derecho interamericano las decisiones de los órganos de tutela del sistema que resultan obligatorias para los Estados signatarios del Pacto de San José -que aceptaron la competencia de la Corte IDH-, son las sentencias contenciosas que dicta este alto estrado internacional. Ello, aclara, en tanto resulten en los términos del artículo 68.1 de la CADH y, además, cuando estas resoluciones no impongan una manda que importe desconocer derechos constitucionales fundamentales del orden jurídico nacional¹⁰⁵⁰. Este criterio, explica también, es seguido por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán en relación a las sentencias contenciosas del Tribunal EDH¹⁰⁵¹.

Puntualmente el artículo 68.1 de la CADH dispone que: “los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean parte”. De ahí, que la decisión del tribunal internacional en procesos contenciosos resulte obligatoria para los Estados signatarios que acepten la competencia de la Corte IDH y hayan sido parte en el proceso internacional en el cual la decisión fue adoptada¹⁰⁵². Puntualiza que las sentencias del tribunal interamericano, no tienen efectos *erga omnes*, sobre otras causas existentes en el mismo u otro país signatario.

¹⁰⁴⁹ Corte IDH, caso “Bayarri vs. Argentina”, párrafo 74 a 77.

¹⁰⁵⁰ Véase para mayor provecho los dictámenes del Procurador CSJN, en las causas, CSJN, Fallos 330:3074, caso “Derecho”, 2006; CSJN, Fallos, 334:1489, caso “Castañeda Carlos s/sustracción y destrucción de medios de prueba”, 2011, y, especialmente, CSJN, Fallos 336:1024, caso “Carranza Latrubesse”, 2013.

¹⁰⁵¹ Véase *Bundesverfassungsgericht*, Segundo Senado, -2 BvR 1481/04-, sentencia del 14 de octubre de 2004. Se trata especialmente este precedente en un capítulo de esta investigación.

¹⁰⁵² Véase Dictamen Procurador CSJN, “A., J.E. y otro s/Recurso de casación (CS. A. 93, LXLV)”, emitido el 10 de marzo de 2010, punto V, párrafo 4.

No obstante, expresa que en los casos “Barrios Altos”¹⁰⁵³, “El Tribunal Constitucional del Perú”¹⁰⁵⁴ y, especialmente, en “La Cantuta”¹⁰⁵⁵, la Corte IDH puso énfasis en señalar los efectos *erga omnes* de sus fallos para el derecho interno, más precisamente el del Perú¹⁰⁵⁶. Efectivamente, rebasando lo que puede entenderse como el marco funcional de sus atribuciones, la Corte IDH llegó al extremo de nulificar, en el caso “La Cantuta”, normas nacionales -como leyes de amnistía- con efectos *erga omnes*.

De esa manera, la Corte IDH amplió su bagaje potestativo y se arrogó una competencia derogatoria, que no está contemplada en el Pacto de San José de Costa Rica, lo que, eventualmente, representa hacia el futuro una mutación interpretativa del Pacto. Esto, resulta muy cuestionable y explícitamente lo indica Righi en su dictamen. Sin embargo, afirma el Procurador, “en el precedente ‘Bayarri’ la Corte no extendió expresamente los efectos de su decisión a otros casos similares no ventilados ante ella y, por otro, -y ello es lo verdaderamente importante- la Convención no concede eficacia general a las decisiones de la Corte Interamericana. En esto, en lo que se refiere a la decisión *stricto sensu*, es decir, a la parte resolutive de la sentencia”¹⁰⁵⁷.

Cuestionar la facultad derogatoria de normas domésticas, auto-adjudicadas por la Corte IDH, se concibe como criterio de sana prudencia: una cosa es declarar la inaplicabilidad de una norma en el caso concreto y, otra, es derogarla con los irradiados efectos generales apuntados¹⁰⁵⁸. Queda claro, para Righi, respecto de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, en lo que hace al fundamento jurídico que motiva una decisión contenciosa a la que se refiere el artículo 68.1, que ninguna disposición de la Convención establece su carácter vinculante y, menos aún, efectos *erga omnes*. Sin embargo, el tribunal interamericano insiste en que existe un deber general de seguir su jurisprudencia mediante la doctrina del control de convencionalidad¹⁰⁵⁹.

El eventual valor vinculante de “Bayarri” para el Estado argentino en otro proceso, y como regla de garantía a otros imputados, fue cuestionado, desestimado y considerado inaplicable por el Procurador General en el dictamen que emitió en el caso “Acosta”. Según el criterio de Righi, el fallo internacional en el cual la Argentina resultó condenada era vinculante para el Estado sólo para ese caso. Pero, este precedente, según la opinión del Procurador General, no era trasladable -y por ende obligatorio- sin más, a otros casos sustanciados contra Argentina o contra otro Estado parte de la Convención Americana de Derechos Humanos, porque ello no surgía ni de las disposiciones expresas de este Pacto, ni del valor jurídico de las sentencias de la Corte Interamericana, tal como había sido reconocido por el derecho interno y por la jurisprudencia argentina.

¹⁰⁵³ Corte IDH, en “Barrios Altos vs. Perú”, sentencia del 14 de marzo de 2001, serie C, número 75.

¹⁰⁵⁴ Corte IDH, en “Tribunal Constitucional del Perú vs. Perú”, sentencia del 31 de enero de 2001, serie C, número 71.

¹⁰⁵⁵ Corte IDH, en “La Cantuta vs. Perú”, sentencia del 29 de noviembre de 2006, serie C, número 162.

¹⁰⁵⁶ Juan Carlos HITTERS, ¿“Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y...”, ob. cit., p. 1169, párrafo II C2.

¹⁰⁵⁷ Dictamen del Procurador General Esteban RIGHI, en “A.,..., cit., párrafo 5.

¹⁰⁵⁸ Néstor P. SAGÜÉS, “Los efectos del Control”, *La Ley*, 2009-B, p. 761.

¹⁰⁵⁹ Dictamen del Procurador General Esteban RIGHI, en “A.,..., cit., párrafo 6.

En lo concerniente al punto sobre la postura de Corte IDH frente al control de convencionalidad de los tribunales locales, es trascendente señalar que un caso paradigmático indica el rumbo hacia el que se orienta el organismo internacional en la materia. En el caso “Almonacid Arellano”¹⁰⁶⁰, la Corte sostuvo que cuando “el poder judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que se aplican a los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el poder judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte IDH, intérprete último de la Convención”¹⁰⁶¹.

Esta posición refrenda, no sólo el compromiso que los jueces locales deben asumir frente al cumplimiento de los tratados internacionales, sino también, que obligando a los tribunales nacionales a efectuar dicho control, se asegura el carácter excepcional de la intervención de los organismos internacionales (Comisión y Corte IDH). En el caso argentino, la obligación de los tribunales domésticos de velar por el cumplimiento de los tratados internacionales a los que se adhirió, representa, lisa y llanamente, ejercer un control de constitucionalidad, dada su expresa inclusión en la carta suprallegal, sin adentrarse a considerar, por el momento, el grado de sujeción de una respecto de la otra o a la inversa.

Para Righi, “la eficacia general de la jurisprudencia de la Corte Interamericana no puede inferirse lógicamente de la cita de las sentencias de ese tribunal, pues tal tipo de argumentación presupone en sus premisas lo que se debe demostrar, a saber, si las sentencias de la Corte [IDH] tienen valor general más allá de los términos estrictos del artículo 68.1 de la Convención”¹⁰⁶². Dicho con otro giro, sólo sería posible sostener que existe un deber jurídico de seguir la jurisprudencia de la Corte IDH, como consecuencia de la doctrina del control de convencionalidad, si antes se concluye que la jurisprudencia del órgano interamericano resulta obligatoria. “Para eludir caer en una petición de principio sería necesario encontrar razones independientes a la misma jurisprudencia de la Corte que permita concluir el deber de seguir dicha jurisprudencia”¹⁰⁶³.

Tampoco puede justificarse la obligatoriedad del seguimiento de la jurisprudencia de la Corte IDH, en que ésta es el intérprete final de la CADH, pues sólo la tiene en los procesos internacionales que se sustancian en el sistema interamericano. Sin embargo, en los procesos judiciales internos, es la Corte Suprema de Justicia de la Nación quien tiene la última palabra en materia de interpretación constitucional y esto incluye los instrumentos internacionales incorporados al ordenamiento jurídico argentino, tal como surge de artículo 116 de la Constitución Nacional.

Finalmente, para Righi las sentencias de la Corte IDH sólo vinculan al Estado argentino en aquellas causas donde así lo dispone el referido artículo 68.1 del Pacto.

¹⁰⁶⁰ Corte IDH, caso “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, sentencia del 26 de septiembre de 2006, Serie C, número 154.

¹⁰⁶¹ Juan Carlos HITTERS, “Control de Constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación”, artículo de doctrina publicado en *La Ley* 2009-D, p. 1205, punto I.A.2. El autor, en el párrafo transcrito, incluye referencias correspondientes a citas textuales del fallo aludido, contenidas en el párrafo 124 de dicha sentencia.

¹⁰⁶² Dictamen del Procurador General Esteban Righi, en “A.,..., cit., párrafo 7.

¹⁰⁶³ *Ibidem*.

Por el contrario, no existe deber alguno de seguir la decisión tomada en otras causas similares, ni tampoco la obligación de acatar su jurisprudencia. Es que las sentencias de la Corte IDH carecen de eficacia jurídica general, es decir, no tienen efecto *erga omnes*¹⁰⁶⁴. Párrafo más abajo agrega: “antes de finalizar este punto considero necesario efectuar una precisión. La distinción precedente se basa en una interpretación restringida del termino ‘decisión’ contenido en el artículo 68.1 de la Convención, a saber, como dispositivo del fallo y no como fundamento jurídico de la sentencia (jurisprudencia)¹⁰⁶⁵”.

B. El valor jurídico de las sentencias de la Corte IDH conforme el derecho y jurisprudencia argentina

Tras lo reseñado en relación al valor de la jurisprudencia internacional en el orden interno de los Estados, lo cual comprende, además, determinar qué significa esto de “jurisprudencia internacional”, cabe tener presente que la cuestión no quedó del todo resuelta mediante la sentencia de la Corte Suprema en el caso “Acosta”¹⁰⁶⁶.

Pues bien, según la opinión brindada por el Procurador, en base a lo que dispone de manera explícita el artículo 68 de la CADH, surge del ordenamiento internacional lo que sigue.

i) Los fallos de la Corte IDH son obligatorios para los Estados que aceptaron la competencia del tribunal internacional y sólo para el Estado signatario que fue parte en el proceso internacional en el que resultó condenado;

ii) Las decisiones de la Corte IDH no tienen efectos *erga omnes* sobre otros casos similares existentes en el mismo u otros Estados; y,

iii) La CADH no dispone, en ninguno de sus artículos, el alcance general de los fallos de la Corte IDH, ni respecto del decisorio, ni en relación a los fundamentos del fallo¹⁰⁶⁷.

¹⁰⁶⁴ Véase *ibidem*, párrafo 10.

¹⁰⁶⁵ Véase *ibidem*, párrafo 11. A continuación el Procurador RIGHI dice que su hermenéutica se apoya en el texto del artículo 68 CADH, dado que al hablar en el apartado primero de cumplir con la decisión, lo que induce a pensar que se nos remite a lo ordenado por la Corte internacional y no a los fundamentos de la decisión que por lógica no pueden ser cumplidos. Luego al referirse, en el apartado segundo, a uno de los contenidos posibles de la parte dispositiva, “la parte del fallo que disponga indemnización” Así en un sentido amplio, cuando se interpretan los alcances de la voz ‘decisión’ que contiene el artículo 68.1, comprensivo tanto de la parte resolutoria como de la jurisprudencia, permitiría motivar un deber de seguir la jurisprudencia pero sólo en el caso concreto, nunca con efectos *erga omnes*.

¹⁰⁶⁶ Puede apreciarse con provecho otra interpretación en la muy interesante y aguda ponencia de Pablo GUTIÉRREZ COLANTUONO, “El valor de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su aplicación en los ámbitos nacional y local”, Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo. El Derecho Administrativo, hoy, casi veinte años después. Facultad de Derecho. Universidad Austral. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 16 y 18 de mayo de 2012.

¹⁰⁶⁷ Véase Dictamen del Procurador en “A., J. E...”, cit. Asimismo véase Alberto B. BIANCHI, “Una reflexión sobre el llamado ‘control de convencionalidad’”, *Sup. Const. 2010* (septiembre), 23-09-2010, 15 – La Ley 2010-E, 426

A ese alcance restringido del valor jurídico de la jurisprudencia internacional, Righi agregó un requisito más para la aplicación de esos precedentes en el derecho local: que los fallos de la Corte IDH no establezcan una medida que desconozcan derechos fundamentales de orden jurídico nacional, criterio este que, según se afirma en el dictamen, es similar al aplicado por el Tribunal Federal Constitucional alemán respecto de las sentencias contenciosas del Tribunal EDH¹⁰⁶⁸.

Righi en “Acosta” también sostuvo que: “es preciso poner de manifiesto que el derecho argentino no ha establecido expresamente la obligatoriedad de las sentencias de la Corte Interamericana más allá de lo dispuesto por el artículo 68 de la Convención Americana”. Vale decir que, únicamente, en todos los casos en que los Estados sean parte están obligados a cumplir con la decisión de la Corte Interamericana¹⁰⁶⁹. De este modo, según lo interpreta el Procurador, la voz “decisión” que emplea el mentado artículo 68 se refiere al dispositivo del fallo y no a los fundamentos de la sentencia.

Ajustado a los límites referidos, Righi expresó que los jueces internos tienen el deber de tener en consideración la jurisprudencia de los organismos internacionales, pero no más. “Esto incluye un deber de examinar minuciosamente la aplicabilidad en el caso concreto, de expresarla y discutirla razonablemente y, en su caso, de explicar las razones jurídicas por las cuales no se sigue en el caso particular”¹⁰⁷⁰.

Se podrían añadir además otros argumentos de índole institucional para no hacer prevalecer la jurisprudencia de la Corte IDH en una cuestión dada, sobre lo que dispone la carta constitucional en razón de la existencia de algunas limitaciones y debilidades institucionales que es posible señalar sobre funcionamiento y características de la Corte de San José. Al respecto señala SANTIAGO que si el reconocimiento del *judicial review* en cabeza de los tribunales constitucionales nacionales y su facultad para decir la última *ratio* en ciertos asuntos son puestos en duda, actualmente, “en términos de su legitimidad democrática, mayores reparos aún merece reconocer dicha autoridad final a un órgano regional que posee mayores limitaciones en esta materia”¹⁰⁷¹.

Tampoco habría que olvidar que los jueces de la Corte IDH no están sometidos a ningún mecanismo de control en caso de mal desempeño¹⁰⁷², como sí los jueces argentinos (artículos 53, 59, 60 y 115 de la Constitución). Además, ninguna norma les

http://www.joseperezcorti.com.ar/Archivos/DC/Articulos/Bianchi_Control_de_Convencionalidad_LL_2010.pdf (acceso 18-V-2015).

¹⁰⁶⁸ Véase *ibidem*.

¹⁰⁶⁹ Véase Dictamen del Procurador General en “A., J. E..., cit.

¹⁰⁷⁰ *Ibidem*. Asimismo véase Alberto B. BIANCHI, “Una reflexión sobre el llamado..., ob. cit.

¹⁰⁷¹ Alfonso SANTIAGO, “¿Desobediencia debida? ¿Quién tiene..., ob. cit., p. 17.

¹⁰⁷² Según el artículo 70 de la CADH, “no podrá exigirse responsabilidad en ningún tiempo a los jueces de la Corte ni a los miembros de la Comisión por votos y opiniones emitidos en el ejercicio de sus funciones”. Añade SANTIAGO que: “Los jueces de la Corte IDH son elegidos por los representantes de los Estados que han reconocido su competencia en el marco de la Asamblea General de la OEA. La participación de los órganos locales de base electoral es prácticamente nula, lo mismo que la de los ciudadanos, del cuerpo electoral y de las organizaciones de la sociedad civil. Por otra parte, los jueces de la Corte IDH son completamente irresponsable por las decisiones que adopten (cfr. art. 70.2 de la CADH -23-). Por lo tanto, la participación de los órganos representativos de base democrática es muy poco significativa tanto en los procesos de designación como de responsabilidad por su actuación” (Alfonso SANTIAGO, “¿Desobediencia debida? ¿Quién tiene..., ob. cit., p. 17).

exige, para ser elegidos como tales, el conocimiento del derecho nacional. En tal sentido se ha dicho que la gran mayoría de los jueces que integran la Corte IDH no son del país contra el que se entabla la *litis* internacional, ni poseen vínculo alguno con él. Gran parte de la población de las naciones que han adherido a la competencia de la Corte de San José no conoce a sus jueces, ni sabe de sus antecedentes¹⁰⁷³.

Por otro, lado el tribunal regional posee notables debilidades institucionales. El trabajo de sus magistrados no es permanente, sino que sólo comprende ciertos meses del año. Además, su presupuesto es ínfimo y depende de donaciones de países y organizaciones internacionales radicadas en países que no forman parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Al decir de SANTIAGO “ello constituye una debilidad de cara a las condiciones institucionales mínimas de independencia que debe gozar un tribunal judicial”. En cambio, a nivel local, la aplicación del principio de contraposición garantiza la existencia de sistemas de frenos y contrapesos, de mecanismos de colaboración y controles cruzados que aseguran un mínimo de equilibrio institucional. Prácticamente nada de ello sucede a nivel de la Corte IDH¹⁰⁷⁴.

Refiere SANTIAGO que en las condiciones descritas de limitación y debilidad institucional que signan la actuación de la Corte de San José, no es aconsejable reconocer al tribunal regional la decisión final en una ciertas materias que resultan claramente definidas a nivel interno por disposiciones constitucionales que sí exhiben estándares suficientes de legitimidad democrática e institucional¹⁰⁷⁵.

Finalmente, concluye SANTIAGO que “los anteriores condicionamientos aconsejan reconocer un poder efectivo pero limitado a la Corte IDH, ceñido a los términos en que fue reconocido por los Estados parte de la Convención Americana de Derechos Humanos al momento de su incorporación al SIDH, al mismo tiempo que propician cierta autolimitación por parte de sus propios integrantes”¹⁰⁷⁶.

2. Caso “Priebke” (1995)

A modo de aclaración, por una cuestión metodológica, sólo se transcribirán y merituarán en este punto los argumentos de los casos, tratados por nuestra más alta instancia jurisdiccional, funcionales a la tesis constitucionalista. En alguno de ellos, mediante la valoración del voto de la mayoría, en otros, en cambio, a través del estudio de los votos de la minoría.

A. De los argumentos de los votos disidentes

¹⁰⁷³ Véase Alfonso SANTIAGO, “¿Desobediencia debida? ¿Quién tiene...”, ob. cit., p. 17.

¹⁰⁷⁴ Véase *ibidem*.

¹⁰⁷⁵ Véase *ibidem*.

¹⁰⁷⁶ *Ibidem*.

La minoría del altísimo tribunal rechazó el pedido de extradición, pues resolvieron el caso apegados a una concepción positivista. Vale apuntar, que tuvieron en cuenta la inexistencia de una norma que estableciera una pena para los crímenes de guerra y delitos de *lesa humanidad*, más allá de los códigos penales y de justicia militar. Consecuentemente, juzgaron que la prescripción de la acción penal debía analizarse en base a las penas allí previstas. Incluso, se descartó la posibilidad de soslayar el indiscutible carácter aberrante de los delitos imputados al requerido de extradición indicando que tal circunstancia no podía servir de excusa para el apartamiento del orden jurídico vigente¹⁰⁷⁷.

El juez Petracchi, a su turno, justificó la inviabilidad de la extradición por el hecho de que no era posible llenar el vacío de pena, en la legislación interna, para los crímenes de guerra y delitos contra la humanidad, con una remisión a la legislación penal ordinaria, combinando la pena de ésta con un tipo penal del derecho de gentes¹⁰⁷⁸.

3. Caso “Acosta” (1998)

A. Argumentos a favor de la tesis constitucionalista

En el considerando sexto del voto de la mayoría integrada por los jueces Nazareno, Moline O'Connor, Fayt, Belluscio, Vázquez y López, la Corte evaluó si el alcance que el tribunal, *a quo*, dio a las recomendaciones de la Comisión IDH resultaba compatible con las normas pertinentes de la CADH, que regulan las funciones de la Comisión, a la luz de la interpretación efectuada por este Tribunal en los precedentes “Giroldi”¹⁰⁷⁹ y “Bramajo”¹⁰⁸⁰.

En el considerando séptimo, la Corte analizó las funciones que la CADH le otorga a la Comisión IDH y advirtió que aquel instrumento internacional lo habilita a “formular recomendaciones, cuando lo estime conveniente, a los gobiernos de los Estados miembros para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos, dentro del marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales, al igual que disposiciones apropiadas para fomentar el debido respeto a esos derechos” (artículo 41 inciso b, CADH).

Luego, advierte que, agotadas las etapas que prevé la CADH, representa la conclusión del procedimiento ante la Comisión IDH, “por medio del cual ésta toma una determinación tras haber examinado la evidencia sobre si el Estado cumplió, o no, con sus obligaciones convencionales y con las medidas que han sido consideradas

¹⁰⁷⁷ CSJN, Fallos 318:2148, caso “Priebke”, 1995, voto en disidencia de los doctores Belluscio y Levene.

¹⁰⁷⁸ *Ibidem*, del voto en disidencia del doctor Petracchi.

¹⁰⁷⁹ CSJN, Fallos 318:514, caso “Giroldi”, 1993.

¹⁰⁸⁰ CSJN, Fallos 319:1840, caso “Bramajo”, 1996.

necesarias para remediar la situación examinada”. Expresamente, afirma que: “del texto de la Convención Americana surge que la decisión que los Estados partes se comprometen a cumplir es la de la Corte Interamericana (artículo 68 inciso 1)”.

Al respecto cabe destacar que “[...] la jurisprudencia internacional, por más novedosa y pertinente que se repute, no podría constituir un motivo de revisión de las resoluciones judiciales -equiparable al recurso de revisión-, pues ello afectaría la estabilidad de las decisiones jurisdiccionales, la que, en la medida en que constituye un presupuesto ineludible de la seguridad jurídica, es exigencia del orden público y posee jerarquía constitucional”¹⁰⁸¹.

En resumen, a partir del voto de la mayoría en este precedente, surge que el cumplimiento de buena fe de los compromisos internacionales de la República Argentina, si bien requiere que el país realice sus mejores esfuerzos para dar respuesta favorable a las recomendaciones efectuadas por la Comisión IDH, esta manda no alcanza para erigir como deber de los jueces el dar cumplimiento a su contenido, pues no se tratan de resoluciones vinculantes para el poder judicial. Por otro lado, la jurisprudencia internacional no puede afectar la estabilidad de las decisiones jurisdiccionales constituyéndose en un motivo de revisión de las mismas.

4. Caso “Cantos” (2003)

Cabe aclarar, que la resolución de la Corte Suprema que aquí se trata es dictada con posterioridad a la sentencia contenciosa de la Corte IDH, en el caso “Cantos vs. Argentina” del 28 de septiembre de 2002. En estos autos se resolvió que el Estado argentino violó el derecho de acceso a la justicia consagrado en los artículos 8.1 y 25 en relación con el artículo 1.1 de la CADH y se decidió lo siguiente.

- “1. El Estado debe abstenerse de cobrar al Sr. José M. Cantos la tasa de justicia y la multa por falta de pago oportuno de la misma;
2. El Estado debe fijar en un monto razonable los honorarios regulados en el caso C. 1099 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina...;
3. El Estado debe asumir el pago de los honorarios y costas correspondientes a todos los peritos y abogados del Estado y de la provincia de Santiago del Estero, bajo las condiciones establecidas en el punto anterior;
4. El Estado debe levantar los embargos, la inhibición general y demás medidas que hayan sido decretadas sobre los bienes y las actividades comerciales del Sr. José M. Cantos para garantizar el pago de la tasa de justicia y de los honorarios regulados”¹⁰⁸².

¹⁰⁸¹ CSJN, Fallos 321:3555, caso “Acosta, Claudia”, 1998, considerando 13.

¹⁰⁸² Corte IDH, caso “Cantos vs. Argentina”, sentencia contenciosa del 28 de septiembre de 2002.

A. De los hechos

Como consecuencia de la sentencia de referencia, se presenta ante la Corte Suprema de Justicia el Procurador del Tesoro de la Nación a fin de que el último tribunal instrumente el cumplimiento de la sentencia de la Corte IDH. Ello motivó el rechazo de la Corte Suprema y se destacaron varios fundamentos del voto de la mayoría. De éstos, pudo valerse la tesis constitucionalista para sostener la supremacía del texto constitucional frente al conflicto normativo que provoca el pronunciamiento de un tribunal internacional de derechos humanos. En este litigio, no se pone en tela de juicio la jurisprudencia de la Corte Interamericana, *res interpretata*, sino que se cuestiona la aplicación de una sentencia condenatoria impuesta en perjuicio del Estado argentino, *res iudicata*.

B. Argumentos a favor de la tesis constitucionalista

En el considerando tercero del voto de la mayoría se da cuenta de la imposibilidad de acatar el fallo de la Corte IDH, pues se vulnerarían derechos esenciales consagrados en la Constitución Nacional y, de este modo, se renunciaría a la misión que, este texto de máxima jerarquía, le confirió a la CSJN de ser su intérprete último y guardián final. Se dijo en tal sentido: “que la petición efectuada por el Procurador del Tesoro de la Nación no puede ser atendida por este tribunal, so riesgo de infringir ostensiblemente cláusulas de inequívoca raigambre constitucional que amparan los derechos cuya titularidad corresponde a diversos profesionales que han intervenido en la causa C. 1099, XX, ‘Cantos, José M. [vs.] Santiago del Estero, Provincia de y/o Estado Nacional s/cobro de pesos’, con patente y deliberada renuncia de su más alta y trascendente atribución, para cuyo ejercicio ha sido instituida como titular del Poder Judicial de la Nación, que es ser el custodio e intérprete final de la Constitución Nacional”¹⁰⁸³.

Luego, en el considerando cuarto, la CSJN destaca que el cumplimiento de la sentencia de la Corte IDH, al tiempo de conculcar garantías esenciales como el derecho de defensa y el derecho de propiedad, amparados por los artículos 17 y 18 de la Constitución Nacional, haría incurrir al Estado argentino en responsabilidad por violar precisamente la CADH, artículos 8, 21 y 25. Explicitó la Corte en este sentido que de reducirse los montos de los honorarios fijados por este tribunal, a favor de los letrados y profesionales, sin correrles traslado dándoles la posibilidad de oponerse, se vulneraría elementales garantías constitucionales de los afectados:

“ello, por cuanto los profesionales beneficiarios de esos derechos creditorios no han sido parte en el procedimiento desarrollado ante la instancia internacional. Por lo demás, no corresponde sustanciar el pedido en estudio fuera de una causa judicial, confundiendo de este modo la intervención que a la Corte en todo caso podría corresponderle en orden al gobierno del Poder Judicial de la Nación con la que resulta de su competencia originaria en materia judicial.

¹⁰⁸³ CSJN, Fallos 326:2968, caso “Cantos”, 2003. Concurren en el voto de mayoría los jueces Fayt y Moline O’Connor.

La primera de las apuntadas circunstancias importaría la violación de garantías judiciales y del derecho de propiedad, expresamente tuteladas tanto por la Constitución Nacional (artículos 17 y 18) como por la Convención Americana de Derechos Humanos (artículos 8, 21 y 25; Fallos 325:28). Así, bajo el ropaje de dar cumplimiento con una obligación emanada de un tratado con jerarquía constitucional (artículo 63.1 de la Convención), ello llevaría a la inicu -cuanto paradójica- situación de hacer incurrir al Estado argentino en responsabilidad internacional por afectar garantías y derechos reconocidos a los profesionales, precisamente, en el instrumento cuyo acatamiento se invoca¹⁰⁸⁴.

Cabe agregar, que el considerando séptimo del voto concurrente del juez Vázquez se inscribe en la misma dirección argumental que el voto anterior al afirmar: “que la petición efectuada por el Procurador del Tesoro de la Nación no puede ser atendida por este tribunal, *so* riesgo de infringir ostensiblemente cláusulas de inequívoca raigambre constitucional¹⁰⁸⁵”.

Para cerrar con los argumentos que esgrimió la mayoría de la Corte, resulta contundente lo dicho por los jueces Petracchi y López, en relación a la calidad de cosa juzgada y la inmutabilidad de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia: “que en las circunstancias del caso, esta Corte carece de atribuciones para modificar pronunciamientos jurisdiccionales amparados por el atributo de cosa juzgada, por lo que el Poder Ejecutivo deberá adoptar las medidas que, en el ámbito de sus competencias, considere apropiadas, o -en todo caso- tomar la iniciativa que contempla el artículo 77 CN por ante el Congreso de la Nación, a fin de dar cumplimiento con la sentencia de la Corte Interamericana¹⁰⁸⁶”.

5. Caso “Arancibia Clavel” (2004)

De este caso trascendente, es posible individualizar, en los votos disidentes de los jueces Belluscio y Fayt, algunas conclusiones que sirven a los efectos de robustecer los argumentos de la tesis constitucionalista.

A. De los hechos

El Tribunal Oral en lo Criminal Federal número 6 condenó a Enrique Lautaro Arancibia Clavel a la pena de reclusión perpetua, como autor del delito previsto en el artículo 210 *bis*, incisos a, b, d, f y h, del Código Penal (asociación ilícita agravada, versión ley 23.077). Todo ello, en concurso real con participación necesaria en el homicidio agravado por el uso de explosivos y con el concurso premeditado, de dos o más personas, de Carlos José Santiago Prats y Sofía Esther Cuthbert Chiarleoni (artículos 80, incisos 2 y 4 del Código Penal, versión ley 20.642).

¹⁰⁸⁴ *Ibidem*, considerando 4.

¹⁰⁸⁵ *Ibidem*, considerando 7, juez Vázquez según su voto.

¹⁰⁸⁶ *Ibidem*.

Remedio recursivo mediante, la Sala I de la Cámara Federal de Casación Penal casó parcialmente el fallo de referencia, en cuanto había condenado al encartado por asociación ilícita agravada. Además declaró extinta la acción penal por prescripción, respecto del delito de asociación ilícita simple. Contra esta decisión, la querella interpuso el recurso extraordinario, cuya denegación originó la presentación de la pertinente queja.

En relación a lo que aquí importa, es preciso destacar que la sentencia del tribunal oral tuvo por acreditado que Arancibia Clavel, a partir del mes de marzo de 1974 y hasta el 24 de noviembre de 1978, tomó parte de una asociación ilícita (la Dirección de Inteligencia Nacional dependiente del gobierno de facto de Chile), que contaba con al menos 10 miembros y cuya actividad consistía en la persecución de opositores políticos al régimen de Pinochet exiliados en Argentina. La actividad ilícita desplegada por Arancibia Clavel incluía secuestros, sometimiento a interrogatorios bajo tormentos, sustracción de sus identificaciones para la reutilización previa falsificación, etcétera. El condenado tenía por función formar, en Buenos Aires, una red paralela de informantes que aportaran datos sobre los perseguidos. Por igual, presenció la aplicación de torturas a la ciudadana chilena Laura Elgueta y fueron encontrados en su poder documentos de identidad utilizados para dificultar la identificación de los asesinados. En más de una ocasión utilizó identidades falsas y ocultó sus actividades de inteligencia aparentando ser empleado del Banco de Estado de Chile.

Al calificar la conducta de Arancibia Clavel por haber tomado parte en la asociación precedentemente descrita, el tribunal oral consideró que resultaba aplicable al caso el tipo previsto en el artículo 210 *bis* del Código Penal en su redacción actual, que reprime más gravemente las asociaciones ilícitas que reúnan al menos dos características particulares (diez o más miembros, organización militar, disposición de armas de guerra o explosivos, uno o más miembros oficiales o suboficiales de las fuerzas armadas o de seguridad, apoyo de funcionarios públicos), cuando la acción contribuya a poner en peligro la vigencia de la Constitución Nacional.

En contra de lo resuelto por el tribunal oral, la cámara de casación sostuvo que la conducta reprochada a Arancibia Clavel, por sus características, y con seguridad, al menos entre 1976 y 1978, “jamás pudo contribuir ‘a poner en peligro la vigencia de la Constitución Nacional’”, en el sentido de poder coadyuvar efectivamente a afectar el sistema republicano y democrático. Concluyó que, por lo tanto, no resultaba aplicable el tipo penal del artículo 210 *bis*, versión ley 23.077. Por su parte, el tipo penal en que sí podría haber resultado subsumible (artículo 210 *bis*, versión ley 21.338) ya no se encontraba vigente, con lo cual sólo podía entrar en consideración el tipo básico del artículo 210, por ser “la única disposición penal que define el comportamiento tanto al tiempo de iniciarse la ejecución del hecho como en el intermedio y en el del juzgamiento”. Respecto de dicho delito, sin embargo, resolvió que la acción penal se encontraba prescripta.

Consecuentemente, la querella se agravó en su presentación ante la Corte Suprema dado el exceso de jurisdicción en que habría incurrido la cámara al resolver la inaplicabilidad del artículo 210 *bis* a la conducta del imputado, al tiempo que cuestionó, por arbitraria, la interpretación que el *a quo* realizara de dicha norma y de la garantía de la ley penal más benigna. El caso fue resuelto por la CSJN por una amplia mayoría de 5 votos a 3. Se discutieron centralmente dos cuestiones: una vinculada a elucidar si el delito de asociación ilícita podía ser encuadrado dentro de la categoría de

delitos de *lesa humanidad* y por ello imprescriptible; y, otro, pasaba por establecer si la Convención sobre Imprescriptibilidad podía aplicarse retroactivamente transgrediendo lo dispuesto por el artículo 18 de la CN, toda vez que los hechos, por los que fuera juzgado el encartado, habrían sido cometidos antes de que nuestro país incorporara al derecho interno, la mentada Convención.

Tanto Fayt como Belluscio sostuvieron la inadmisibilidad del recurso extraordinario, con apoyo en la sustancial falta de mantenimiento de la cuestión federal, por parte de la querrela, sobre la base de la imprescriptibilidad del delito. Sin embargo, a través de sendos *obiter dictum*, abordaron la cuestión atinente a la aplicación retroactiva de la Convención sobre la Imprescriptibilidad y la transgresión a los principios tutelados por el artículo 18 de la carta constitucional. Se verán a continuación cuáles fueron los argumentos vinculados a la materia de este trabajo.

B. Fundamentos vinculados a derechos de jerarquía constitucional

1) Supremacía de la Constitución -principios de derecho público-

El juez Belluscio indicó, respecto de este principio, que los instrumentos internacionales referidos en artículo 75 inciso 22 segundo párrafo, de la norma fundante, conforman una suerte de derechos de segundo grado de jerarquía infraconstitucional pero suprallegal. Que esta disposición haya previsto que los tratados de derechos humanos poseen jerarquía constitucional -no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución y deben entenderse como complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos- implica que éstos se configuran, como “...normas constitucionales de segundo rango, que prevalecen por sobre las leyes ordinarias pero que son válidas únicamente en la medida en que no afecten los derechos consagrados en la primera parte de la Constitución Nacional (voto del juez Belluscio en Fallos 321:885). Y es indudable que el principio de irretroactividad de la ley penal (que se vería afectado si se pretendiese que un tratado o una ley posterior al cumplimiento del plazo de prescripción establecido por la legislación anterior pudiera borrar los efectos de la ya cumplida haciendo renacer una acción penal extinguida por el transcurso del tiempo) resulta del artículo 18 de la Constitución Nacional, norma que no puede ser derogada ni alterada por un tratado”¹⁰⁸⁷.

A lo dicho, añade el ministro Belluscio que el asunto fue abordado por el Senado de la Nación durante el debate previo a la sanción de la ley 25.778. En dicha ocasión, el senador Baglini (en opinión compartida por los senadores Usandizaga, Maestro, Salvatori, Prades y Gómez Díez) sostuvo:

“nuestra carta magna tiene una primera parte dogmática que ni siquiera fue tocada por la reforma constitucional de 1994, donde existe una piedra angular, que no es sólo de nuestra Constitución sino del derecho internacional, el de todos los países, que es el artículo 18, por el

¹⁰⁸⁷ CSJN, Fallos 327:3312, caso “Arancibia Clavel”, 2004, juez Belluscio, su disidencia considerando 15.

que se establecen principios fundamentales que son la garantía común de todos, aun de los ciudadanos que sin merecer el título de tal negaron a algunos el ejercicio de sus derechos... En esta norma está contenido el principio de legalidad. No hay condena sin ley previa al hecho del proceso. Allí está el principio de irretroactividad en materia penal [...], el principio de los jueces naturales y el de la cosa juzgada. Sobre estas cuatro piedras angulares se arma la legislación penal no sólo de la Argentina sino de todo Estado democrático¹⁰⁸⁸. Luego destaca que: “el artículo 27 de nuestra carta magna señala con toda claridad que cualquier tratado que celebre la Nación tiene que ser conforme a los principios de derecho público que la propia Constitución establece”¹⁰⁸⁹.

En referencia a los principios de legalidad e irretroactividad de la ley penal, explica YACOBUCCI que se constituyen en mandatos rectores de la disciplina que, además, se complementan con los principios materiales de la dignidad humana y del bien común político. La validez de éstos, continúa el profesor, exige que la ley penal sea escrita (*scripta*), publicada (no secreta), cierta (*certa*), típica, es decir no puede ser susceptible de aplicación analógica o extensiva, (*stricta*) y previa (*præviae*)¹⁰⁹⁰. Desde una visión con anclaje en el derecho constitucional, apunta BIDART CAMPOS que el principio de legalidad se extiende a todos los elementos que se involucran en la responsabilidad penal tales como: la descripción del tipo penal, las causales de justificación y eximición de la culpabilidad, la pena impuesta, el carácter amnistiable del delito e, incluso, la regulación de los plazos de extinción de la acción penal¹⁰⁹¹.

Para tomar conciencia de la importancia que este principio tiene en nuestro ordenamiento, SANTIAGO y SABELLI destacan que fue objeto de reserva de la República Argentina a la hora de suscribir instrumentos internacionales que luego de la innovación constitucional de 1994 adquirieron jerarquía constitucional. Apuntan, en este sentido, que al aprobarse el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, mediante la ley 23.313, nuestro país formuló una reserva en los siguientes términos: “el gobierno argentino manifiesta, que la aplicación del apartado segundo del artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, deberá estar sujeta al principio establecido en el artículo 18 de nuestra Constitución Nacional”. Recordaron, al mismo tiempo, que la cláusula a la que hacía referencia la reserva disponía lo siguiente: “1. Nadie puede ser condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional [...] 2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio y a la condena de una persona por actos u omisiones que, al momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional”¹⁰⁹².

Finalmente, los autores ponen de resalto que, de manera reciente, el Estatuto de la Corte Penal Internacional, aprobado por la República Argentina el 1 de julio de 2002, reafirma el principio de irretroactividad de la ley penal. Señala al respecto el artículo 11 del instrumento aludido que: “la Corte tendrá competencia únicamente respecto de los crímenes cometidos después de la entrada en vigor del presente Estatuto. 2. Si un Estado se hace parte en el presente Estatuto después de su entrada en vigor, la Corte podrá ejercer su competencia únicamente con respecto a los crímenes

¹⁰⁸⁸ CSJN, *ibidem*.

¹⁰⁸⁹ CSJN, *ibidem*.

¹⁰⁹⁰ Véase Guillermo YACOBUCCI, *El sentido de los principios penales*, Editorial Ábaco, Buenos Aires, 2002, pp. 230 y ss.

¹⁰⁹¹ Véase Germán J. BIDART CAMPOS, *Tratado elemental de derecho constitucional...*, ob. cit., p. 684.

¹⁰⁹² Véase Héctor E. SABELLI, Alfonso SANTIAGO, *Tiempo, Constitución...*, ob. cit., pp. 37-38.

después de la entrada en vigor del presente Estatuto...”. Al unísono dispone el artículo 24 que: “nadie será penalmente responsable de conformidad con el presente Estatuto por una conducta anterior a su entrada en vigor...”¹⁰⁹³.

Concluyen ambos autores, desde la perspectiva del derecho internacional, que conforme los instrumentos vigentes en nuestro país “y no sólo desde el texto de la CN, no corresponde el quebrantamiento del principio de legalidad ni la aplicación retroactiva de la ley penal”¹⁰⁹⁴. El juez Fayt expone, en relación a la supremacía constitucional sobre los tratados:

“que, aun cuando pudiera entenderse que es el propio texto de una convención con jerarquía constitucional el que prevé su aplicación retroactiva (así lo ha inferido, en base a los artículos I y IV de la ‘Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad’ un amplio sector doctrinario, aunque no sin detractores), lo cierto es que esa previsión contraria al artículo 18 de la Constitución Nacional, resultaría inaplicable para el derecho argentino, en virtud de lo dispuesto en el artículo 27 de la ley fundamental. En efecto, en el sistema constitucional argentino el artículo 27 determina que los tratados deben ajustarse y guardar conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución”¹⁰⁹⁵.

Por lo dicho hasta aquí, parece claro que los tratados internacionales de derechos humanos deben respetar los límites que impone el artículo 27 de la Constitución Nacional reglados, como se dijo, por el artículo 18 *ejusdem* que requiere de la ley penal el cumplimiento de los principios de *lex stricta, scripta, certa y praevis*.

6. Caso “Simón” (2005)

De este importante caso, es posible extraer, del voto disidente del juez Fayt, algunas conclusiones que sirven a los efectos de robustecer los argumentos de la tesis constitucionalista, en casi todos los tópicos que se abordaron.

Recuérdese que la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de Buenos Aires, rechazó el 9 de noviembre de 2001 la excepción de falta de acción planteada por la defensa y confirmó la resolución del juez de grado por la que se habían declarado inválidos e inconstitucionales los artículos 1° de la ley 23.492 conocida como de punto final y 1°, 3° y 4° de la ley 23.521 llamada de obediencia debida y citado a prestar declaración indagatoria a Julio Héctor Simón (expediente n° 17.889). En la misma fecha, confirmó el decisorio del juez de primera instancia, por el que se había decidido el procesamiento con prisión preventiva del imputado en orden a los delitos que consideró de *lesa humanidad*, de privación ilegal de la libertad doblemente agravada por mediar violencia y amenazas por haber durado más de un mes, reiterada en dos oportunidades. Todo ello en concurso real, que a su vez, concurría materialmente con el delito de tormentos agravados por haber sido cometido en perjuicio de perseguidos políticos, en dos oportunidades en concurso real

¹⁰⁹³ *Ibidem*, p. 41.

¹⁰⁹⁴ *Ibidem*.

¹⁰⁹⁵ CSJN, Fallos 327:3312, caso “Arancibia Clavel”, 2004, juez Fayt, su disidencia considerando 15.

entre sí (artículo 118 de la Constitución Nacional; artículos 2, 55 y 144 *bis*, inciso 1° y último párrafo -texto según ley 14.416- en función del artículo 142, incisos 1° y 5° -texto según ley 20.642-, 144 tercero, párrafos primero y segundo -texto según ley 14.616- del Código Penal). Contra estas decisiones, el procesado dedujo el recurso extraordinario federal que, denegado, dio origen al recurso de queja¹⁰⁹⁶.

A. De los hechos

Del considerando segundo del voto del juez Fayt surge que se imputa a Julio Héctor Simón, por entonces suboficial de la Policía Federal Argentina e integrante de un grupo de tareas que dependía del Primer Cuerpo del Ejército, haber secuestrado, el 28 de noviembre de 1978, junto a otros funcionarios de las fuerzas de seguridad, a José Liborio Poblete y a su esposa Gertrudis Marta Hlaczik, quienes fueron llevados al centro clandestino de detención conocido como “El Olimpo”, donde habrían sido torturados por distintas personas, entre las que se encontraría el imputado. Allí permanecieron, hasta el mes de enero siguiente, sin tenerse, hasta ahora, noticias de su paradero (se presume que fueron eliminados físicamente por personas hasta el momento no identificadas).

B. Fundamentos esgrimidos por la minoría

1) Respetto del control judicial de constitucionalidad

Sostuvo el juez Fayt que en la República Argentina el Poder Judicial es supremo. Sólo él y ningún otro posee la facultad de declarar inconstitucional una ley del Congreso, y sólo a partir de este acto puede declarar la nulidad. Ello ocurre cuando la ley resulta contraria al texto a constitucional¹⁰⁹⁷. Queda claro para el juez que, la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad al caso concreto es exclusiva del Poder Judicial, pues lo contrario significaría admitir que el poder pueda residir y concentrarse en una sola sede, neutralizando así, el principio de contradicción -legado de la civilización Romana- haciendo tabla rasa del necesario control interórganos. Para el ministro:

“[...] si la Constitución designa el órgano encargado de decidir si fueron o no observadas las prescripciones reguladoras de la función legislativa, éste tiene una autoridad igual al Legislativo en el ámbito de su competencia; es que ‘compete a la función judicial interpretar la ley, determinar su sentido y especialmente si formal o materialmente guarda correspondencia con la Constitución como norma suprema que representa la base del sistema normativo. La aplicación de las reglas constitucionales relativas a la legislación, únicamente puede hallarse efectivamente garantizada si un órgano distinto del legislativo tiene a su cargo la tarea de comprobar si una ley es constitucional y de anularla cuando, de acuerdo a la opinión

¹⁰⁹⁶ Véase CSJN, Fallos 328:2056, caso “Simón”, 2005, considerando 1, del voto en disidencia del juez Fayt.

¹⁰⁹⁷ Véase en igual sentido Joaquín V. GONZÁLEZ, *Manual de la Constitución Argentina*, edición actualizada, La Ley, Buenos Aires, 1991, p. 261.

de este órgano, sea inconstitucional. En relación de correspondencia, más aún, en conexión de medio a fin, no podría existir supremacía sin la existencia del control de constitucionalidad”¹⁰⁹⁸.

2) Supremacía de la Constitución -principios de derecho público-

Algunos pasajes del voto disidente del juez Fayt, vinculados al principio de supremacía y a las herramientas señalan:

“que, aun cuando pudiera entenderse que en el caso de la ‘Convención sobre Imprescriptibilidad’, es el propio texto de una convención con jerarquía constitucional, la que prevé su aplicación retroactiva, así lo ha inferido, en base a los artículos I y IV de la ‘Convención sobre Imprescriptibilidad’ un amplio sector doctrinario, aunque no sin detractores, o bien que podría aplicarse la ‘Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas’ en virtud de lo dispuesto por otra Convención con jerarquía constitucional (art. 15.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece la retroactividad en caso de crímenes *iuris gentium*), lo cierto es que ambas previsiones contrarias al artículo 18 de la Constitución Nacional resultarían inaplicables para el derecho argentino, en virtud de lo dispuesto en el artículo 27 de la ley fundamental como luego se detallará...”¹⁰⁹⁹.

En el considerando cuadragésimo cuarto refuerza la idea de respetar los límites que impone el artículo 27 CN y afirma que la aplicación retroactiva de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas -a tenor de lo dispuesto por artículo 15, apartado segundo, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos- y la Convención sobre Imprescriptibilidad -conforme lo previsto por los artículos I y IV-, no pueden ser aplicables en el derecho argentino, pues transgreden lo dispuesto en el artículo 27 de la Constitución Nacional. En relación a ello es preciso recordar que en el ordenamiento constitucional argentino esta norma establece que los instrumentos internacionales deben ajustarse y conformarse a los principios de derecho público plasmados en la carta constitucional.

El fallo de Fayt, destaca un argumento que recientemente recrea la nueva mayoría de la CSJN que tiene que ver con los antecedentes de la denominada fórmula argentina y la trascendencia que tiene el artículo 27 en la arquitectura constitucional. En este caso sostuvo la Corte que:

¹⁰⁹⁸ CSJN, Fallos 328:2056, caso “Simón”, 2005, considerando 16 *in fine*.

¹⁰⁹⁹ *Ibidem*, considerando 43, el destacado es mío. Por otra parte, el *a quo* elabora su razonamiento sobre la base de asignar al art. 15.2 el carácter de *ius cogens*, es decir de norma imperativa del derecho internacional general, aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto, que no admite acuerdos en contrario y sólo puede ser modificada por normas posteriores del mismo carácter. Mas esta aseveración es absolutamente infundada, en tanto define al principio de aplicación retroactiva de la ley penal en caso de crímenes *iuris gentium*, pues de eso se trata y no de la calificación de los crímenes en sí, como norma de *ius cogens* sin más base que la afirmación dogmática de quienes suscriben el fallo. Asignan a estas normas la condición de *ius cogens* sin siquiera examinar o al menos enunciar la práctica internacional de los Estados sobre la que supuestamente basan su conclusión. Es por ello que la segunda afirmación apodíctica del *a quo*, según la cual la reserva legislativa formulada por la República Argentina (artículo 4° de la ley 23.313) al ratificar el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, no es suficiente para quitarle al art. 15.2 su condición de *ius cogens*, arrastra igual vicio, en tanto se asienta sobre una afirmación carente de fundamentación”.

“el artículo citado consagra la supremacía de la Constitución, más precisamente, de los principios constitucionales, frente a los tratados internacionales, y de él proviene la ‘cláusula constitucional’ o ‘fórmula argentina’ expuesta en la Conferencia de la Paz de La Haya en 1907 por Roque Sáenz Peña, Luis María Drago y Carlos Rodríguez Larreta, por la que se debe excluir de los tratados en materia de arbitraje ‘las cuestiones que afectan a las constituciones de cada país’. En consecuencia, los tratados que no se correspondan con los principios de derecho público establecidos en la Constitución, serán nulos ‘por falta de jurisdicción del gobierno para obligar a la Nación ante otras’ (Joaquín V. González, Senado de la Nación, *Diario de Sesiones*, Sesión del 26 de agosto de 1909 y volumen IX de sus Obras Completas, págs. 306 a 309)”¹¹⁰⁰.

3) Los tratados deben subordinarse a la Constitución

Esta máxima de nuestro ordenamiento jurídico, es defendida por el juez Fayt en su sentencia con sustento en el artículo 27 CN. Al respecto indica que la carta constitucional condiciona a los instrumentos internacionales sobre las materias susceptibles de afectar la soberanía y la independencia de la Nación y de aquellos principios que son considerados esenciales del derecho público sobre los que se asienta la organización política de la Nación Argentina. Un tratado no puede modificar de modo alguno la supremacía de nuestra Constitución, ni alterar la forma de gobierno, ni suprimir una provincia o incorporar nuevos estados provinciales, ni restringir atribuciones que se otorgan de manera expresa a los poderes de gobierno, ni desintegrar social o políticamente al territorio nacional; ni limitar los derechos civiles, políticos y sociales reconocidos por la carta constitucional a los habitantes del país, ni los derechos acordados a los ciudadanos extranjeros, ni eliminar o disminuir de modo alguno las garantías que la Constitución crea para hacerlos efectivos¹¹⁰¹.

4) Alcance de la voz “los tratados se incorporan en las condiciones de su vigencia”

En sintonía con la explicación dada por los convencionales constituyentes de 1994 dice:

“a ello cabe agregar que de conformidad con el artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional, el mencionado Pacto se incorporó ‘en las condiciones de su vigencia’.

¹¹⁰⁰ *Ibidem*, considerando 45 *in fine*.

¹¹⁰¹ Véase *ibidem*, considerando 46. Continúa el destacado jurista y agrega: “en cuanto la Constitución Nacional sea lo que es, el artículo 27 tiene para la Nación significado singular en el derecho internacional. La regla invariable de conducta, el respeto a la integridad moral y política de las Naciones contratantes (Joaquín V. GONZÁLEZ, ob. cit., volumen IX, pág. 52). Se trata de una norma de inestimable valor para la soberanía de un país, en particular, frente al estado de las relaciones actuales entre los integrantes de la comunidad internacional. Esta interpretación preserva, ante las marcadas asimetrías económicas y sociales que pueden presentar los Estados signatarios de un mismo tratado, el avance de los más poderosos sobre los asuntos internos de los más débiles; en suma, aventa la desnaturalización de las bases mismas del derecho internacional contemporáneo, pues procura evitar que detrás de un aparente humanismo jurídico se permitan ejercicios coloniales de extensión de soberanía (véase *ibidem*).

Esta pauta indica que deben tomarse en cuenta las reservas y aclaraciones que nuestro país incluyó en el instrumento mediante el cual llevó a cabo la ratificación internacional. Cabe recordar, que el Estado argentino manifestó, para este caso, que la aplicación del apartado segundo del artículo 15 del Pacto debía estar sujeta al principio de legalidad establecido en el artículo 18 de la Constitución Nacional, que, como luego se verá, se condice con la importancia y necesidad de ‘un margen nacional de apreciación’ (reserva del Estado argentino al ratificar el Pacto el 8 de agosto de 1986; artículo 4° de la ley 23.313; al respecto ver también las manifestaciones del representante de la delegación argentina, doctor Ruda en el 15° período de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, Documentos Oficiales, 30 comisión, sesiones 10070 y 10090 del 31 de octubre de 1960 y 2 de noviembre de 1960, respectivamente)”¹¹⁰².

Queda claro que esta hermenéutica se ajusta a los alcances a los que se refiriera el convencional BARRA, en la Asamblea constituyente de 1994, cuyos principales pasajes fueron transcritos más arriba. Resultan contundentes sus palabras para tener por cierto, entonces, que los tratados internacionales de derechos humanos se incorporan al ordenamiento local conforme se encontraban vigentes al momento de la aprobación y con las reservas que, oportunamente, efectuara el gobierno argentino.

5) Supremacía del Poder Constituyente sobre el Poder Constituido

También es significativo encontrar, en el destacado voto, pasajes en los que se defiende este principio. Sostuvo Fayt que el artículo 27 de la Constitución Nacional, al tiempo que indica al gobierno federal la existencia de la obligación que pesa sobre sus espaldas de afianzar sus relaciones de paz y comercio con los otros estados extranjeros a través de tratados, le asigna el deber de ajustarse a los preceptos de la Constitución argentina. Consecuentemente, resulta nula toda cláusula contenida en un instrumento internacional que no cumpla con esta obligación constitucional o prescripción, dado que ni el Congreso ni el Poder Ejecutivo, ni ningún tribunal representativo de los poderes públicos de la Nación, posee el derecho o la atribución para violar los preceptos que afectan a la soberanía. Luego resulta inadmisibles cualquier disposición o pacto que vulnere la integridad, moral, política y soberana de la Nación pues el Congreso no posee atribuciones para dictarla, dado que sería imprescindible convocar a una convención constituyente para modificar el texto constitucional y aprobar un pacto de esta naturaleza, conforme lo expusiera Joaquín V. GONZÁLEZ. Efectivamente, sería a través de una innovación constitucional que reformara los artículos 27 y 30 de la Constitución argentina, la forma correcta de alterar este estado de cosas¹¹⁰³.

¹¹⁰² *Ibidem*, considerando 43 *in fine*. Agrega el juez Fayt luego que: “no debe soslayarse, asimismo, que un texto análogo al del apartado segundo, fue excluido del proyecto de lo que después fue la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, (conforme Acta Final de la Cuarta Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos, suscrita en Santiago de Chile el 9 de septiembre de 1959, Unión Panamericana, Secretaría General de la O.E.A., Washington D.C., 1959)”.

¹¹⁰³ *Ibidem*, considerando 46 *in fine*.

6) Alcances del artículo 27 de la CN como fórmula de reserva argentina o margen de apreciación nacional

Al respecto subrayó el juez Fayt que el artículo 27 CN, desde la ciencia del derecho, es reconocido con la denominación de “margen nacional de apreciación”. Apunta a que esta doctrina nace en la Comisión EDH y es utilizada luego por el Tribunal EDH y empleada, también, por la Corte IDH en la Opinión Consultiva 4 de 1984. Su finalidad consiste en garantizar la vigencia de la autonomía estatal, por la que cada Estado miembro se reserva un margen de decisión en la introducción, al ámbito local, de preceptos que vienen del ámbito internacional¹¹⁰⁴.

Además, insiste en que dentro de los principios que conforman ese margen de apreciación autónomo de los Estados, donde la soberanía no cede frente a normas que se introducen al derecho vernáculo desde el ámbito internacional, se encuentran los derechos fundamentales reglados por las constituciones nacionales a favor de la persona humana. De este modo, la incorporación de principios de derecho internacional tiene su límite en el respeto de esos derechos fundamentales. Básicamente, se procura amoldar las exigencias del derecho internacional con el espacio de autonomías que retienen los Estados miembros, sin afectar las garantías esenciales de las personas.

Por último, expresa sobre el artículo 27 de la carta constitucional, que: “[...] el constituyente ha consagrado ya desde antiguo un propio ‘margen nacional de apreciación’ delimitado por los principios de derecho público establecidos en la Constitución Nacional, conformado por sus ‘artículos 14, 16, 17, 18 y 20 [...] franquicias [...] concedidas a todos los habitantes, como principios de derecho público, fundamentales del derecho orgánico interno y del derecho internacional argentino’ (Juan Bautista ALBERDI, *El sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina según su constitución de 1853*, Obras Completas, tomo IV, Buenos Aires, 1886, pág. 277)”¹¹⁰⁵.

¹¹⁰⁴ Véase DELMAS - MARTY MIREILLE, ‘Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit. Réflexions sur la validité formelle d'un droit común en gestation’, en AA.VV., *Variations autour d'un droit commun. Travaux préparatoires*, París, 2001, pp. 79 ss. y *passim*.

¹¹⁰⁵ CSJN, Fallos 328:2056, caso “Simón”, 2005, considerando 48. En el considerando 49, se profundiza la idea y se sostiene: “que, en definitiva, la vigencia del artículo 27 impide claramente la aplicación de un tratado internacional que prevea la posibilidad de aplicación retroactiva de la ley penal, en tanto el principio de legalidad que consagra el *nullum crimen nulla poena sine lege praevia* es innegablemente un principio de derecho público establecido en esta Constitución (artículo 18 de la Constitución Nacional), quizá uno de sus más valiosos (conforme Fallos 136:200; 237:636; 275:89; 298:717). Es este margen nacional de apreciación el que determina que la garantía mencionada, consagrada a quienes son juzgados por tribunales argentinos, deba ser respetada estrictamente, incluso, tratándose de los denominados crímenes de *lesa humanidad*, cuando éstos se juzguen en el país. En este sentido, cabe recordar que el 3 de diciembre de 1973, la Asamblea General de la ONU, adoptó la resolución 3074 (XXVIII) sobre ‘Principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra o de crímenes de *lesa humanidad*’. Allí se estableció que esos crímenes, dondequiera y cualquiera que sea la fecha en que se hayan cometido, serán objeto de una investigación, y las personas contra las que existen pruebas de culpabilidad en la comisión de tales crímenes serán buscadas, detenidas, enjuiciadas, y en caso de ser declaradas culpables, castigadas (A/CN. 4/368, p. 99). Empero, el representante de la delegación argentina se opuso a esa redacción, pues ‘el texto podía interpretarse en el sentido de que se exige a los Estados que

7) Principio de rigidez constitucional

Este principio, se encuentra ligado a la supremacía del poder constituyente sobre el poder constituido e implica que este último no puede efectuar modificación alguna al texto de la Constitución argentina. En tal orden subrayó Fayt que como la indemnidad de los artículos 27 y 30 de la carta constitucional resulta irrefutable. Destaca, al respecto, que lo expuesto por el Procurador General de la Nación en el caso “Cabrera” mantiene plena vigencia. Allí, se indicó que los instrumentos internacionales que incorpora el Estado argentino a su ordenamiento jurídico no prevalecen en nuestro sistema constitucional sobre la carta suprema pues la rigidez de ésta no admite que preceptos emanados de los órganos del poder constituido la modifiquen o transgredan, pues ello implica reformarla y porque el artículo 27 es categórico en exigir que los instrumentos internacionales estén de conformidad con los principios de derecho público de la Constitución Nacional. Para el juez de la Corte Suprema la reforma no alteró nada en relación a la vigencia del principio “seminal que consagra la supremacía de la Constitución en relación a los tratados internacionales, como lo había sostenido esta Corte con fundamento en la letra del artículo 27, que permanece enhiesto. Como se dijo, esta interpretación es, a su vez, un corolario del sistema rígido que adopta la Constitución para su reforma (artículo 30)”¹¹⁰⁶.

8) Orden jerárquico del sistema jurídico argentino

En el considerando 61 de su destacado voto, el juez Fayt define cuál es, a su criterio, el orden de prelación de las distintas normas que integran el derecho interno. Expone que los tratados de derechos humanos contemplados por los párrafos segundo y tercero del artículo 75 inciso 22 de la CN, son de rango superior a los demás tratados, los supralegales (artículo 75, inciso 22, primer párrafo, e inciso 24). Consecuentemente, poseen jerarquía constitucional, pero eso no significa que formen parte de la Constitución.

“en efecto, la inclusión de tratados con jerarquía constitucional no pudo significar en modo alguno que en caso de que esa categoría de tratados contuviera disposiciones contrarias a la Primera Parte de la Constitución (como la retroactividad de la ley penal), aquéllos deban primar sobre el derecho interno. Distinta es la situación que se presenta cuando la norma prevista en el tratado con jerarquía constitucional no deroga y altera el ‘equilibrio’ normativo, sino que puede compatibilizarse de modo que resulte un conjunto armónico de disposiciones con una unidad coherente (conforme argumento del voto del juez Fayt en ‘Petric’, Fallos 321:885). De lo afirmado hasta aquí cabe concluir que la Constitución Nacional se erige sobre

adopten una legislación retroactiva...’ (Naciones Unidas, Asamblea General, 28º período de sesiones, Documentos Oficiales, 2187 sesión plenaria, 3/12/73, Nueva York, p. 4). Es por ello que la Argentina se abstuvo en el momento de la votación. / Esta circunstancia unida a la reserva formulada respecto del apartado segundo del artículo 15 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, reflejan el comportamiento inalterado de rigurosa sujeción al principio de legalidad como principio de derecho público y garantía básica de toda persona que se encuentre sometida a enjuiciamiento penal, que ha mantenido nuestra República”.

¹¹⁰⁶ *Ibidem*, considerando 60.

la totalidad del orden normativo. En segundo término, se ubican los tratados sobre derechos humanos individualizados en el segundo párrafo del artículo 75 inciso 22 [...] En tercer lugar los demás tratados, concordatos y las normas dictadas a propósito de los tratados de integración; y por último las leyes del Congreso”¹¹⁰⁷.

9) Alcances del *ius cogens* en el derecho argentino

El juez Fayt rechaza, también, la forma en virtud de la cual incide en el derecho interno el derecho de gentes y da su opinión de los alcances de su regulación en el actual artículo 118 de la carta constitucional. Refiere que, es el propio tribunal *a quo* quien reconoce, en su sentencia, el problema que constituye el artículo 18 de la Constitución Nacional, pues impide la aplicación de normas *ex post facto*. Para evadir dicho problema, alega que esa regla no puede ser invocada en el espacio del derecho penal internacional, en el que se admite la aplicación retroactiva de la norma penal. Este derecho, indica la Cámara, debe ser directamente aplicado en virtud de la preeminencia del derecho de gentes establecida en el artículo 118 de la Constitución Nacional.

“Sin embargo los obstáculos hasta aquí examinados tampoco pueden sortearse, tal como pretende la cámara, con la aplicación directa del derecho penal internacional en virtud de una pretendida preeminencia del Derecho de Gentes que encontraría su fundamento en el artículo 118 de la Constitución Nacional, derecho que no necesariamente revelaría idéntica sujeción al principio de legalidad¹¹⁰⁸. [...] En efecto, esta Corte ya ha precisado el alcance acotado que debe asignarse a la escueta referencia que contiene esta norma. SECO VILLALBA (*Fuentes de la Constitución Argentina*, Depalma, Buenos Aires, 1943, pág. 225) da cuenta de su origen que se remonta a la Constitución de Venezuela de 1811, la que del mismo modo simplemente estatuye que en el caso de que el crimen fuese perpetrado contra el derecho de gentes, en ese momento piratería y trata de esclavos, y fuera de los límites de la Nación, el Congreso determinará por una ley especial, el paraje dónde haya de seguirse el juicio.

¹¹⁰⁷ *Ibidem*, considerando 61.

¹¹⁰⁸ *Ibidem*. En el considerando 63 del voto del juez Fayt se expresa respecto de la aplicación directa del derecho internacional consuetudinario lo siguiente: “la discusión dio lugar a la aprobación por parte de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de *Les a Humanidad*, el 26 de noviembre de 1968. En el debate que le precedió se impuso la posición según la cual el principio de imprescriptibilidad ya entonces existía en el derecho internacional, por lo que la Convención no podía enunciarlo sino afirmarlo (Comisión de Derechos Humanos, 22° Período de Sesiones, 1966). Es por ello que el verbo ‘afirmar’ reemplazó al verbo ‘enunciar’ que contenía el proyecto original. Esta afirmación del principio de imprescriptibilidad importó, entonces, el reconocimiento de una norma ya vigente en función del derecho internacional público consuetudinario. Así se ha sostenido que en virtud de las manifestaciones reseñadas y de las prácticas concordantes con ellas, el principio de imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad integra el derecho internacional general como un principio del Derecho de Gentes generalmente reconocido o incluso como costumbre internacional. De este modo, es claro que la aplicación de tal principio no vulneraría la exigencia de *lex praevia*. Sin embargo, tampoco en base a esta diversa fundamentación puede resolverse la cuestión a favor de la aplicación del principio de imprescriptibilidad, en tanto otros aspectos no menos importantes que subyacen al *nullum crimen nulla poena sine lege*, se verían claramente violados. En efecto, la aplicación de la costumbre internacional contrariaría las exigencias de que la ley penal deba ser *certa* -exhaustiva y no general-, *stricta* -no analógica-, y, concretamente en relación al *sub lite, scripta* -no consuetudinaria-. Sintetizando: las fuentes difusas, como característica definitoria de la costumbre internacional, son también claramente incompatibles con el principio de legalidad”.

De tal modo, no cabe concluir que por esta vía el derecho de gentes tiene preeminencia sobre el derecho interno del Estado argentino. Por otra parte, no debe confundirse el valor indiscutible del derecho de gentes y su positiva evolución en el ámbito del derecho internacional con la posibilidad de aplicar sus reglas directamente en el derecho interno.

En definitiva, la mención en la Constitución del derecho de gentes se efectúa sólo para determinar la forma en que se juzgarán los delitos cometidos en el exterior contra esos preceptos; pero de ningún modo, más allá de su indiscutible valor, se le confiere jerarquía constitucional ni, menos aún, preeminencia sobre la Ley Fundamental¹¹⁰⁹.

Para el juez Fayt resulta exagerado afirmar, con apoyo en la letra del artículo 118, que sea posible la persecución penal basada en las reglas propias del derecho penal internacional. Sostiene que, no se infiere que se puede atribuir responsabilidad individual con base en el derecho internacional, dado que no se establece cuáles son los principios y normas que rigen la persecución de crímenes *iuris gentium*. A consecuencia de ello, la norma constitucional referida, no habilita que sea posible, en nuestro país, la persecución penal con base en un derecho, que en el ámbito penal internacional, no cumpla con los mandatos del principio de legalidad.

Tomando argumentos de autores como SABELLI y SANTIAGO, podría afirmarse que resulta imposible aplicar de manera directa normas del derecho de gentes, conforme la habilitación que conferiría el artículo 118 de la CN. Dicha hermenéutica desnaturaliza las garantías penales reguladas por el artículo 18 de la ley suprema e, incluso, los principios tutelados por los instrumentos internacionales a los cuales nuestro país parece haberles conferido jerarquía constitucional¹¹¹⁰. Destacan, en este mismo sentido, que no puede afirmarse que en 1987 existiera una clara norma o costumbre internacional que prohibiera amnistiar ciertos delitos de gravedad extrema. Subrayan que: “la posibilidad de invocar una costumbre internacional requiere la comprobación de dos elementos: la existencia de una conducta extendida por parte de los Estados y la consideración de ésta como obligatoria, más allá de que esté incorporada o no en algún texto jurídico internacional. Ninguno de los dos supuestos se dan en la situación que [analizaron]”¹¹¹¹

En un trabajo posterior, MANILI, sin reconocer, implícitamente, la preeminencia de los tratados, se pronunció en contra del criterio de la Corte Suprema que en el caso “Simón” había aplicado normas no existentes al momento de la comisión de los hechos, diciendo expresamente: “en derecho constitucional y en derecho internacional de los derechos humanos existe el principio de irretroactividad de las normas (artículos 18 y 19 de la Constitución y artículos 9 del Pacto San José de Costa Rica y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) y en derecho internacional público, el de inter-temporalidad del derecho que es su sucedáneo. Es decir, resulta falso que no existe una prohibición en derecho internacional, para la aplicación retroactiva de las normas”¹¹¹². Agregando que: “la única conclusión posible de una interpretación armonizante de esas normas es que no puede soslayarse el principio de ley anterior al hecho del proceso, que surge del artículo 18 CN y de varias

¹¹⁰⁹ *Ibidem*, considerando 64.

¹¹¹⁰ Véase Héctor E. SABELLI, Alfonso SANTIAGO, *Tiempo, Constitución y...*, ob. cit., p. 49.

¹¹¹¹ *Ibidem*, p. 51.

¹¹¹² Pablo Luis MANILI, “Primeras reflexiones sobre el fallo ‘Simón’: una disidencia ajustada a derecho”, *Suplemento Constitucional de La Ley*, 25 de octubre de 2005, p. 29.

normas internacionales con jerarquía constitucional”¹¹¹³. Cita en respaldo de su tesis las opiniones de BIDART CAMPOS y de MARIENHOFF; pues las modificaciones efectuadas no pueden afectar los derechos adquiridos bajo la vigencia de la Constitución anterior a la modificación. Manifiesta que: “lamentablemente, al momento de los hechos y de la sanción de las leyes de ‘obediencia debida’ y de ‘punto final’, no existían normas de jerarquía superior a ellas que prohibieran su sanción o que las invalidaran constitucionalmente. ¿Implica ello que el derecho argentino y el internacional estaban atrasados para cubrir este tipo de contingencias? Muy probablemente. Pero este atraso no puede subsanarse con la aplicación retroactiva de normas posteriores a los hechos”¹¹¹⁴.

Concerniente a la ley que declaró la nulidad de las llamadas leyes del perdón, avalada por el alto tribunal en la causa “Simón”, sostuvo que: “...ante la validez de esas leyes durante tan prolongado término y su convalidación por la Corte Suprema en múltiples fallos, no se advierte cómo la declaración de inconstitucionalidad de aquéllas puede acarrear la nulidad de los derechos adquiridos en virtud de sentencias y prescripciones correspondientes al período en que no fueron nulas”¹¹¹⁵. Y abraza la disidencia del juez Fayt, al expresar que ese voto “es la interpretación estricta que el ministro formula del artículo 27 de la Constitución Nacional y de los ‘principios de derecho público’ de la Constitución allí mencionados. Esa norma actúa, a su criterio, como valladar a la aplicación de las normas internacionales estableciendo la jerarquía de la Constitución por sobre ellas, y es que remite al principio de ley previa, impidiendo la aplicación a rajatabla de las normas internacionales que establecen la obligación de castigar y la imprescriptibilidad (retroactiva) de ciertos crímenes”¹¹¹⁶.

Finalmente, MANILI concluye su estudio y expresa que: “...con interpretaciones forzadas y con aplicación retroactiva de normas o de nuevas jerarquías, se está incurriendo en el mismo vicio: considerar que los represores tampoco tienen derecho al debido proceso y a la irretroactividad de la ley y que deben ser condenados a cualquier precio”¹¹¹⁷. Elocuentemente, estos puntos de vista de MANILI atemperan la contundencia con que, en su tesis principal, pospone los derechos constitucionales a los derechos de los tratados internacionales de derechos humanos. A lo expuesto se debe agregar un argumento más, que fuera destacado por el profesor BADENI. Explica el constitucionalista que en oportunidad de disertar, en el marco de la Asamblea Constituyente de 1994, la convencional LUCERO propuso incorporar al texto de la CN una cláusula que dispusiese la imprescriptibilidad de los delitos de *lesa humanidad*. Destaca que la Convención no aprobó tal moción¹¹¹⁸. A partir de esta situación se puede interpretar que si la convencional requirió la inclusión expresa de tal cláusula era, precisamente, porque no existía norma alguna que contemplara tal extremo.

En torno de la visión del juez Fayt, respecto a los alcances que corresponde atribuir a las normas de *ius cogens*, SABELLI y SANTIAGO efectúan un reexamen del asunto y concluyen que bajo el influjo del principio de legalidad, conforme fuera

¹¹¹³ *Ibidem*, p. 30.

¹¹¹⁴ *Ibidem*, p. 32.

¹¹¹⁵ *Ibidem*, pp. 34-35.

¹¹¹⁶ *Ibidem*, p. 35.

¹¹¹⁷ *Ibidem*, p. 37.

¹¹¹⁸ Véase, *Diario de Sesiones...*, ob. cit., p. 5234.

plasmado en la carta constitucional, no resulta válido argüir que la “costumbre internacional pueda crear delitos, fijar penas u otorgar efectos jurídicos a determinados hechos delictivos”¹¹¹⁹. Para los autores, lo resuelto por la mayoría en el caso “Simón” constituye un error jurídico al soslayar ostensiblemente los principios de legalidad e irretroactividad de la ley penal que regula el artículo 18 de la CN. Esgrimen, que lo resuelto pone en evidencia la utilización “de principios derivados de la tesis mundialmente rechazada del ‘derecho penal del enemigo’ camuflada en la interpretación de normas internacionales, en lugar de una derivación razonada e imparcial del derecho argentino vigente al momento de suceder los hechos que se investigan en la causa. Se advierte, pues, un supuesto de infidelidad y perversión en la interpretación y aplicación de la Carta Magna”¹¹²⁰. Además, para ellos, la sentencia de la Corte Suprema, en esta causa, constituye una decisión política marcadamente desacertada con consecuencias imprevisibles y malas para la historia institucional de la República.

7. Caso “Mazzeo” (2007)

A. De los hechos

El caso “Mazzeo” se inició a partir de la presentación efectuada por Sara de Castiñeiras, Iris Pereyra de Avellaneda, Floreal Avellaneda, Juan Manuel Castiñeiras, Ana María Astudillo, juntamente con sus representantes letrados, y Alicia Palmero, en representación de la Liga Argentina por los Derechos Humanos. Los comparecientes requirieron la declaración de inconstitucionalidad del decreto del PEN 1002/89, mediante el cual el presidente de la República indultó, entre otros, a Santiago Omar Riveros por los hechos que se le imputaron en la causa 85 de la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín que consistieron en homicidios, privaciones ilegales de la libertad, torturas, apremios, lesiones, violaciones de domicilio, todos ocurridos durante el gobierno militar que usurpó el poder, entre 1976 y 1983, con la participación de varias personas que formaban parte de las fuerzas armadas y de seguridad del Estado.

B. Cómo llegan las actuaciones a la Corte Suprema

El Juzgado Federal número 2 de San Martín resolvió declarar la inconstitucionalidad del decreto mencionado y privar de efectos, tanto en las actuaciones principales como en casos conexos, a la totalidad de actos y resoluciones dictados como consecuencia de aquél. Esta sentencia fue apelada por la defensa de Santiago Omar Riveros, con fundamento en que el sobreseimiento, dictado por la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín, se encontraba firme. Alegó el recurrente que, con el dictado de esa decisión se hizo, además, caso omiso de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que en una causa idéntica

¹¹¹⁹ Héctor E. SABELLI, Alfonso SANTIAGO, *Tiempo, Constitución y...*, ob. cit., p. 194.

¹¹²⁰ *Ibidem*, p. 197.

rechazó un planteo de inconstitucionalidad sobre el mismo decreto, remarcando expresamente el respeto por la cosa juzgada.

A su turno, el precitado órgano jurisdiccional resolvió acoger el recurso interpuesto y, por ello, revocar el auto apelado. Para decidir de ese modo, el tribunal de segunda instancia reiteró los argumentos dados en la resolución de fojas 1533/1575, en la que se había hecho lugar a la excepción de indulto y sobreseído al procesado Riveros. En tal oportunidad, la Cámara subrayó que el indulto es un acto privativo del presidente de la Nación, de naturaleza política e individual. Además, que el decreto 1002/89 fue dictado con todos los recaudos que exige el instituto y en uso de las facultades jurídico políticas que al presidente le otorga el artículo 86, inciso 6, de la Constitución Nacional (actual artículo 99, inciso 5). Para la Cámara Federal la facultad de indultar era discrecional cuando se la ejercía en el marco de la norma invocada. Asimismo, consideró que el juicio presidencial, sobre su oportunidad, conveniencia y alcance, configuraba un objeto ajeno a la revisión judicial (con cita de Fallos 220:730). Por otro lado, juzgó que al haberse cumplido con el trámite esencial reglado en las disposiciones constitucionales vigentes, resultaba formalmente válido y que podía ser acordado, tanto a condenados como a procesados¹¹²¹.

Esta decisión fue puesta en crisis por tres grupos de querellantes, a través de sendos recursos de casación e inconstitucionalidad. Al resolver los planteos la Sala II de la Cámara de Casación Penal hizo lugar al recurso, rechazó las nulidades aducidas por la defensa y se pronunció por la inconstitucionalidad del decreto 1002/89. Ante esta decisión recurren los defensores de Riveros, a través de recurso extraordinario, ante la Corte Suprema que rechaza el remedio por mayoría y confirma así lo decidido por la Sala de Casación.

El fallo de la Corte contó con dos disidencias que se erigen en torno a la inmutabilidad de la cosa juzgada. Por un lado, el juez FAYT, reitera algunos argumentos que plasma en su voto minoritario en el caso “Simón”, entre los cuales insiste en sostener que la reforma constitucional de 1994, no coloca al *ius cogens* por

¹¹²¹ Véase CSJN, Fallos 330:3248, caso “Mazzeo”, 2007, voto disidente del juez Fayt considerandos 2, 3 y 4. Agrega al respecto el magistrado de la Corte que: “asimismo, remarcó que los efectos producidos por el decreto 1002/89 no pudieron ser cancelados por la posterior evolución en el derecho internacional de los derechos humanos, toda vez que aquél ‘generó derechos en cabeza de sus beneficiarios, cuya situación quedó consolidada [por lo que] resulta[ba] en la actualidad jurídicamente irrevisable’. En virtud de lo reseñado, la Cámara concluyó que ‘a partir del dictado del indulto mediante el mecanismo constitucional pertinente, recepción y aplicación en causa judicial respecto de persona determinada, y pleno reconocimiento de su constitucionalidad por el máximo órgano judicial del país, aquél se consolidó, de manera que no puede ahora desconocerse el derecho que generó para el beneficiario’. La Cámara subrayó que su primera decisión por la que rechazó la inconstitucionalidad del decreto 1002/89, se hizo lugar a la excepción de indulto y se sobreseyó definitivamente al procesado Riveros en orden a los delitos imputados, adquirió firmeza con autoridad de cosa juzgada, artículos 443, inciso 5° y 454 del Código de Procedimientos en materia penal, y que, por lo tanto, no correspondía rever ahora su operatividad. / En definitiva, la Cámara reiteró en esta segunda oportunidad que el indulto cuestionado cumplió con el trámite esencial de validez que habilitó su dictado y tuvo control judicial suficiente, con intervención de los dos poderes del Estado, ejecutivo y judicial, en el ejercicio de sus respectivas competencias. Por lo demás, remarcó que a la primigenia decisión en la que se afirmó la validez del indulto, se había arribado encontrándose vigentes varios instrumentos de derechos humanos, tales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, no considerándose el indulto en oposición a este marco normativo vigente”.

encima de los principios de derecho público contenidos en la primera parte de la Ley Fundamental, e insiste que el principio de imprescriptibilidad no integra el elenco de derechos de *ius cogens*. Por el otro, la jueza Argibay, al tiempo de aclarar que el principio que impide realizar un nuevo proceso a quien ya fue enjuiciado se encontraba reglado por el artículo 33 de la Constitución, sostiene que, incluso, el alcance de aquél implica que no pueda ser sometido al riesgo de que ello ocurra.

C. De la importancia del *ius cogens*

En el considerando 22 del voto del juez Fayt se apunta que es menester referirse a los alcances que el *a quo* efectúa en relación del principio *ius cogens*. Para el juez, la calificación del principio de imprescriptibilidad como precepto de *ius cogens* resulta ser una afirmación dogmática de quienes suscriben el fallo. En efecto, la Cámara de Casación realiza, además, en un manejo inadecuado de la terminología: en concreto confunde conceptos tales como *ius cogens*, derecho de gentes y costumbre internacional al utilizarlos sin el rigor que sus afirmaciones requieren.

Indica luego que: “aun admitiendo, por vía de hipótesis, que en la Constitución Nacional hubiera una consagración positiva del derecho de gentes, esto nada indica acerca del carácter *ius cogens* de una norma. A su vez, el hecho de que el principio de imprescriptibilidad, lo que se aplica también a otros institutos, tuviera vigencia con anterioridad a la Convención sobre imprescriptibilidad, no lo transforma en un principio *ius cogens*”¹¹²².

D. Importancia del precedente

Además, los jueces Petracchi y Oyhanarte sentaron las bases del voto mayoritario de la causa “Aquino”¹¹²³, en la que, con la misma composición que en “Riveros”¹¹²⁴, la Corte Suprema declaró la constitucionalidad del decreto 1002/89. En efecto, en el voto mayoritario se estableció que resultaba indudable la facultad constitucional del titular del Poder Ejecutivo Nacional para indultar a personas sometidas a proceso “a la luz de los fundamentos expuestos por los señores doctores Enrique Santiago Petracchi y Julio Oyhanarte en su voto común emitido en autos 'Riveros, Santiago Omar y otros s/Privación ilegal de la libertad, tormentos, homicidios, etc.' (Fallos 313:1392), a que cabe remitir en razón de brevedad”.

Que resulta elemental, entonces, preguntarse por qué debe volver a discutirse la constitucionalidad del indulto decretado a favor de Riveros, cuando en ese mismo proceso este Tribunal ha dejado firme la cuestión (Fallos 313:1392). Para responder a

¹¹²² *Ibidem*.

¹¹²³ CSJN, Fallos 315:2421, caso “Aquino, Mercedes s/ denuncia (Caso Martinelli - Oliva) s/ plantea inconstitucionalidad del decreto 1002/89”, 1992.

¹¹²⁴ CSJN, Fallo 313:1392, caso “Riveros, Santiago Omar y otros s/ privación ilegal de la libertad, tormentos, homicidios, etc.”, 1990.

este interrogante el *a quo* ensayó distintos argumentos; muchos comparten idénticas notas por las que se rechazó el pedido de extinción de la acción penal por prescripción y el instituto mismo del indulto (considerando a todos, impedimentos para la persecución que debían ser removidos a la luz de la evolución del derecho de gentes).

Corresponde, entonces, hacer referencia al resto de los argumentos utilizados por la Cámara, que también la llevó a desconocer el principio de cosa juzgada y, consiguientemente, el de *ne bis in idem*.

E. Del valor de la cosa juzgada en el voto disidente de la juez Argibay

Expone la juez, que la regla constitucional de la cosa juzgada fue reconocida de antiguo como una de las no enumeradas, artículo 33 de la Constitución Nacional, y luego incorporada, expresamente, en los artículos 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Además, su alcance se relaciona con la efectividad de la prohibición de doble persecución penal (*ne bis in idem*), principio que no sólo prohíbe la aplicación de una segunda pena por un mismo hecho, sino también la exposición al riesgo de que ello ocurra¹¹²⁵.

Más adelante, en el considerando 5, indica que en este mismo proceso y en el mes de diciembre de 1990, la CSJN convalidó el indulto que favoreció, entre otros, al imputado Riveros. Cabe aclarar que aquélla se efectivizó a partir del voto de una mayoría que, por razones formales, fundaron el rechazo del remedio. En cambio, los jueces Oyhanarte y Petracchi, en voto concurrente, trataron el fondo del asunto y aprobaron la constitucionalidad del decreto en cuestión¹¹²⁶. De manera que, en este caso, la discusión quedó cerrada 17 años antes.

Destacó la notable jurista que la Convención Americana sobre Derechos Humanos ya se encontraba vigente en la República Argentina desde 1984, al igual que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que regía desde 1986. También, estaba vigente el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ello desde 1986 a través de la sanción de las leyes 23.054 y 23.313 -esta última referida a los dos pactos-. Subraya, por otro lado, que la Corte IDH se instaló en 1979 y dictó sus primeras sentencias recién en junio de 1987, es decir, más de cuatro años antes de la resolución de la CSJN convalidando el indulto del PEN. Con posterioridad, en el año 1992 la Comisión IDH emitió el informe 28/92 en el que concluye que el decreto 1002/89 es incompatible con el artículo XVIII -Derecho de Justicia- de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y los artículos 1, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos-. En ese instrumento

¹¹²⁵ Para una mejor comprensión del tema véase CSJN, Fallos, 314:377, caso “Taussig, Jorge F. s/ art. 109 y 110 del CP. -causa N° 6946-”, 1991; CSJN, Fallos 319:43, caso “Peluffo, Diego Pedro s/ promueve querrela por desacato - procesa- dos: Cosme Rana y Mauricio Eiman”, 1996; CSJN, Fallos 321:1173, caso “Alvarado, Julio s/ averiguación infracción art. 3° ley 23.771. (ANSeS)”, 1998, disidencia de los jueces Petracchi y Bossert y 321:2826, entre otros.

¹¹²⁶ Véase CSJN, Fallos, 313:1392, caso “Riveros”, 1990.

formula recomendaciones al gobierno argentino respecto del otorgamiento de compensación a los peticionarios, pero no lo somete a la Corte IDH, conforme lo prescribe el artículo 51 de la CADH.

Por otra parte, recuerda en relación a la atribución ejercida por el titular del PEN, que en 1994 los convencionales del Frente Grande, Alicia Oliveira y otros, propusieron a la Convención Constituyente reformadora, eliminar la facultad de indultar del presidente de la Nación, sin conmovier a la mayoría de los constituyentes. Quienes hicieron oídos sordos a tal petición y mantuvieron el atributo del presidente, sin hacerse cargo siquiera de la discusión ya instalada sobre el tema de condenados y procesados que podría, al menos, haber sido aclarado.

Insiste la juez Argibay, que surge de los antecedentes reseñados la discusión sobre la inconstitucionalidad del indulto que favoreció, oportunamente, a Riveros y concluyó años atrás cuando, en el ámbito de la propia Corte Suprema, sus integrantes firmaron la sentencia en virtud de la cual se desestimó el recurso incoado por los particulares damnificados. “Pese a que toda la información y hasta declaraciones públicas parecen desatender el punto, entiendo que esta omisión conduce a una visión equivocada de la cuestión. Lo que está en juego en esta causa es, según se dejara ya aclarado, el principio de cosa juzgada y la prohibición de doble juzgamiento, tema que paso a considerar”¹¹²⁷.

Refiere sobre el punto, que si el juicio sobre el desacierto de un fallo pasado¹¹²⁸, o un cambio respecto del concepto de la equidad, o la justicia¹¹²⁹ que anima a los jueces actuales pudiese justificar la revisión de las sentencias judiciales firmes, el carácter final de las resoluciones que se dictan vendría a significar lo mismo que nada, pues sólo sería respetado por los jueces futuros en la medida que aquéllas fueran compartidas por los nuevos operadores judiciales.

Expresamente sostiene que:

“ninguna concepción razonable del Poder Judicial como institución, mucho menos como institución básica del Estado de Derecho, es compatible con semejante consecuencia puesto que ese carácter supone que la opinión favorable (o desfavorable) de los jueces por venir no incide en su deber de respetar las decisiones judiciales pasadas, que cuentan con autoridad de cosa juzgada. Lo contrario torna trivial y contingente el principal cometido que tiene asignado el Poder Judicial de la Nación, a saber, dar el fallo final e irrevocable a las controversias sobre los derechos de las partes.

La excepción a la regla que asigna efectos irrevocables a un fallo judicial, conocida como ‘cosa juzgada írrita’, no tiene absolutamente nada que ver con el acierto de los jueces que lo dictaron, sino, principalmente con su decencia y su libertad de conciencia. Es la desviación en el cumplimiento de sus deberes, por dolo o coacción, lo que les quita el carácter de jueces y, por ende, la importantísima atribución de resolver con carácter definitivo las causas sometidas a su decisión.

Nada más alejado de la situación que se presenta aquí. No está en duda la honradez de los jueces que dictaron el sobreseimiento en esta causa hace ya diecisiete años, juicio que no puede verse alterado por las profundas diferencias jurídicas o intelectuales que mantengo con

¹¹²⁷ CSJN, Fallos 330:3248, caso “Mazzeo”, 2007, voto disidente de la juez Argibay.

¹¹²⁸ Véase CSJN, Fallos 308:1150, caso “Ripamonti, Oscar Gerardo c/ Provincia de Buenos Aires. Pacoalex S.A. c/ Provincia de Buenos Aires”, 1986, considerando 4 y 319:2527, 2532 entre otros.

¹¹²⁹ Véase CSJN, Fallos 315:2406, caso “Noguera, Carlos Julio c/ Empresa Nacional de Correos y Telégrafos”, 1992, considerando 7.

esa decisión. Tampoco hay lugar para pensar en que hayan actuado bajo el influjo de alguna restricción a su independencia¹¹³⁰.

F. Del valor de la cosa juzgada en el voto disidente del juez Fayt

A su turno, el juez Fayt recordó que, en casos análogos llevados ante la CSJN, se sentó la doctrina en virtud de la cual la regla de la cosa juzgada tiene jerarquía constitucional¹¹³¹ y, por ello, procede el recurso extraordinario federal cuando se sostiene que el fallo apelado soslaya sus efectos¹¹³².

En referencia al instituto en trato dice que:

“tal es lo que sucede en el caso, toda vez que el reclamo del apelante por el respeto de la cosa juzgada se dirige, como ya se adelantó, a lograr la plena efectividad de la prohibición de persecución penal múltiple, Fallos 315:2680, cuyo rango constitucional también ha sido reconocido pacíficamente por esta Corte. Este derecho federal es susceptible de tutela inmediata porque la garantía no veda únicamente la aplicación de una sanción por el mismo hecho anteriormente perseguido, sino también la exposición al riesgo de que ello ocurra mediante un nuevo sometimiento a juicio de quien ya lo ha sufrido por el mismo hecho (Fallos 292:221; 308:84; 315:2680; 319:43; 321:2826; 327:4916, entre muchos otros). De este modo, el solo desarrollo del proceso desvirtuaría el derecho invocado, dado que el gravamen que es materia de agravio no se disiparía ni aún con el dictado de una posterior sentencia absolutoria (Fallos 300:1273; 314:377 y sus citas) [...] En efecto, el valor definitivo de la decisión final está amparado para quien fue perseguido penalmente por la prohibición de la persecución penal múltiple. Una vez que se alcanzó la cosa juzgada, ella es irrevisable en perjuicio del acusado, por más que haya podido demostrarse el fracaso del procedimiento y de la decisión que le puso fin. Este aspecto, tal como desde siempre se ha sostenido por la doctrina más autorizada, acentúa el carácter de garantía individual de la regla”¹¹³³.

¹¹³⁰ CSJN, Fallos 330:3248, caso “Mazzeo”, 2007, del voto de la juez Argibay, el resaltado es mío. Reconoce la honestidad intelectual del juez Fayt en los siguientes términos: “A punto tal que, incluso en el pronunciamiento que hoy estamos dictando, aquella resolución que cerró el caso es defendida en su voto disidente por el juez Fayt quien, junto al juez Petracchi, formaba parte de la Corte Suprema al momento de dictarse la resolución que, al rechazar el recurso extraordinario, dejó firme el pronunciamiento apelado en torno a la validez de los indultos y al sobreseimiento definitivo del imputado”.

¹¹³¹ Véase CSJN, Fallos 308:84, caso “Plaza, Oscar Juan y otros”, 1986; CSJN, Fallos 315:2680, caso “Márquez, Lucas Santiago y Navarro, Omar Santiago s/ homicidio calificado -causa número 2.117/91-”, 1992, entre otros.

¹¹³² Véase CSJN, Fallos 243:465, caso “Ottolagrano, Italo Juan c/ Verardi, Arturo”, 1959; CSJN, Fallos 273:312, caso “Nación c/ Muzaber, Rafik”, 1969; CSJN, Fallos 315:2680, caso “Márquez”, 1992, entre muchos otros.

¹¹³³ CSJN, Fallos 330:3248, caso “Mazzeo”, 2007, voto del juez Fayt. Respecto del origen del instituto explica lo siguiente: “A fin de precisar sus alcances, cabe recordar que en Fallos 248:232 el señor Procurador General consideró que dicho principio configuraba lo que los anglosajones denominan *double jeopardy* (vedada en la enmienda V de la Constitución de los Estados Unidos) y que se hallaba implícitamente prohibido por el sistema de garantías que aseguran en nuestra carta magna el debido procedimiento legal (*in re* ‘Justiniano Luis Pereyra’). Dicha doctrina fue reiterada en Fallos 258:220; 272:188; 292:202; 308:1678; 310:360; 311:67; 311: 1451; 314:377; 315:2680 y 316:687, entre muchos otros.

Finalmente destaca Fayt que, si bien la garantía se incorporó a la Constitución Nacional por la vía del artículo 33, ahora es reglada de manera expresa, con jerarquía constitucional, en forma casi sustancialmente análoga por el artículo 14, número 7, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 8° número 4.

8. Caso “Espósito” (2004)

A. De los hechos

En el caso “Espósito”, la sala VI de la Cámara de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, confirmó la decisión de la juez de primera instancia que declaró extinguida, por prescripción, la acción penal respecto del comisario Miguel Ángel Espósito. En consecuencia, lo sobreseyó definitivamente con relación al hecho que damnificó a Walter David Bulacio (artículos 59, inciso 3; 62, inciso 2; y 144 *bis*, inciso 1, con las agravantes descriptas en los incisos 2 y 3 del artículo 142, Código Penal). Contra la sentencia de cámara, el fiscal interpuso el recurso extraordinario federal el cual fue concedido oportunamente.

En el voto del juez Petracchi se indicó que la decisión recurrida no podía ser calificada de arbitraria; pues, estuvo basada en el criterio que sostuvo la pacífica jurisprudencia citada. Así, la solución a la que arriba, en cuanto rechaza que los actos de la defensa puedan tener efecto interruptivo de la prescripción de la acción penal, de

Que la Enmienda v de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica establece que ‘[n]adie será sometido, por el mismo delito, dos veces al peligro de pérdida de la vida o de algún miembro’ (véase también lo resuelto por la Suprema Corte de los Estados Unidos de América en el caso. En el ámbito nacional, la garantía ha sido entendida como aquella que impide la múltiple persecución penal, simultánea o sucesiva, por un mismo hecho. Tal como ya fue señalado no se trata exclusivamente de que una persona sea condenada dos veces por el mismo hecho, sino que basta para incurrir en la violación de la garantía con que se la someta al riesgo, por medio de un nuevo proceso, de que pueda ser condenada. Su violación debe entenderse configurada cuando concurran las tres identidades clásicas, a saber *eadem persona*, identidad de la persona perseguida, *eadem res*, identidad del objeto de la persecución, y *eadem causa pretendi*, identidad de la causa de la persecución, (voto de la mayoría en Fallos 326:2805). Cabe aclarar que la identidad de objeto se configura si la idea básica permanece en ambos procesos (Ernst BELING, *Derecho Procesal Penal*, Editorial Labor, Barcelona, 1943, traducido por Miguel Fenech, p. 84) aunque en el segundo aparezcan más elementos o circunstancias que rodeen a ese comportamiento esencial. Debe tratarse del mismo hecho, Fallos 314:377; 316:687, entre otros, sin importar si en el primer procedimiento pudo agotarse la investigación ‘Abney v. United States’ [431 U.S. 651], entre otros).

Desaparecidas las penas corporales, la Enmienda v se interpreta hoy en el sentido de un nuevo riesgo de privación de la libertad. Por su parte, nuestra Constitución no previó originariamente en forma expresa esta garantía. Sin embargo, como ya se señaló, se la ha reconocido tradicionalmente como una de las no enumeradas ‘art. 33 de la Constitución Nacional (conforme Fallos 248:232, dictamen del señor Procurador General 298:736; 300:1273; 302:210). A su vez, ha sido incorporada en forma sustancialmente análoga en el art. 14, número 7, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 8° número 4”’.

ninguna manera podía ser considerada un apartamiento inequívoco de la solución normativa prevista para el caso, sino todo lo contrario. Ello, en sintonía con doctrina de la CSJN, Fallos 323:982.

En el memorial de apelación, el recurrente se limitó a expresar sus agravios como una simple discrepancia con lo resuelto por la Cámara sobre temas ajenos a la materia federal. Por principio, esta circunstancia bastaría para rechazar el recurso extraordinario. No obstante, resulta insoslayable, en las actuaciones, que el rechazo de la apelación significó la confirmación de la declaración de prescripción de la acción penal, en contravención a lo resuelto por la Corte IDH en su sentencia del 18 de setiembre de 2003 en el caso “Bulacio vs. Argentina”. En ésta se declaró la responsabilidad internacional del Estado argentino -entre otros puntos- por la deficiente tramitación del expediente, hecho que fuera reconocido por nuestro país en instancias de negociación en sede internacional, sin la participación del comisario Espósito.

Esta situación motivó la sentencia de la CSJN que hizo lugar al recurso extraordinario y revocó la sentencia apelada. Asimismo, dispuso el reenvío de las actuaciones al tribunal de origen a fin de que, por quien correspondiese, dictase nuevo pronunciamiento de conformidad con lo ordenado por la Corte IDH. Destacan, a propósito de la investigación y de la doctrina que en esta parte se aborda, ciertas consideraciones que efectúa el juez Fayt en su meduloso voto.

1) De la obligatoriedad de las decisiones contenciosas de la Corte IDH -artículo 68.1 CADH-. Alcances de su competencia

En el considerando sexto de su ponencia, el juez admite que las sentencias del órgano jurisdiccional interamericano resultan de cumplimiento obligatorio para el Estado argentino. De ahí que, la Corte Suprema, como regla, deba subordinar el contenido de sus sentencias a las del tribunal internacional.

En principio, se encuentra fuera de discusión el carácter vinculante de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a los efectos de satisfacer las obligaciones que asumió el Estado argentino en el marco de la CADH -doctrina de Fallos 321:3555-. También, que la obligación de reparar del Estado no se circunscribe, únicamente, al pago de una indemnización para resarcir los daños ocasionados, sino que comprende otro tipo de cuestiones como, por ejemplo, la persecución penal de los responsables de las violaciones a los derechos humanos (llamado por el juez Fayt deber de justicia penal, en considerando 9º de su voto Fallos 326:3268, caso “Hagelin”). Para Fayt es inadmisibles que ese deber incluya “la especificación de restricciones a los derechos procesales de los individuos concretamente imputados en una causa penal, como autores o cómplices del hecho que origina la declaración de responsabilidad internacional”¹¹³⁴.

¹¹³⁴ CSJN, Fallos 327:5668, caso “Espósito”, 2004, considerando 7 del voto del juez Fayt. En igual sentido se añade en el considerando 8: “que, en efecto, dentro de las diferentes formas en las que un Estado puede hacer frente a la responsabilidad internacional en la que ha incurrido que ‘varían según la

Aclara categóricamente que:

“la Corte Interamericana no tiene atribuciones para emitir condenas penales, que se reservan a la justicia local; tampoco define la responsabilidad penal de los autores de las violaciones [...] en lo que concierne a los derechos humanos protegidos por la Convención, la competencia de los órganos establecidos por ella se refiere exclusivamente a la responsabilidad internacional del Estado y no la de los individuos (Opinión Consultiva sobre Responsabilidad Internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención -OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994, párrafo 56; en el mismo sentido casos ‘Velásquez Rodríguez’, ‘Paniagua Morales’ y ‘Cesti Hurtado’). Se trata de un proceso no individual sino estatal por violaciones a los derechos humanos...”¹¹³⁵.

Para el juez Fayt, la imposibilidad de declarar la prescripción de la acción penal en la *litis* que se sustancia respecto del imputado Espósito, como parte del deber reparatorio que incumbe al Estado argentino, “nunca puede ser derivación del fallo internacional en cuestión. Tal conclusión implicaría asumir que la Corte Interamericana puede decidir sobre la responsabilidad penal de un individuo en concreto”¹¹³⁶.

Además agrega que: “sea como fuese interpretado el ‘deber de justicia penal’, éste sólo puede recaer sobre quien cometió la violación constatada, es decir el Estado argentino. No debe olvidarse que la reparación ‘como la palabra lo indica, está dada por las medidas que tiende a hacer desaparecer los efectos de la violación cometida’ [...] Así, hacer caer sobre el imputado los efectos de la infracción del deber de otro, derechamente no es una interpretación posible”¹¹³⁷.

No puede confundirse el énfasis, que pone la Corte IDH, en la atención del individuo cuando ejerce funciones contenciosas, con las funciones que le competen a un tribunal penal interno de última instancia como es la CSJN. A modo de ejemplo expone Fayt: “esto es aún más relevante si se tiene en cuenta que ‘el carácter de juicio de responsabilidad internacional hace que [...] no sean de aplicación los principios *in dubio pro reo* y de presunción de inocencia, que son principios propios de los juicios de naturaleza penal...”¹¹³⁸.

lesión producida’ (caso ‘Garrido y Baigorria’, Reparaciones, párrafo 41 y ‘Castillo Páez, Reparaciones, párrafo 48), se encuentra el denominado ‘deber de justicia penal’. La jurisprudencia de la Corte Interamericana es uniforme en el reconocimiento del deber de investigación, persecución y enjuiciamiento de quienes incurren en violación de los derechos humanos, a fin de que su tutela no se vea erosionada por la impunidad”.

¹¹³⁵ *Ibidem*, considerando 8.

¹¹³⁶ *Ibidem*, considerando 9. Sostiene en esa dirección el ministro Fayt que: “en efecto, si el objeto del proceso consiste en determinar la responsabilidad internacional del Estado-parte por la violación de la Convención Americana y la reparación -como nueva obligación generada a partir de esa violación- puede incluir el deber de investigar para el Estado infractor, no se sigue de ello que tal deber deba recaer respecto de quien se encuentra fuera del ámbito de decisión del tribunal internacional. Si como derivación de una interpretación de la Convención realizada por la Corte Interamericana, se concluyera que al imputado Miguel Ángel Espósito debe aplicársele sin base legal y retroactivamente el principio de imprescriptibilidad, dicho tribunal estaría -de algún modo- decidiendo sobre la suerte de un sujeto sobre quien no declaró, ni pudo declarar, su responsabilidad”.

¹¹³⁷ *Ibidem*.

¹¹³⁸ *Ibidem*. Luego sigue Fayt y destaca que: “a estas cuestiones genéricas propias de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana, deben añadirse las específicas del caso, especialmente la situación de que su decisión es consecuencia de los hechos reconocidos por el Estado argentino en el marco de un procedimiento en el que el acusado no ha tenido la oportunidad de discutirlos, dada la imposibilidad -esto sí por sus características definitorias- de ser parte en la contienda”.

A lo expuesto agrega el juez que las sentencias internacionales no pueden recaer de manera directa sobre el imputado, dado que se correría el riesgo de transgredir, manifiestamente, preceptos de inequívoca raigambre constitucional que amparan los derechos de una persona en el ámbito interno. Además, indica que ello traería aparejada la renuncia de la más alta y trascendente atribución de la Corte Suprema, para cuya función fue creada como titular del Poder Judicial de la Nación, lo cual impone el deber de ser el custodio e intérprete final de la Constitución Nacional. Contrariamente, bajo la falsa excusa de dar cumplimiento con una obligación que impone un instrumento internacional con rango constitucional (art. 63.1, Convención Americana sobre Derechos Humanos) se llegaría a la injusta situación de hacer incurrir al Estado argentino en responsabilidad internacional por violar expresas “garantías y derechos reconocidos en los instrumentos cuyo acatamiento se invoca (cfr. doctrina de CSJN, Fallos 326:2968, caso “Cantos, José María”, 2003. Resolución 1404/2003, Procurador del Tesoro de la Nación s/presentación)”¹¹³⁹.

Finaliza Fayt, en relación al punto tratado y expone: “que lo dicho hasta aquí no implica negar vinculatoriedad a las decisiones de la Corte Interamericana, sino tan sólo entender que la obligatoriedad debe circunscribirse a aquella materia sobre la cual tiene competencia el tribunal internacional”¹¹⁴⁰.

2) Alcances del artículo 27 de la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados

En el considerando 13 de su ponencia vuelve a ratificar, en líneas generales, la doctrina sentada en su voto disidente en la causa “Simón”. Es decir, subordinó la aplicación del artículo 27 a los principios de derecho público consagrados por la Constitución Nacional. En tal sentido manifestó, en el considerando decimotercero, que el artículo 27 de la Convención de Viena impone que las sentencias de los tribunales de protección internacional de derechos humanos no pueden encontrar obstáculo alguno en las reglas o institutos de derecho interno para su aplicación plena, sólo cuando su aplicación opera en el ámbito de la responsabilidad internacional.

Contrariamente, en el ámbito nacional, el artículo 27 CN “prohíbe cualquier interpretación que asigne al artículo 27 de la Convención de Viena una extensión que implique hacer prevalecer al Derecho Internacional sobre el Derecho Interno, vulnerándose principios de orden público local”¹¹⁴¹. Es evidente que el acatamiento, sin más, de lo decidido por la Corte IDH, afectaría principios de derecho público local, al restringir el derecho de defensa del imputado, en tanto se desconoce el goce del instituto de prescripción como el derecho a que su proceso penal se resuelva en un plazo razonable. Para Fayt, la sentencia del órgano interamericano soslaya el principio de legalidad, pues se amplían los plazos de prescripción o se declara la imprescriptibilidad sin base legal y de manera retroactiva.

Por último dice:

¹¹³⁹ *Ibidem*, considerando 10.

¹¹⁴⁰ *Ibidem*, considerando 11.

¹¹⁴¹ *Ibidem*, considerando 13.

“como ya se señaló, el artículo 27 de la Constitución Nacional debe ser ponderado como una norma de inestimable valor para la soberanía de un país, en particular, frente al estado de las relaciones actuales entre los integrantes de la comunidad internacional. Por ello, la interpretación propiciada preserva -ante las marcadas asimetrías económicas y sociales que pueden presentar los estados signatarios de un mismo tratado- el avance de los más poderosos sobre los asuntos internos de los más débiles; en suma, aventa la desnaturalización de las bases mismas del derecho internacional contemporáneo, pues procura evitar que detrás de un aparente humanismo jurídico se permitan ejercicios coloniales de extensión de soberanía (considerando 16, disidencia del juez Fayt *in re*: ‘Arancibia Clavel’...”¹¹⁴².

9. Caso “Derecho” (2007)

En el caso “Derecho”, los jueces que conformaron la mayoría de la decisión de la Corte Suprema, siguieron el mismo derrotero que en el caso “Espósito” (Fallos 327:5668, votos respectivos de los jueces Petracchi, Zaffaroni y Highton de Nolasco), y obraron de igual modo a partir del dictado de la sentencia de la Corte IDH en los autos “Bueno Alves *vs.* Argentina”.

A. De los hechos

Cabe tener presente que, la CSJN confirmó la decisión recurrida en virtud de la cual se había declarado extinguida la acción penal por prescripción y sobreseído parcial y, definitivamente, en la causa a René Jesús Derecho. Ello, por aplicación de los artículos 59 inciso 3 y 62 inciso 2 del Código Penal, y artículos 443 inciso 8 y 454 primera parte del Código de Procedimientos en materia penal, a quien se le imputó, oportunamente, la comisión del delito tipificado por el artículo 144 *bis* del Código de fondo.

La querrela, ante ese pronunciamiento, interpone recurso de aclaratoria conforme lo prevé el artículo 166 incisos 2 y 3 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, para que la Corte Suprema exprese el auténtico alcance jurisdiccional de la resolución objeto de la presentación, ello merituando el fallo de la Corte IDH en autos “Bueno Alves *vs.* Argentina”¹¹⁴³. Asimismo, requirió que se aclarasen cuáles

¹¹⁴² *Ibidem*.

¹¹⁴³ CSJN, Fallos 330:3074, caso “Derecho”, 2007. En el considerando 2 del voto disidente de los jueces Fayt y Argibay se resume lo actuado ante la Corte IDH, sin que se hubieran agotado los recursos del derecho interno, en los siguientes términos: “el procedimiento que derivó en la mentada sentencia de la Corte Interamericana se inició por una denuncia presentada por Juan Francisco Bueno Alves - querellante en autos y víctima de los delitos que le fueran imputados a René Jesús Derecho- ante la Comisión Interamericana en el año 1994 (es decir, antes de que se hubiesen agotado los recursos ante la jurisdicción interna). Ante tales instancias, el señor Bueno Alves alegó que había padecido denegación de justicia por parte del Estado argentino en lo referido a la investigación de los hechos que lo habían damnificado. Tales acontecimientos criminosos (aceptados por el Estado Nacional ante la Comisión Interamericana) fueron, sucintamente, los siguientes: el 5 de abril de 1988, los señores Bueno Alves y

fueron los fundamentos y motivaciones, del voto en disidencia, que aplicó el artículo 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

El voto de la mayoría de la Corte convirtió al pedido de aclaratoria en un recurso de revocatoria, conforme doctrina de Fallos 314:295 y, además, sostuvo la idea de que la sentencia del caso era de los tipos en las que el alto tribunal puede excepcionalmente corregir (Fallos 313:1461; 321:2467 y 323:497, entre otros). Básicamente, consideró determinante para ello el mencionado pronunciamiento de la Corte IDH, el cual resulta de aplicación obligatoria al caso “Derecho” (artículo 68.1 CADH).

A los fines de enriquecer los argumentos esgrimidos por la minoría de la CSJN y las notas salientes del fallo, fundamentalmente, puede consultarse para mayor ilustración, la disidencia de dos de los ministros del más alto estrado de la República.

1) Los delitos investigados no eran de *lesa humanidad*

Respecto de este punto, existe coincidencia entre lo dictaminado por el Procurador ante la CSJN, la de todos los ministros de esta instancia suprema e, incluso, de la propia Corte IDH. Al unísono, los actores admiten que las conductas delictivas investigadas en estos casos, no constituían delitos de *lesa humanidad*.

En resumen, la querrela sustentó el pedido de revocación de la resolución apelada en que los delitos que se le imputaron al señor Derecho, toda vez que fueron cometidos por un agente estatal, debían ser valorados como crímenes de *lesa humanidad* y, en consecuencia, imprescriptibles. La tesis del recurrente fue rebatida por el Procurador, quien dictaminó que los delitos en análisis no podían calificarse como de *lesa humanidad*. A este criterio adhirió la mayoría de la Corte Suprema en su fallo.

Carlos Alberto Pérez Galindo (abogado de la víctima en estos autos), fueron detenidos por personal policial, que además allanó la oficina profesional de este último. Ya en sede policial, y durante la madrugada del 6 de abril, el señor Bueno Alves fue objeto de torturas consistentes en golpes con la mano ahuecada en los oídos y en el estómago, entre otras agresiones, con el fin de que declarara en contra del señor Pérez Galindo. En su decisión, la Corte Interamericana afirmó que en el caso la Argentina había violado los siguientes derechos del señor Bueno Alves: a la integridad personal, a ser oído por un tribunal judicial en un plazo razonable y a la protección judicial (arts. 5, 8.1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Respecto de las deficiencias en la investigación, indicó que: a) la revisación médica de la víctima no fue realizada inmediatamente (párrafo 112); b) la carga de impulsar el proceso recayó en gran parte sobre el propio afectado (párrafo 113); c) tanto el juez como el fiscal tuvieron una actitud notoriamente pasiva (ídem); d) se dejó de lado la investigación de ciertos aspectos del hecho denunciado, tales como los golpes en el estómago (ídem); e) las personas identificadas como responsables de los golpes en contra del señor Bueno Alves no fueron vinculados al proceso sino hasta mucho tiempo después de iniciado el mismo (ídem); f) el proceso tuvo una duración excesiva (párrafo 114); y, g) el señor Bueno Alves no fue oído dentro de un plazo razonable (párrafo 115). Como consecuencia de tales aseveraciones, la Corte Interamericana dispuso que ‘el Estado debe realizar inmediatamente las debidas investigaciones para determinar las correspondientes responsabilidades por los hechos de este caso y aplicar las consecuencias que la ley prevea. El Estado debe asegurar que la víctima tenga pleno acceso y capacidad de actuar en todas las etapas e instancias de dichas investigaciones y procesos, de acuerdo con la ley interna y las normas de la Convención Americana’ (párrafo 211)”.

Puntualmente, la Corte IDH sostuvo que: “comparte el criterio del Estado expresado en su contestación de demanda respecto a que ‘si bien los actos de tortura perpetrados contra el [señor Bueno Alves] han quedado alcanzados por la protección [...] de la Convención [Americana], ello no significa que deban ser calificados *per se* como delitos de *lesa humanidad*’, como lo pretende la representante de la víctima, debido a que tales actos no formaron parte de un contexto de ataque generalizado o sistemático contra una población civil”¹¹⁴⁴.

Respecto de las consecuencias de haber encuadrado a la conducta delictiva reprochada al encartado Derecho como delitos comunes, la disidencia expuso:

“debe señalarse, además, que de revocarse la decisión firme adoptada por los tribunales argentinos, el delito común atribuido en estos actuados se tornaría imprescriptible, pues la investigación debería proseguir hasta tanto él o los responsables fuesen juzgados. De este modo, se estaría creando judicialmente una tercera categoría de delitos, inexistente tanto en el orden interno como el internacional, esto es, delitos comunes imprescriptibles.

Como es sabido, la imprescriptibilidad es una regla privativa de los crímenes de *lesa humanidad* y su traslado antojadizo al ámbito de los delitos comunes -además de su incorrección técnica- iría en desmedro del arduo camino que recorrió la comunidad jurídica internacional para que los primeros tengan reconocimiento normativo y, a su vez, tornaría borrosos los claros límites entre unos y otros”¹¹⁴⁵.

2) Valor de la cosa juzgada frente a delitos comunes. Competencia de la Corte IDH

Conforme lo expuesto en los votos disidentes y dada la naturaleza de la jurisdicción internacional, la condena de la Corte IDH recae con exclusividad sobre el Estado argentino. Ello trae aparejado que, al país condenado, se lo conmina al pago de una indemnización y a la obligación de adoptar todas las medidas que resulten procedentes y útiles para asegurar a la víctima el goce de sus derechos. Ello, sin embargo, no puede implicar que la CSJN deba dejar sin efecto una decisión judicial que ha pasado en autoridad de cosa juzgada.

El voto disidente, al tiempo de aceptar la obligatoriedad de los fallos de la Corte IDH con el propósito de resguardar la responsabilidad internacional del Estado argentino, advierte que ello no implica aceptar que la Corte Interamericana pueda decidir sobre la responsabilidad penal de un individuo en un caso concreto, que, además no es parte en el proceso internacional y, respecto del cual, el tribunal interamericano no declaró, ni pudo declarar, su responsabilidad.

Se sostiene que, una decisión como la que pretende el querellante no sólo significaría una afectación al derecho de defensa del imputado, que no fue parte en el proceso ante la Corte Interamericana, sino que, además, colocaría al Estado argentino en violación de derechos y garantías individuales reconocidos en la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos que la integran.

Al respecto agregan los jueces disidentes que: “Ello contradiría, además, la regla establecida en el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos

¹¹⁴⁴ Corte IDH, “Bueno Alves vs. Argentina”, sentencia del 11 de mayo de 2007, párrafo 87.

¹¹⁴⁵ CSJN, Fallos 330:3074, caso “Derecho”, 2007, considerando 9.

Humanos, que prohíbe interpretar sus normas de modo tal que impliquen la supresión del ejercicio de los derechos por ella reconocidos o su limitación más allá de lo fijado en dicha norma internacional o, también, la limitación del goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de un Estado”¹¹⁴⁶.

10. “Ministerio de Relaciones Exteriores” (2017)

El presente caso marca un cambio de rumbo radical en varios aspectos que signaron la doctrina de la Corte Suprema, durante poco más de dos décadas, en relación a la inserción de los tratados internacionales de derechos humanos en el derecho argentino. La metodología utilizada repasará las que se consideran como las más destacadas notas del fallo. La que trazó el profesor Alfonso SANTIAGO en su comentario a la sentencia de la Corte Suprema, publicada por la revista *La Ley*.

A. De los hechos del caso tratado recientemente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación

En 1997, en la primera instancia del fuero civil, se rechazó una demanda entablada por Carlos Saúl Menem, ex presidente, en cuanto se sintió afectado en su derecho a la intimidad. Ello, en virtud de la publicación de notas periodísticas que daban cuenta de una relación extramatrimonial de Menem y fotos de su hijo Carlos Nair. La sentencia fue apelada y, en 1998, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil revirtió la decisión y condenó a Jorge Fontevicchia y Héctor D’Amico a pagar la suma de \$150.000. Ante lo decidido por la segunda instancia, los condenados articularon recurso extraordinario federal. En el año 2001, la CSJN confirmó la sentencia apelada pero modificó el monto indemnizatorio, reduciéndolo a la suma de \$60.000.

Una vez agotada la instancia local, el caso se presenta ante la Comisión IDH y, luego es elevado por este organismo, a la Corte IDH, caratulándose las actuaciones como “Fontevicchia y D’Amico vs Argentina”. Los actores recurrieron, en su calidad de condenados por la justicia argentina y en su carácter de propietario y director de la Revista Noticias, respectivamente. La Corte internacional concluyó que, la revelación de la revista estaba justificada al reunir el entonces presidente Menem las condiciones de una figura política pública. Por ello, la condena civil se constituía en un cercenamiento a la libertad de expresión. De ahí que se condenara al Estado argentino.

Para satisfacer esa condena, el Estado debía hacer tres cosas: a) dejar sin efecto la condena civil impuesta a Jorge Fontevicchia y Héctor D’Amico, así como todas sus consecuencias; b) publicar un resumen oficial de la sentencia de la Corte IDH

¹¹⁴⁶ *Ibidem*, considerando 8.

elaborado por la Corte Suprema, por una única vez, en el Diario Oficial y en un diario de amplia circulación a nivel nacional, así como publicar la sentencia completa de la Corte IDH en la página del Centro de Información Judicial de la CSJN; y c) entregar a los periodistas las sumas reconocidas en dicho fallo, esto implicaba restituirles el dinero que pagaron por la condena, más los gastos en los que incurrieron para llevar el juicio en sede internacional. Luego de cumplir con lo requerido en los puntos b y el punto c -aún en vías de cumplimiento-, el Ministerio de Relaciones Exteriores le solicitó a la Corte Suprema que continuara con la ejecución de los tópicos requeridos por la Corte Internacional, es decir: “dejar sin efecto la condena civil impuesta a Jorge Fontevecchia y Héctor D’Amico, así como todas sus consecuencias, en el plazo de un año contado a partir de la notificación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas”.

Por una mayoría de 4 a 1, la Corte Suprema rechazó la solicitud que articulara el Ministerio de Relaciones Exteriores y lo hizo a partir de cuestionar si el tribunal interamericano tenía competencia para ordenar lo dispuesto en el punto 2.a -coincide con lo aludido en el párrafo que antecede-. Igualmente, se preguntó si podía cumplir con esa orden. La mayoría de los jueces del alto estrado respondieron que no, conforme lo expresaron en los considerandos 7 y 20 del voto de la mayoría integrada por los ministros Lorenzetti, Highton y Rosenkrantz; y considerando 8 del voto del juez Rosatti. Explica al respecto el profesor SANTIAGO que: “nuestro máximo tribunal ha adoptado una serie de definiciones de suma relevancia jurídica y política que trascienden el concreto caso en estudio y manifiestan una clara toma de posición de nuestro máximo tribunal en relación con el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, con importantes novedades y precisiones respecto de la postura que implícita o explícitamente adoptara en anteriores pronunciamientos”¹¹⁴⁷. Véase entonces, cuáles fueron sus argumentos.

B. Principales argumentos del voto mayoritario de la Corte Suprema de Justicia de la Nación -jueces Lorenzetti, Highton y Rosenkrantz-

i) Del carácter no jerárquico, subsidiario y diferenciado que tiene el sistema interamericano de tutela de los derechos humanos en relación a la protección primaria y principal a cargo de las normas de derecho interno y los tribunales locales.

Al respecto, sostuvo la Corte Suprema:

“desde la perspectiva de las obligaciones internacionales asumidas por nuestro país, deben tenerse en consideración los principios estructurales del sistema interamericano de protección de derechos humanos, el que se autodefine como subsidiario. Así, se afirma que la CADH crea ‘una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos’ (Preámbulo CADH). Esta subsidiariedad se manifiesta, entre otras, en la exigencia convencional de agotamiento de los recursos internos en forma previa al acceso al sistema regional (cfr. arts.

¹¹⁴⁷ Alfonso SANTIAGO, “¿Desobediencia debida? ¿Quién tiene...”, ob. cit., p. 13.

46.1.a y 61.2 CADH) y en el principio de que la Corte Interamericana no actúa como una instancia más en los casos tratados por las Cortes nacionales”¹¹⁴⁸.

Asimismo, en idéntica tesitura afirmó:

“esta comprensión del rol de los tribunales internacionales de derechos humanos como actores subsidiarios ha sido, además, abrazada enfáticamente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos con sus doctrinas del margen de apreciación nacional (desarrollada a partir de los casos ‘Lawless vs. Ireland’, sentencia del 1/7/1961, y ‘Handyside vs. The United Kingdom’, sentencia del 7/12/1976, y expresada más recientemente en el caso ‘Lautsi and Others vs. Italy’, sentencia del 18/3/2011) y de la ‘cuarta instancia’ (‘Schenk vs. Switzerland’, 10862/84, sentencia del 12/7/1988; ‘Tautkus vs. Lithuania’, 29474/09, sentencia del 27/11/2012; entre otros)”¹¹⁴⁹.

ii) La Corte Interamericana de Derechos Humanos, no se constituye como una cuarta instancia con poder casatorio sobre las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

La CSJN viene a fortalecerse como Tribunal que tiene la última palabra en materia de interpretación del bloque de constitucionalidad y reafirma el carácter definitivo de sus decisiones: “la Corte Interamericana no constituye entonces una ‘cuarta instancia’ que revisa o anula decisiones jurisdiccionales estatales sino que, siguiendo los principios estructurales recordados, es subsidiaria, coadyuvante y complementaria (véase, entre otros, Corte IDH, caso ‘Perozo y otros c. Venezuela’, sentencia de 28/1/2009, serie C, número 195, párrafo 64)”¹¹⁵⁰.

La CSJN indica que, el propio tribunal internacional y la Comisión IDH, admitieron que no se constituyen como un órgano jurisdiccional de apelación o de casación de las instancias nacionales. Dijo en este sentido la Corte Suprema que:

“el mismo tribunal internacional ha sostenido que ‘la Corte Interamericana no tiene el carácter de tribunal de apelación o de casación de los organismos jurisdiccionales de carácter nacional; sólo puede en este caso, señalar las violaciones procesales de los derechos consagrados en la Convención que hayan perjudicado al afectado en este asunto, pero carece de competencia para subsanar dichas violaciones en el ámbito interno [...]’. (Corte IDH, caso ‘Genie Lacayo’, sentencia del 29 de enero de 1997, serie C, número 30, párrafo 94). Por su parte, también la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha enfatizado estos principios al manifestar que la protección internacional que otorgan los órganos de supervisión de la Convención es de carácter subsidiario y que no puede hacer las veces de un tribunal de alzada para examinar supuestos errores de derecho o de hecho que puedan haber cometido los tribunales nacionales (conforme Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 39/96. Caso 11.673. Argentina, 15 de octubre de 1996, puntos 48 y 51)”¹¹⁵¹.

La Corte Suprema argentina descarta de plano que, la Corte IDH, tenga facultades para revocar un pronunciamiento de la máxima instancia local. Refirió al respecto que:

“dejar sin efecto la sentencia dictada por esta Corte Suprema en la causa ‘Menem’ en virtud de la orden de la Corte Interamericana (punto 2 de la parte resolutive y párrafo 105) -lo cual es sinónimo de ‘revocar’ conforme la primera acepción de esta palabra en el Diccionario Real Academia Española- implicaría transformar a dicho tribunal, efectivamente, en una ‘cuarta instancia’ revisora de las sentencias dictadas por esta Corte, en clara violación de los

¹¹⁴⁸ CSJN, Fallos 340:47, caso “Ministerio de Relaciones Exteriores”, 2017, considerando 8 del voto de la mayoría.

¹¹⁴⁹ *Ibidem*, considerando 10.

¹¹⁵⁰ *Ibidem*, considerando 8.

¹¹⁵¹ *Ibidem*, considerando 9.

principios estructurantes del sistema interamericano y en exceso de las obligaciones convencionalmente asumidas por el Estado argentino al ingresar a dicho sistema. En efecto, la idea de revocación se encuentra en el centro mismo del concepto de una ‘cuarta instancia’, en tanto una instancia judicial superior supone la capacidad de revisar las decisiones del inferior y, en su caso, dejarlas sin efecto. Reconocer a la Corte Interamericana tal carácter implicaría, por otra parte, la paradoja de que esa instancia revisora hubiera sido ejercida en un proceso que no reconoce continuidad con el desarrollado por esta Corte, al ser diferentes sus elementos fundamentales, tales como las partes y la prueba”¹¹⁵².

iii) La Corte hace valer que los compromisos que asume el Estado argentino son los que surgen, expresamente, de la letra de los tratados internacionales *-res legislata-*.

Queda claro para la CSJN, que los organismos internacionales no pueden aumentar o modificar el alcance de las obligaciones que asumen los países signatarios del sistema interamericano de protección de los derechos humanos por la vía de una interpretación extensiva *-res interpretata-*. Ratifica así la plena vigencia del principio *pacta sunt servanda*.

“La Corte Interamericana, al ordenar dejar sin efecto la sentencia de esta Corte pasada en autoridad de cosa juzgada, ha recurrido a un mecanismo restitutivo que no se encuentra previsto por el texto convencional. Este análisis textual es de fundamental importancia, puesto que la letra de los tratados -en el contexto de sus términos y teniendo en cuenta su objeto y fin (artículo 31, Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados)- determina los límites de la competencia remedial de los tribunales internacionales.

Por definición, los tribunales internacionales son órganos con competencia limitada de la manera prescripta en los instrumentos que los han constituido (Michael REISMAN, ‘Has the International Court Exceeded its Jurisdiction’, *American Journal of International Law*, 7 volumen 80, año 1986, p. 128). Y carecen de una jurisdicción inherente e inalterable para seleccionar los remedios que quieran (CHITTHARANJAN, Félix Amerasinghe, ‘Jurisdiction of International Tribunals’, *Kluwer Law International*, La Haya, 2003, p. 389). En este sentido, la CADH establece que ‘[c]uando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada’ (artículo 63.1, CADH). En consecuencia, el tenor literal de la norma no contempla la posibilidad de que la Corte Interamericana disponga que se deje sin efecto una sentencia dictada en sede nacional”¹¹⁵³.

A su vez la Corte Suprema, realiza la importancia de los antecedentes que dieron origen al artículo 63.1 al descartar que el mecanismo restitutivo, al que recurre la Corte IDH, nunca fue tenido en cuenta en los trabajos preparatorios de la CADH. De ahí que, la Corte Suprema expusiera: “esta comprensión del artículo 63.1 se ve confirmada por los antecedentes que dieron lugar al texto de la Convención (conforme artículo 32 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados). Su examen muestra que este mecanismo restitutivo no fue siquiera considerado en los trabajos preparatorios de la Convención Americana (véase Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica 7-22 de noviembre de 1969, Actas y Documentos, Secretaría General, Organización de los Estados Americanos, Washington, D.C., OEA/Ser.K/XVI/1.2)”¹¹⁵⁴.

¹¹⁵² *Ibidem*, considerando 11.

¹¹⁵³ *Ibidem*, considerandos 12 y 13.

¹¹⁵⁴ *Ibidem*, considerando 14.

A propósito de lo expuesto, con las salvedades obvias, viene al caso tener presente lo dicho por el profesor ROUSSEAU en tanto indica que, por principio, el juicio contencioso en sede internacional, no es un proceso de anulación sino solamente un juicio de reparación. Afirma en tal sentido que: “si una norma interna es contraria a una norma internacional cualquiera, el Estado responsable podrá ser instado a pagar una indemnización o dar una satisfacción adecuada; pero la norma (o la decisión) interna que es internacionalmente irregular, continuará en vigor hasta su derogación (o su modificación) por parte del Estado interesado”¹¹⁵⁵. Es evidente, que la sentencia pronunciada en sede internacional no tiene poder casatorio sobre la sentencia interna que pasa en calidad de cosa juzgada a integrar el patrimonio de un tercero ajeno a la *litis* externa.

iv) La Corte se define por la primacía final de la Constitución sobre los tratados internacionales incluidos los de derechos humanos a los que, el convencional constituyente en 1994, le reconoció carácter complementario y jerarquía constitucional.

Uno de los argumentos que trabaja la Corte para estar a la supremacía de la Constitución, son los alcances del artículo 27 *ejusdem*, el cual fue tratado oportunamente y de manera honda en esta investigación. Al respecto dijo el alto tribunal de la Nación:

“dejar sin efecto la sentencia de esta Corte pasada en autoridad de cosa juzgada es uno de los supuestos en los que la restitución resulta jurídicamente imposible a la luz de los principios fundamentales del derecho público argentino. Desde esta perspectiva constitucional, el artículo 27 de la Carta Magna prescribe ‘[e]l 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’. Estos principios reseñados se traducen en el modo en que deben ser interpretadas las obligaciones asumidas por el Estado argentino. El constituyente ha consagrado en el artículo 27 una esfera de reserva soberana, delimitada por los principios de derecho público establecidos en la Constitución Nacional, a los cuales los tratados internacionales deben ajustarse y con los cuales deben guardar conformidad (Fallos 316:1669; entre otros)”¹¹⁵⁶.

En el considerando 18 insiste con la exigencia del artículo 27 en pedir adecuación de los tratados internacionales a los principios de derecho público establecidos en la Constitución, entre los que destacan los previstos en los artículos 30, 31 y 108 de la CN. Por otro lado, la Corte afirma que, al mantenerse pétreo la primera parte de la norma fundante, a través de la ley que declaró la necesidad de reforma, implica que al otorgarle jerarquía constitucional a la CADH, se estableció expresamente que sus normas no derogaban artículo alguno de la parte dogmática de la Constitución, reafirmando la existencia de una valla infranqueable para los tratados internacionales, incluso, los de derechos humanos¹¹⁵⁷. Este párrafo de la sentencia de la mayoría, debe leerse en línea con estas expresiones y varios votos de los analizados del juez Fayt, en tanto afirmaba que los instrumentos internacionales citados en el artículo 75, inciso 22 de la carta constitucional, prevalecerán sobre las leyes ordinarias y demás tratados, siempre que respeten la superioridad de los principios de derecho público consagrados en la primera parte de aquel conjunto de normas.

¹¹⁵⁵ Charles ROUSSEAU, *Droit international public*, Recueil Sirey, París, 1970, t. I, p. 45.

¹¹⁵⁶ CSJN, Fallos 340:47, caso “Ministerio de Relaciones Exteriores”, considerando 16.

¹¹⁵⁷ Véase *ibidem*, considerando 19.

Antes, en el considerado 18, sostuvo la mayoría de la CSJN:

“esta interpretación es reflejo de una fuerte tradición en la práctica constitucional argentina expresada, por ejemplo, en la denominada ‘fórmula argentina’ -sostenida en la Conferencia de Paz de La Haya de 1907 por los delegados Roque Sáenz Peña, Luis María Drago y Carlos Rodríguez Larreta- mediante la cual se excluían de los tratados de arbitraje obligatorio las cuestiones que afectaban a la Constitución de cada país. Esta fórmula ‘ha nacido de los términos y del espíritu de nuestra Constitución, los que no podían ser desvirtuados por ningún tratado sin exponerse a caer en nulidad’ (Carlos SAAVEDRA LAMAS, ‘En torno a la Constitución que nos rige’, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1957, p. 21). En el mismo sentido se expresó Joaquín V. GONZÁLEZ al sostener que ‘[u]n tratado no puede alterar la supremacía de la Constitución Nacional, cambiar la forma de gobierno, suprimir una provincia o incorporar otras nuevas, limitar atribuciones expresamente conferidas a los poderes de gobierno, desintegrar social o políticamente al territorio; restringir los derechos civiles, políticos y sociales reconocidos por la Constitución a los habitantes del país, ni las prerrogativas acordadas a los extranjeros ni suprimir o disminuir en forma alguna las garantías constitucionales creadas para hacerlos efectivos [...]. En cuanto la Constitución Nacional sea lo que es, el artículo 27 tiene para la Nación significado singular en el derecho internacional. La regla invariable de conducta, el respeto a la integridad moral y política de las Naciones contratantes’ (Joaquín V. GONZÁLEZ, Senado de la Nación, *Diario de Sesiones*, sesión del 26 de agosto de 1909, volumen IX, p. 52)”¹¹⁵⁸.

Finalmente, para cerrar dando cuenta de la trascendencia de este fallo categórico de la Corte Suprema, la tesis constitucionalista viene a coincidir con la opinión de los profesores CATALANO y CARNOTA, en el sentido que los argumentos desarrollados permiten efectuar una lectura conclusiva y desapasionada de la sentencia en “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto”¹¹⁵⁹. Se debe admitir que: “las consideraciones de la mayoría y del voto concurrente están sólidamente construidas, con cita puntual de precedentes propios y de la Corte Interamericana, la que en modo alguno queda ignorada o menguada en su autoridad y jerarquía”¹¹⁶⁰. Quizás, desde hace tiempo, un grupo numeroso de autores argentinos se dejaron llevar por los cantos de sirena, los del ultra-convencionalismo y del activismo judicial autócrata de la Corte IDH, subordinando en su trayecto a todo lo demás. “El fallo bajo glosa vuelve a poner las cosas en su lugar”¹¹⁶¹.

C. Argumentos del voto del juez Rosatti

Por último, en su voto concurrente, el juez Rosatti expresa que: “En tal sentido, inicialmente, no puede soslayarse en esta instancia que la orden del tribunal internacional en cuanto impone al Tribunal Supremo de la Nación dejar sin efecto una sentencia dictada dentro del ámbito de su competencia no sólo parece ir más allá de las atribuciones -propias y específicas- de la Corte IDH (en especial respecto de lo dispuesto en el arto 63.1 de la CADH), sino que encuentra un obstáculo insalvable en

¹¹⁵⁸ *Ibidem*, considerando 18.

¹¹⁵⁹ *Ibidem*.

¹¹⁶⁰ Mariana CATALANO, Wálter F. CARNOTA, “La Corte Suprema reafirma su rol de tribunal final de las causas”, en *Revista La Ley*, Buenos Aires, 2017, martes 28 de marzo de 2017, p. 4.

¹¹⁶¹ *Ibidem*, p. 6.

disposiciones constitucionales que esta Corte Suprema no puede desatender y por cuya protección debe velar”¹¹⁶².

i) La Corte Suprema robustece la idea de habilitar un control de constitucionalidad final, en sede nacional, de los órganos del Sistema de Protección Interamericano de Derechos Humanos.

Algo similar plantea, desde la doctrina, el juez Rosatti al afirmar que el control de convencionalidad nunca puede ser autónomo, siempre va a depender de un control constitucionalidad ulterior, que se debe efectuar en el ámbito interno. Es oportuno tener presente, lo expuesto por el profesor ROSATTI, antes de asumir el cargo de juez de nuestra Corte Suprema cuando sostuvo que era el momento de preguntarse “si la convencionalidad no ‘ha llegado demasiado lejos’. Y si no es necesario reclamar de [ella] (o del ultra-convencionalismo, que es su versión extrema):

- el conocimiento de las formas en que cada Estado recepta al derecho internacional en su ámbito interno, teniendo en cuenta que el ‘dualismo’ (que vincula al derecho nacional con el derecho internacional sin fusionarlos) es la regla en Latinoamérica;

- el respeto hacia la soberanía estatal para decidir cómo y cuándo reformar la Constitución Nacional; reforma que reconoce formas específicas e inconfundibles, que requieren el concurso del pueblo (o su aquiescencia) y que en ningún caso puede ser concertada de modo encubierto por medio de una sentencia o interpretación convencional;

- el reconocimiento de un gran ‘margen de apreciación nacional’ para aplicar las decisiones convencionales”¹¹⁶³.

Se puede indicar que, por lo expuesto en el primer párrafo de la exposición de ROSATTI, el rango que ocupan los instrumentos internacionales de derechos humanos y la jurisprudencia que emana de los organismos internacionales encargados de velar por su aplicación, depende, en la mayoría de los casos, de la ubicación jerárquica que las respectivas constituciones nacionales le otorgan. Resulta evidente que no son los organismos internacionales los que le confieren rango normativo, sino las constituciones de los Estados.

Por otro lado, en el caso argentino, conforme surge del texto de la carta constitucional, la supuesta primacía del derecho internacional de los derechos humanos, sobre toda otra disposición de fuente doméstica, requeriría de una expresa reforma de la Constitución, a través del procedimiento reglado por su artículo 30, cuestión que no fue autorizada por el poder constituido al declararse la última necesidad de reforma en 1994. Es por ello, que no puede admitirse, por improcedente e inconstitucional, la pretensión de la tesis internacionalista, ya sea extrema o moderada, que reclama la superioridad o primacía normativa del derecho internacional respecto del derecho interno, basada en las sentencias de la Corte IDH, de su jurisprudencia o en lo dispuesto por el artículo 27 de la Convención de Viena sobre

¹¹⁶² *Ibidem*, considerando 6 del voto concurrente del juez Rosatti.

¹¹⁶³ Horacio ROSATTI, “Globalización, convencionalidad y estatidad. Sobre el ‘margen de apreciación nacional’ en la aplicación de normas internacionales”, en *Estudios de Derecho Constitucional*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Buenos Aires 2017, Alfonso Santiago (Dir.), año 2015, pp. 150-151.

Derecho de los Tratados de 1969. Hasta el momento no existe norma alguna, vigente en el ordenamiento jurídico argentino, que valide tal idea.

Por último, la vigencia del artículo 27 de la CN, que no fue materia sometida a la voluntad del constituyente de 1994, habilita el ejercicio de un amplio margen de apreciación nacional, que se insiste, no fue alterado por la última innovación, de la que fuera objeto la Constitución argentina.

En sintonía con esta tesis subrayó la Corte Suprema que: “las sentencias de la Corte Interamericana, dictadas en procesos contenciosos contra el Estado argentino son, en principio, de cumplimiento obligatorio para éste (artículo 68.1, CADH) (conf. doctrina de Fallos 327:5668, voto de la jueza Highton de Nolasco, considerando 6). Dicha obligatoriedad, sin embargo, alcanza únicamente a las sentencias dictadas por el tribunal internacional dentro del marco de sus potestades remediales. En efecto, es con ese alcance que el Estado argentino se ha obligado internacionalmente a acatar las decisiones de la Corte Interamericana”¹¹⁶⁴.

De igual modo, indica que: “corresponde analizar en esta instancia, entonces, si la orden contenida en la parte resolutive de la sentencia en cuestión (punto 2), en tanto dispone ‘dejar sin efecto la condena civil impuesta a los señores Jorge Fontevicchia y Héctor D’Amico’ en la causa ‘Menem’ ha sido dictada dentro del marco de atribuciones previsto por la CADH y puede ser cumplida por esta Corte a la luz del ordenamiento constitucional nacional”¹¹⁶⁵.

El pronunciamiento de la Corte Suprema reafirma su condición de órgano que encabeza el Poder Judicial de la Nación y, como tal, se constituye en el intérprete final de la Constitución, tratados internacionales de todo tipo y rango y de las leyes y otras disposiciones que en su consecuencia se dicten. Se reafirma, también, el carácter definitivo de sus sentencias.

El cimero tribunal describe su condición de cabeza de poder e intérprete final de los que se dio en llamar como bloque de constitucionalidad, incluyendo a estos principios dentro de los mencionados por el artículo 27 de la ley suprema. Manifestó sobre el tópico que: “entre dichos principios inconstitucionales se encuentra, sin duda alguna, el carácter de esta Corte como órgano supremo y cabeza del Poder Judicial, conforme surge del art. 108 de la Constitución Nacional (Fallos 256:114; 289:193; 318:986; 319:1973; 328:2429; 329:3235, 5913; 330:49, 251; 338:1575; entre muchos otros). Revocar la sentencia firme dictada por este Tribunal implica privarlo de su carácter de órgano supremo del Poder Judicial argentino y sustituirlo por un tribunal internacional, en clara transgresión a los artículos 27 y 108 de la Constitución Nacional”¹¹⁶⁶.

Es evidente, que la Corte decidió poner en su correcto escenario a toda la jurisprudencia de la Corte IDH, rescatando una doctrina que supo defender la mayoría del tribunal en el caso “Cantos”, que luego se alterara y que fuera sólo defendida por los jueces Fayt y Argibay. Así, da la impresión, por los argumentos mostrados en esta investigación, que la decisión de la Corte Suprema, para la tesis constitucionalista, es correcta. Ello implica robustecer la jerarquía de la Constitución Nacional en relación a

¹¹⁶⁴ CSJN, Fallos 340:47, caso “Ministerio de Relaciones Exteriores”, 2017, considerando 6.

¹¹⁶⁵ *Ibidem*, considerando 7.

¹¹⁶⁶ *Ibidem*, considerando 18.

los tratados internacionales, incluso, de los de derechos humanos. Ahora, el juez nacional al momento de enfrentar un conflicto normativo insalvable, entre la Constitución, los tratados internacionales y la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos, cuenta con herramientas jurídico-filosóficas para resolver asignando primacía a los principios consagrados en la carta constitucional.

11. Síntesis del capítulo

En función de las razones dadas por el Procurador General en el caso “Acosta”, es posible arribar a estas destacadas conclusiones con fundamento en el derecho argentino.

i) El ordenamiento jurídico argentino no consagra de manera explícita el deber de obedecer las sentencias de la Corte IDH, salvo lo reglado por el artículo 68.1 de la CADH;

ii) El criterio sentado por la Corte Suprema en el caso “Giroldi” sienta el carácter vinculante de la jurisprudencia de los órganos interamericanos, no obstante: a) esta hermenéutica atribuiría a las sentencias de la Corte IDH un alcance y eficacia que en el derecho argentino ni siquiera poseen las sentencias de la Corte Suprema; y, b) se transformaría a la Corte de San José en intérprete supremo y último de una parte del derecho constitucional argentino (la porción que corresponde a la CADH) en transgresión a lo reglado por los artículos 108 y 116 de la Constitución Nacional;

iii) No es posible sostener que la reforma constitucional de 1994, a través de la cláusula “en las condiciones de su vigencia”, incorporada en el artículo 75 inciso 22, pudiera haber alterado los referidos citados artículos 108 y 116, dado que la ley 24.309, que declaró la necesidad de innovación constitucional, no le dio a la Asamblea reformadora atribuciones para modificar preceptos de la Constitución vinculados a la organización y atribuciones del Poder Judicial de la Nación. De ahí que, la Convención reformadora no tenía atribuciones para alterar la competencia de los órganos jurisdiccionales locales y la supremacía de la Corte Suprema respecto a la interpretación de todas y cada una de las normas constitucionales;

iv) El artículo 116 de la Constitución vigente es claro en cuanto establece que corresponde a la Corte Suprema, y a los demás tribunales inferiores de la Nación, el juzgamiento de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, por las leyes y por los tratados celebrados con potencias extranjeras. Y, precisamente, el artículo 108 mantiene en la cúspide del aparato jurisdiccional a la CSJN como intérprete final de los preceptos, entre los que se incluyen todos los tratados internacionales. De ahí, que como la organización del poder judicial no estaba incluida en el temario de la ley que declaró la necesidad de reforma de la Constitución, cualquier interpretación que se efectúe entendiéndose que la Corte Suprema “ya no es el último intérprete en relación con una porción de las normas constitucionales (en el caso aquéllas de la Convención Americana) sería insostenible, porque conduciría a la

invalidez de la reforma en dicho punto (cfr. caso “Fayt”, Fallos 322:1616 y sus citas)¹¹⁶⁷;

v) Por otro lado, un criterio, semejante al del acápite anterior, conduciría a la invalidez del artículo 75 inciso 22 de la CN. Dado que se avanzaría sobre una materia no habilitada para ser objeto de reforma, me refiero al artículo 30 de la CN. Recuerda el dictamen que el sistema de modificación constitucional se encontraba expresamente prohibido como materia de reforma al integrar la primera parte de la carta constitucional argentina. Agrega Righi que: “...esta conclusión resulta poco persuasiva, porque, como dije conduciría a la invalidez de la reforma constitucional en dicho punto”¹¹⁶⁸;

vi) Expone que si es posible predicar una obligatoriedad, sólo *prima facie*, de la jurisprudencia de la CSJN, lo que implica que los tribunales inferiores pueden apartarse de ella si esgrimen razones de peso para justificar tal proceder, no se entiende cómo podría imponerse un criterio más riguroso respecto de la jurisprudencia de los órganos del sistema interamericano. Pues, se corre el riesgo de invertir la supremacía de la Corte argentina, en relación de las normas que integran el ordenamiento jurídico argentino, consagrada en la ley suprema. De ahí, se justifica “el criterio del deber de consideración, que incluye el deber de explicar las razones por las cuales no se sigue la jurisprudencia del tribunal interamericano...”¹¹⁶⁹;

vii) Hace referencia a la existencia de una obligación de consideración, hacia la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos, basada en cuatro ejes: a) el primero de ellos, que podría denominarse de identificación de la jurisprudencia, exige verificar si, en efecto, existe jurisprudencia de la Corte y/o la Comisión IDH sobre la cuestión que se debate en el ámbito nacional; b) el segundo requiere determinar cuál es la doctrina de la jurisprudencia, es decir la *ratio decidendi* que se desprende de la sentencia; c) el tercero debe analizar la aplicabilidad de la doctrina al caso concreto; y, d) el cuarto establecer si existen motivos de índole jurídico, apoyadas en el ordenamiento constitucional, “que se oponga a la aplicabilidad de la doctrina derivada de la jurisprudencia del órgano internacional pertinente. Al respecto el tribunal nacional debería discutir razonablemente esa doctrina en el marco de todo el orden constitucional argentino y, con base en este análisis, decidir si, en el caso concreto corresponde seguirla o no, proporcionando una debida fundamentación de la decisión tomada (examen de compatibilidad de la doctrina *prima facie* aplicable con el orden jurídico constitucional)”¹¹⁷⁰. El esquema planteado estaría en línea con el principio de buena fe, cuyo cumplimiento exige el derecho internacional;

viii) Sugiere que, en el marco de este deber de consideración, la falta de miramiento de la aplicación, o no, en el caso concreto de la jurisprudencia de los órganos del sistema interamericano o, la falta de exposición de razones que justifiquen al juzgador interno apartarse de aquella, habilitaría a la CSJN para que, doctrina de la arbitrariedad mediante, controle el yerro por la vía del recurso extraordinario.

¹¹⁶⁷ Dictamen del Procurador General en “A., J. E...”, cit. Véase Alberto B. BIANCHI, “Una reflexión sobre el llamado...”, ob. cit.

¹¹⁶⁸ *Ibidem*.

¹¹⁶⁹ *Ibidem*.

¹¹⁷⁰ *Ibidem*.

Así concluye que, en el derecho interno argentino sólo puede exigirse un deber de tener en cuenta la jurisprudencia de los órganos del sistema interamericano. Claro está, dentro de los límites establecidos por la doctrina expuesta precedentemente.

Por otro lado, en función de las razones dadas por los jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que se analizaron en este capítulo, es posible arribar a estas conclusiones con fundamento en el derecho argentino.

i) Resulta evidente, por los argumentos que se exhiben en esta parte de la tesis, que la Constitución Nacional no se encuentra subordinada a los instrumentos internacionales, al *ius cogens*, y a la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados. Por el contrario estos instrumentos se encuentran condicionados por la Constitución Nacional sobre las materias que tienen entidad para afectar la soberanía y la independencia de la Nación y de los principios considerados esenciales de derecho público sobre los que se asienta la organización política de la República Argentina.

ii) En caso de colisión entre preceptos de fuente internacional, vigentes en el ordenamiento jurídico argentino, con normas contenidos en nuestra Constitución, se debe dar primacía normativa, a las disposiciones constitucionales.

iii) El artículo 27 de la Constitución subordina a los instrumentos internacionales y al *ius cogens* a los principios de derecho público establecidos en la Constitución argentina, los cuales no pueden verse afectados por aplicación de estas últimos tipos de disposiciones.

iv) Conforme los argumentos expuestos por el juez VÁZQUEZ en el caso “Arancibia Clavel”¹¹⁷¹, el artículo 27 de la Constitución argentina subsume al *ius cogens* a los principios de derecho público establecidos en la carta fundamental. De esa manera, marca el respeto por la primacía normativa de la carta fundamental subordinando el derecho de gentes a la aplicación de las normas fundamentales de nuestra Constitución; y al ser ello así, el *ius cogens* sólo podrá aplicarse en la medida que no contradiga a los preceptos constitucionales que integran la esfera de reserva prevista en el trillado artículo 27 de la CN.

v) La Corte Suprema de Justicia de la Nación no perdió su condición de Tribunal Supremo de la República Argentina y, por ello, sus sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada no pueden ser dejadas sin efecto por disposición de tribunales u organismos internacionales.

vi) No es posible la reforma de la Constitución Nacional a través de un tratado internacional, dado la incorporación de la norma internacional al ordenamiento jurídico argentino es el producto del poder constituido. Como se expuso, la reforma de nuestra Constitución sólo es posible materializarla a través del poder constituyente derivado quien no puede apartarse de la ley que declaró la necesidad de la reforma constitucional. La supremacía del poder constituyente sobre el poder constituido implica que este último no pueda efectuar modificación alguna al texto de la carta constitucional.

vii) Como consecuencia de lo expuesto precedentemente el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo de la Nación, tienen vedado ejercer la función constituyente reglada por el artículo 30 de la carta constitucional argentina. En síntesis es imposible

¹¹⁷¹ CSJN, Fallos 327:3312, caso “Arancibia Clavel”, 2004.

que estos departamentos del poder, mediante la incorporación de instrumentos internacionales el texto de nuestra ley fundamental, puedan reformar norma alguna de la Constitución argentina.

viii) La pretensión de la Corte IDH que intenta establecer la obligación de acatar la jurisprudencia que se constituye a partir de sus sentencias y opiniones consultivas, provoca, de forma incorrecta, una vinculación jurídica con efecto *erga omnes* dirigida a las autoridades nacionales. En tal sentido, el órgano jurisdiccional extranjero busca la propagación indirecta del efecto *erga omnes* de las sentencias, atribuyéndole, a estas últimas, una ramificación no habilitada por la CADH. Esta demanda impide que prospere la doctrina del margen de apreciación nacional de los Estados partes. En el caso argentino tal idea colisiona, precisamente, con el margen de apreciación que consagra el artículo 27 CN.

ix) Al referirse sobre este límite de actuación, el juez Rosatti afirmó que el constituyente consagró, en el citado artículo 27, una esfera de reserva soberana (margen de apreciación nacional) delimitada por los principios de derecho público establecidos en la Constitución Nacional, a los cuales los tratados internacionales -y con mayor razón aún la interpretación que de tales tratados se realice- deben ajustarse y con los cuales deben guardar conformidad. Pues, como bien supo exponerlo Joaquín V. GONZÁLEZ, esta exégesis es reflejo de una fuerte tradición en la práctica constitucional argentina. A partir de esta cláusula constitucional, no es posible hacer prevalecer “automáticamente”, sin escrutinio alguno, el derecho internacional -sea de fuente normativa, consuetudinaria o jurisprudencial- sobre el ordenamiento jurídico constitucional.

CAPÍTULO XI

La supremacía constitucional en el derecho comparado

Para tener una acabada noción del fenómeno, más allá de lo que sucede en el derecho argentino, resulta oportuno indagar cómo se resuelven, desde los preceptos de las constituciones y la jurisprudencia de las más altas instancias nacionales, los conflictos normativos entre las constituciones de los Estados y las normas convencionales en el marco del derecho comparado, principalmente, respecto de dos sistemas continentales de protección de los derechos humanos: el europeo y el americano.

Resulta de gran utilidad, como argumento de la tesis constitucionalista, ver en aquellos países que incorporan a los tratados de derechos humanos en escenarios de legalidad, supralegalidad o constitucionalidad, cuál es el acatamiento de los fallos de los tribunales internacionales de derechos humanos, qué valor y efectos tienen estas decisiones, y cuál es la actitud que adoptan los órganos internacionales frente a sentencias que se dictan ejerciendo control de convencionalidad, que colisionan con normas, principios o valores incorporados implícita o explícitamente a las constituciones nacionales de los Estados signatarios de tratados internacionales de derechos humanos.

Como indica el profesor SANTIAGO es preciso examinar aquí “cuál ha sido la actitud y decisión de los supremos tribunales nacionales cuando el cumplimiento de una sentencia de un tribunal internacional o el seguimiento de alguna doctrina jurisprudencial convencional podría llevarle a desconocer, a su criterio, disposiciones de la propia constitución nacional”¹¹⁷².

1. España

En España, el CEDH fue ratificado por el mecanismo reglado por la Constitución conforme lo establece el artículo 94, constituyéndose como parte del derecho interno en virtud a lo establecido por el artículo 96.1 del mismo cuerpo normativo. Además, el artículo 95 de la carta constitucional española dispone expresamente lo que sigue.

¹¹⁷² Alfonso SANTIAGO, “¿Desobediencia debida? ¿Quién tiene...”, ob. cit., p. 17.

“1. La celebración de un tratado internacional que consagra estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional.

2. El Gobierno o cualquiera de las Cámaras puede requerir al Tribunal Constitucional si existe o no esa contradicción”.

A partir de lo expuesto, cabe formular algunos interrogantes: ¿importa ello la incorporación de un subsistema jurídico jerárquicamente superior al español?; ¿corresponde considerar al Tribunal EDH como una instancia suprema en relación a los órganos jurisdiccionales españoles?

Las respuestas a estos interrogantes las brindó, de manera categórica, tanto el Tribunal Supremo, como el Tribunal Constitucional mediante las distintas sentencias ratificadoras de una doctrina sentada a mediados de la década de los años '90. En estos pronunciamientos se le negó al Tribunal EDH el carácter de tribunal superior a los nacionales, al ser considerado como un órgano jurisdiccional internacional y no supranacional. Entre otras razones se adujo que el proceso de ratificación del CEDH y la admisión de la jurisdicción del Tribunal de Estrasburgo “no se ha producido en virtud de la ratificación de una cesión de la potestad jurisdiccional al citado tribunal internacional contemplada en el artículo 117 de la Constitución y que para ello debería de cumplir con los requisitos contemplados en el artículo 93 de dicho cuerpo normativo, previsto precisamente para la atribución a organizaciones internacionales del ejercicio de competencias soberanas derivadas de la Constitución”¹¹⁷³.

En el ordenamiento jurídico español se produjeron varias idas y vueltas en relación al cumplimiento de las sentencias del Tribunal de Estrasburgo. En un primer estadio, se las consideró obligatorias para mutar a una valoración acorde a como eran consideradas en algunas jurisdicciones constitucionales de Europa, donde se les confería un carácter meramente declarativo. En efecto, a partir del caso “Bulto” y de la sentencia emitida por el Tribunal de Estrasburgo¹¹⁷⁴, se inicia un proceso judicial para procurar la ejecución de la sentencia internacional en los Tribunales españoles, solicitando la nulidad de las sentencias penales condenatorias. El proceso culminó con un amparo articulado ante el Tribunal Constitucional de España. En la sentencia definitiva, el máximo órgano local sostuvo que la sentencia del tribunal EDH tenía carácter obligatorio e incuestionable¹¹⁷⁵.

Luego de aquella primera resolución, la doctrina judicial sufre una modificación sustancial y ahora el Tribunal Constitucional sostiene todo lo contrario en el caso “Ruiz Mateos” -expropiación de Rumasa-. En efecto, *a posteriori* del dictado de la sentencia del Tribunal EDH, STEDH, A.262, se promueven, en la jurisdicción española, sendos recursos de amparo ante el Tribunal Constitucional con el propósito de ejecutar las sentencias internacionales, del mismo modo que se lo hizo

¹¹⁷³ Ana GARRIGA DOMÍNGUEZ, “La controvertida eficacia directa de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: apuntes sobre el alcance de la violación del derecho a un proceso equitativo contemplado en el artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y las limitadas posibilidades de su restitución plena en el proceso español en relación con los recientes pronunciamientos del Tribunal Constitucional”, en <http://www.tiempodelosderechos.es/docs/dic10/06.pdf> (acceso 18-VI-2014), (Dir.) Susana Álvarez González.

¹¹⁷⁴ Tribunal EDH, “Barberá Messeguer y Jabardo”, A.146.

¹¹⁷⁵ STC Español, 245/1991.

en el caso “Bulto”. En la primera de las acciones se negó la ejecución de la sentencia del Tribunal de Estrasburgo alegando razones formales. El segundo reclamo se rechazó por cuestiones de fondo¹¹⁷⁶, sobre la base de la supremacía de la Constitución española cuyo intérprete último y supremo se declaró el Tribunal Constitucional, además de invocar y defender la cosa juzgada¹¹⁷⁷.

La posición asumida a partir de estos casos, dio pie a críticas duras desde la doctrina. Se llegó a decir, incluso, que la posición restrictiva que asumió, y aún conserva, el Tribunal Constitucional español para ejecutar sentencias del Tribunal de Estrasburgo, convirtió a éstas en una suerte de sentencias platónicas, de un simple reconocimiento moral para la persona afectada y que, a decir verdad, no posee eficacia alguna en el ordenamiento español¹¹⁷⁸.

Resulta evidente que el modelo español es de aquéllos que ubican a los tratados internacionales en un escenario de infraconstitucionalidad, toda vez que se exige, para su aprobación y posterior incorporación al ordenamiento local, su adecuación con a la carta constitucional. En tal sentido, sostiene el profesor Alfonso SANTIAGO que: “si se quiere aprobar un tratado internacional contrario a lo dispuesto constitucionalmente, hay que reformar previamente el texto constitucional”¹¹⁷⁹.

Para el referido autor, conforme surge de la letra de la Constitución española, se consagra de manera implícita el principio de supremacía constitucional, dado que su texto no puede ser modificado de manera tácita por la sola celebración de un tratado internacional, incluido el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Sólo puede producirse la modificación de la Constitución mediante el proceso de reforma expresamente reglado para ello en la misma ley fundamental¹¹⁸⁰.

2. Rusia

Recientemente se desató un debate en el ordenamiento jurídico ruso, a partir de la tensión creciente que generó la cantidad de condenas que el Tribunal EDH dictó contra ese país. Obviamente, la puja aquí está dada por la disputa entre las normas locales frente a las del CEDH, al punto que el poder legislativo nacional (Duma Estatal) sancionó, a mediados de diciembre de 2015, un proyecto de ley para otorgarle, a la Corte Constitucional Rusa, facultades para sostener la constitucionalidad y consiguiente validez de una ley que fuera declarada contraria al Convenio Europeo, por el Tribunal EDH. La nueva ley prevé que, a la hora de decidir sobre el cumplimiento de este tipo de sentencias de la Corte de Estrasburgo, el Tribunal Constitucional ruso debe guiarse por el principio de primacía normativa de la Constitución de Rusia. Conforme surge de la iniciativa parlamentaria, la disposición

¹¹⁷⁶ Providencias del 31 de enero de 1994 recaídas sobre los recursos 2291/93 y 2292/93.

¹¹⁷⁷ Véase Miguel Carlos RUIZ, *La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, 1997, *passim*.

¹¹⁷⁸ Véase Ana GARRIGA DOMÍNGUEZ, “La controvertida eficacia...”, *ob. cit.*, p. 28.

¹¹⁷⁹ Alfonso SANTIAGO, “¿Desobediencia debida? ¿Quién tiene...”, *ob. cit.*, p. 18.

¹¹⁸⁰ Véase *Ibidem*.

que es declarada inconvencional, no obstante, podría resultar válida en el ordenamiento ruso. En estos casos el Ejecutivo ruso puede solicitarle al Corte Constitucional que se pronuncie sobre si aquella sentencia se ajusta, o no, a la Constitución de Rusia. De esta manera, si la Corte Constitucional declara la inconstitucionalidad de la sentencia del Tribunal EDH, el Estado no estaría obligado a cambiar la norma impugnada por la jurisdicción internacional y, menos aun, estaría obligado a obedecer la sentencia internacional¹¹⁸¹. Esta norma promueve un intercambio de ideas, un diálogo jurídico-político, que pone en el centro de la discusión la necesidad de fortalecer el principio de soberanía, de supremacía y de primacía normativa del texto Constitucional Ruso en ese ordenamiento jurídico. Este fenómeno se está dando en otros países del sistema como en el Reino Unido y España¹¹⁸².

El precedente en el cual, por primera vez, el Tribunal EDH y la Corte Constitucional Rusa -Corte CRu- entran en conflicto, data del año 2010. En efecto, el órgano internacional dictó sentencia en el caso “Kostantin Markin vs. Russia” el 7 de octubre de 2010. Determinó que una norma de derecho interno ruso, que prohibía darle licencia a los miembros del ejercito de sexo masculino por nacimiento de un hijo, a diferencia del personal militar femenino (quienes gozan de este derecho), resultaba discriminatoria conforme lo establecido por los artículos 8 y 14 del CEDH¹¹⁸³.

En el caso bajo estudio, el actor inició una acción concurrente ante la Corte CRu, atacando las normas locales por resultar contrarias a la Constitución rusa que, desde luego, también prohíben la discriminación. No obstante, el tribunal nacional sostuvo que las disposiciones cuestionadas por Markin, relativas a las inexistencia de licencias para miembros masculinos de las Fuerzas Armadas rusas ante el nacimiento de un hijo, eran compatibles con la Constitución rusa. Para ello afirmó el tribunal local, refiriéndose a la esencia del servicio militar como:

“un tipo especial de servicio público que asegura la defensa del país y la seguridad del Estado y que es, por lo tanto de interés público. Las personas en servicio militar ejercen funciones constitucionalmente importantes y en consecuencia poseen una condición jurídica especial basada en la necesidad de que un ciudadano de la Federación rusa cumpla con su deber y obligación a fin de proteger a la Patria [...]

En virtud del artículo 11.13 [de Servicio Militar Obligatorio] la licencia por nacimiento de un hijo se otorga al personal militar femenino de conformidad con el procedimiento especificado en las leyes y normativas federales de la Federación rusa.

Hay otra disposición similar en el artículo 32.2 del Reglamento sobre servicio militar, que también establece que una mujer en servicio militar mantiene su posición y rango militar durante su licencia por maternidad [...]

La legislación vigente no reconoce a los hombres en servicio militar el derecho a tres años de licencia por nacimiento de un hijo. Es así que a los hombres militares bajo contrato se les prohíbe combinar el desempeño de sus obligaciones militares con la licencia por paternidad. Dicha prohibición se basa, en primer lugar, en la condición jurídica especial de los militares y, en segundo lugar, en los fines constitucionalmente importantes que justifican limitar los derechos humanos y las libertades en relación con la necesidad de crear condiciones

¹¹⁸¹ Véase <https://www.efe.com/efe/espana/portada/putin-promulga-la-ley-que-permite-a-rusia-incumplir-las-sentencias-de-estrasburgo/10010-2790267> (acceso 29-VII-2019).

¹¹⁸² Véase, María ISSAEVA, Irina SERGEEVA, María SUCHKOVA, “Ejecución de las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Rusia: Desarrollos Recientes y Desafíos Actuales”, <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r29253.pdf> (acceso 15-VIII-2015).

¹¹⁸³ Véase European Court Human Rights, 2010d, “Kostantin Markin vs. Russia”.

adecuadas para una actividad profesional eficiente de los militares que desempeñan sus tareas en defensa de la Patria”¹¹⁸⁴.

Luego el Tribunal EDH sostuvo, al abordar las medidas generales en el caso “Markin”:

“67. Ha sido práctica habitual del Tribunal, al detectar una falencia en el sistema jurídico nacional, identificar su origen con el fin de asistir a los Estados contratantes en la búsqueda de una solución adecuada y al Comité de Ministros en la supervisión de la ejecución de las sentencias [...] Tomando en consideración el problema que revela el presente caso, la opinión del Tribunal es que sería conveniente la adopción de medidas generales a nivel nacional para asegurar la protección efectiva contra la discriminación de conformidad con las garantías previstas por el artículo 14 del Convenio conjuntamente con el artículo 8. En este sentido, el Tribunal recomendaría que el Gobierno demandado adopte medidas, bajo la supervisión del Comité de Ministros, tendientes a modificar el artículo 11.13 de la Ley de Servicio Militar y el Reglamento de servicio militar, sancionados por el Decreto Presidencial número 1237 del 16 de septiembre de 1999, con la finalidad de dar cumplimiento a la presente sentencia y poner fin a la discriminación contra los militares hombres en lo atinente al derecho a la licencia por nacimiento de un hijo”¹¹⁸⁵.

La sentencia del Tribunal EDH tuvo amplia repercusión entre las autoridades de la Federación rusa. Puntualmente el presidente de la Corte CRu, el juez Zorkin, inició un debate en el que marcó los límites de la flexibilidad de la Federación rusa, en el régimen internacional, al referirse extensamente sobre la supremacía constitucional y, consecuentemente, respecto de la superioridad de las sentencias del Tribunal ruso por sobre otra de cualquier órgano del sistema europeo¹¹⁸⁶. Específicamente refirió que: “el Tribunal de Estrasburgo, es competente para señalar a los países errores en su legislación, pero cuando las sentencias del Tribunal EDH están en directa contradicción con la Constitución rusa, el país debe seguir los intereses nacionales”¹¹⁸⁷.

Medvedev, el presidente ruso señaló, reforzando lo expuesto por Zorkin, que Rusia jamás delegó en modo alguno una parte de su soberanía, por ello, ningún tribunal internacional podría adoptar decisiones que reformen la legislación local¹¹⁸⁸.

La Constitución rusa dispone, en el artículo 15, respecto al orden de prelación de normas que: “15.1 La Constitución tiene fuerza jurídica suprema y efecto directo, y se aplica a todo el territorio de la Federación Rusa. Las leyes y otras disposiciones legales adoptadas por la Federación Rusa no podrán infringir la Constitución.

15.2 Los órganos del poder estatal y auto-gobiernos locales, funcionarios, ciudadanos y sus asociaciones deben cumplir con las leyes y la Constitución.

[...]

15.4 Los principios y normas comúnmente reconocidos del derecho internacional y los tratados internacionales de la Federación Rusa son parte integrante de su sistema jurídico. Si un tratado internacional de la Federación Rusa establece reglas distintas de aquellas establecidas por la ley, prevalecerán las reglas del tratado”.

¹¹⁸⁴ Corte CRu, Russia 2009a.

¹¹⁸⁵ European Court Human Rights, 2010d, “Kostantin Markin vs. Russia”.

¹¹⁸⁶ Véase, María ISSAEVA, Irina SERGEEVA, María SUCHKOVA, “Ejecución de las Sentencias...”, ob. cit. <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r29253.pdf> (acceso 15-VIII-2015).

¹¹⁸⁷ *Ibidem*.

¹¹⁸⁸ Véase *ibidem*.

Recientemente, Rusia desoyó, de manera abierta, “las condenas de la Corte EDH acerca de la prohibición de las marchas del orgullo gay en su territorio, que continúan siendo prohibidas por la legislación de las distintas regiones de este país”¹¹⁸⁹. Al respecto el Tribunal Constitucional ruso, no acató varias sentencias condenatorias del Tribunal EDH, y opinó que la “prohibición de la propaganda homosexual está justificada por el riesgo de crear una impresión deformada de equivalencia entre las relaciones de pareja tradicionales y las no tradicionales”¹¹⁹⁰ y orientar así a los niños hacia relaciones homosexuales. La Corte de Estrasburgo le contestó que tal postura resulta “incompatible con los valores de igualdad, pluralismo y tolerancia de una sociedad democrática”¹¹⁹¹

3. Reino Unido

La judicatura británica recibió, en 1998, un importante instrumento conocido como la Ley de Derechos Humanos, que consistió, ni más ni menos, en la incorporación al ordenamiento nacional del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Jack Straw Lord Canciller y Ministro de Justicia, comentó que el proyecto de ley conservaba “la posición fundamental establecida en nuestra Constitución: la soberanía del Parlamento [...] es una de las profundas fortalezas de nuestro sistema”¹¹⁹². La Ley comenzó a funcionar en octubre de 2000.

En rigor, la Ley de Derechos Humanos ofrece una competencia con mayores limitaciones a los tribunales británicos. El artículo 2 exige que los órganos jurisdiccionales tengan en cuenta la jurisprudencia del Tribunal EDH al resolver las causas vinculadas a derechos reconocidos en el CEDH. Por otro lado, el artículo 3 dispone que la legislación ordinaria resulte “en la medida de lo posible” interpretada de modo que sea compatible con los derechos del Convenio Europeo. Si ello no es posible, la Corte puede generar una declaración explicando que la norma local resulta incompatible con el Convenio¹¹⁹³. Lo llamativo del sistema británico es que la ley, contraria a la Convención, no se inaplica o declara nula, dado que la declaración de incompatibilidad no afecta la “validez, el funcionamiento o la ejecución” de la ley¹¹⁹⁴, ni obliga de modo alguno a las partes frente al Tribunal¹¹⁹⁵. En estos casos, se prevé un procedimiento que permite al Parlamento acelerar un proyecto de ley de modificación de la disposición contraria al CEDH¹¹⁹⁶.

La Ley de Derechos Humanos determina que es ilegal para las dependencias públicas británicas comportarse de un modo incompatible con los derechos del CEDH, salvo que se encuentre obligado a hacerlo por la legislación ordinaria que lo compele a

¹¹⁸⁹ Alfonso SANTIAGO, “¿Desobediencia debida? ¿Quién tiene...”, ob. cit., p. 10.

¹¹⁹⁰ https://www.elconfidencial.com/mundo/2017-06-27/rusia-homosexuales-igtb-putin-tribunal-europeo-derechos-humanos_1405424/ (acceso 29-VII, 2019).

¹¹⁹¹ *Ibidem*.

¹¹⁹² *House of Commons* (HC), Deb. Vol. 317 col. 1300.

¹¹⁹³ Sección 4, Ley de Derechos Humanos de 1998.

¹¹⁹⁴ *Ibidem*, sección 4 (a).

¹¹⁹⁵ *Ibidem*, sección 4 (b).

¹¹⁹⁶ *Ibidem*, sección 10.

obrar de esa manera¹¹⁹⁷. A modo de resumen, téngase presente lo expuesto por GEARTY, para quien la Ley de Derechos Humanos es el dispositivo perfecto para viabilizar la inspección judicial de la legislación ordinaria del Reino Unido, al tiempo que reserva la última palabra para el propio Parlamento¹¹⁹⁸. La supremacía del parlamento británico se conserva a costa de la creación de recursos inmediatos a ejercer en el derecho doméstico.

La relación del Reino Unido con el Tribunal de Estrasburgo a partir del precedente “Hirts” es lo más parecido a un diálogo de sordos. Cabe recordar, que Hirts fue un preso con una larga historia vinculada al delito. Comenzó con robos, hurtos, incendio y engaño hasta que, finalmente, cometió un homicidio y fue condenado a cadena perpetua en el Reino Unido. Consecuentemente, se vio impedido de ejercer el derecho a elegir a sus representantes a través del voto. El impedimento lo afectó para sufragar tanto en las elecciones locales como en las parlamentarias, de conformidad con lo establecido en la sección 3 de la ley de representación popular de 1983.

Hirts llevó el caso a la justicia nacional donde, en abril de 2001, el Lord Justice Kennedy del Tribunal Supremo del Reino Unido, basado en la larga historia de la sección 3, dispuso rechazar la pretensión del condenado tendiente a confrontar las disposiciones nacionales con el CEDH. En un primer estadio, la Sala del Tribunal EDH determinó que la norma nacional era desproporcionada y contraria al Convenio, fundamentalmente, al ser de aplicación automática y no tener en cuenta la extensión de la pena ni la gravedad del delito. Luego, el caso fue tratado por la Gran Sala del Tribunal y consideró a la norma interna contraria al artículo 3 del Protocolo I del CEDH.

No obstante, de acuerdo con el CEDH, cada país signatario puede decidir qué delitos justifican impedir a un ciudadano condenado ejercer su derecho a votar. Hasta la fecha, tanto el Parlamento como los jueces locales se negaron a aplicar esta condena dictada por el órgano internacional y no modificaron la legislación nacional, ni se habilitaron judicialmente a las personas privadas de su libertad en ningún caso, ello pese a la insistencia del Tribunal EDH¹¹⁹⁹.

Respecto de este interesante pronunciamiento, opina HOWARD que:

“ha habido un número de casos en los que los jueces del Reino Unido, incluida la Corte Suprema, tras un análisis cuidadoso y detallado de los derechos de la Convención, se han pronunciado en desacuerdo con el Tribunal EDH, interpretando de forma diferente el texto de la Convención. Ejemplo de ello son los supuestos sobre las bases de datos de perfiles de ADN en manos de la policía, la política de detenciones y cacheos aleatorios en el contexto de la lucha contra el terrorismo, y los casos sobre el voto de los reclusos [mencionado más arriba]. Hay también tensiones relativas al derecho a un juicio justo, temas tales como el derecho a guardar silencio, y el uso de testimonios por referencia. Si estos asuntos vuelven entonces a los tribunales del Reino Unido, los casos ulteriores deberán ser decididos a la luz del enfoque de Estrasburgo, lo que en ocasiones se hace con judicial renuencia”¹²⁰⁰.

¹¹⁹⁷ *Ibidem*, sección 6.

¹¹⁹⁸ Véase C. A. GEARTY, “Can Human Rights Survive?”, *The Hamlyn Lectures 2005*, Cambridge University Press, London, 2006, *passim*.

¹¹⁹⁹ Véase Tribunal EDH, “Greens vs. United Kingdom”, 53 EHRR, 21 2011.

¹²⁰⁰ Howard DAVIS, “La ley de derechos humanos bajo amenazas. El desafío a la ley de derechos humanos en el Reino Unido”, disponible en http://www.ugr.es/-redce/REDCE23/articulos/05_DAVIS.HTM (acceso el 4-III-2017), citado por Alfonso SANTIAGO, “¿Desobediencia debida? ¿Quién tiene..., ob. cit., p. 9.

4. Alemania

En el año 1985, surge un primer precedente en el que los órganos jurisdiccionales nacionales de Alemania se opusieron a acatar una sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Es el caso “Pakelli-Beschlub”, resolución dictada el 11 de octubre de ese año por el Tribunal Constitucional alemán -TCAlem-. Se trató de una temática que, con el paso del tiempo, se convertiría en vital para la relación entre el CEDH y la interpretación que de él efectúa el alto estrado de Europa con el derecho interno de los Estados parte. En el mismo se discutía la reapertura de un proceso penal luego de que los magistrados del Tribunal EDH verificaran la transgresión del artículo 6 del CEDH. El Tribunal de Karlsruhe delineó y fijó los límites subjetivos, objetivos y temporales de un pronunciamiento de la Corte Europea de Derechos Humanos, excluyendo la obligación de reabrir procedimientos penales que pasaron en autoridad de cosa juzgada, al no existir, en el ordenamiento nacional, un proceso previsto para el caso como el aquí tratado, similar a lo que ocurrieran en Italia en el precedente “Dorigo”. Recién en 1998, el remedio, al que hiciera referencia el Tribunal Constitucional alemán, es incorporado a instancias del legislador nacional en el Código Procesal penal germano.

En Alemania, el parágrafo 359 apartado 6 de la Ordenanza Procesal Penal (en adelante OPP) permite la revisión, en favor del condenado, de un proceso terminado con sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada. Ello cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos verifica una violación del CEDH o de sus protocolos y la sentencia nacional se apoya en esa violación. Sólo la revisión de la sentencia condenatoria resulta admisible con base en esta causal. En efecto, el artículo 362 OPP no incluye esta hipótesis entre los casos de revisión de la sentencia absolutoria.

Por otra parte, no procede la revisión de una sentencia definitiva no penal requerida a instancia de una sentencia del Tribunal EDH dictada *a posteriori*. Ello así, dado que el Tribunal Federal Constitucional alemán confirmó este punto de vista en la sentencia del 14 de octubre de 2004¹²⁰¹. En esa misma decisión, por otra parte, el alto estrado germano aclaró cuál es la verdadera naturaleza de las sentencias del Tribunal EDH y negó cualquier eficacia casatoria: “...el Tribunal [EDH] emite una sentencia de constatación; con la decisión determina que el Estado parte en cuestión -en relación con el objeto procesal concreto- ha respetado la Convención o la ha contradicho; por el contrario, no emite una decisión casatoria, que directamente revocaría la medida cuestionada del Estado parte”¹²⁰².

De esta situación se ocuparon las diversas instituciones del Consejo de Europa, que con carácter previo al inicio del Proceso de Interlaken, evaluaron la cuestión de la ejecución de las sentencias del Tribunal EDH. Así, verbigracia, tanto de la Recomendación del Comité de Ministros, como la Resolución 1226 (2000), de la Asamblea Parlamentaria, incorporaron, entre las más destacadas recomendaciones a

¹²⁰¹ Véase Sentencia del Tribunal Constitucional Alemán, Segundo Senado, sentencia BvR 1481/04.

¹²⁰² *Ibidem*.

los Estados signatarios del Convenio de Roma, la previsión legislativa de remedios para revisar procedimientos internos¹²⁰³.

En cualquier caso, la ausencia de un proceso adecuado para otorgar plena eficacia interna a las sentencias del Tribunal de Estrasburgo fue uno de los principales desafíos a enfrentar, de cara a imaginar soluciones razonables y apropiadas para el logro de aquellos cometidos. La ejecución y revisión de sentencias han sido, también, consideradas como áreas de especial relevancia para la viabilidad del sistema de protección europeo a largo plazo. Especial espacio se le dedicó a la cuestión en el *Report on the Longer-Term Future of the System of the European Convention on Human Rights* (Comité Director de Derechos Humanos, 2015b)¹²⁰⁴.

Otro caso que muestra un marcado conflicto, entre los órganos de las instancias nacionales e internacionales, ocurre en Alemania en el año 2004. En efecto, esto sucede precisamente con motivo de una sentencia del Tribunal Constitucional alemán, dictada el 14 de octubre de aquel año, donde se relativizó el efecto de una sentencia del Tribunal EDH.

El caso se relacionaba con la entrega en adopción de un menor por parte de su madre, sin que el progenitor prestara su consentimiento, aun cuando el último no había reconocido su paternidad respecto del adoptado. El padre se opuso e impugnó, sin resultado satisfactorio en el ámbito nacional, la entrega del menor en adopción. Distinta suerte corrió el planteo ante la Corte de Estrasburgo. No obstante, cuando se dispuso a hacer valer lo decidido en el ámbito local, los tribunales germanos rechazaron la petición indicando que, el cumplimiento de la sentencia internacional, implicaba transgredir expresas garantías tuteladas constitucionalmente.

A su turno, el Tribunal Constitucional expuso que, si bien era cierto que las normas internacionales forman parte del derecho interno de Alemania, no era menos cierto que esas disposiciones no gozaban de jerarquía constitucional. En rigor, las sentencias de los tribunales internacionales, como las del alto estrado de Estrasburgo, deben ejecutarse por intermedio de los tribunales locales de Alemania, en tanto y en cuanto, su cumplimiento no constituya una transgresión a las normas constitucionales germanas. Además, de resultar necesario para permitir la ejecución de la sentencia internacional en el ámbito del derecho interno, se deben efectuar las adaptaciones que fueran menester para adecuar el veredicto del Tribunal EDH a los criterios y normas fundamentales del Estado alemán. Generalmente, explica HARTWING, ello sucede cuando se dirimen conflictos de interés no entre un Estado y sus habitantes, sino, como en el caso de la adopción referida, entre los intereses individuales de los habitantes de Alemania¹²⁰⁵.

Señala el profesor SANTIAGO que, también, el Tribunal Constitucional germano acogió la doctrina de la identidad constitucional nacional y expresó, en la sentencia

¹²⁰³ Con posterioridad, el Comité de Ministros ha dedicado muchos otros documentos a la materia como, por ejemplo, su “Recomendación” sobre la eficacia de la capacidad doméstica para la rápida ejecución de las sentencias del Tribunal EDH (CM/Rec 2008).

¹²⁰⁴ Véase DH-GDR(2015)R8, 29 May 2015. Estas contribuciones se encuentran disponibles en la siguiente dirección electrónica: <http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cddh/reformechr/Reopening-en.asp> (acceso el 10-II-2017).

¹²⁰⁵ Véase Matthias HARTWING, “Much do about Human Rigths: The Federal Constitutional Court Confronts the European Court of Human Rigths” *German Low Journal*, volumen 06, número 05, p. 869 (citado por Alfonso SANTIAGO, “¿Desobediencia debida? ¿Quién tiene..., ob. cit., p. 9).

Solange I de 1974¹²⁰⁶ y Solange II¹²⁰⁷ del año 1986, que el artículo 24 de la Constitución alemana, vinculado a la transferencia de competencias a organismos internacionales en un escenario de supranacionalidad, “no permite que ‘la estructura fundamental de la Constitución que le confiere su identidad sea modificada sin revisión constitucional’. Estos principios fueron confirmados por el tribunal constitucional alemán cuando en el año 2009 tuvo que pronunciarse acerca de la constitucionalidad del Tratado de Lisboa, constitutivo de la Unión Europea”¹²⁰⁸.

Conforme lo expusiera Cano MONTEJANO, en idéntico sentido, “no se puede renunciar a la soberanía en el núcleo duro de la estructura constitucional, porque de otro modo se vaciaría de contenido la configuración del Estado mismo”¹²⁰⁹. Además, agrega el autor, que no cabe el menor atisbo de duda que, al recomendar el Tribunal de Karlsruhe la articulación de un recurso tendiente a promover una acción de inconstitucionalidad, con el propósito de verificar la adecuación de lo decidido al texto constitucional germano, respecto de lo que hubieran resuelto los jueces de Luxemburgo, no admite otra hermenéutica de que el Tribunal Constitucional alemán no renunciaba a su posicionamiento como última instancia para juzgar qué derecho aplicar en el territorio alemán. Ya sea que la disposición que motiva el entuerto la hubiese dictado el legislador germano o una institución de carácter internacional¹²¹⁰.

A modo de conclusión, se puede afirmar que en el ordenamiento jurídico Alemán, el CEDH, tiene el rango de un tratado internacional que se incorpora al derecho doméstico con la jerarquía de una ley ordinaria¹²¹¹. El Tribunal Constitucional Federal alemán se negó a considerar el CEDH como base directa para la revisión de la Constitución alemana al afirmar que: “Una queja individual no puede estar basada tan solo en la denuncia de violación de un derecho otorgado por la Convención”¹²¹². Aquellos doctrinarios partidarios de la asignación de una jerarquía superior de la Convención respecto a las leyes ordinarias no predominaron en Alemania¹²¹³. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional determinó, no obstante, una práctica en virtud de la cual los derechos fundamentales garantizados por la Constitución alemana se complementan con una interpretación conforme con el correspondiente derecho otorgado por el Convenio Europeo de Derechos Humanos¹²¹⁴. Entonces, se podría

¹²⁰⁶ Tribunal Constitucional Alemán, BVerfGE 37, p. 271, citado por Alfonso SANTIAGO, “¿Desobediencia debida? ¿Quién tiene..., ob. cit., p. 9).

¹²⁰⁷ *Idem*, BVerfGE 73, p. 339, citado por Alfonso SANTIAGO, “¿Desobediencia debida? ¿Quién tiene..., ob. cit., p. 9).

¹²⁰⁸ Alfonso SANTIAGO, “¿Desobediencia debida? ¿Quién tiene..., ob. cit., p. 9.

¹²⁰⁹ José Carlos CANO MONEJANO, “La integración europea desde el Tribunal Constitucional Alemán”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, p. 59.

¹²¹⁰ Véase *ibidem*, p. 63.

¹²¹¹ Véase T. GIEGERICH, “ECHR range and effects in the legal systems of the Member States”, en: R. Grote, T. Maruhn, EMRK/GG *Comentarios, European and German protection of fundamental rights*, Mohr Siebeck, 2006, p. 82.

¹²¹² Tribunal Constitucional Federal Alemán, BVerfGE 10, 271 -274-, 74, 102 -128-; Tribunal Constitucional Federal Alemán BVerfG 5.5.2003 2 BvR 2042/02, parágrafo 5.

¹²¹³ Véase T. GIEGERICH, “ECHR range and effects in the legal..., ob. cit., p. 84.

¹²¹⁴ Véase con provecho, Tribunal Constitucional Federal Alemán, BVerfG 6. Mayo 1997 - I BVR 711/96 NJW 1997, 2811-2812 o Tribunal Constitucional Federal Alemán, BVerfG 2-9-2009 1 BVR 3171/08 sobre el derecho a una decisión en un plazo razonable (el Tribunal Constitucional Federal Alemán cita jurisprudencia del Tribunal EDH en relación al artículo 6 del CEDH en su razonamiento sobre la interpretación del principio interno del debido proceso o “Imperio de la Ley” de conformidad con el artículo 20, párrafo 3 GG).

afirmar que el Convenio ganó cierta influencia cuasi-constitucional a propósito de la aplicación de la mayor parte de los derechos fundamentales de la Constitución germana¹²¹⁵. En rigor de verdad, ello no es así dado que este criterio llega a su límite cuando la ley nacional, sea ordinaria o constitucional, apunta a un resultado diferente o proporciona una indicación contraria¹²¹⁶.

5. Italia

Una cuestión particular que surge en Europa, en relación a las sentencias del Tribunal EDH, radica en el modo en que éstas se hacen ejecutorias dentro de los Estados partes. En este sentido, muchos países miembros de el CEDH ostentaron claras reticencias a la hora de hacer ejecutorias las sentencias del Tribunal EDH. Expresa SANTIAGO que la Corte Constitucional italiana desarrolló, a partir de 1973, la doctrina conocida como de la identidad constitucional italiana¹²¹⁷. En virtud de ella, la carta constitucional funciona como límite a las normas y decisiones comunitarias y convencionales. De ahí que, en el precedente “Frontini”, sostuvo que los órganos comunitarios no podían disponer “del poder inadmisibles al violar los principios fundamentales de nuestro ordenamiento constitucional o de los derechos inalienables de la persona humana”¹²¹⁸.

Expone el mentado autor que: “se trata de una construcción jurisprudencial, análoga a lo que dispone el artículo 27 de nuestra CN, que establece una zona de reserva constitucional y limita en supuestos muy excepcionales la aplicación del derecho internacional, comunitario o convencional, cuando de ello se deriva una afectación grave de los principios fundamentales del orden constitucional italiano”¹²¹⁹.

También es dable hacer mención al paso radical, que en este sentido, dio la Corte Costituzionale italiana en su Sentencia 11 de noviembre de 2001 en el caso “Dorigo”. Paolo Dorigo fue condenado, mediante sentencia de la Corte d’Assise de Udine del 3 de octubre de 1994, a una pena de trece años y seis meses de reclusión por los delitos de asociación con fines de terrorismo, encubrimiento, banda armada, detención y porte ilegal de armas, atentado terrorista y robo agravado. Después de la confirmación de la Corte d’Assise de Trieste y el rechazo del recurso por parte de la Corte de Casación, la sentencia se hizo irrevocable el 27 de marzo de 1996. Dorigo presentó un recurso ante la Comisión Europea de Derechos Humanos, de conformidad con el entonces vigente artículo 25 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, invocando la violación del artículo 6 *ejusdem*.

¹²¹⁵ Véase Christoph GRABENWARTER, *European Convention on Human Rights*, cuarta edición, CH. Beck, Manz, 2009, p. 19.

¹²¹⁶ Tribunal Constitucional Federal Alemán, TBVerfGE III, 307 (329) (“Görgülü”).

¹²¹⁷ Véase Alfonso SANTIAGO, “¿Desobediencia debida? ¿Quién tiene...”, ob. cit., p. 8.

¹²¹⁸ Corte Constitucional Italiana, sentencia 183/73 dictada el 18 de diciembre de 1973, citado por Alfonso SANTIAGO, “¿Desobediencia debida? ¿Quién tiene...”, ob. cit., p. 8).

¹²¹⁹ Alfonso SANTIAGO, “¿Desobediencia debida? ¿Quién tiene...”, ob. cit., pp. 8-9.

El 9 de septiembre de 1998 la Comisión Europea formuló un informe en el que estableció la falta de equidad del proceso que había llevado a la condena del recurrente por violación del artículo 6.1 letra d) del Convenio: los jueces italianos habían utilizado como prueba determinante para la sentencia de condena las declaraciones realizadas en el curso de las investigaciones preliminares por tres coimputados, los cuales durante el debate se habían valido de la facultad de no responder.

En la ResDH2004 el Comité invitó al gobierno italiano a introducir, lo antes posible, medidas para remover las consecuencias negativas de la violación constatada en el caso procesal de Dorigo. Análogamente, con la ResDH2005 el Consejo de Europa, después de haber censurado el comportamiento de las autoridades italianas que, tras seis años de condena, no habían removido las consecuencias de la violación del derecho en la forma de *restitutio in integrum*, reclamó “la obligación de todas las autoridades involucradas” de asegurar la adopción de una legislación que autorizara a reexaminar el caso “Dorigo” a nivel nacional, de conformidad con el CEDH.

Teniendo en cuenta la situación, el Ministerio Público de Udine decidió instar al juez de ejecución a fin de obtener una declaratoria de ilegitimidad de la detención de Dorigo. Al rechazar la solicitud de la Fiscalía, la Corte d'Assise de Udine observó que la investigación confiada al juez de ejecución, de conformidad con el artículo 670 CPP, se limita al control de la existencia de un título ejecutivo válido, a la vez que quedan precluidas tanto la relevancia de las eventuales nulidades verificadas en el juicio de conocimiento, como las evaluaciones concernientes al mérito del mismo. En consecuencia, debe prevalecer la sentencia penal a pesar de ser fruto de un proceso considerado “no equitativo” por la Corte Europea por razones inherentes al procedimiento de formación de la prueba y a la lesión del derecho de la persona acusada de “interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo” de conformidad con lo previsto en el artículo 6.3 letra d) del Convenio.

Según el juez de ejecución, la solicitud del Ministerio Público halla un obstáculo en el hecho de que, en el ordenamiento, no está previsto un remedio para la renovación del proceso considerado no equitativo por la Corte Europea, por lo cual, la liberación de Dorigo habría determinado la posibilidad de una sentencia de condena suspendida *sine die*, sin que ninguna autoridad pudiera decidir su destino. En lo concerniente a la voluntad de promover un juicio de revisión a favor del condenado, la posibilidad de suspensión de la ejecución de la pena, prevista por el artículo 635 CPP, hacía incomprensible la necesidad de dos procedimientos -uno de ejecución y otro de revisión- diferentes en sus presupuestos y en su finalidad. En otras palabras, la *ratio decidendi* de la ordenanza de la Corte d'Assise de Udine se fundó esencialmente en la prevalencia de la sentencia nacional sobre la decisión de la Corte Europea, en razón de un doble argumento: por un lado, la sentencia de los jueces de Estrasburgo no puede tener incidencia resolutoria sobre la validez de la primera ni sobre la eficacia del título ejecutivo y, por el otro, el ordenamiento nacional brinda el remedio de la renovación del proceso, mediante el artículo 175.2 CPP, únicamente en lo que respecta a los procesos de contumacia y no a los casos en los que la “no equidad” del proceso surja de la violación del artículo 6.3 letra d) de la Convención.

Sin perjuicio de lo expuesto, en el caso analizado la Corte Constitucional decidió seguir un enfoque basado en la fuente de la ley y, para eso, sostuvo la existencia de una jerarquía de fuentes del derecho según la cual todos los tratados internacionales, incluido el CEDH, ocupan un rango que los ubica un escalón superior a esa jerarquía. Ya no tienen el mismo nivel que las leyes ordinarias, sino que, como la Corte Constitucional -CCI- explicó: “están en un grado subordinado a la Constitución,

pero a la vez en un grado intermedio entre la Constitución y el *status* ordinario¹²²⁰. Esta postura de la Corte Constitucional se aplica a todos los tratados internacionales ratificados por Italia. Desde luego, sujeto a que los instrumentos internacionales no estén en conflicto con la Constitución, pueden habilitar la declaración de nulidad por parte de la CCI de todas las leyes ordinarias sancionadas con posterioridad que entren en conflicto con aquellos tratados.

La circunstancia, de que el CEDH se le otorgue un valor mayor que a las leyes ordinarias en la jerarquía de las fuentes del derecho italiano, no significa que éste ocupe un rango jerárquico igual al de la Constitución. Por el contrario, la Corte Constitucional italiana afirmó que el estatus del CEDH es intermedio, entre la ley ordinaria y la Constitución¹²²¹.

Más adelante, la CCI, en noviembre de 2009, viene a consolidar la soberanía nacional, como ícono de la resistencia ante el exceso en el que incurren, a su criterio, las instituciones europeas, al invadir esferas de competencias de los órganos jurisdiccionales italianos. Al mismo tiempo, la Corte Constitucional italiana destaca la superlativa importancia de las constituciones nacionales, pese a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa a principios de diciembre de 2009. En efecto, en la *sentenza* número 311 de 2009, el alto órgano nacional dispuso que, cuando las sentencias del Tribunal EDH entran en conflicto con las disposiciones de la Constitución italiana, dichas resoluciones son ilegítimas.

Es posible ver, en este pronunciamiento de la CCI, cómo se reafirma que la Constitución italiana es la disposición normativa de mayor jerarquía y de la cual surge la última palabra frente a las decisiones de los organismos internacionales. Puede observarse en esa resolución, cómo el Tribunal Constitucional italiano fija un límite similar al establecido por la Corte Suprema Norteamericana en el año 2008, cuando rechazó una directiva del Tribunal Internacional de la Haya, al concebirla como incompatible con la Constitución de Filadelfia de 1787.

Además, ratificando lo anteriormente expuesto, en relación al rango suprallegal e infraconstitucional del CEDH, la CCI distingue claramente a otros instrumentos que son “normas del derecho internacional generalmente reconocidos”, refiriéndose a las normas internacionales de carácter consuetudinario (*ius cogens*) que sí se incorporan, inmediatamente y de manera automática, al ordenamiento jurídico italiano, conforme lo establece el artículo 10 de la Constitución italiana. En cambio, insiste el alto estrado que las normas contenidas en los tratados internacionales de derechos humanos, como el Convenio Europeo de Derechos Humanos, están siempre subordinadas a la Constitución italiana¹²²². Por ello, entre otras razones, regla de la jerarquía mediante, las resoluciones del Tribunal de Estrasburgo, no tienen entidad para dejar sin efecto sentencias dictadas por la Corte Constitucional Italiana.

¹²²⁰ Corte Constitucional Italiana, sentencia número 348/2007, párrafo 4.

¹²²¹ Véase Ronald Joaquín GANTIER PÉREZ, “La Efectiva Aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos”, en https://uvadoc.uva.es/bitstream/10324/16851/1/TFM-D_0056.pdf (acceso, 21-IV-2017), p. 51.

¹²²² Véase CCI, *sentenza* 311, noviembre de 2009.

6. Estados Unidos de Norteamérica

Estados Unidos de Norteamérica es un país en el que se puede observar claramente la ausencia de armonización alguna entre el derecho norteamericano y el internacional. Tampoco se podrán hallar casos de aceptación o cooperación, de las instancias estatales, respecto de los pronunciamientos que dictan los órganos internacionales de derechos humanos¹²²³. Es sabido, que existen ciertas diferencias que separan al sistema americano del argentino, respecto de cómo se insertan los tratados internacionales al ordenamiento jurídico local, básicamente considerando su posición frente a la ley. En el caso argentino, luego de la reforma constitucional de 1994, no cabe duda que las disposiciones internacionales poseen jerarquía superior a las leyes, en cambio, en Estados Unidos tienen el mismo rango y rige el principio de temporalidad, en virtud del cual prevalece la norma posterior frente a la anterior. Aunque, en ambos ordenamientos, la Constitución está siempre por encima de los tratados internacionales¹²²⁴.

Vinculado a este aspecto sostiene SCHWARTZ que la facultad de celebrar tratados internacionales es muy amplia en Estados Unidos, no obstante, “no puede ser interpretada de manera tal que permita la destrucción de la Ley Fundamental. Un poder otorgado por la propia Constitución no puede entenderse como que autoriza la violación de ese instrumento”¹²²⁵.

La Corte norteamericana, conforme indican GARCÍA MANSILLA y PÉREZ CALVO¹²²⁶, participa de la idea de que ese poder no “puede extenderse tanto como para autorizar lo que la Constitución prohíbe”¹²²⁷. Luego en el precedente “Reid vs. Covert”¹²²⁸ la Corte indicó que: “ningún tratado puede conferir al Congreso, o a cualquier otra rama del gobierno, un poder tal que los libere de los límites de la Constitución”¹²²⁹ y por ello sentenció que un tratado celebrado en transgresión a la carta constitucional no era válido¹²³⁰. Con anterioridad, en el caso “The Cherokee Tobacco”¹²³¹, la Corte sostuvo a través del voto del juez SWAYNE que: “un tratado no puede modificar la Constitución o ser declarado válido si se firmó en violación a ese instrumento. Ello resulta de la naturaleza y principios fundamentales de nuestra forma de gobierno”¹²³².

A modo de ejemplo, se puede citar la sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso “Medellín”, dictada el 25 de marzo de 2008. El caso

¹²²³ Véase Alfonso SANTIAGO, “¿Desobediencia debida? ¿Quién tiene...”, ob. cit., p. 10.

¹²²⁴ Véase en relación al orden jerárquico norteamericano Erwin CHEMERINSKY, *Constitutional Law. Principles and Policies*, segunda edición, Aspen Publishers, Nueva York, 2002, p. 276.

¹²²⁵ Bernard SCHWARTZ, *A commentary on the constitution of the United States*, the Macmillan Company, Nueva York, 1963, t. II, p. 133.

¹²²⁶ Véase Manuel José GARCÍA MANSILLA, Ricardo PÉREZ CALVO, *Las Fuentes de la Constitución...*, ob. cit., p. 224. Los autores destacan que ese es el criterio correcto.

¹²²⁷ CS USA, 265 US 332, 341 (1924).

¹²²⁸ CS USA, 354 US 1 (1957).

¹²²⁹ *Ibidem* p. 16.

¹²³⁰ Véase Manuel José GARCÍA MANSILLA, Ricardo PÉREZ CALVO, *Las Fuentes de la Constitución...*, ob. cit., p. 224.

¹²³¹ CS USA, 78 US 616 (1871).

¹²³² *Ibidem*.

referenciado tuvo como protagonista a José Medellín, un ciudadano mexicano que residía en Estados Unidos, quien fuera condenado a pena de muerte por los Tribunales del Estado de Texas, como consecuencia de haber sido encontrado culpable del delito de violación ocurrida en Houston en 1993. Cabe señalar que, a lo largo del proceso penal, no se le habría informado al condenado que gozaba del derecho a recibir asistencia consular de parte de las autoridades mexicanas, conforme lo establece la Convención de Viena sobre relaciones consulares de 1963, de la que Estados Unidos obviamente era parte. Dado que esta omisión se habría repetido, ni más ni menos, que en otros 58 casos, México entabló una demanda contra Estados Unidos ante la Corte Internacional de Justicia.

Explica el profesor SANTIAGO que, al resolver el caso “Avena” en el año 2004, la Corte de la Haya receptó favorablemente lo requerido por el Estado Mexicano y dispuso que la transgresión a las normas del derecho internacional, por privación de asistencia consular, obligaba a Estados Unidos a efectuar una revisión de las condenas penales a las que se hiciera referencia. Como consecuencia de esta resolución del órgano internacional, el presidente Bush, en el año 2005, confeccionó una circular para dar cumplimiento a lo ordenado por la Corte Internacional de Justicia en su sentencia auspiciando la revisión de las condenas penales dictadas en infracción a la Convención de Viena de 1963¹²³³.

Oportunamente, la Corte de Texas reconsideró los autos “Medellín” y, no obstante lo resuelto por el tribunal internacional de la Haya, confirmó la condena a muerte del autor penalmente responsable del delito de violación. Como consecuencia de este nuevo pronunciamiento, José Medellín articuló los remedios para recurrir ante la Corte Suprema de los Estados Unidos quien se pronunció, luego en voto dividido seis a tres, y rechazó el recurso del ciudadano mexicano.

En los fundamentos del voto de la mayoría se asume una clara posición dualista, al indicarse que la Convención de Viena de 1963 no constituía un precepto normativo cuyo cumplimiento debía ser exigido por los tribunales locales, dado que ninguna ley del Congreso norteamericano la había incorporado al ordenamiento jurídico estadounidense y, así, las normas de procedimiento estatales, tienen primacía respecto de la Convención internacional. Además, se sostuvo que la instrucción dada por el presidente al dictar la circular de referencia, carecía de fuerza vinculante para los tribunales estatales, dado que, de lo contrario, se estarían reconociendo en el titular del poder ejecutivo facultades legislativas y judiciales, en clara violación a la división de poderes que consagra la Constitución de Filadelfia.

Ante el desenlace de los acontecimientos y el pronunciamiento de la Corte Suprema de Estados Unidos, la Nación mexicana volvió a recurrir ante el Tribunal de la Haya para impedir la ejecución de Medellín. El órgano jurisdiccional internacional ordenó en junio de 2008 suspender la ejecución del condenado a pena de muerte. Sin embargo, la Corte de Texas y, a pesar de la solicitud del Secretario de las Naciones Unidas, ordenó la muerte de José Medellín. Destaca SANTIAGO, que puede verse aquí “una clara manifestación de la falta de apertura del sistema jurídico norteamericano hacia el derecho internacional y el derecho internacional de los derechos humanos”¹²³⁴.

¹²³³ Véase Alfonso SANTIAGO, “¿Desobediencia debida? ¿Quién tiene...”, ob. cit., p. 10.

¹²³⁴ *Ibidem*.

Resulta interesante tener en cuenta que esta tendencia, que se describe en los párrafos que anteceden, fue reforzada a partir de un intenso debate. En especial, respecto de la legitimidad y de la conveniencia o no de fundar, en el escenario americano, decisiones judiciales en preceptos normativos contemplados en el derecho internacional, pero no aprobados de manera expresa a través del procedimiento legislativo reglado por la Constitución Federal estadounidense. Esta cuestión, sin duda, cobró una notoriedad de envergadura en los últimos tiempos.

Es sabido, que la Corte Suprema generó un gran alboroto al recurrir de manera colateral en sus sentencias a normas y fallos de los tribunales internacionales que, como explica Alfonso SANTIAGO, “integran el derecho internacional de los derechos humanos, pero que no han sido incorporados al ordenamiento jurídico local por decisión de los poderes públicos con base electoral”¹²³⁵. Comenta el autor, que este fenómeno se verificó en tres casos, a partir del año 2002, merced a los votos mayoritarios de la Corte Federal, que abandonaron el anterior criterio que evitaba recurrir al derecho extranjero para motivar las decisiones de la más alta instancia jurisdiccional de los Estados Unidos. En enero del año 2005, los jueces de la Corte Antony SCALIA y Stephen BREYER, hicieron públicas sus posiciones contrarias a esta nueva tendencia en un debate desarrollado en la American University de Washington DC, televisado a todo el país y que luego, la revista New York Times le dedicó la tapa de uno de sus números.

Subraya el constitucionalista citado, que no fueron sólo los jueces conservadores los que se manifestaron en contra del cambio de criterio que habilitaba el recurrir a las normas y precedentes de fuente internacional para fundar las sentencias. El propio Richard POSNER, juez, profesor de la Universidad de Chicago y destacado pensador de la corriente del *Law and Economics*, hizo saber su contrariedad al respecto del nuevo rumbo adoptado por la Corte americana.

Por último, y para valorar la dimensión y repercusión que este hecho tuvo en la sociedad norteamericana, sirve mencionar que el precandidato a presidente de este país, miembro del partido republicano, Micke Huckabee, en las elecciones del 2008, incluyó en su plataforma electoral la promesa de iniciar juicio político a los ministros de la Corte Suprema y resto de los jueces estadounidenses que recurrieran al derecho extranjero para fundamentar sus sentencias. “La tradición política norteamericana es especialmente reacia y refractaria a aceptar la vigencia de las normas internacionales y la competencia de los tribunales internacionales, fundándose entre otros motivos, en la insuficiente legitimidad democrática de esas instituciones jurídicas”¹²³⁶.

7. Chile

Resulta provechoso, a los efectos de esta tesis constitucionalista, repasar la experiencia chilena respecto de la jerarquía que se le atribuye a los tratados,

¹²³⁵ *Ibidem*.

¹²³⁶ *Ibidem*.

especialmente a los de derechos humanos, incluso, antes del caso fallado por la Corte IDH en autos “La Última Tentación de Cristo”. Respecto de este asunto, se debe tener presente que la Constitución Chilena de 1980 en su artículo 13 *in fine*, incorporó la censura previa como herramienta para controlar los contenidos de la cinematografía.

Concretamente, el mencionado precepto disponía que: “La ley establecerá un sistema de censura para la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica”. La Corte IDH, en el caso de marras, condenó a Chile, en el año 2005, a reformar su Constitución, al encontrarla contraria a lo reglado por el artículo 13 de la CADH. En rigor, el conflicto se resolvió, como expone el profesor SANTIAGO, “porque las propias autoridades chilenas procedieron a la modificación de su texto constitucional mediante el procedimiento de reforma que ella establece, para adecuarlo a las pautas emanadas de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”¹²³⁷.

Efectivamente, para apreciar la seriedad con la que en el vecino país se aprueban tratados internacionales, se verá cómo la máxima autoridad jurisdiccional se expidió en relación a la adhesión de Chile al Tratado de Roma. Cabe tener presente que, en virtud de aquél, se crea una institución de carácter permanente que tiene por finalidad establecer responsabilidad penal de las personas que cometieran delitos de genocidio, de *lesa humanidad*, de guerra y de agresión, en tanto los Estados no cumplan con el deber de perseguir juzgar y condenar a sus responsables; me refiero a la Corte Penal Internacional¹²³⁸.

El Tribunal Constitucional Chileno, en abril de 2002, se expidió respecto de una demanda de inconstitucionalidad iniciada por 35 diputados nacionales en contra de la ratificación del Tratado de Roma referido y sostuvo que varias de las disposiciones de éste resultaban incompatibles con diversos artículos de la Constitución de Chile. En principio, para el alto estrado local, el Estatuto no establecía una jurisdicción que complementara a la nacional, sino que instauraba una correctiva y sustitutiva de la chilena, toda vez que la Corte Penal Internacional tenía la potestad de revisar sentencias dictadas por tribunales de Chile. En relación a ello, expuso el Tribunal Constitucional Chileno:

“que las normas citadas y de lo considerado precedentemente, se concluye que la jurisdicción de la Corte que se crea no necesariamente complementa a aquélla de los tribunales de los Estados Partes, sino que, por el contrario, puede en ciertos casos, previstos expresamente por el Estatuto, llegar a revisar resoluciones ejecutoriadas dictadas por tribunales nacionales de los Estados y sustituirlas; [...] Que, a mayor abundamiento, y en relación con la jurisdicción correctiva, la concordancia de las normas citadas permite concluir que la Corte Penal Internacional actuará cuando los sistemas judiciales estatales, competentes, básicamente en razón del principio clásico de territorialidad, no pudieran o no quisieran hacerlo o, incluso, cuando los procedimientos seguidos no sean considerados genuinos; [...] Que, de todo lo

¹²³⁷ *Ibidem*, p. 12.

¹²³⁸ También el Tratado de Roma contempla alguna de las finalidades propuestas por la Asamblea de Mujeres por la Justicia Internacional de Género mediante la definición del término género y la tipificación de la violencia sexual, la esclavitud sexual, la prostitución forzada, el embarazo forzado, la esterilización forzada y en general otros abusos sexuales graves. Asimismo el Tratado de Roma incorporó de manera expresa el principio de no discriminación por razones de género. La adhesión al Tratado, en principio, impone a los Estados signatarios la obligación de tipificar en sus ordenamientos jurídicos internos, los crímenes cometidos contra las mujeres fijando penas acorde a la gravedad de los delitos. Por otro lado, la inacción de éstos frente a hechos graves cometidos en perjuicio de la mujer abrirá inexorablemente la participación a la jurisdicción internacional para permitir la intervención de la Corte Penal Internacional.

expuesto se desprende que el Estatuto de la Corte Penal Internacional, al establecer una jurisdicción que puede ser correctiva y sustitutiva de las nacionales, más que complementar a éstas, está prorrogando a una jurisdicción nueva, no contemplada en nuestro ordenamiento constitucional, la facultad de abrir procesos penales por delitos cometidos en Chile, lo que importa, por ende, una transferencia de soberanía que, por no estar autorizada en nuestra Carta Política, vulnera en su esencia el artículo 5, inciso primero, de la Constitución, como luego se verá”¹²³⁹.

Para poder ejercer control de constitucionalidad, respecto del Estatuto de Roma, fue indispensable establecer previamente su jerarquía respecto a la Constitución de Chile. Podría afirmarse que, en principio, la viabilidad de este control implica que los tratados internacionales deben tener rango inferior al de la Constitución del Estado. La máxima instancia jurisdiccional afirmó que este presupuesto no resultaba evidente y, así, su afirmación requería de una razonable justificación. De ahí que, el Tribunal Constitucional, se pronunció sobre lo que entendió como una correcta hermenéutica del párrafo segundo del artículo 5 de la Constitución¹²⁴⁰.

El problema sobre cuál es el rango que corresponde reconocer, a los tratados internacionales sobre derechos humanos, no es menor en el ámbito de la dogmática constitucional chilena. Como es sabido, la aplicación del principio de la soberanía limitada por el respeto de los derechos fundamentales es moneda corriente en varias constituciones latinoamericanas, entre las que se destaca la de Chile. En general, se puede admitir que este tipo de tratados internacionales tienen jerarquía constitucional y, por ello, en caso de conflicto, entre un precepto constitucional y uno internacional posterior, prevalece este último por derogación tácita del anterior que se le opone. Como consecuencia de lo expuesto, un sector de la doctrina chilena refiere que no sería posible efectuar control de constitucionalidad respecto de esta clase de tratados internacionales¹²⁴¹. La tesis constitucionalista no comparte la idea dado que, así como es posible ejercer control de constitucionalidad de la norma fundamental y del proceso de su reforma¹²⁴², entiende que puede ser posible de control de constitucionalidad un tratado, incluso, con jerarquía constitucional, por ejemplo, en los términos reglados por el artículo 46 del Tratado de Viena de 1969.

Conforme sostienen BASCUÑÁN y CORREA, el Tribunal Constitucional rechazó esta hermenéutica en los considerandos 59 a 73. Para ello, sostuvieron la premisa de que todos los tratados internacionales se encuentran jerárquicamente subordinados a la Carta Política del país. Esta tesis del Tribunal implícitamente reconoce que el Estatuto de Roma es un tratado internacional que tutela derechos esenciales que emanan de la

¹²³⁹ Tribunal Constitucional de Chile, sentencia de 8 de abril de 2002, rol 346.

¹²⁴⁰ Constitución de Chile, artículo 5° “La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio.

El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

¹²⁴¹ Véase Antonio BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Rodrigo P. CORREA G., “El Estatuto de Roma ante el Tribunal Constitucional chileno”, *Revista de Estudios de la Justicia*, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, número 1, año 2002, p. 130.

¹²⁴² Véase Gustavo FERREYRA, *Reforma constitucional y control...*, ob. cit., *passim*.

naturaleza humana. De lo contrario, no hubiese sido indispensable discutir el estatus de esta tipología de tratados para ejercer sobre ellos control de compatibilidad con el texto constitucional¹²⁴³.

Finalmente, los autores conciben al Estatuto de Roma como un instrumento normativo de jerarquía inferior a la Constitución al catalogarlo como un tratado que no reúne las características propias de uno de derechos humanos. No obstante, el fundamento de esta conclusión no coincide con ninguno de los argumentos que invoca el Tribunal Constitucional¹²⁴⁴.

Para este órgano, las funciones jurisdiccionales sólo le corresponden a los entes que la Constitución de Chile determina. Cabe tener presente, a la luz de lo establecido por el artículo 17 del Estatuto de Roma, que la supuesta idea de que la Corte Penal Internacional ejerce una suerte de competencia complementaria a la de los tribunales locales no es real, dado que se superpone totalmente con la competencia de estos últimos; toda vez que, al existir la posibilidad de la intervención ulterior del tribunal internacional, lo decidido por el juez nacional estará siempre supeditado al criterio que sobre el asunto tenga la Corte de la Haya. Por eso, éste funciona como una instancia

¹²⁴³ Véase Antonio BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Rodrigo P. CORREA G., “El Estatuto..., ob. cit., pp. 130-131. Se preguntan los autores si ¿el Estatuto de Roma es un tratado internacional de derechos humanos? Al efecto indican que: “el Estatuto de Roma crea una nueva jurisdicción penal, la de la Corte Penal Internacional. Define su ámbito de competencia mediante la tipificación de ciertos comportamientos y el establecimiento de ciertas penas, consagra principios generales de atribución de responsabilidad penal, determina la organización de la Corte y el procedimiento para sus actuaciones. En suma, es un tratado internacional punitivo, tanto en lo sustantivo como en lo procesal. Desde el punto de vista del sentido de sus disposiciones, es un cuerpo de normas análogo a lo que sería una mixtura del Código Penal, el Código Orgánico de Tribunales y el Código Procesal Penal. Éstos no son cuerpos normativos que consagren derechos fundamentales, como lo es la Constitución. El Estatuto de Roma tampoco es un tratado internacional sobre derechos humanos [...] Ésta no es una cuestión meramente conceptual o terminológica. Las normas que consagran derechos fundamentales establecen una relación normativa entre el titular de esos derechos (las personas) y el destinatario de los deberes correlativos (preferentemente, los agentes del Estado), tal que a éstos les está prohibido constreñir a aquél a omitir o a realizar ciertas acciones, o les está prohibido afectar el goce por aquél de determinados estados de cosas o condiciones, o por último, les está mandado realizar acciones orientadas a la satisfacción de ciertos intereses de aquél. En suma, las reglas sobre derechos fundamentales reconocen intereses personales y establecen normas de comportamiento.

Las normas punitivas son de una naturaleza muy distinta. Son normas que amenazan con irrogar un mal para satisfacer alguna finalidad de protección, o bien para reforzar la vigencia de una norma de comportamiento. La norma punitiva, por lo tanto, usa como medio la afectación de alguno de los derechos reconocidos a la persona como intereses fundamentales (básicamente, la libertad y la intimidad). En suma, el ejercicio de las potestades de crear y aplicar normas punitivas es una fuente de peligro para los derechos fundamentales. No es casual que el núcleo histórico originario del desarrollo de las normas sobre derechos fundamentales se encuentre en las garantías del individuo frente a la potestad punitiva del Estado.

Ésta es la razón profunda que impide, por un imperativo elemental de justicia política y de congruencia dogmática, considerar al Estatuto de Roma como una convención sobre derechos humanos. La misma razón exige considerar al Estatuto de Roma como subordinado a la Constitución (y, en su caso, a los tratados internacionales que garantizan derechos fundamentales). Tal como el derecho penal nacional, el derecho penal internacional debe ser considerado como esencialmente necesitado de legitimación. Esta legitimación se logra mediante su estricta sujeción a las exigencias garantistas del derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos. En un ordenamiento jurídico jerarquizado, este deber de sujeción se expresa asignando a las normas punitivas y de jurisdicción y procedimientos penales un rango inferior al rango de las normas sobre derechos fundamentales”.

¹²⁴⁴ Véase *ibidem*.

de *supra* vigilancia de todos los tribunales chilenos, incluida la máxima instancia jurisdiccional. Así lo dispuso el Tribunal Constitucional de Chile al sostener que la Corte Penal Internacional respecto de los tribunales nacionales “...tiene la facultad de examinar sus intenciones y motivaciones al juzgar, cosa que le está expresamente prohibida de hacer tanto al Presidente de la República como al Congreso de Nacional de acuerdo al artículo 73 de la Carta. De esta forma, en la materia, la Corte será más soberana que la totalidad de los poderes públicos del país”¹²⁴⁵.

Es decir, para el Tribunal Constitucional, el Tratado de Roma resulta contrario, a la Constitución de Chile, al querer limitar las facultades del poder ejecutivo de la República en relación a la aplicación de indultos y amnistías. Además, para este órgano, de acuerdo a la letra del Tratado, la instancia internacional podría desconocer en sus pronunciamientos ciertos beneficios otorgados por las autoridades nacionales, lo que significaría una transgresión lisa y llana al texto de la Constitución que, al decir del Tribunal Constitucional, es la gran garantía de los derechos fundamentales. Por ello, la violación de la carta fundacional implica, ni más ni menos, que la desprotección de aquellos derechos¹²⁴⁶. Para el Tribunal estadual, la incorporación del Tratado al ordenamiento chileno sólo es viable mediando una reforma constitucional previa. En relación a ello, sostuvo en el considerando 58 de la sentencia del mes de abril de 2002, que: “...al incorporar a un tribunal de justicia con competencia para resolver conflictos actualmente sometidos a la jurisdicción chilena, e incluirlo entre las ‘autoridades que esta Constitución establece’, en concordancia con el artículo 74, ya citado, debe necesariamente ser autorizado por el Constituyente [...] En consecuencia para que la Corte Penal Internacional sea un tribunal establecido para juzgar delitos cometidos en Chile, debe incorporarse al sistema interno mediante una adecuación constitucional”¹²⁴⁷.

Resulta tan contundente, para esta tesis, el argumento expuesto por la judicatura chilena que muchos países del mundo han tenido que reformar sus constituciones¹²⁴⁸, como paso anterior al de la aprobación y ratificación del Estatuto de

¹²⁴⁵ Tribunal Constitucional de Chile, sentencia de 8 de abril de 2002, rol 346.

¹²⁴⁶ Véase Juan Carlos HITTERS, Oscar Luján FAPPIANO, *Derecho Internacional...*, ob. cit., t. I, volumen 1, p. 343.

¹²⁴⁷ Tribunal Constitucional de Chile, sentencia de 8 de abril de 2002, rol 346, 58.

¹²⁴⁸ Por ejemplo: En *Francia*, el Consejo Constitucional por decisión número 98-408 DC del 22 de enero de 1999, declaró la necesidad de reforma de la Constitución francesa con el propósito de aprobar el Estatuto de Roma dada la incompatibilidad que existía entre ciertos aspectos de aquel estatuto y la Carta Política Francesa. Al respecto fue menester la sanción de la Ley Constitucional número 99-568 del 8 de junio de 1999, en virtud de la cual se incorporó en el Título VI de la Constitución el artículo 53.2 redactado como sigue: “La República puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en las condiciones previstas en el tratado firmado el 18 de junio de 1998”.

En *Irlanda*, se impulsó la enmienda vigésima tercera de su Constitución vigente desde el 27 de marzo de 2002. Añadió a su artículo 29 un precepto que dispone: “El Estado puede ratificar el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional suscripto en Roma el 18 de junio de 1998”.

En *Luxemburgo* se reformó el artículo 118 de su Constitución para aprobar el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional a través de una ley sancionada el 8 de agosto de 2000. Estableció que “las disposiciones de la Constitución no serán obstáculo para aprobar el Estatuto de la Corte Penal Internacional [...] y la ejecución de las obligaciones establecidas bajo las condiciones previstas por este Estatuto”.

En *Portugal*, la Asamblea de la República aprobó el 4 de octubre de 2001, la reforma de la Constitución, sancionándose la Ley Constitucional pertinente el 12 de diciembre de 2001, mediante la cual se incorpora al artículo 7 un nuevo número el 7 también, que dispone: “Portugal puede, teniendo en

la Corte Penal Internacional, para incorporarlos válidamente a los diversos sistemas nacionales sin infringir sus respectivos textos constitucionales¹²⁴⁹.

El pronunciamiento del Tribunal Constitucional chileno induce a formular una comparación entre el Estatuto de Roma y el Pacto de San José de Costa Rica, dada su supuesta condición de tratado de derechos humanos, conforme lo calificaran entre otros BASCUÑÁN RODRÍGUEZ y CORREA en el trabajo citado¹²⁵⁰.

En el año 2009, Chile, a instancias del fallo comentado, modificó su Constitución Nacional para permitir la vigencia del Estatuto de Roma, que, como se explicó, fuera declarado inconstitucional por el Tribunal Constitucional chileno¹²⁵¹.

8. República Dominicana

La sentencia 168-2013, dictada por Tribunal Constitucional (TC), sostuvo que no eran dominicanos los hijos de extranjeros en tránsito nacidos en ese Estado. La decisión se produjo luego de que la Corte IDH, condenara a República Dominicana por las detenciones y expulsiones sumarias de inmigrantes haitianos acaecidas entre

vista la realización de una justicia internacional que promueva el respeto de los derechos de la persona humana y de los pueblos, aceptar la jurisdicción del Tribunal Penal Internacional, en las condiciones de complementariedad y demás términos establecidos en el Estatuto de Roma”.

Algo similar ha ocurrido con *México*.

¹²⁴⁹ Véase Juan Carlos HITTERS, Oscar Luján FAPPIANO, *Derecho Internacional...*, ob. cit., p. 343.

¹²⁵⁰ Véase Antonio BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Rodrigo P. CORREA G., “El Estatuto...”, ob. cit., p. 130.

¹²⁵¹ La ley 20.352 dispuso en lo pertinente: “Reforma constitucional que autoriza al Estado de Chile para reconocer el Estatuto de Roma, que crea la Corte Penal Internacional. Teniendo presente que el H. Congreso Nacional ha dado su aprobación al siguiente proyecto de reforma constitucional, que tuvo su origen en un Mensaje del Presidente de la República, que fue refundido con una Moción del Honorable Senador señor Jaime Naranjo Ortiz y del ex Senador señor José Antonio Viera-Gallo Quesney.

Proyecto de Reforma Constitucional:

Artículo único.- Introdúcese la siguiente disposición transitoria VIGÉSIMOCUARTA, nueva, en la Constitución Política de la República:

“el Estado de Chile podrá reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el tratado aprobado en la ciudad de Roma, el 17 de julio de 1998, por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de dicha Corte.

Al efectuar ese reconocimiento, Chile reafirma su facultad preferente para ejercer su jurisdicción penal en relación con la jurisdicción de la Corte. Esta última será subsidiaria de la primera, en los términos previstos en el Estatuto de Roma que creó la Corte Penal Internacional.

La cooperación y asistencia entre las autoridades nacionales competentes y la Corte Penal Internacional, así como los procedimientos judiciales y administrativos a que hubiere lugar, se sujetarán a lo que disponga la ley chilena.

La jurisdicción de la Corte Penal Internacional, en los términos previstos en su Estatuto, sólo se podrá ejercer respecto de los crímenes de su competencia cuyo principio de ejecución sea posterior a la entrada en vigor en Chile del Estatuto de Roma”.

Y por cuanto he tenido a bien aprobarlo y sancionarlo; por tanto promúlguese, llévese a efecto como Ley de la República y ténganse por incorporadas sus disposiciones a la Constitución Política de la República, de conformidad con lo dispuesto en el inciso final del Artículo 129 de este cuerpo constitucional.

Santiago, 26 de mayo de 2009.- Edmundo Pérez Yoma, Vicepresidente de la República.- José Antonio Viera-Gallo Quesney, Ministro Secretario General de la Presidencia y de Relaciones Exteriores (S”.

los años 1999 a 2000. Posteriormente, la Corte IDH le exigió al Estado dominicano dejar sin efecto la sentencia local, al ser contraria a la CADH. La respuesta del Tribunal estadual no se hizo esperar en cuanto declaró la inconstitucionalidad del “Instrumento de Aceptación de la Competencia de la Corte IDH”, suscripto por el entonces presidente de la República, Leonel Fernández Reyna, el 19 de febrero del año 1999¹²⁵².

Entre los argumentos más significativos esgrimidos por el TC se dijo que, la República Dominicana no adhirió a la jurisdicción de la Corte IDH, al no cumplir con los recaudos establecidos por los artículos 37 (inciso 14), 55 (inciso 6), 46, 99, 3 y 4 de la Constitución que regía al tiempo de introducirse el recurso. En efecto, el artículo 37 (inciso 14) de la Constitución de 2002, que corresponde al artículo 93 (literal l) de la Constitución vigente, en tanto confiere competencia al Congreso Nacional para: “Aprobar o desaprobar los tratados y convenciones internacionales que suscriba el Poder Ejecutivo”. El artículo 55 (inciso 6) de la Constitución de 2002, que corresponde al artículo 128 (literal d) de la Constitución vigente, en tanto faculta al presidente de la República a: “Celebrar y firmar tratados o convenciones internacionales y someterlos a la aprobación del Congreso Nacional, sin la cual no tendrán validez ni obligarán a la República”. Luego, el artículo 46 de la Constitución de 2002, que corresponde a la parte final del artículo 6 de la Constitución vigente, al decir que: “Son nulos de pleno derecho toda ley, decreto, resolución, reglamento o acto contrarios a esta Constitución”.

Por último, el artículo 3 de la Constitución de 2002, cuyas disposiciones están contenidas en los artículos 3 y 26 (numeral 2) de la Constitución vigente, que disponen lo siguiente:

Artículo 3: Inviolabilidad de la soberanía y principio de no intervención. “La soberanía de la Nación dominicana, Estado libre e independiente de todo poder extranjero, es inviolable. Ninguno de los poderes públicos organizados por la presente Constitución puede realizar o permitir la realización de actos que constituyan una intervención directa o indirecta en los asuntos internos o externos de la República Dominicana o una injerencia que atente contra la personalidad e integridad del Estado y de los atributos que se le reconocen y consagran en esta Constitución. El principio de la no intervención constituye una norma invariable de la política internacional dominicana”.

Artículo 26.1: Relaciones internacionales y derecho internacional. “La República Dominicana es un Estado miembro de la comunidad internacional, abierto a la cooperación y apegado a las normas del derecho internacional, en consecuencia: 1) Reconoce y aplica las normas del derecho internacional, general y americano, en la medida en que sus poderes públicos las hayan adoptado [...]”. La máxima instancia local además sostuvo que en el año 1999 el ex presidente Fernández no observó los requisitos que la Constitución del país impone para reconocer válidamente la competencia de la Corte IDH, dado que esa adhesión no fue ratificada por el Poder Legislativo Nacional.

¹²⁵² El Congreso de la República Dominicana, mediante Resolución número 379, del 25 de diciembre de 1977, aprobó la Convención Americana de Derechos Humanos, que había sido firmada por el país el 7 de septiembre de 1977. El instrumento de ratificación del tratado fue depositado en la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos el 19 de abril de 1999. El Presidente de la República, mediante el Instrumento de Aceptación de la Competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoció como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial la competencia de la CADH sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de la Corte IDH. Este reconocimiento fue hecho por el Presidente de la República, según se expresa en el acto hoy impugnado de constitucionalidad, de acuerdo con el artículo 62 de la CADH.

El pronunciamiento del TC de la República Dominicana trajo como consecuencia varias reacciones de la Corte IDH. Entre otros motivos, adujo el Tribunal internacional que la CADH no establece la posibilidad de que un Estado miembro continúe como parte en el Tratado y se desvincule de la competencia de la Corte IDH. Además, explicó que la República Dominicana ratificó la CADH en 1978, y en 1999 el gobierno declaró que aceptaba la competencia obligatoria de la Corte IDH.

Por otro lado, indicó que República Dominicana habría aceptado la jurisdicción de la Corte IDH y obedecido sus sentencias a lo largo de más de 15 años. Además, refirió la sentencia del TC “no encuentra sustento alguno en el derecho internacional, por lo cual no puede tener efectos”. Cuestionó, también, algunos de los argumentos utilizados por el TC, como su evocación del artículo 46 de la Convención de Viena sobre los vicios al consentimiento, por considerarlo “incompatible” con los principios de buena fe y de *estoppel*¹²⁵³ que deben presidir todos los tratados internacionales.

9. Brasil

Brasil, al igual que otros países del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, posee un sistema dualista, dado que los tratados internacionales se encuentran en la misma posición jerárquica que las leyes internas y menor que su Constitución. A ello se debe agregar que, para la entrada en vigencia de un tratado, es necesaria una norma interna que ratifique el instrumento internacional y, obviamente, que éste no se encuentre en contradicción con la Carta constitucional brasileña¹²⁵⁴.

¹²⁵³ La base de datos terminológica y multilingüe de las Naciones Unidas -UNTERM- define el *estoppel* como la manifestación implícita derivada de los actos propios [...] Con este término se quiere dar a entender que el que ha inducido a otro a actuar de determinada manera (aseverando algo, con su conducta, con su silencio, por medio de una escritura pública, etcétera) no puede negar lo dicho o hecho, o volverse atrás cuando las consecuencias jurídicas de su aseveración le son desfavorables. En el ámbito de la Corte IDH se puede encontrar una reiterada jurisprudencia sobre este principio por el que un Estado adopta una posición que le impide contradecirse posteriormente. Por ejemplo, en el caso “Abrill Alosilla y otros vs. Perú”, de 4 de marzo de 2011, la Comisión IDH resaltó que en la primera comunicación del Gobierno de Lima ante dicho órgano indicó expresamente que los demandantes habían cumplido con el requisito de agotamiento de los recursos internos (es decir, habían puesto fin a la vía judicial en su propio país antes de recurrir a un órgano judicial internacional para defender sus intereses, en este caso la Corte IDH). Por ese motivo, la Comisión consideró que en virtud del principio de *estoppel*, el Estado [peruano] no estaba facultado para cambiar la posición mantenida en la primera respuesta ante la Comisión, más aún cuando los peticionarios pudieron asumir ciertas decisiones procesales -como iniciar un proceso de solución amistosa- basadas precisamente en dicha posición.

¹²⁵⁴ *O Brasil adota um dualismo mitigado ou moderado para incorporar ao seu ordenamento interno as normas de direito internacional decorrentes de tratados ou convenções internacionais, porquanto: “somente depois de incorporadas ao ordenamento jurídico interno, podem as normas de origem internacional criar direitos e deveres para os particulares, ainda que antes disso tenha o estado em relação aos seus cocontratantes assumido suas obrigações no plano internacional, por ratificação e depósito do instrumento próprio”* (Hildebrando ACCIOLY, *Manual de Direito Internacional Público*, 20 ed. São Paulo, Saraiva, 2012, p. 239).

Vale decir, que la Constitución de la República Federativa del Brasil, dispone en su artículo 4 que las relaciones internacionales se basan, entre diversos principios, en los derechos humanos. A su vez, el artículo 5 en sus párrafos 2 y 3 refieren que los derechos previstos en la Constitución no excluyen otros que se desprenden de principios que se derivan de ella o de tratados internacionales en los que el Estado brasileño sea parte. Además, cuando las convenciones o tratados de derechos humanos son aprobados por las tres quintas partes de los votos de cada una de las Cámaras del Congreso, los tratados se convierten en enmiendas constitucionales.

Existe, por otro lado, una pacífica doctrina del Supremo Tribunal Federal en virtud de la cual se le confiere jerarquía constitucional a los tratados de derechos humanos aprobados con la mayoría requerida en el párrafo 3 del artículo 5 y, aquéllos que no reúnan ese respaldo o no fueren de derechos humanos, se incorporan al ordenamiento local con rango superior a las leyes, pero inferior a la Carta constitucional.

En rigor, las condenas contra Brasil, en el marco del sistema interamericano, no tuvieron gran incidencia en el sistema jurídico interno. A tal punto, que BERNARDES nota una resistencia de la comunidad jurídica de Brasil para incorporar normas del derecho internacional como sentencias dictadas contra el Estado nacional y con ello colocando en riesgo la legitimidad del Sistema Interamericano de Derechos Humanos¹²⁵⁵.

Respecto de la relación entre los operadores jurisdiccionales de Brasil y la Corte IDH, se puede decir que se verifica, últimamente, un desinterés en el acatamiento a la jurisprudencia del órgano internacional. Es sabido que, el 29 de abril de 2010, el Supremo Tribunal Federal Brasileño dispuso la constitucionalidad de la ley de amnistía 6683/79, ello en el caso “Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental número 153”, en clara contradicción con la doctrina que emana del caso “Barrios Altos” de la Corte IDH del año 2001, en tanto se procuraba dejar sin efecto, y con carácter retroactivo, este tipo de disposiciones legislativas¹²⁵⁶. Siete meses después la alta instancia internacional, concretamente el 24 de noviembre de 2010, condenó a Brasil en autos “Gomes Lund y otros (Guerrilla del Araguaí)” y sostuvo que la ley de amnistía brasileña no era susceptible de ser empleada como obstáculo para la apertura de procesos de investigación y determinación de responsabilidad de los militares que participaron en los crímenes de tortura y desaparición forzada de personas durante el último período autocrático del país vecino.

En la referida sentencia la Corte IDH afirmó que:

“en el sistema interamericano de Derechos Humanos, del cual Brasil forma parte por decisión soberana, son reiterados los pronunciamientos sobre la incompatibilidad de las leyes de amnistía con las obligaciones convencionales de los Estados cuando se trata de graves violaciones a los derechos humanos”¹²⁵⁷. Subrayó que el Estado brasileño no había adaptado su legislación ordinaria a la Convención Americana de Derechos Humanos, ni los operadores jurisdiccionales ejercieron en debida forma el control de convencionalidad de la ley de amnistía, que marca la jurisprudencia del tribunal interamericano en relación a esta

¹²⁵⁵ Véase Marcia Nina BERNARDES, “Sistema Interamericano de Derechos Humanos, como esfera pública transnacional: aspectos jurídicos y políticos de implementación de las decisiones internacionales”, en *Revista Internacional de Derechos Humanos*, San Pablo, 2011, v. 8, p. 139.

¹²⁵⁶ Véase Alfonso SANTIAGO, “¿Desobediencia debida? ¿Quién tiene...”, ob. cit., p. 10.

¹²⁵⁷ Corte IDH, “Gomes Lund y otros vs. Brasil”, sentencia del 24 de noviembre de 2010, párrafo 149.

herramienta. La Corte IDH criticó duramente la sentencia del Supremo Tribunal Federal en tanto “confirmó la validez de la interpretación de la ley de amnistía sin considerar las obligaciones internacionales de Brasil, derivadas del Derecho Internacional”¹²⁵⁸.

Subraya SANTIAGO, en torno al asunto, que posteriormente a la condena del caso “Gomes Lund”, a través de la ley 12.528 del 18 de noviembre de 2011, se creó en Brasil una Comisión Nacional de la Verdad. Sin embargo, los tribunales del Estado de Brasil siguen aplicando la ley de amnistía declarada contraria a la Convención Americana por la Corte IDH y no se produjo, a nivel interno, la apertura de procesos penales relacionados con las graves violaciones a los derechos humanos cometidas por la dictadura brasileña¹²⁵⁹.

Queda patente, con este caso, lo cuestionado que se encuentra el proceso de incorporación y efectiva vigencia de los tratados de derechos humanos al ordenamiento nacional. En el caso que mencioné en el párrafo anterior, el anuncio de la sentencia de la Corte IDH generó sendos comentarios negativos como por ejemplo los del Ministro de Defensa de Brasil al decir que: “El Supremo Tribunal Federal es una Corte muy superior a la Corte de la OEA cuya decisión no tiene efectividad en el país”¹²⁶⁰.

10. Uruguay

El caso “Gelman”, fallado en principio por la Corte Suprema de Uruguay el 22 de febrero de 2013, tuvo que resolver un grave conflicto suscitado entre la garantía de la irretroactividad de la ley penal reglada expresamente por la Constitución de Uruguay y el acatamiento de una sentencia de la Corte IDH, en virtud de la cual se condenó al Estado uruguayo a dejar sin efecto una ley de amnistía dictada en el año 1985, que fuera ratificada en dos oportunidades por el electorado uruguayo, a través de sendas consultas efectuadas con ese propósito.

Antes de esa fecha, el alto estrado interamericano, específicamente el 24 de febrero de 2010, declaró de manera unánime que la República Oriental del Uruguay era internacionalmente responsable por:

“a) la desaparición forzada y violación de los derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal y a la libertad personal, en perjuicio de María Claudia García Iruretagoyena Casinelli;

b) la violación de los derechos al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la libertad personal, a la familia, al nombre, a los derechos del niño y a la nacionalidad en perjuicio de María Macarena Gelman García Iruretagoyena, por lo que constituyó una forma de desaparición forzada desde su nacimiento hasta el momento en que recuperó su verdadera y legítima identidad;

c) la violación a los derechos a la integridad personal y a la protección de la familia, en perjuicio del señor Juan Gelman; y

¹²⁵⁸ Alfonso SANTIAGO, “¿Desobediencia debida? ¿Quién tiene...”, ob. cit., p. 12.

¹²⁵⁹ Véase *ibidem*.

¹²⁶⁰ Deisy VENTURA, Raisa CETRA ORTIZ, “Brasil e o Sistema Interamericano de direitos humanos”, de María da Pena à Belo Monte, nota al pie 34, citando a “Jobim sugere que País ãao aceitará condenaço da OEA”, Estado de San Pablo, 4 de mayo de 2012.

d) la violación a los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, en relación a las normas pertinentes de la Convención Americana y de la Convención Interamericana sobre desaparición forzada de Personas, por la falta de investigación efectiva de los hechos del presente caso, en perjuicio de Juan Gelman y María Macarena Gelman”¹²⁶¹.

Además, la sentencia de la Corte IDH, indica que las investigaciones internas efectuadas por las autoridades uruguayas, fueron abiertas bajo la figura del homicidio, excluyendo de manera expresa otros tipos penales tales como la tortura, la desaparición forzada y sustracción de identidad con la que se permite que la causa, así iniciada, pueda declararse prescripta por los órganos jurisdiccionales del Estado uruguayo. El Tribunal de San José de Costa Rica reiteró que, por tratarse de un caso vinculado a graves violaciones de derechos humanos, en particular desapariciones forzadas de personas, esa tipificación es la que debe regir en las actuaciones que correspondan continuar o abrir a nivel nacional. Como consecuencia de la manifiesta incompatibilidad de la ley de amnistía con la Convención Americana de Derechos Humanos, las disposiciones de la primera de las normas, que impide la investigación y sanción de graves transgresiones de los derechos humanos, carecen de efectos jurídicos y, en consecuencia, no puede convertirse en obstáculo para la investigación de los hechos del caso abordado y la identificación y posterior castigo de los responsables. Tampoco pueden tener el mismo o similar impacto relacionado con otros casos de graves transgresiones a los derechos humanos, consagrados en la CADH que pudieron haberse ejecutado en la República Oriental del Uruguay. Respecto de lo anterior, añadió la Corte IDH, que el hecho de que la ley de Caducidad haya sido aprobada en un régimen democrático e, incluso, haya tenido el respaldo de la ciudadanía en dos oportunidades en las cuales las iniciativas fueran sometidas a consulta, no les otorga, por sí, de manera automática, legitimidad alguna frente al Derecho internacional de los Derechos Humanos.

El alto estrado interamericano subraya, especialmente en su pronunciamiento, que la legitimación democrática de ciertos hechos o actos en una sociedad se encuentran limitados por los preceptos y obligaciones del derecho internacional de protección de los derechos humanos, reconocidos en tratados como la Convención Americana, por lo que la protección de los Derechos Humanos representa un límite insuperable a la regla de mayorías, o sea a la esfera de lo susceptible de ser decidido, por parte de aquéllas en regímenes democráticos en los cuales también debe regir un control de convencionalidad, que constituye una función y tarea propia de cualquier autoridad pública y no únicamente del Poder Judicial¹²⁶².

¹²⁶¹ *Ibidem*. Por otro lado, la Corte Interamericana entendió que Uruguay había incumplido con la obligación de ajustar su legislación interna a las disposiciones de la CADH, respecto de la interpretación y aplicación que se le confirió a la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado, en lo que se vincula con graves violaciones a los derechos humanos. En punto a la ley de caducidad la Corte IDH reiteró, una vez más a los Estados signatarios de la Convención, la obligación que tienen de investigar, y de corresponder, castigar a los responsables de las graves violaciones a los derechos humanos. El Tribunal internacional insistió con aplicar su jurisprudencia y dispuso que eran inadmisibles las disposiciones de amnistías y de prescripción, como asimismo el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y consecuente sanción a los responsables de las graves transgresiones a los derechos humanos como por ejemplo las tortura, las ejecuciones sumarias, arbitrarias o extralegales y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por estar en colisión con preceptos normativos inderogables reconocidos en instrumentos que integran el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

¹²⁶² *Ibidem*.

A *posteriori* del fallo de la Corte IDH, acatando lo allí decidido, se aprobó en el Parlamento uruguayo, por una apretada mayoría, la ley 18.831. El referido precepto dispuso en su artículo 1 que: “Se restablece el pleno ejercicio de la pretensión punitiva del Estado para los delitos cometidos en aplicación del terrorismo de Estado hasta el 1/3/1985, comprendidos en el artículo 1 de la ley 15.848 de 22 de diciembre de 1986”. Además el artículo 2 dispone: “No se computará plazo alguno, procesal, de prescripción o de caducidad, en el período comprendido entre el 22 de diciembre de 1986 y la vigencia de esta ley, para los delitos a que refiere el artículo 1° de esta ley”. Asimismo, el artículo 3 establece: “Declárase que, los delitos a que refieren los artículos anteriores, son crímenes de *lesa humanidad* de conformidad con los tratados internacionales de los que la República es parte”.

Luego de la sanción de la llamada ley de Caducidad, la Suprema Corte de Justicia uruguaya declaró la inconstitucionalidad de los artículos 2 y 3 *ejusdem* al entender que aquellos preceptos colisionaban con principios constitucionales del derecho penal, reglados por la Carta Suprema uruguaya, concretamente el principio de irretroactividad de la ley penal¹²⁶³.

Expresa Alfonso SANTIAGO que la sentencia de la Corte nacional, fue dictada por cuatro votos a uno y en los argumentos de los ministros del voto mayoritario puede verse la conceptualización que, por parte del alto estrado local, se hace de institutos tales como el control de convencionalidad, cuál es el alcance y valor que se le confiere a los pronunciamientos de la Corte IDH, al tiempo que se reafirman principios constitucionales en tanto valores de grado sumo, entre ellos, el de irretroactividad de la ley penal consagrado de manera expresa en la Constitución de la República Oriental del Uruguay. En resumen, afirma el autor que, la Corte Suprema uruguaya, como órgano jurisdiccional de máxima jerarquía, cabeza de uno de los departamentos del poder, da primacía a las disposiciones constitucionales al desconocer la anulación de la ley de amnistía de la Corte IDH dispuso en el caso “Gelman vs. Uruguay”. Queda claro que, en caso de un conflicto normativo insalvable entre la Constitución Nacional y la Convención Americana de Derechos Humanos, debe darse prioridad a la norma constitucional, incluso, cuando exista una sentencia condenatoria en virtud de la cual se declaró la inconvencionalidad de la ley de Caducidad y ordenó la reapertura de los procesos penales¹²⁶⁴.

Recientemente, la Suprema Corte de Justicia optó, conforme surge del voto mayoritario, por conferirle “efecto relativo” a los pronunciamientos contenciosos de la Corte IDH en el precedente “M.L., J.F.O.”¹²⁶⁵. En aquello que interesa a la presente tesis, el cimero órgano jurisdiccional uruguayo, en su voto mayoritario, sostuvo que: “...nuestros ordenamientos constitucional y legal no instituyen un deber de las autoridades judiciales de la República Oriental del Uruguay de considerar como precedentes vinculantes los fallos de los órganos interamericanos”; para luego añadir que: “...si bien está fuera de toda discusión que la Corte Interamericana de Derechos

¹²⁶³ Véase Martín RISSO FERRAND, “Cumplimiento de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Gelman. Después de la declaración de inconstitucionalidad de la ley interpretativa 18.831”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Fundación Conrad Adenauer, Bogotá, 2013, pp. 647 y ss.

¹²⁶⁴ Véase Alfonso SANTIAGO, “¿Desobediencia debida? ¿Quién tiene...”, ob. cit., p. 11.

¹²⁶⁵ CSJU, caso “M.L., J.F.O. -Denuncia excepción de inconstitucionalidad arts. 1, 2 y 3 de la ley número 18.831-”, sentencia del 2 de febrero de 2013.

Humanos es la intérprete última de la Convención Americana de Derechos Humanos - naturalmente en el ámbito de sus competencias- tampoco puede desconocerse que la intérprete última de la Constitución de la República Oriental del Uruguay es la Suprema Corte de Justicia”.

12. Costa Rica

En cuanto a la situación de Costa Rica, en lo que respecta en su relación con la Corte IDH, es preciso analizar un renombrado fallo caratulado “Artavia Murrillo vs. Costa Rica” para comprender las extralimitaciones con que puede llegar a resolver la Corte IDH, y consecuentemente, verificar cómo resuelve casos similares el Tribunal EDH. A través del fallo referenciado, se muestran algunas de las facultades que se arroga la Corte IDH, extralimitándose en la interpretación sobre lo dispuesto en la propia CADH a los efectos de resolver litigios donde se encuentran controvertidos derechos humanos. Muchas veces, la Corte IDH soslaya arbitrariamente la soberanía democrática de los Estados partes, y peor aún, sorteando el encuadre histórico como, así también, las diversas tradiciones y costumbres que construyen la idiosincrasia de un pueblo.

La causa “Artavia Murillo vs. Costa Rica” llegó a la Corte IDH en virtud de la sentencia emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica de 15 de marzo de 2000, mediante la cual se declaró inconstitucional el Decreto Ejecutivo número 24029-S, donde se regulaba la técnica de Fecundación *in vitro* (FIV) en el país. La justicia costarricense concluyó que el Decreto Ejecutivo mencionado reglaba el “derecho a la vida y a la dignidad del ser humano”, razón por la cual “[l]a regulación de estos derechos por el Poder Ejecutivo resulta[ba] incompatible con el Derecho de la Constitución”, por cuanto “solamente mediante ley formal, emanada del Poder Legislativo por el procedimiento previsto en la Constitución para la emisión de las leyes, es posible regular y, en su caso, restringir los derechos y libertades fundamentales”. En segundo lugar, la Sala Constitucional determinó que las prácticas de FIV “atentan claramente contra la vida y la dignidad del ser humano”, por cuanto:

- 1) “[e]l ser humano es titular de un derecho a no ser privado de su vida ni a sufrir ataques ilegítimos por parte del Estado o de particulares, pero no sólo eso: el poder público y la sociedad civil deben ayudarlo a defenderse de los peligros para su vida”;
- 2) “en cuanto ha sido concebida, una persona es una persona y estamos ante un ser vivo, con derecho a ser protegido por el ordenamiento jurídico”; y
- 3) “como el derecho [a la vida] se declara a favor de todos, sin excepción, debe protegerse tanto en el ser ya nacido como en el por nacer”.

Agregó, que el embrión humano debe entenderse con vida desde el momento de la concepción como así lo establece el artículo 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Asimismo, hizo hincapié en el hecho concerniente a que la eliminación de los óvulos fecundados, que no se implantaran en el seno materno, atentaría gravemente contra el derecho a la vida. De hecho, en el posterior proyecto de ley que trató el Poder Legislativo de Costa Rica, una vez decretada la inconstitucionalidad del decreto referenciado, se establecía que los embriones que no

fueran implantados no podrían ser desechados. A consecuencia de esta actitud, se generaron numerosos debates jurídicos y técnicos que hicieron imposible la aprobación del proyecto¹²⁶⁶.

No obstante, la Corte IDH realiza una nueva interpretación de los conceptos “persona”, “vida” y “concepción”. Lo hace conforme a: “1) al sentido corriente de los términos, 2) sistémica histórica, 3) evolutiva, 4) del objeto y fin tratado”. Así, la Corte IDH llega a la conclusión que, el comienzo de la vida humana se trata de una cuestión valorada de diversas formas desde una perspectiva biológica, médica, ética, moral, filosófica y religiosa, y coincide con tribunales internacionales y nacionales, en el sentido que no existe una definición consensuada sobre el inicio de la vida.

La Corte consideró que es procedente definir, de acuerdo con la Convención Americana, cómo debe interpretarse el término “concepción”. Al respecto, resaltó que la prueba científica diferencia dos momentos complementarios y esenciales en el desarrollo embrionario: la fecundación y la implantación. El Tribunal observó que sólo al cumplirse el segundo momento se cierra el ciclo que permite entender que existe concepción. Teniendo en cuenta la prueba científica, presentada por las partes en el presente caso, el Tribunal constató que, si bien al ser fecundado el óvulo se da paso a una célula diferente y con la información genética suficiente para el posible desarrollo de un “ser humano”, lo cierto es que si dicho embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer sus posibilidades de desarrollo son nulas. Si un embrión nunca lograra implantarse en el útero, no podría desarrollarse, pues no recibiría los nutrientes necesarios, ni estaría en un ambiente adecuado para su desarrollo.

Ése fue el argumento utilizado por la Corte IDH para justificar que, el desecho de los embriones no implantados no afectaba el derecho a la vida y que debía prevalecer el derecho a la vida privada y familiar (proyecto de vida) y el derecho a la integridad personal en relación con la autonomía personal, la salud sexual y reproductiva, el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico y el principio de no discriminación¹²⁶⁷.

¹²⁶⁶ En este punto, parece acertado hacer una digresión a los efectos de aclarar que el 71% de la población de Costa Rica practica la religión Católica Apostólica Romana y casi el 50% de éstos son practicantes activos. No en vano la Constitución de Costa Rica, en su artículo 74, hace mención al principio cristiano de justicia social, mientras que el artículo 75 de esa carta magna establece que “la religión Católica Apostólica Romana es la del Estado costarricense, el cual contribuye a su mantenimiento, sin impedir el libre ejercicio de otros cultos”.

Como se sabe, uno de los argumentos más fervientes que se erigieron, a fin de defender el derecho a la vida como así también la prohibición del aborto, es de carácter religioso, argumentando esta doctrina que la vida comienza desde la concepción, entendiéndose este concepto, incluso dentro de ámbitos científicos, el momento en que el espermatozoide fecunda al óvulo. Así lo establece, de manera general, la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 4.1 a la cual Costa Rica adhirió sin reserva alguna. Los involucrados, disconformes con la decisión de la Sala Constitucional, recurren el fallo de la máxima instancia jurisdiccional local (Véase Alfonso SANTIAGO, “¿Desobediencia debida? ¿Quién tiene...”, ob. cit., p. 13).

¹²⁶⁷ En resumidas cuentas, la Corte IDH hizo lugar a la demanda promovida por las víctimas y dispuso que: “el Estado debe adoptar, con la mayor celeridad posible, las medidas apropiadas para que quede sin efecto la prohibición de practicar la FIV y para que las personas que deseen hacer uso de dicha técnica de reproducción asistida, puedan hacerlo sin encontrar impedimentos al ejercicio de los derechos que fueron encontrados vulnerados en la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. El Estado deberá informar en seis meses sobre las medidas adoptadas al respecto.

Ahora bien, es importante subrayar varios aspectos trascendentes que implican un claro avasallamiento jurídico por parte de la Corte IDH sobre los Estados partes. Este órgano internacional, a diferencia, por ejemplo, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se arrogó facultades que atentan gravemente no sólo contra la soberanía de un Estado, sino también contra el valor seguridad jurídica que, como Tribunal internacional, debe respetar.

En este punto, es preciso retomar al ejemplo formulado respecto al Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Ésta en un renombrado fallo -“Lautsi vs. Italia”-, entendió que en temas de extrema sensibilidad, como puede ser la religión, la Corte debe, en su margen de apreciación, otorgarle a los Estados plena capacidad para reglamentar derechos siempre que no se extralimite en su reglamentación. La inmediata reacción europea fue la de considerar, a este pronunciamiento, como una “sentencia histórica”¹²⁶⁸ no sólo porque revirtió un fallo de la Sala anterior, que por unanimidad había establecido la violación por parte de las autoridades italianas de los artículos 2 y 9 de la CEDH, sino también por el cambio de perspectiva jurídico-política en el que se coloca el alto tribunal frente a la cuestión del derecho a exponer determinados símbolos religiosos en los lugares públicos en aquellos Estados que

El Estado debe regular, a la brevedad, los aspectos que considere necesarios para la implementación de la FIV, teniendo en cuenta los principios establecidos en la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, y debe establecer sistemas de inspección y control de calidad de las instituciones o profesionales calificados que desarrollen este tipo de técnica de reproducción asistida. El Estado deberá informar, anualmente, sobre la puesta en vigencia gradual de estos sistemas.

El Estado debe incluir la disponibilidad de la FIV dentro de sus programas y tratamientos de infertilidad en su atención de salud, de conformidad con el deber de garantía respecto al principio de no discriminación. El Estado deberá informar, cada seis meses, sobre las medidas adoptadas para poner gradualmente estos servicios a disposición de quienes lo requieran y de los planes diseñados para este efecto.

El Estado debe brindar a las víctimas atención psicológica gratuita y de forma inmediata, hasta por cuatro años, a través de sus instituciones estatales de salud especializadas.

El Estado debe realizar las publicaciones indicadas en el párrafo 329 de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, en el plazo de seis meses contado a partir de la notificación de la misma.

El Estado debe implementar programas y cursos permanentes de educación y capacitación en derechos humanos, derechos reproductivos y no discriminación, dirigidos a funcionarios judiciales de todas las áreas y escalafones de la rama judicial.

El Estado debe pagar las cantidades fijadas en los párrafos 355 y 363 de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, por concepto de indemnizaciones por daños materiales e inmateriales, y por el reintegro de costas y gastos (suma que ascienden aproximadamente a 250.000 dólares estadounidenses).

El Estado debe, dentro del plazo de un año contado a partir de la notificación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, rendir al Tribunal un informe general sobre las medidas adoptadas para cumplir con la misma.

La Corte supervisará el cumplimiento íntegro de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, en ejercicio de sus atribuciones y en cumplimiento de sus deberes, conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y dará por concluido el presente caso una vez que el Estado haya dado cabal cumplimiento a lo dispuesto en la misma.

¹²⁶⁸ Véase “Crocifisso, Italia assolta. Santa Sede: sentenza storica”, 18 de Marzo de 2011, en *Avvenire.it.*; ver especialmente los comentarios inmediatamente después de la sentencia de Alberto GAMBINO, “1. Il giurista: e ora le Fede non deve più nascondersi”, 19 de Marzo de 2011; Stefano SPINELLI, “2. L’avvocato: sventato il rischio di uno Stato a ‘confessione laicista’”, 20 de marzo de 2011 y Marta CARTABIA, “La Corte del buon senso”, 21 de Marzo de 2011, www.ilussidiario.net (acceso el 25-II-2017).

reconocen la importancia de su exposición como representación de su cultura, tradición y valores que los identifican.

También, la Corte europea entendió que se debe tener en cuenta las tradiciones de los Estados sobre temas particulares, porque son ellos los que verdaderamente se encuentran capacitados para resolver las necesidades de su sociedad. Es más, el Tribunal EDH entendió que pueden darse dos casos similares, con resoluciones distintas, según las tradiciones y costumbres de los propios estados. Sin perjuicio de la violación del derecho a la vida de las personas por nacer, este margen de apreciación nacional no fue tenido en cuenta por la Corte IDH en el caso en estudio soslayando el ferviente sentido religioso que existe en Costa Rica.

Justamente, en el contexto estrictamente religioso, se admite que los Estados tienen competencia en aquellos casos en los que se encuentran en juego las convicciones y según la Corte EDH en el caso “Murphy vs. Irlanda” (2003) se expuso que “gracias a sus contactos directos y constantes con las costumbres de su país, las autoridades estatales se encuentran en principio en mejor posición que el juez internacional para pronunciarse sobre el contenido preciso de las exigencias en relación con los derechos de los demás”¹²⁶⁹.

En este punto, esta tesis considera que la Corte Interamericana se extralimitó en sus facultades condenatorias, dado que el Supremo Tribunal de Costa Rica no hizo más que aplicar el artículo 4.1 de la Convención que dispone que, en forma general, la vida comienza desde la concepción, término entendido, mayoritariamente, desde el momento en que el espermatozoide fecunda al óvulo. La Corte IDH no sólo puso su exégesis por encima de lo establecido en la Convención, sino que, además, hizo extensiva esa interpretación hacia todos los Estados partes. La interpretación que pueda hacer la Corte IDH no puede llegar a la discrecionalidad total, dado que ésta se encuentra acotada por un marco regulatorio al cual los Estados partes adhirieron de conformidad a lo allí dispuesto.

Cabe remarcar, también, que la Corte IDH se extralimitó en sus disposiciones resolutivas, avasallando la soberanía de Costa Rica, en cuanto a la forma que, la propia administración de ese país, entiende que debe ejecutarse la sentencia condenatoria. Por ejemplo, la Corte IDH le ordena al Estado que:

“[...] debe implementar programas y cursos permanentes de educación y capacitación en derechos humanos, derechos reproductivos y no discriminación, dirigidos a funcionarios judiciales de todas las áreas y escalafones de la rama judicial”.

Para esta tesis, la Corte IDH, al momento de resolver, no puede pasar por alto los principios republicanos que hacen al ordenamiento interno de un país, donde se garantiza la división de poderes, a los efectos de que cada órgano competente lleve a cabo las funciones públicas de acuerdo a la organización estructurada especialmente a tales efectos. Para más, vuelve a repetirse, el Estado de Costa Rica se lo condena por aplicar una disposición de la Convención (artículo 4.1) que vela por el derecho a la vida, sostenido por conceptos y estudios arraigados desde hace tiempo, en cuanto a que la vida comienza desde la concepción, entendiéndose ésta como la fecundación del espermatozoide con el óvulo y no así la nueva interpretación “científica”, emitida

¹²⁶⁹ Tribunal EDH, caso “Murphy vs. Ireland”, aplicación número 44179/98, 10 de julio de 2003.

por la Corte IDH, en cuanto a que la vida humana comienza desde la implantación del en el seno materno.

Ante el pronunciamiento del tribunal internacional, el Parlamento local se negó al dictado de la norma requerida en el pronunciamiento de la Corte IDH, juzgó necesario negarse a cumplir lo dispuesto en virtud de considerarlo violatorio de la Constitución de Costa Rica que salvaguarda el derecho a la vida de las personas por nacer¹²⁷⁰.

El caso en estudio, puede ser el puntapié inicial para habilitar un necesario margen de apreciación nacional que la Corte IDH debe tener en cuenta, al momento de resolver. Ello, con el propósito de hallar un justo equilibrio entre la soberanía de los pueblos, la seguridad jurídica y el consecuente respeto del más preciado de los derechos humanos: el derecho a la vida de las personas por nacer. La decisión del tribunal internacional transgrede el derecho natural, al autorizar ilegalmente la violación del derecho a la vida de las personas a partir de la concepción.

13. México

Durante el transcurso del año 2011, México efectuó una reforma en el texto constitucional e incorporó, de manera expresa, la tutela de los derechos humanos previstos en los tratados internacionales sobre la materia.

En relación a ello, el flamante artículo 1 de la Constitución mexicana dispone lo siguiente:

“en los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

¹²⁷⁰ Véase Alfonso SANTIAGO, “¿Desobediencia debida? ¿Quién tiene...”, ob. cit., p. 13. A consecuencia de esta decisión, el Poder Ejecutivo costarricense dictó un nuevo decreto, el 3910-MP-S, habilitando las prácticas de tratamientos de fecundación *in vitro*, y así dar cumplimiento a lo ordenado por la Corte IDH.

Ante este nuevo acto de la administración, el 3 de febrero de 2016, la Sala Constitucional volvió a intervenir y declaró la inconstitucionalidad del decreto del Poder Ejecutivo por entender que, dicha materia, no podía ser regulada por decreto sino por ley (véase Corte Suprema de Costa Rica, Sala Constitucional, sentencia 2016-001692). Explica el profesor SANTIAGO que “mediante la presentación de tres escritos (4, 11 y 16-2-2016) la República de Costa Rica hizo saber a la Corte IDH lo decidido por la Sala Constitucional y solicitó a la máxima instancia jurisdiccional regional en materia de derechos humanos que ‘otorgara vigencia temporal al referido Decreto Ejecutivo, mientras no se emita una norma superior’” (Alfonso SANTIAGO, “¿Desobediencia debida? ¿Quién tiene...”, ob. cit., p. 13). Acto seguido, la Corte IDH, el 26 de febrero de 2016, dispuso que de ahora en adelante “la prohibición no puede producir efectos jurídicos en Costa Rica ni constituir un impedimento al ejercicio de los referidos derechos protegidos por la Convención”. Consecuentemente estima que: “debe entenderse que la FIV está autorizada en Costa Rica y, de forma inmediata, se debe permitir el ejercicio a decidir sobre si tener hijos biológicos a través del acceso a dicha técnica de reproducción asistida, tanto a nivel privado como público, sin necesidad de un acto jurídico estatal que reconozca esta posibilidad o regule la implementación de la técnica”.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley”.

Resulta relevante el criterio interpretativo que, sobre el particular, adoptó la Suprema Corte de Justicia mexicana en la Tesis número LXV/2011¹²⁷¹, a los efectos de entender el alcance de los institutos concernientes a la *res iudicata* y *res interpretata*. En este sentido, la Suprema Corte mexicana se expresó sobre la obligatoriedad de las sentencias emitidas por la Corte IDH, sólo en aquellos casos en que México sea parte del litigio (*res iudicata*), dejando de lado tal obligatoriedad para los casos en que México no fuera parte (*res interpretata*).

Así, el máximo tribunal mexicano, expuso:

“el Estado Mexicano ha aceptado la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por ello, cuando ha sido parte en una controversia o litigio ante esa jurisdicción, la sentencia que se dicta en esa sede, junto con todas las consideraciones, constituye cosa juzgada, correspondiéndole exclusivamente a ese órgano internacional evaluar toda y cada una de las excepciones formuladas por el Estado Mexicano, tanto si están relacionadas con la extensión de la competencia de la misma corte o con las reservas y salvedades formuladas por aquél. Por ello, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, aún como Tribunal Constitucional, no es competente para analizar, revisar, calificar o definir si una sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos es correcta o incorrecta, o si excede en relación con las normas que rige en su materia y proceso. Por tanto, la Suprema Corte no puede hacer ningún pronunciamiento que cuestione la validez de lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya que para el Estado Mexicano dichas sentencias constituyen cosa juzgada. Así, las resoluciones pronunciadas por aquella instancia internacional son obligatorias para todos los órganos del Estado Mexicano, al haber figurado como parte de un litigio concreto, siendo para el Poder Judicial no sólo los puntos de resolución de la sentencia, sino la totalidad de los criterios contenidos en ella”¹²⁷².

En torno de la reforma, y un posterior pronunciamiento de la Corte mexicana, se señaló que las únicas limitaciones válidas en materia de derechos humanos, plasmados en los instrumentos internacionales, son las que tengan una apoyatura directa en la Carta constitucional vigente¹²⁷³.

El problema vinculado a la jerarquía que ocupan los tratados internacionales de derechos humanos a raíz de la reforma constitucional del 10 de junio de 2011 habilitó en México la discusión sobre dos posiciones claramente definidas¹²⁷⁴. Una de ellas

¹²⁷¹ Tesis del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, aprobada el 28 de noviembre de 2011 y publicada en el Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro III, diciembre de 2011, p 556.

¹²⁷² *Ibidem*.

¹²⁷³ Véase Corte Suprema de México, Contradicción de tesis 293/2011.

¹²⁷⁴ No obstante existen autores que proponen una tercera posición: “la propuesta de reforma que comentamos aborda el tema desde el artículo 1ero., con la introducción de los tratados internacionales, además de la Constitución, como fuente de los derechos humanos en el orden jurídico nacional; con lo que les da a los derechos, consignados en los tratados, jerarquía de norma constitucional. Pero debe aclararse que con esto no se reconoce esa jerarquía a los tratados mismos, sino sólo a los derechos en ellos consignados; lo que sin duda es adecuado, pues de otro modo, nos llevaría a construir un sistema de derechos con fundamento constitucional, que podrían ser considerados como derechos de primera, y

afirma que los tratados internacionales se encuentran al mismo nivel que la Constitución mexicana, o sea, se ubican en la cúspide de la estructura del ordenamiento jurídico de México. Para los partidarios de esta tesis, los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales de los que México es parte se incorporan al ordenamiento nacional con rango constitucional conforme lo prevé el artículo 1 de la Constitución.

La otra posición apunta a que la Constitución es la única norma suprema del ordenamiento jurídico mexicano. De ella derivan su validez el resto de los preceptos incluidas las disposiciones sobre derechos humanos plasmadas en los instrumentos internacionales sobre la materia. Los partidarios de esta hermenéutica apoyan su razonamiento en lo reglado por el artículo 133 de la Constitución que históricamente fue entendido como receptor del principio de supremacía constitucional¹²⁷⁵. Otros partidarios de la tesis apoyan su razonamiento en otros artículos constitucionales de la Constitución mexicana como el artículo 15 que veda la celebración de tratados internacionales contrarios a la carta constitucional. Esta diversidad exegética se vio reflejada en la contradicción de tesis 293/2011 que resolvió el Pleno de la SCJN el pasado 3 de septiembre de 2013. En rigor este conflicto se presenta a partir de lo resuelto entre el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito y el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito.

El Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito plasmó su opinión sobre la cuestión vinculada a la jerarquía de los Tratados internacionales. Expuso, en apretado resumen, que cuando los conflictos se produzcan en relación con derechos humanos, deben ubicarse a nivel de la Constitución:

“tratados internacionales. Cuando los conflictos se susciten en relación con derechos humanos, deben ubicarse a nivel de la Constitución. Los tratados o convenciones suscritos por el Estado mexicano relativos a derechos humanos, deben ubicarse a nivel de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, porque dichos instrumentos internacionales se conciben como una extensión de lo previsto en esa Ley Fundamental respecto a los derechos humanos, en tanto que constituyen la razón y el objeto de las instituciones. Por lo que los principios que conforman el derecho subjetivo público, deben adecuarse a las diversas finalidades de los medios de defensa que prevé la propia Constitución y de acuerdo con su artículo 133 las autoridades mexicanas deben respetarlos, por lo que bajo ninguna circunstancia pueden ser ignorados por ellos al actuar de acuerdo a su ámbito competencial”¹²⁷⁶.

A su turno el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito expuso:

“derechos humanos, los tratados internacionales suscritos por México [...] Es posible invocarlos en el juicio de amparo al analizar las violaciones a las garantías individuales que impliquen la de aquéllos. Los artículos 1, 133, 103, fracción I, y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establecen respectivamente: que todo individuo gozará de

una segunda categoría integrada por los derechos contenidos en los tratados...”. Víctor M. MARTÍNEZ BULLÉ-GOYRI, “Reforma constitucional en materia de derechos humanos”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLIV, número 130, enero-abril de 2011, pp. 410 y 411.

¹²⁷⁵ Véase Jorge CARPIZO, “La interpretación del artículo 133 constitucional”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año II, número 4, enero-abril de 1969, p. 23.

¹²⁷⁶ Tesis: XI.1o.A.T.45 K, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXI, mayo de 2010, p. 2079; S.J.F. y su *Gaceta*, 9a. Época, T.C.C., t. XXXI, mayo de 2010, p. 2079.

las garantías que ella otorga; que las leyes del Congreso de la Unión, que emanen de ella, y los tratados acordes a la misma, serán la Ley Suprema de toda la Unión; que los tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite por leyes o actos de la autoridad que violen las garantías individuales; y, las bases, los procedimientos y las formas para la tramitación del juicio de amparo. Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ubicó a los tratados internacionales por encima de las leyes federales y por debajo de la Constitución, según la tesis del rubro: "TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL" (IUS 192867). De ahí que si en el amparo es posible conocer de actos o leyes violatorios de garantías individuales establecidas constitucionalmente, también pueden analizarse los actos y leyes contrarios a los tratados internacionales suscritos por México, por formar parte de la Ley Suprema de toda la Unión en el nivel que los ubicó la Corte. Por lo tanto, pueden ser invocados al resolver sobre la violación de garantías individuales que involucren la de los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales suscritos por México"¹²⁷⁷.

Afirma ORTEGA GARCÍA que resulta fácil notar de la lectura de ambos pronunciamientos que la contradicción radica en el rango jerárquico de los tratados internacionales respecto de la Constitución¹²⁷⁸. El Pleno de la SCJN sesionó en agosto y septiembre de 2013 para resolver el conflicto suscitado¹²⁷⁹. En los debates de la Corte mexicana la discusión giró en torno al proyecto modificado del ministro ponente Arturo ZALDÍVAR LELO DE LARREA, sostuvo lo siguiente.

“1) La reforma al artículo 1 constitucional provocó la constitucionalización de los derechos humanos de origen internacional, con lo cual existe ahora una masa de derechos constitucionalizados que se relacionan entre sí en términos de armonización y coordinación, mas no de jerarquía, pues no puede haber derechos humanos de primera y de segunda clase.

2) Esta consideración no afecta la vigencia del principio de supremacía constitucional, ya que es la propia Constitución la que incorpora los derechos humanos de fuente internacional. En caso de una antinomia entre la Constitución y los tratados internacionales, para resolverla, habría que acudir a la ponderación de derechos a la luz del principio *pro persona*.

3) Aunque los tratados internacionales se encuentran jerárquicamente por debajo de la Constitución, las normas de derechos humanos establecidas en los tratados, luego de que éstos son incorporados al ordenamiento jurídico interno por los cauces constitucionales, se convierten en parte de la Constitución y gozan de jerarquía constitucional. Solo que esto último ocurre respecto de las normas de los tratados internacionales que reconocen derechos humanos, no así respecto de los propios tratados.

4) Los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que México es parte forman un conjunto único de derechos. Éstos se relacionan entre sí con base en los principios de interdependencia e indivisibilidad que consagra el artículo 1 de la Constitución. Ese catálogo único de derechos humanos constituye el parámetro de validez de todo el orden jurídico mexicano.

5) No es contradictorio decir que los derechos humanos de fuente constitucional e internacional forman un bloque o parámetro de igual jerarquía, y al mismo tiempo sostener que

¹²⁷⁷ Tesis: 1.7o.C.46 K, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVIII, agosto de 2008, p. 1083; S. J. F. y su *Gaceta*, [TA], 9a. Época, T.C.C., t. XXVIII, agosto de 2008, p. 1083.

¹²⁷⁸ Véase Ramón ORTEGA GARCÍA, “La jerarquía de los tratados internacionales sobre derechos humanos a la luz de la reforma constitucional del 10 de junio de 2011”, en http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-46542015000100013 (acceso el 23-X-2018).

¹²⁷⁹ Me baso en la versión taquigráfica de las sesiones de Pleno de los días 26, 27 y 29 de agosto, 2 y 3 de septiembre de 2013. Esas versiones pueden consultarse en el portal de la SCJN DE México https://www.scjn.gob.mx/pleno/Paginas/ver_taquigraficas.aspx (acceso el 25-X-2018).

cuando hay un límite establecido por la Constitución, opera la Constitución. En otras palabras, no hay contradicción en afirmar la jerarquía constitucional de los derechos humanos de fuente internacional, y afirmar, al mismo tiempo, que todos los derechos están sujetos a los límites constitucionales”¹²⁸⁰.

De cara a este proyecto se plantearon distintas opiniones por parte de los jueces del alto estrado mexicano, las cuales se pueden sintetizar así: Para el Juez Sergio Valls Hernández el problema que se suscita es de armonización y no de jerarquía. Para el ministro, los derechos humanos reconocidos en los instrumentos internacionales complementan el catálogo de derechos establecido constitucionalmente, de modo que los primeros gozan de “estatus material de constitucionalidad”, y todos los derechos humanos, independientemente de su fuente, constituyen un solo parámetro de interpretación. Existe un plexo normativo constituido por los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales, bajo el cual se deben interpretar el resto de los preceptos normativos. De este modo la Constitución termina por articular el orden jurídico interno y el orden internacional, valiéndose de su posición suprema¹²⁸¹.

Para el juez Jorge Mario Pardo Rebolledo la modificación al artículo 1ero. de la Constitución de México pone en evidencia la intención del constituyente permanente por dotar a las normas de fuente internacional que reconocen derechos humanos de rango constitucional. Empero, la última parte del primer párrafo del artículo 1ero. en tanto expresa que el ejercicio de los derechos humanos no podrá restringirse, excepto cuando la propia Constitución así lo establece, expresa la vigencia del principio de supremacía constitucional (y éste trae implícito el de jerarquía normativa). De ahí que si la Constitución contiene una restricción al goce de un derecho humano, se deberá aplicar la Constitución indefectiblemente. Aquí no importa que a ese mismo derecho, un tratado internacional no le imponga límite alguno de modo que en el materia de restricciones o limitaciones al goce de los derechos humanos, la Constitución tiene la última palabra. “Por lo tanto, el problema de fondo sí es de jerarquía. Para decirlo de otra manera, el principio de supremacía constitucional condiciona la aplicación del principio *pro persona*: la norma internacional de derechos humanos que protege más y mejor es aplicable en el caso concreto, siempre y cuando la Constitución no establezca expresamente una restricción al ejercicio de ese derecho, porque entonces prevalece la propia Constitución”¹²⁸².

El juez Alberto Pérez-Dayán es de la idea que todos los tratados internacionales sin importar que sean o no de derechos humanos deben adecuarse al texto constitucional y cumplir con dos requisitos formales y uno de fondo. Los primeros vinculados a la exigencia de que los tratados sean celebrados por el presidente de la República y aprobados por el Senado; en cambio los segundos apuntan a la adecuación que debe existir entre el contenido de los tratados y el de la Constitución. Se afirma con ello el principio de supremacía constitucional que coloca a la Constitución por encima de los tratados. Los tratados internacionales son normas derivadas, que se incorporan al ordenamiento jurídico mexicano a partir de la voluntad

¹²⁸⁰ Ramón ORTEGA GARCÍA, “La jerarquía de los tratados internacionales sobre derechos humanos a la luz de la reforma constitucional...”, ob. cit.

¹²⁸¹ Véase *ibidem*.

¹²⁸² *Ibidem*.

de órganos constituidos. “La supremacía de la Constitución supone, entonces, que ocupa una posición incompatible con cualquier otra norma que tenga como origen la competencia de los poderes constituidos. Éstos tienen como referente y límite de validez su conformidad con la Constitución. Por eso, cualquier antinomia que surja entre ella y las normas derivadas, deberá ser resuelta a favor de la Constitución”¹²⁸³.

Margarita Luna Ramos afirma que la contradicción de sentencias sí implica un problema de jerarquía normativa toda vez que el derecho se concibe como un orden jerarquizado de normas que comienza en la Constitución como norma suprema. “La Constitución, por decirlo así, es el origen de donde parte todo el ordenamiento jurídico. De ahí el valor que mantiene el principio de supremacía constitucional, el cual sigue vigente hasta ahora ya que el artículo 133 de la Constitución no fue modificado en las últimas reformas constitucionales de junio de 2011”¹²⁸⁴.

Para Alfredo Gutiérrez Ortiz-Mena, todos los tratados internacionales deben subordinarse a la Constitución dado que el artículo 133 no sufrió modificación alguna en la última innovación constitucional. En este aspecto se mantiene el principio de jerarquía formal. Para el supuesto de que se configure un conflicto con alguno de los de los derechos humanos se deberá recurrir a la ponderación en la que se dé una deferencia al Constituyente Permanente. “No es un asunto de jerarquías. Si lo fuera, el derecho que no prevalece tendría que ser eliminado. Por lo tanto, se trata de una ponderación de derechos de igual jerarquía a la luz del principio *pro persona*”¹²⁸⁵.

Para Luis María Aguilar Morales el proyecto que se discute acarrea un problema de jerarquía y de subordinación. “Cuando el artículo 1 constitucional dice que todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales, en realidad establece un sistema de derechos, conceptualmente racionalizado por los alcances establecidos en los tratados, pero no como un sistema paralelo de normas. Por eso, todo conflicto entre la Constitución y los tratados desaparece y se reafirma, al mismo tiempo, la supremacía constitucional”¹²⁸⁶.

Por último el juez José Ramón Cossío Díaz afirma que no puede ponerse en duda que la Constitución tiene una posición jerárquicamente superior al resto de las normas que conforman el ordenamiento jurídico. “Si se interpretara el artículo 1 constitucional como un asunto de jerarquías, entonces debería concluirse que el problema se resuelve siempre a favor de la Constitución. Pero esto no tiene por qué ser así. Más bien, la solución debe dejarse a la libre operación de los intérpretes jurídicos y, en última instancia, a la SCJN”¹²⁸⁷.

Conforme refiere ORTEGA GARCÍA, el proyecto original fue modificado ello respecto a las restricciones constitucionales. Esta reforma fue decisiva para que el proyecto fuera aprobado por mayoría de diez votos. Se decidió entonces conservar la jerarquía constitucional de los derechos humanos de fuente internacional, pero con una importante excepción: “en caso de restricción expresa en la carta fundamental, se debería estar a lo señalado en la propia Constitución y así la pretendida igualdad

¹²⁸³ *Ibidem*.

¹²⁸⁴ *Ibidem*.

¹²⁸⁵ *Ibidem*.

¹²⁸⁶ *Ibidem*.

¹²⁸⁷ *Ibidem*.

jerárquica quedó en la nada¹²⁸⁸. En síntesis, la mayoría de los jueces de la Corte Suprema mexicana se pronunció en defensa del principio de supremacía constitucional, “lo que les llevó a concluir lo que ya se dijo: las normas de la Constitución y las normas de los tratados internacionales sobre derechos humanos tienen igual jerarquía, pero en caso de conflicto, si la Constitución prevé una restricción a un derecho humano en particular, debe prevalecer la propia Constitución”¹²⁸⁹.

Alfonso SANTIAGO aclara aún más lo expuesto, en cuanto a que la máxima instancia jurisdiccional de México, “consagró implícitamente la supremacía final de la Constitución en relación a los tratados internacionales sobre derechos humanos cuando no es la propia Constitución la que establece una limitación a un derecho más ampliamente consagrado en un tratado internacional”¹²⁹⁰.

También, podemos agregar como argumento lo que esgrimiera uno de los votos en minoría de la Suprema Corte de Justicia de México, en los autos “Radilla Pacheco”¹²⁹¹. Allí se puede observar una muy valiosa crítica a la tesis que impulsa la aplicación directa de las resoluciones contenciosas de la Corte IDH sin posibilidad alguna de valorar su adecuación al derecho nacional. Conforme a esta postura, el *pacta sunt servanda* es el principio que justificaría no acatar el fallo de la Corte IDH si es que el tribunal nacional juzga que la instancia internacional se extralimitó en sus funciones por las siguientes razones: a) Dejar de ponderar el contenido de las declaraciones o reservas imperativas que un Estado efectuó al momento de incorporar a su derecho interno un tratado internacional de derechos humanos; y b) Ejercer potestades que no le son otorgadas por su propio estatuto¹²⁹². En el referido razonamiento se cuele la competencia constitucional local para ejercer el debido control de compatibilidad de las sentencias del Tribunal Interamericano con el orden público local.

Resulta, también, relevante evaluar los argumentos en los que se apoya el voto, parcialmente minoritario, del Juez ZALDIVAR LELO DE LARREA al no concordar con el fundamento de la mayoría del tribunal de conferirle solamente valor de guía orientativa a la jurisprudencia de la Corte IDH, en la cual México no fue parte de la *litis*. En su disidencia, parte de concebir a los regímenes jurídicos nacionales e internacionales de derechos humanos como en una relación de cooperación en la que se tiene como propósito central la dignidad humana. Su idea lo conduce a tener por cierto que los fallos del tribunal internacional de San José establecen estándares mínimos de tutela, a partir de los cuales es posible que el juez local pueda superar con interpretaciones de normas, incluso de fuente nacional, o que otorguen mayor protección aún. El prestigioso juez opina que, la función preventiva de los fallos de la Corte de San José pretende justificar la necesidad de reconocerles el carácter obligatorio a sus decisiones, incluso, en aquellos casos en los que el Estado mexicano no sea parte del entuerto.

¹²⁸⁸ Véase *ibidem*.

¹²⁸⁹ *Ibidem*.

¹²⁹⁰ Alfonso SANTIAGO, “¿Desobediencia debida? ¿Quién tiene...”, ob. cit., p. 13.

¹²⁹¹ Corte IDH, “Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos”, 14 de julio de 2011.

¹²⁹² Voto particular del Juez Sergio Salvador Anguiano.

14. Venezuela

El 10 de septiembre de 2012 Venezuela comunicó a la Secretaría General de la OEA su decisión de abandonar la CADH y, consecuentemente, la jurisdicción de la Corte IDH.

En la nota enviada al efecto expuso: “Por lo anterior en nombre de mi gobierno, me permito manifestar la decisión soberana de la República de Venezuela de denunciar la Convención Americana sobre Derechos Humanos, razón por la cual, a tenor de lo dispuesto en su artículo 78, mucho agradeceré considere la presente nota como la Notificación de Denuncia, para que, a partir del término establecido en la misma, cesen sus efectos internacionales, en cuanto a ella se refiere, y la competencia de sus órganos para nuestro país, tanto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”¹²⁹³.

Entre los principales argumentos adujo que, tanto la Comisión como la Corte IDH, se alejaron “de los sagrados principios que están llamados a proteger, convirtiéndose en un arma política arrojadiza destinada a minar la estabilidad de determinados gobiernos, y especialmente al de nuestro país, adoptando una línea de acción injerencista en los asuntos internos de nuestro gobierno, vulnerando y desconociendo principios básicos y esenciales ampliamente consagrados en el derecho internacional, como los son el principio de respeto a la soberanía de los Estados y el principio de autodeterminación de los pueblos, llegando incluso a desconocer el propio contenido y disposiciones de la Convención Interamericana de Derechos Humanos [...]”¹²⁹⁴. Especialmente, se alegó la falta de agotamiento de los recursos internos del Estado lo que supone, a criterio del gobierno de Venezuela, un desconocimiento del orden institucional y jurídico del Estado parte. Puntualmente, se refirió a cada caso donde el Estado venezolano fue objeto de los abusos y transgresiones a la CADH en los que habrían incurrido la Comisión y la Corte IDH.

Entre los argumentos que, con mayor énfasis opuso, destacan lo establecido por el artículo 7 de la Constitución de Venezuela en tanto dispone que: “La Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico”, de modo que todos los órganos que ejercen el poder del Estado se encuentran ligados y obligados a obedecer prioritariamente a ella.

Por otro lado, mucho antes de la denuncia al Pacto y la jurisdicción de la Corte IDH, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela en la decisión número 1942-2003, expuso en torno del artículo 23 que: “a juicio de la Sala, dos elementos claves se desprenden del artículo 23: 1) Se trata de derechos humanos aplicables a las personas naturales: 2) Se refiere a normas que establezcan derechos no a fallos o dictámenes de instituciones, resoluciones de organismos etc., prescriptos en los Tratados, sino sólo a normas creativas de derechos humanos [...]”.

¹²⁹³ Carta enviada por el gobierno de Venezuela al Secretario General de la OEA, recibida el 10 de septiembre de 2012, p. 9, tercer párrafo.

¹²⁹⁴ *Ibidem*, p. 2, segundo párrafo.

“Repite la Sala, que se trata de una prevalencia de las normas que conforman los Tratados, Pactos y Convenios [...] relativos a derechos humanos, pero no de los informes u opiniones de organismos internacionales, que pretenden interpretar el alcance de las normas de los instrumentos internacionales, ya que el artículo 23 constitucional es claro: la jerarquía constitucional de los Tratados, Pactos y Convenios, se refiere a sus normas, las cuales, al integrarse a la Constitución vigente, el único capaz de interpretarlas con miras al Derecho Venezolano, es el juez constitucional conforme al artículo 335 de la vigente Constitución, en especial, al intérprete nato de la Constitución de 1999, y, que es la Sala Constitucional, y así se declara [...]”¹²⁹⁵.

En síntesis, la Sala Constitucional, previo a la denuncia que formalizó Venezuela en 2012, sostuvo que era ella quien tenía la última palabra para decidir qué normas de derechos humanos incorporados en los tratados, pactos y convenios prevalecían en el derecho interno¹²⁹⁶. Al respecto expresó:

“en primer término, es necesario advertir que la Convención Americana sobre Derechos Humanos es un tratado multilateral que tiene jerarquía constitucional y prevalece en el orden interno solo «en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables» a las establecidas en la Constitución, de conformidad con lo pautado en el artículo 23 de nuestro texto fundamental. [...] El preámbulo de la «Convención Americana sobre Derechos Humanos» aclara que la protección internacional que de ella se deriva es «coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos». Es decir, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos no puede pretender excluir o desconocer el ordenamiento constitucional interno, pues la Convención coadyuva o complementa el texto fundamental que, en el caso de nuestro país, es «la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico» (artículo 7 constitucional). Por otra parte, el citado artículo 23 de la Constitución no otorga a los tratados internacionales sobre derechos humanos rango ‘supraconstitucional’, por lo que, en caso de antinomia o contradicción entre una disposición de la Carta Fundamental y una norma de un pacto internacional, correspondería al Poder Judicial determinar cuál sería la aplicable, tomando en consideración tanto lo dispuesto en la citada norma como en la jurisprudencia de esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia (SC, 1939/2008)”¹²⁹⁷.

Incluso afirmó la Sala que la materia reglada por el texto de la Constitución no podía resultar disminuida por disposiciones de orden procesal incluidos en tratados o normas internacionales, a consecuencia de concebir la Constitución como norma suprema a la cual le deben lealtad los jueces nacionales. Ellos, por disposición del propio texto de la ley fundamental, son indisponibles, a excepción que la propia Constitución lo haga posible. Por ejemplo, tal lo reglado por los artículos 73 y 336.5, uno vinculado al *referendum*, otro a la competencia de la Sala Constitucional para examinar, en abstracto, la adecuación de un tratado al texto de la Constitución antes de su tratamiento por el Congreso.

Por lo expuesto, queda claro que Venezuela, en más de una oportunidad, desconoció las órdenes emitidas por la Corte IDH en sus sentencias bajo la técnica de retirarle sus efectos por medio del control de constitucionalidad nacional de las sentencias internacionales. Dictada la resolución jurisdiccional en el ámbito

¹²⁹⁵ Fundamentos de la denuncia de Venezuela a la Convención Americana de Derechos Humanos presentada a la Secretaría General de la OEA, p. 20, tercer párrafo.

¹²⁹⁶ Véase *ibidem*.

¹²⁹⁷ Un análisis en extenso de esta decisión puede encontrarse en el trabajo de: J. BERRIOS “Sentencia de la Sala Constitucional sobre la inejecutabilidad de la decisión de 5 de Agosto de de 2008 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Cuestiones Jurídicas*, volumen III, número 1, Enero- Junio. Universidad Rafael Urdaneta, 2009, pp. 85-105.

internacional, la Sala Constitucional venezolana las examina aplicando un control de constitucionalidad que puede concluir en que, aquélla, no es compatible con la Constitución local. Tal dispositivo jurídico viene a justificar el incumplimiento de una sentencia del tribunal internacional de derechos humanos. De este modo, se está frente a un Estado que, por las razones descritas, tacha de inconstitucionales las sentencias de la Corte IDH y, como consecuencia de ello, procede a declararlas inejecutables en el orden nacional¹²⁹⁸.

15. Síntesis del capítulo

Del análisis del derecho comparado, a partir de los países que fueron evaluados en este capítulo, fue posible demostrar cómo se resuelven, desde los preceptos de las constituciones y la jurisprudencia de las más altas instancias nacionales, los conflictos normativos entre las constituciones de los Estados y las normas convencionales, principalmente, respecto de dos sistemas continentales de protección de los derechos humanos: el europeo y el americano.

Fue provechoso, para fortalecer los argumentos de la tesis constitucionalista, ver en aquellos países que incorporan a los tratados de derechos humanos en escenarios de legalidad, supralegalidad o constitucionalidad, cuál fue el acatamiento de los fallos de los tribunales internacionales de derechos humanos, qué valor y efectos se les asignaron a estas decisiones, y cuál fue la actitud que adoptaron los órganos internacionales frente a sentencias que se dictaron ejerciendo control de convencionalidad, cuando, el derecho internacional de los derechos humanos, colisionaban con normas, principios o valores incorporados implícita o explícitamente a las constituciones nacionales de los Estados signatarios de tratados internacionales de derechos humanos. En todos los casos se asignó supremacía y primacía normativa a las Constituciones nacionales. De igual modo, por regla, los supremos tribunales nacionales se negaron a dejar sin efecto sentencias dictadas por ellos, pasadas en autoridad de cosa juzgada, cuando el cumplimiento de una sentencia de un tribunal internacional o el seguimiento de alguna doctrina jurisprudencial convencional los llevaba a desconocer, a su criterio, disposiciones de sus respectivas constituciones nacionales.

¹²⁹⁸ Véase Corte IDH, “Aspitz Barbera y otros” (Corte Primera de lo Contencioso Administrativo) vs. Venezuela” (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), 5 de agosto de 2008; Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, Sala Constitucional, Expediente número 08-1572, 18 de diciembre de 2008.

CUARTA PARTE

NOCIÓN DE LOS CONFLICTOS NORMATIVOS

CAPÍTULO XII

Conflictos normativos insalvables entre disposiciones constitucionales, tratados internacionales y jurisprudencia internacional sobre derechos humanos

En este breve capítulo se expondrá qué se entiende por conflicto normativo. Se explicará la distinción entre conflicto normativo y contradicción normativa, con el propósito de dar respuesta a los siguientes interrogantes: ¿conforma la jurisprudencia de los tribunales internacionales parte de la normatividad? Asimismo, se describirán ciertas herramientas con las que cuenta el juzgador nacional para resolver conflictos normativos. Por último, dentro del mismo acápite, se efectuará una clasificación de conflictos normativos para luego ver cómo se relacionan éstos con dos formas de control: el de constitucionalidad y el de convencionalidad.

1. El concepto de conflicto normativo

Antes de avanzar en el presente capítulo, resulta necesario definir qué es un sistema normativo, pues el conflicto normativo que aquí se analiza no sería tal si no existiese un sistema donde esas normas se encuentran reconocidas. La teoría de la norma jurídica y la teoría del ordenamiento jurídico forman una completa teoría del derecho, principalmente desde el punto de vista formal¹²⁹⁹.

Se sostuvo que: “un conjunto normativo es un conjunto de enunciados tales que entre sus consecuencias hay enunciados que correlacionan casos con soluciones. Todo conjunto normativo que contiene todas sus consecuencias es, pues, un sistema normativo. Un conjunto (sistema) normativo es, por consiguiente, un conjunto (sistema) de enunciados en cuyas consecuencias hay alguna consecuencia

¹²⁹⁹ Norberto BOBBIO, *Teoría General del Derecho*, segunda edición, editorial Debate, Madrid, 1990, p. 141.

normativa¹³⁰⁰. Así, se asignan como propiedades formales o estructurales de los sistemas normativos la completitud, la independencia y la coherencia de éstos¹³⁰¹.

HART sostiene que un sistema normativo se caracteriza por incluir ciertas normas secundarias -como la moral- que, si bien no se encuentran explícitamente en sistemas normativos, juegan un papel determinante dentro del sentido deóntico. Incluso, tales normas secundarias pueden inferirse de los fundamentos de la ley, no forman parte de la normatividad, son los argumentos que le dan la razón de ser a la norma. HART imagina una sociedad primitiva en la que rigen sólo reglas primarias, de tipo consuetudinario, estableciendo la obligatoriedad de ciertas conductas. En relación con esta hipotética sociedad no se diría que ella cuenta con un sistema jurídico, aún cuando tuviera reglas que regulan el uso de la fuerza. Las normas de esa sociedad, entonces, serían calificadas de pautas morales, o tradiciones, o usos sociales, pero no de reglas jurídicas¹³⁰². Entonces, se podría sintetizar que el derecho, como sistema normativo, está constituido por un conjunto de reglas -incluidas las pautas morales- de conducta obligatoria, cuya finalidad es mantener el orden social, asegurando la repetición de comportamientos necesarios para el desarrollo de cierto modo de producción de la vida social.

Ahora bien, definido el concepto de sistema donde se encuentran ínsitas las normas, es preciso definir el término conflicto normativo. Según la cuarta acepción del diccionario de la Real Academia española relativa al tema que aquí concierne, el término conflicto significa problema, cuestión, materia de discusión¹³⁰³, mientras que normativo proviene de norma, que remite a regla, qué se debe seguir o a qué se deben ajustar las conductas, tareas, actividades¹³⁰⁴. Por lo tanto, básicamente, un conflicto normativo significaría un problema entre dos o más reglas a las cuales los Estados y, por ende, los ciudadanos deben ajustar sus conductas.

Así, se sostuvo que existe un conflicto normativo cuando diferentes normas establecen cualificaciones legales incompatibles para el mismo caso concreto o para la misma clase de casos concretos¹³⁰⁵. Un conflicto normativo, *sensu largo* -éste sería el

¹³⁰⁰ Carlos Eduardo ALCHOURRÓN y Eugenio BULYGIN, *Sistemas Normativos. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2015, pp. 92-95.

¹³⁰¹ Véase *ibidem*, p. 100.

¹³⁰² Véase en Carlos Santiago NINO, *Introducción al análisis del derecho*, segunda edición ampliada y revisada de notas de introducción al derecho, Colección Mayor, Filosofía y Derecho, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1993, *passim*.

¹³⁰³ RAE <http://dle.rae.es/?id=QlqTEX0Qlr66uc|Qltkqeu> (acceso el 15-XII-16).

¹³⁰⁴ *Ibidem*.

¹³⁰⁵ Importa señalar que MORGENTHAL recoge en su definición de antinomia normativa la distinción entre incompatibilidad de dos normas ante un determinado caso concreto e incompatibilidad ante una clase o categoría de casos concretos: “...*l’antinomie est la contradiction entre deux lois ou principes dans leur application pratique, sois á un seul cas, sois á une catégorie de cas particuliers*” (Léopold MORGENTHAL, “Les antinomies en droit social”, en Chaïm PERELMAN, ediciones *Les Antinomies en Droit*, Bruxelles, 1965, traducción E. Bruylant, p. 39). Entre tanto, BULYGIN define así la idea de conflicto normativo: “...*due norme si dicono contraddittorie, quando l’ossequanza dell’una esclude logicamente l’ossequanza dell’altra*” (Eugenio BULYGIN, “Incompletezza, contraddittorietà, e indeterminatazza degli ordinamenti normativi”, en G. DI BERNARDO, editorial *Lógica deóntica e semántica*, Bologna, Il Mulino, 1977, p. 297). A su vez, PERELMAN lo hace del modo que sigue: “se dirá que en un sistema de derecho nos encontramos en presencia de una antinomia cuando, con referencia a un caso concreto, existen, en el referido sistema, dos directivas incompatibles, a las cuales no es posible ajustarse simultáneamente, bien sea porque imponen dos obligaciones en sentido opuesto o porque una prohíbe lo que la otra permite y no hay, por tanto, medio de conformarse a una sin violar

género- se presenta cuando dos o más normas son formal o materialmente incompatibles, es decir, en virtud de los procedimientos de su creación o de sus contenidos respectivamente.

Se puede considerar que los conflictos normativos tienen su origen en una cuestión básica: el legislador, constituyente, los tribunales o bien cualquier artífice de una norma, no pueden abarcar el absoluto -la completitud-. En sí, un sistema normativo es difícil que abarque el extenso abanico de situaciones que puedan suscitarse dentro de las sociedades, a lo largo del tiempo, logrando compatibilizar en su totalidad la profusa canasta de fuentes que rigen la conducta de los hombres. De allí, que inevitablemente se produzcan cortocircuitos entre diferentes preceptos normativos, que deben ser resueltos en base a interpretaciones de los jueces, que a su vez deconstruyen una norma individual para la resolución de la *litis*.

Por otro lado, en este afán por regularlo todo, suele incurrirse en un problema que podría denominarse como proceso de hiperinflación normativa. En estos escenarios, los conflictos normativos son el resultado de la existencia del fenómeno de la sobrerregulación que se produjo en los últimos tiempos, con el propósito de prever todas las situaciones posibles, generando una tangible incertidumbre en cuanto al volumen del universo normativo que rige en un determinado país, y, asimismo, problemas de incompatibilidad entre normas dentro de un sistema jurídico. Dicho con palabras sencillas, podría afirmarse que la sobrerregulación es la generación de disposiciones o documentos normativos, los cuales rompen con el principio de proporcionalidad de la regulación, promoviendo un control innecesario que desnaturaliza la finalidad que se tuvo en cuenta, al momento de la génesis de cada disposición de un ordenamiento jurídico dado.

Si bien, los conflictos normativos suelen darse dentro de ordenamientos jurídicos que establecen conductas determinadas, también pueden originarse dentro de ordenamientos que plasman principios y no reglas específicas, como ocurre con las constituciones y los tratados internacionales. Más adelante, al desarrollar la distinción conforme a la operatividad de la norma hecha por ALEXY, ahondaré en las diferencias entre principios y reglas. Sin embargo, a manera de síntesis, se podría adelantar que la diversidad entre normas -como sinónimo de reglas- y principios se manifiestan básicamente en dos aristas. “Una primera consistiría en suponer que así como las normas [ante un caso concreto] son siempre aplicables al modo de ‘todo o nada’, los principios pueden orientar una interpretación normativa dudosa, pero nunca pueden por sí solos ofrecer la solución al caso...”¹³⁰⁶. Otra interpretación sería que “*a priori* o antes de su aplicación podemos discernir con precisión en qué casos deberá observarse una norma...”¹³⁰⁷ no así con respecto a un principio. En cuanto a la segunda diferencia fundamental, entre principios, la distinción no es nada clara y también puede tomarse de varias maneras. Al igual que en el punto anterior, SANCHÍS ofrece ejemplos para demostrar que sí existen casos en donde un principio invalida a otro (piénsese en los principios de la libertad de culto y el derecho a la vida); existen, asimismo, conflictos entre normas que no concluyen con la invalidez de una de ellas (relación entre normas

la otra” (Chaïm PERELMAN, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Editorial Civitas, Madrid, 1979, pp. 57-58).

¹³⁰⁶ Luis Prieto SANCHÍS, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, p. 33.

¹³⁰⁷ *Ibidem*, p. 35.

específicas y generales)¹³⁰⁸. En síntesis, se podría resumir que los principios se encuentran en estado abierto, aplicables a una multiplicidad de soluciones, mientras que las reglas se ejecutan para una sola solución del caso concreto.

Más adelante, intentaré elucidar si tales conflictos normativos pueden llegar a verificarse entre los principios que se aprehenden del derecho natural, que contienen las constituciones, el derecho internacional consuetudinario con categoría de *ius cogens*, como así también, los tratados internacionales de derechos humanos y la jurisprudencia de los tribunales internacionales de la materia.

A. Distinción entre contradicción normativa y conflicto normativo

Si bien ambos postulados presentan características que los relacionan estrechamente, también existen algunas diferencias que es preciso remarcar con el fin de establecer parámetros bien definidos para saber cuándo uno se encuentra con un problema u otro. Como adelantara, en la generalidad de los casos, y por la sobreabundante legislación que rige en la sociedades, el conflicto normativo surge a raíz de las contradicciones que presentan dos o más plexos normativos diferentes. En cambio, la contradicción normativa reside en la incongruencia que denota una misma fuente de juridicidad *-infra* se desarrollará los conceptos de conflictos normativos intrasistemáticos y extrasistemáticos-.

Sobre esta temática, respecto de la cual ahondaré con mayor profundidad párrafos más adelante, podría afirmarse que el conflicto normativo se da entre dos normas, bien cuando una ordena o permite una acción y la otra la prohíbe (normas contradictorias), bien cuando, aun no siendo mutuamente contradictorias, ante un determinado caso concreto, el cumplimiento de una de las normas impide o excluye el cumplimiento de la otra¹³⁰⁹.

Un claro ejemplo de conflicto normativo, entre plexos jurídicos diferentes, son los casos de inconstitucionalidades en los cuales normas de rango inferior a lo dispuesto en las constituciones entran en cortocircuito con éstas y deben ser salvaguardadas bajo la declaración de inconstitucionalidad de la ley *infra* constitucional. Así, también, pueden darse conflictos normativos entre disposiciones constitucionales y disposiciones de tratados internacionales, *ius cogens* o de la jurisprudencia que emana de los tribunales internacionales constituidos para aplicarlos. Es decir, entre fuentes de juridicidad o plexos normativos diferentes. Asimismo, debe analizarse qué sucede en los casos en que el derecho internacional se incorpora de manera monista al derecho local o lo hace en el texto de las respectivas constituciones integrando, para unos, el mismo plexo normativo o, para otros, constituyéndose como fuentes jurídicas distintas.

¹³⁰⁸ *Ibidem*, pp. 41 y 42.

¹³⁰⁹ SÁNCHEZ-MAZAS, llama al primer tipo de incompatibilidad “incompatibilidad *a priori*” y al segundo “incompatibilidad *a posteriori*” (véase Miguel SÁNCHEZ-MAZAS, *Cálculo de las normas*, Editorial Ariel, Barcelona, 1973, p. 97).

En cambio, la contradicción normativa refiere a aquel enunciado -o grupo de enunciados- que por su mera forma siempre es falso y se caracteriza porque niega lo que, simultáneamente, afirma dentro de un mismo plexo normativo. Algunos autores, suelen definir este tipo de contradicción normativa como antinomia en cuanto a la incompatibilidad entre dos normas pertenecientes al mismo sistema jurídico y que poseen el mismo ámbito de aplicación temporal, espacial, personal y material¹³¹⁰.

Por lo tanto, aquí se encuentra la contradicción dentro de un mismo cuerpo de disposiciones jurídicas e, incluso, como se verá, puede darse tal contradicción dentro del mismo texto constitucional. Como refiriera anteriormente, también se pueden observar contradicciones normativas en lo que respecta a principios, fenómeno conocido como antinomias de principios, que “están presentes en todos los sistemas jurídicos y consisten en la incompatibilidad entre los valores o principios, generalmente constitucionales [...]. Por ejemplo, en la aplicación del derecho los principios de seguridad jurídica y de justicia, o de seguridad jurídica y de libertad están en permanente conflicto. La forma de solucionar estas antinomias exige la ponderación de los principios o valores en conflicto caso por caso para que ninguno de los dos quede anulado”¹³¹¹.

Entonces, para sintetizar, se podría definir el conflicto normativo como la discordancia que emerge entre dos normas diferentes, es decir, pertenecientes a plexos jurídicos disímiles. Aquí el magistrado, para resolver el conflicto normativo, deberá considerar ciertas herramientas tales como el criterio de jerarquía, el criterio de pertenencia, el criterio de validez y el criterio de distinción conforme a la operatividad de la norma hecha por ALEXY (ponderación en el caso concreto). En cambio, en relación a la contradicción normativa (antinomia de las disposiciones dentro de un mismo ordenamiento jurídico), algunos de tales criterios no podrán ser utilizados por el magistrado. Por ejemplo, deviene superfluo utilizar el criterio de jerarquía para resolver un contradicción normativa prevista en un único texto constitucional, pues, se entiende que ambas ostentan el mismo rango. En todo caso, habrá que recurrir al criterio de validez, al criterio cronológico previsto dentro del criterio de validez, o bien a la técnica de la “ponderación alexyana”. “Cuando una antinomia se produce entre dos normas jerárquicamente iguales, y con idénticas competencias materiales, es decir, cuando provienen del mismo tipo de categoría normativa, los criterios de la jerarquía y de la competencia no son utilizables. Para resolver esas incompatibilidades normativas, y como un instrumento en manos del legislador para innovar el sistema jurídico, en todos ellos está reconocido el criterio de cronología [...] haciendo prevalecer el más reciente sobre el más antiguo”¹³¹².

Un claro ejemplo de lo expuesto puede avizorarse en el precedente “Fayt”, donde emerge una contradicción normativa entre dos cláusulas constitucionales, más precisamente los artículos 99 inciso 4 con la cláusula transitoria undécima y artículo 110 de la Carta Magna nacional. La primera de las disposiciones, con la reforma constitucional de 1994, estableció, en lo aquí pertinente respecto al nombramiento de los jueces, que: “Un nuevo nombramiento, precedido de igual acuerdo, será necesario

¹³¹⁰ Véase Francisco Javier EZQUIAGA GANUZAS, “Conflictos Normativos e interpretación jurídica”, en *Colección Cuadernos de Divulgación sobre Cultura de la Legalidad*, edita Tribunal electoral del Estado de Michoacán, México D.F., 2010, p. 18.

¹³¹¹ *Ibidem*, p. 21.

¹³¹² *Ibidem*, p. 28.

para mantener en el cargo a cualquiera de esos magistrados, una vez que cumplan la edad de setenta y cinco años. Todos los nombramientos de magistrados cuya edad sea la indicada o mayor se harán por cinco años, y podrán ser repetidos indefinidamente, por el mismo trámite”. A su vez la cláusula transitoria undécima dispone: “La caducidad de los nombramientos y la duración limitada previstas en el Artículo 99 inciso 4 entrarán en vigencia a los cinco años de la sanción de esta reforma constitucional”. Sin embargo, el antiguo artículo 110 dispone: “Los jueces de la Corte Suprema y de los tribunales inferiores de la Nación conservarán sus empleos mientras dure su buena conducta, y recibirán por sus servicios una compensación que determinará la ley, y que no podrá ser disminuida en manera alguna, mientras permaneciesen en sus funciones”.

Aquí, se observa una clara contradicción normativa entre reglas pertenecientes a un mismo ordenamiento jurídico, en lo que respecta a la limitada duración en el cargo de los jueces que tengan 75 años o más, como prevé en artículo 99 inciso cuarto, y la ilimitada duración en el cargo de los jueces mientras dure su buena conducta, establecida en el artículo 110 de la misma ley fundamental. Para resolver tal extremo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se inclinó por el precepto más antiguo -ver más adelante el análisis sobre el criterio de validez- y ello porque, además, la nueva cláusula padecía de vicios en su conformación que la tornaba inexistente. En efecto, expuso la CSJN en el caso “Fayt” que la innovación constitucional, llevada a cabo por la convención reformadora de la Constitución Nacional de 1994, respecto del artículo 99 inciso 4, párrafo 3 y en la disposición transitoria undécima, resulta nula de nulidad absoluta, pues una alteración tan sustancial no posee habilitación suficiente en las potestades implícitas, que se desprenden de la expresa facultad de reformar conforme lo establecido en el apartado I del Núcleo de Coincidencias Básicas previsto por la ley 24.309 que sólo habilitaba a modificar el régimen de designación de los jueces de la Nación.

En relación con el artículo 110 de la CN expresó:

“el artículo 96 consagrado en la Constitución de 1853 (actual 110) -que disponía que los jueces de la Corte Suprema y de los tribunales inferiores de la Nación conservarán sus empleos mientras dure su buena conducta-, no fue incluido entre las cláusulas que la convención reformadora estaba habilitada para revisar, según los artículos 2° y 3° de la ley 24.309 (Adla, LIV-A, 89) [...] En ningún párrafo de los puntos I y J del Núcleo de Coincidencias Básicas para la reforma constitucional de 1994, relativos a la designación y a la remoción de los magistrados federales -temas que correspondían a las reformas de los artículos 86, inciso 5° y 45 de la Constitución Nacional-, aparece algún contenido que pudiera interpretarse racionalmente como relativo a la posibilidad de fijar un término a la garantía de inamovilidad de aquéllos con motivo del cumplimiento de una edad determinada [...] No puede admitirse que, con motivo de la reforma de una cláusula relativa a las atribuciones del poder ejecutivo nacional -intervención del Presidente de la Nación en la designación de los magistrados federales- artículo 99, inciso 4° de la Constitución reformada -materia explícitamente habilitada en el artículo 2° inciso a, de la ley 24.309 (Adla, LIV-A, 89)-, la convención reformadora incorpore una cláusula extraña a las atribuciones de aquel poder, como es la inamovilidad de los magistrados”.

Lo aquí expuesto, quizá ayude a elucidar la materia de estudio de la presente tesis, los conflictos normativos que puedan generarse entre el derecho local y la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos.

2. Clasificación de los distintos modos de resolución de los conflictos normativos

Si bien al comenzar el presente capítulo se abordó el concepto de conflicto normativo, lo cierto es que resulta necesario dar una clasificación de los diversos modos de resolver conflictos normativos. Aquí, analizaré las clasificaciones que resultan más relevantes, a propósito de esta investigación. Omití, adrede, abordar la totalidad de los métodos, dado que tal empresa excedería el propósito del presente trabajo.

A. Criterios de pertenencia de la norma

El primer criterio de pertenencia que parece razonable utilizar, y que prácticamente todos los autores aceptan, puede formularse así: una norma pertenece a un sistema jurídico cuando el acto de dictarla está autorizado por otra norma que pertenezca al sistema jurídico en cuestión. KELSEN, por ejemplo, es uno de los autores que comparte esta teoría al sostener que una norma es válida cuando concuerda con lo establecido por otra norma válida en cuanto: 1) al órgano que debe dictarla; 2) al procedimiento mediante cual debe ser sancionada; 3) al contenido que debe tener dicha norma. Otros criterios de pertenencia de la norma son: criterio territorial relacionado con la competencia, el criterio del origen del legislador, el cual entiende que una norma pertenece al sistema jurídico que esté integrado por todas las normas directa o indirectamente dictadas por el mismo legislador que sancionó aquella norma. Es el criterio de la norma fundamental, sostenida particularmente por KELSEN, cuando determina la validez de una norma por su derivación de otra norma válida¹³¹³.

Así llega a una primera norma positiva del sistema, por ejemplo la Constitución, y se pregunta respecto de ella si es también válida, o sea, si pertenece al sistema. Dar una respuesta afirmativa a tal interrogante es condición necesaria para aceptar la validez de todas las normas que de ella se derivan. También es preciso nombrar el criterio de reconocimiento que, al entender de HART, estipula que una norma pertenece a un sistema jurídico cuando su aplicación está prescripta por la regla de reconocimiento de ese sistema jurídico. A su vez, el criterio de individualización que emplea HART, establece que un cierto sistema jurídico se distingue de otro por el hecho de que la aplicación de todas sus normas está directa o indirectamente prescripta por una regla de reconocimiento diferente de la que prescribe aplicar las normas del otro. Sin embargo, tal postulado del profesor de Oxford permite inferir que existen

¹³¹³ Hans KELSEN, *Teoría Pura del Derecho*, segunda reimpresión, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 1982, traducido de la segunda edición alemán, por Roberto J. Vernengo, *passim*.

numerosas fuentes de dónde proviene la norma, lo que termina por enervar el criterio de pertenencia e individualización¹³¹⁴.

Joseph RAZ, en cambio, entiende que tanto el criterio de individualización, como el de pertenencia deben basarse, no en la identidad de cierto órgano creador de normas (como pensaba AUSTIN), ni en la individualización de cierta norma o regla primitiva (tal como sostienen KELSEN y HART), sino en los órganos que aplican esas normas a casos particulares (lo que es también propugnado por autores como ALF ROSS). Es el reconocimiento por parte de esos órganos (los jueces, en sentido amplio) lo que parece ser decisivo para otorgar, a una unidad o a un grupo de normas, la validez necesaria en un ordenamiento dado¹³¹⁵. De ahí, la importancia suma que, a propósito de la resolución del conflicto bajo análisis, posea la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como órgano encargado de decir el derecho en última instancia, o lo que es lo mismo, decidir cuál es el derecho que prima en caso de conflicto entre la Constitución Nacional y la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos.

Como se dijo, al momento de distinguir entre contradicción normativa y conflicto normativo, el criterio de pertenencia hace hincapié en tal distinción, en cuanto se entiende que existen dos tipos de conflictos normativos: los intrasistemáticos y los extrasistemáticos. Intrasistemáticos, son los conflictos que se suscitan dentro de un mismo ordenamiento jurídico, mientras que extrasistemáticos son aquellos conflictos que surgen entre dos o más ordenamientos diferentes. Por ejemplo, y en lo que aquí respecta, los conflictos normativos que se suscitan entre el derecho local y el derecho internacional, deben entenderse como conflictos extrasistemáticos, salvo que el derecho internacional se encuentra incorporado al derecho interno.

En lo que respecta al plano local, el artículo 31 de la Constitución Nacional incorpora el derecho internacional al derecho interno -cuestión diferente es analizar la jerarquía con que el derecho internacional se introduce al derecho local, previsto en el artículo 75 incisos 22 y 24 de la CN-. Completa este marco normativo el artículo 118 de la carta fundamental, en tanto hace referencia al derecho de gentes. Según parte de la doctrina y cierta jurisprudencia, la Constitución argentina ha optado por la directa aplicación¹³¹⁶ de las normas internacionales consuetudinarias imperativas en el ámbito interno. Ello significa que las mentadas normas internacionales, vigentes con relación al Estado argentino, no precisan ser incorporadas al ordenamiento doméstico a través de la sanción de una ley que las recepte, sino que ellas mismas son fuente autónoma de derecho interno, junto con la Constitución y las leyes de la Nación. Pues la propia Constitución así lo dispone.

Hecha la digresión, se podría decir que la finalidad que pretende el criterio de pertenencia es determinar si el conflicto normativo pertenece a un mismo sistema jurídico -intrasistemático- o bien a sistemas jurídicos disímiles -extrasistemáticos-

¹³¹⁴ Véase Rubén GARCÍA HIGUERA, “Regla de reconocimiento de H. L. A. Hart”, en *Papeles de Teoría y Filosofía del Derecho*, Instituto de Derecho Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, Madrid, 2010, número 8.

¹³¹⁵ Véase Carlos Santiago NINO, *Introducción al análisis del Derecho...*, ob. cit., p. 105 y ss.

¹³¹⁶ Por ejemplo en el caso de la Corte Suprema en Fallos 150:84, caso “Sociedad Anónima ‘Quebrachales Fusionados’ contra el capitán armadores y dueños del vapor nacional ‘Águila’, sobre indemnización de daños y perjuicios”, 1926.

ello a fin de resolver el conflicto normativo en base al criterio que a continuación se desarrollará.

B. Criterio de jerarquía

Como expusiera con antelación, tal criterio sirve para diferenciar los conflictos entre normas, del mismo o distinto rango, en un sistema con una estructura jerarquizada que determina relaciones de supra-subordinación entre los preceptos normativos que lo integran. En lo que a este trabajo respecta, será fundamental determinar con qué jerarquía fue incorporado el derecho internacional, y la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos, dentro del derecho interno, pues, a fin de resolver un conflicto normativo entre el último de los plexos de juridicidad de derecho y la Constitución Nacional, no se deberá perder de vista lo dispuesto por el artículo, 27, 31 y 75 inciso 22 de la carta magna local.

En lo atinente a las relaciones de jerarquía entre las leyes nacionales y las normas del derecho internacional vigentes para el Estado argentino, como se vio, la interpretación de nuestra Constitución transitó varias etapas.

Ernesto REY CARO distingue cuatro fases -desarrolladas profusamente- en la interpretación y aplicación del sistema normativo constitucional argentino.

i) Una primera etapa que se extiende desde la sanción de la Constitución, en 1853 hasta 1963, en ella no se discutía la preeminencia de las reglas constitucionales con la excepción sostenida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Merck Química Argentina vs. Gobierno de la Nación” (1948)¹³¹⁷ en la que se pronuncia sobre la validez superior al ordenamiento constitucional de los tratados en época de guerra.

ii) La segunda se inicia con el caso “Martín y Cía. S.A. vs. Administración general de Puertos” (1963)¹³¹⁸ de cuyo fallo resulta el reconocimiento de la igual jerarquía de las leyes y los tratados, pronunciándose, en consecuencia, por la vigencia del principio *leges posteriores priores contrarias abrogant* entendiéndose, asimismo, que la eventual responsabilidad internacional, en que la podría incurrir el Estado, es cuestión ajena a la jurisdicción interna.

iii) La tercera etapa tiene su inicio con la solución del caso “Ekmekdjian, Miguel vs. Sofovich, Gerardo y otros” (1992)¹³¹⁹ en la que se sostiene que un tratado constitucionalmente celebrado es una norma compleja, en razón de la participación de dos poderes en su celebración (el ejecutivo y el legislativo) y que, su derogación por una ley del Congreso, importaría un avance inconstitucional del poder legislativo sobre competencias del poder ejecutivo, por lo que, en aplicación de la Convención sobre el Derecho de los Tratados de Viena de 1969, debe reconocerse la primacía de los tratados sobre la leyes nacionales.

¹³¹⁷ CSJN, Fallos 211:162, caso “Merck Química”, 1948.

¹³¹⁸ CSJN, Fallos 257:99, caso “Martín”, 1963.

¹³¹⁹ CSJN, Fallos 311:2497, caso “Ekmekdjian vs. Neustadt”, 1988.

iv) La cuarta etapa corresponde a lo dispuesto por la Constitución Nacional reformada en 1994.

A criterio del citado autor, si se tiene presente que el texto del artículo 31 de la Constitución no ha sido alterado y se admite que los tratados tienen una jerarquía normativa superior a las leyes de la Nación e igual a la Constitución, ello implicaría una modificación esencial de la regla constitucional del artículo 31 citado¹³²⁰. Sin embargo, con posterioridad a la reforma constitucional, la Corte Suprema sostuvo que el artículo 75, inciso 22, al asignar dicha prioridad de rango, sólo vino a establecer en forma expresa lo que ya surgía en forma implícita de una correcta interpretación del artículo 31 de la Constitución, en su redacción originaria. Ahora siguiendo a REY CARO, se podría agregar una etapa más que se comienza a transitar a partir del fallo de nuestra Corte Suprema en el caso “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto”.

Una opinión diferente sostiene que en el derecho argentino, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 27 de la Constitución, los tratados deben ajustarse y guardar conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta carta magna. Este artículo consagra la supremacía de la Constitución -más precisamente, de los principios constitucionales- frente a los tratados internacionales¹³²¹. En consecuencia, los tratados que no se correspondan con los principios de derecho público establecidos en la Constitución serán nulos. A través de esta cláusula la Constitución Nacional condiciona a los tratados sobre aquellas cuestiones que pudieran afectar la soberanía y la independencia de la Nación, y los principios fundamentales de derecho público sobre los que reposa la organización política de la República. Un tratado no puede alterar la supremacía de la Constitución Nacional. Es por ello que el artículo 27, a la par que prescribe al gobierno federal el deber de afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de los tratados, le impone la condición de que ha de ajustarse a los preceptos de la misma Constitución.

Como se puede observar, la República Argentina, con la reforma constitucional del año 1994, no terminó de resolver completamente las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno, en cuanto a los problemas de primacía de uno sobre el otro. En efecto, en general, a todas las clases de tratados se les confiere sólo primacía en relación a las leyes nacionales, lo que en principio no se contradice con lo dispuesto por el artículo 27 de la Convención Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. Esta convención se encuentra incorporada al derecho interno argentino. Una interpretación posible obligaría a los jueces a respetar lo establecido por el artículo 27 de la Constitución, que se encuentra plenamente vigente, y que la Convención Constituyente de 1994 estaba inhibida de modificar. Con este criterio, en principio, se sostendría que aún los tratados sobre derechos humanos y la jurisprudencia de los tribunales internacionales de la materia, podrían ser declarados inconstitucionales por aplicación de la regla de la jerarquía.

¹³²⁰ Véase Ernesto J. REY CARO, *Los tratados internacionales...*, ob. cit., pp. 233 y ss.

¹³²¹ De él proviene la cláusula constitucional o fórmula argentina expuesta en la Conferencia de la Paz de La Haya en 1907 por Roque Sáenz Peña, Luis M. Drago y Carlos Rodríguez Larreta, por la que se deben excluir de los tratados en materia de arbitraje “las cuestiones que afectan a las Constituciones de cada país”.

C. Criterio de validez

Según este criterio los conflictos normativos podrían clasificarse en formales y materiales. El conflicto normativo formal se relaciona con los vicios que puede adolecer la creación de una norma. En cambio, el conflicto material se suscita cuando el nuevo precepto normativo creado no se adecúa al ordenamiento jerárquico superior.

Cuando se trata de un defecto o vicio formal en el procedimiento de la creación de la norma, la contradicción entre las normas no se produce *per se*, pues la derogación no sería una consecuencia de la incompatibilidad, sino más bien en la comisión de un error en el proceso de creación. Un claro ejemplo de lo expuesto, resulta del caso “Fayt”¹³²² traído a colación con anterioridad que fuera resuelto como se dijo por la CSJN. Es dable recordar que el máximo tribunal federal consideró que lo establecido en el artículo 99 inciso 4 *in fine*, de la constitución reformada del año 1994, no era materia a tratar por el constituyente y por ende carecía de validez.

El caso de contradicción normativa material se da cuando la creación de la norma no se adecúa con el ordenamiento jurídico superior. Paradigma, por antonomasia de lo expuesto es el caso de la inconstitucionalidad de la ley por no adecuarse a la norma suprema.

D. Distinción conforme a la operatividad de la norma hecha por ALEXY

Según ALEXY, en principio, no existe la operatividad absoluta de la norma, pues para que ésta sea operativa, fehacientemente, se debe acudir a la argumentación jurídica donde se tiende a asegurar la racionalidad, tanto en el proceso de formulación del derecho como en el de su aplicación¹³²³. La argumentación jurídica es actividad lingüística, más precisamente es discurso práctico -y no acción- en tanto su objeto es la corrección de los enunciados normativos.

ALEXY afirma que, tanto las normas aisladas como los sistemas jurídicos entendidos como un todo formulan, necesariamente (y no sólo contingentemente), una pretensión de corrección y que, además, puede esperarse que cualquier persona, que sea razonable, pueda reconocer dicha corrección. Para este autor, la norma no es operativa *per se*, pero puede ser corregida a través de la argumentación. En el ámbito del derecho se trata siempre, directa o indirectamente, de la fundamentación de normas generales o individuales y, por tanto, de cuestiones normativas prácticas. La

¹³²² CSJN, Fallos 322:1616, caso “Fayt”, 1999.

¹³²³ Véase Rodolfo Luis VIGO, *La injusticia extrema no es derecho...*, ob. cit., p. 35.

tesis de que el Derecho formula necesariamente una pretensión de corrección se puede denominar “argumento de corrección y con él se incorpora al Derecho una dimensión ideal discursiva”¹³²⁴.

Para el citado autor¹³²⁵, las normas pueden dividirse en principios y reglas, la diferencia, en su opinión, no es gradual sino cualitativa y se refiere fundamentalmente al modo en cómo las normas operan, sobre todo, en caso de conflicto. Las reglas son normas que ordenan algo definitivamente, son mandatos definitivos. En su mayoría ordenan algo, siempre que el caso satisfaga determinadas condiciones. Por ello, son normas condicionadas. Sin embargo, las reglas pueden revestir también una forma categórica. Un ejemplo de ello sería una prohibición absoluta de tortura. Lo decisivo es, entonces, que si una regla tiene validez y es aplicable, es un mandato definitivo y debe hacerse exactamente lo que ella exige. Si esto se hace, entonces la regla se cumple; si no se hace, la regla se incumple. Como consecuencia, las reglas son normas que siempre pueden cumplirse o incumplirse¹³²⁶.

En cambio, para ALEXY, los principios son mandatos de optimización porque obligan a que algo, dependiendo de las posibilidades reales y jurídicas, se realice en la mayor medida de lo posible, por lo que pueden ser cumplidos en grados diferenciados. Como se dijo, la forma de aplicar los principios es la ponderación. Los principios exigen la máxima realización posible, relativa tanto a las posibilidades fácticas, como a las posibilidades jurídicas. Los subprincipios de idoneidad y de necesidad expresan el mandato de optimización relativo a las posibilidades fácticas¹³²⁷. En ellos, la ponderación no juega ningún papel. Se trata de impedir ciertas intervenciones en los derechos fundamentales, que sean evitables sin costo para otros principios, es decir¹³²⁸, se trata de obtener lo que en economía se denomina “óptimo de Pareto”¹³²⁹.

Ahora bien, el principio de proporcionalidad, en sentido estricto, se refiere a la optimización relativa a las posibilidades jurídicas. No obstante, lo que aquí interesa abordar es al núcleo de la ponderación consistente en una relación que se denomina ley de la ponderación, que según ALEXY se puede formular de la siguiente manera: “Cuando mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro”¹³³⁰.

La ley de la ponderación permite reconocer que ésta puede dividirse en tres pasos. En el primer paso es preciso definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios. Luego, en un segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Finalmente, en un tercer paso, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la restricción o la no satisfacción del otro.

¹³²⁴ *Ibidem*, pp. 41-42.

¹³²⁵ Véase Robert ALEXY, *Theorie der Grunderchte*, segunda edición, Shurkamp Verlag, Frankfurt, 1994, nota 18, pp. 75 y ss.

¹³²⁶ Véase Robert ALEXY, *Teoría de la argumentación jurídica, la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, segunda edición en español, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012, traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo, *passim*.

¹³²⁷ Véase L. CLÉRICO, *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, Nomos, Baden-Baden, 2001, pp. 26 y ss.

¹³²⁸ Véase sobre la relación entre los subprincipios de idoneidad y necesidad, por una parte y el principio de proporcionalidad en sentido estricto por la otra a Robert ALEXY, *A theory of Constitutional Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2002, *passim*.

¹³²⁹ Véase Robert ALEXY, *Theorie der Grunderchte...*, ob. cit., pp. 149 y ss.

¹³³⁰ *Ibidem*, p. 146.

La distinción entre reglas y principios, entiende ALEXY, conduce a la diferenciación entre las distintas formas de conflictos: conflictos normativos y colisiones normativas. El concepto de conflicto normativo en sentido amplio es, para ALEXY, la clase que abarca como subclases a los conceptos de conflictos de reglas y colisión de principios. El conflicto normativo es un conflicto entre reglas que solamente puede ser resuelto mediante la introducción de una cláusula de excepción o la declaración de invalidez de una de las normas. En cambio, las colisiones entre principios se producen en la dimensión del peso, ya que los principios tienen diferente peso en cada caso concreto. Para ALEXY, la diferencia terminológica expresa que, a pesar de compartir importantes aspectos comunes, las colisiones de principios y los conflictos de reglas son fundamentalmente diferentes¹³³¹.

En este sentido, mediante la definición de los principios como mandatos de optimización, se ha eliminado la posibilidad de la contradicción lógico-semántica, pues los principios, al completar otras normas, entrarán en conflicto a partir de la argumentación que se haga de esa norma, introduciendo el principio para coadyuvar a ello.

Por ejemplo, si existe una disposición normativa que obliga a los productores de tabaco a poner en sus productos advertencias sobre el peligro en la salud que acarrea el consumo de cigarrillo, se coadyuvaría a su argumentación, con el principio general que versa sobre el derecho a la salud de los semejantes y, por ende, el derecho a la vida. Para replicar en sentido contrario, se podría argumentar, en base a principios, que tal normativa afecta el derecho de propiedad y profesión. Para resolver la colisión de principios en estos casos se debe recurrir a lo que ALEXY llama ponderación. De esta manera, se forma una escala con grados de ponderación “leve”, “medio” y “grave”. Respecto al caso traído a colación, se podría decir que la ponderación a resolver resulta leve, en cambio, se tornaría grave si la obligación normativa indicaría la inclusión de advertencias sobre el peligro de fumar en toda clase de productos.

Contrariamente a lo expuesto, un conflicto normativo *stricto sensu*, se daría entre un precepto normativo que prohíbe fumar en ambientes cerrados, en procura de la salud de los semejantes, y otra disposición normativa, insertada en un plexo normativo diferente, que habilita a fumar en ambientes cerrados, siempre y cuando, cuente con ventanas al exterior. Por su parte, la contradicción normativa residiría en que los dos preceptos referenciados se encontraran presentes en el mismo plexo normativo.

Ahora bien, en principio, como decía Ota WEINBERGER no existiría conflicto normativo entre una prescripción y un principio, puesto que cuando la prescripción es aberrante al principio, la primera queda anulada automáticamente por representar el principio, derechos fundamentales.

¹³³¹ Véase Robert ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, nota 2, traducción de Manuel de Atienza e Isabel Espejo, p. 87.

3. La inconventionalidad como conflicto normativo

Una cuestión particular, en relación a los conflictos normativos, se suscita cuando una norma del derecho internacional se encuentra en contraposición con la constitución local. Por ende, se deberá analizar en estos casos cómo se resuelven tales conflictos. En primer lugar, se tendrá que ponderar con qué jerarquía normativa ingresó el instrumento internacional al propio Estado, pues si la norma internacional tiene una jerarquía inferior a la constitución se supone que tendría validez esta última, por sobre la norma internacional. No obstante, la solución no es simple, dado que, existe una inveterada jurisprudencia internacional en virtud de la cual se insiste, en base al artículo 27 de la Convención de Viena, que no puede oponerse el derecho interno para incumplir lo suscripto en un instrumento internacional. Sin embargo, en lo que respecta a la Argentina, la Convención de Viena no ostenta jerarquía constitucional, sino supralegal, conforme artículo 75 inciso 22 de la carta magna local. Por lo tanto, la pregunta que subyace es si un juez nacional, quien ha jurado cumplir su función bajo lo dispuesto en la Constitución Nacional, puede soslayar una norma emanada de la propia Constitución dándole prevalencia a una norma internacional de jerarquía supralegal. Otra pregunta, aún mucho más compleja, reside en preguntarse a quién le debe lealtad el juez local ante un conflicto normativo suscitado entre una norma convencional o la interpretación que de ella efectúan los tribunales internacionales de derechos humanos y una norma constitucional.

Otro interrogante que surge es si el control constitucional lleva ínsito el control de convencionalidad o bien, ambos, deben marchar por carriles disímiles. Tal controversia es la que Calogero PIZZOLO denomina “el problema de las normas interconectadas” en cuanto aduce que: “este escenario pluridimensional o multinivel potencia el conflicto normativo entre los diversos intérpretes intervinientes, sobre todo cuando las normas interconectadas lo son a materias comunes reguladas por normas constitucionales. Es decir, cuando al componente normativo de origen internacional se le opone un componente normativo de origen interno pero de jerarquía constitucional. El clásico principio de supremacía constitucional enfrenta aquí al principio de primacía defendido en sede supranacional”¹³³².

Respecto al control constitucional y convencional, encontramos algunos autores que ponen fuertes reparos a la hora de aceptar la aplicación de este último. En este grupo se puede identificar, entre otros, a BIANCHI, para quien el control de convencionalidad representa la supremacía de la CADH sobre las normas de derecho interno y, según la interpretación y alcance que se le dé, puede ser entendido como un simple e inofensivo juego de palabras, o bien como el peligroso abandono de nuestra soberanía en el plano nacional. Sostiene que, como todo instituto en desarrollo, presenta contornos imprecisos. En verdad, expone que el control de convencionalidad constituye un complemento del control de constitucionalidad que debe seguir siendo ejercido por la Corte Suprema como tribunal de última instancia en nuestro país¹³³³.

¹³³² Calogero PIZZOLO, “El problema de las normas interconectadas: Una visión desde la Convención Interamericana de Derechos Humanos”, sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/33711/Documento_completo.pdf? (acceso el 1-III-2017).

¹³³³ Véase Alberto B. BIANCHI, “Una reflexión sobre...”, ob. cit., pp. 15-24.

En esta dirección, también se encuentra Gregorio BADENI, para quien el control de convencionalidad queda satisfecho cuando se realiza el control de constitucionalidad¹³³⁴. Carlos Fayt, se enroló en esta corriente y al respecto manifestó, desde la Corte Suprema (aunque en posición minoritaria), defendiendo la primacía de la Constitución Nacional por sobre el ordenamiento internacional, utilizando un criterio restrictivo en la aplicación que los tribunales nacionales deben realizar de la jurisprudencia internacional¹³³⁵.

En otro orden, Susana ALBANESE se pronuncia a favor del carácter vinculante que, para nuestros tribunales, genera la interpretación que de la CADH haga la Corte IDH. No obstante, se muestra prudente al reconocer que “el control de convencionalidad puede llegar a ofrecer dificultades en su aplicación cuando la interpretación dinámica y evolutiva de normas convencionales por parte de los tribunales es variada, y disgregada en la opinión de sus miembros”¹³³⁶. Explica, además, que existen interpretaciones derivadas de los tribunales internacionales que no cuentan con la opinión unánime de sus miembros y, por lo tanto, impiden la construcción de una doctrina perdurable.

Otros autores se muestran más partidarios de aceptar una fuerte vigencia de la convencionalidad, sin oponer demasiados reparos. Por ejemplo SAGÜÉS, afirma que la doctrina del control de convencionalidad “importa uno de los casos más significativos de penetración del derecho internacional público, sobre el derecho constitucional y subconstitucional de los países del área”¹³³⁷, y que bien instrumentada, puede ser una herramienta provechosa para asegurar la primacía del orden jurídico internacional de los derechos humanos. Reconoce, a pesar de ello, que el buen suceso de la doctrina está condicionada por la voluntad de seguimiento que tenga por parte de los tribunales nacionales¹³³⁸.

En el mismo sentido se pronuncia LUCCHETTI, resaltando la obligación, que pesa sobre los jueces, de realizar el control de convencionalidad, deber que no sólo viene impuesto por la Corte IDH, sino por la propia Constitución Nacional, toda vez que los tratados de derechos humanos son parte integrante de la ley suprema de la Nación. Para el citado autor, el juez, al momento de realizar el control de convencionalidad debe apreciar los actos de los Estados al amparo de la Convención, en las condiciones de su vigencia, y sin soslayar el alcances que al instrumento le confiere la Corte IDH, intérprete última de esta Convención¹³³⁹.

En cuanto a la recepción del principio por la jurisprudencia nacional, no hay dudas de que el caso que con mayor claridad lo acogió fue “Mazzeo”¹³⁴⁰, donde la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en ocasión de juzgar la validez de indultos

¹³³⁴ Véase *ibidem*, p. 20.

¹³³⁵ Ver al respecto los votos disidentes del juez Carlos FAYT en causas “Arancibia Clavel”, “Simón” y “Mazzeo”.

¹³³⁶ Susana ALBANESE, “La internacionalización del derecho constitucional y la constitucionalización del derecho internacional”, en *El Control de Convencionalidad*, Ediciones Ediar; Buenos Aires, 2008, p. 44.

¹³³⁷ Néstor Pedro SAGÜÉS, “Dificultades operativas del control de convencionalidad...”, ob. cit., p. 1.

¹³³⁸ Véase Néstor Pedro SAGÜÉS, “El control de convencionalidad. En particular sobre las constituciones nacionales”, *La Ley*, año LXXIII, número 35, jueves 19 de Febrero de 2009, p. 3.

¹³³⁹ Véase Alberto J. LUCCHETTI, “Los jueces y algunos caminos del control de convencionalidad”, en *El Control de Convencionalidad*, Ediciones Ediar; Buenos Aires, 2008, pp. 144-148.

¹³⁴⁰ CSJN, Fallos 330:3248, caso “Mazzeo”, 2007.

presidenciales concedidos durante el gobierno del ex presidente Menem, y su oposición con pautas jurisprudenciales en contrario sostenidas por la Corte IDH, señaló que la primacía de los tratados sobre las leyes ya había sido consagrada por la Corte en el caso “Ekmekdjian”¹³⁴¹ y, además, destacó la existencia de un deber de seguimiento que pesaba sobre los jueces nacionales, respecto de la exégesis que de la CADH efectúa la Corte de San José, conformando una jurisprudencia que se traduce en una insoslayable pauta de interpretación, para los poderes constituidos argentinos, en el ámbito de su competencia¹³⁴².

En el considerando siguiente, la Corte Suprema Nacional recepciona el control de convencionalidad tal cual la formulación brindada por la Corte IDH en “Almonacid Arellano”¹³⁴³. Sin embargo, a partir del mes de marzo del 2010, se comenzó a transitar un nuevo sendero que luego desembocaría en el fallo de la CSJN denominada “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto”¹³⁴⁴. Este primer paso se dio a conocer en el Dictamen del Procurador General en “A., J.E. y otro s/recurso de casación”¹³⁴⁵, donde se relativiza la tesis del control de convencionalidad expuesta en “Almonacid Arellano”¹³⁴⁶, entendiéndose que la Corte IDH sólo brinda orientaciones que tienen efecto y alcance para el caso concreto, señalando que no sería obligatorio, para la Corte nacional, el seguimiento de parámetros que colisionen en forma grave con los principios constitucionales.

Hoy, en día, y a partir de la sentencia dictada “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto”¹³⁴⁷, se vive un cambio brusco en lo que respecta a la interpretación de la CSJN, en relación a si los fallos de la Corte IDH pueden revocar pronunciamientos de nuestra Corte federal y, por ende, a restablecer la preeminencia de los principios constitucionales locales, por sobre el derecho internacional, haciendo énfasis en el margen de apreciación nacional que se erige, a partir del artículo 27 de la Constitución Nacional, y en definitiva, en la soberanía de los Estados.

La Argentina no es el único país que se pronunció en este sentido, la Corte Suprema de Justicia de Uruguay, frente a la sentencia en el caso “Gelman”¹³⁴⁸ (2011), también mostró su reticencia a la hora de interpretar el carácter vinculante de las decisiones de la Corte IDH, quien había establecido expresamente la responsabilidad internacional del Estado por mantener en vigencia la ley de amnistía (ley número 15.848). El organismo internacional recordó a los jueces uruguayos su jurisprudencia en relación a que, “los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un ‘control de convencionalidad’ entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones

¹³⁴¹ CSJN, Fallos 315:1492, caso “Ekmekdjian c/ Sofovich”, 1992.

¹³⁴² Véase CSJN, Fallos 330:3248, caso “Mazzeo”, 2007, considerando 20.

¹³⁴³ Corte IDH, caso “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, sentencia del 26 de septiembre de 2006, Serie C, número 154.

¹³⁴⁴ CSJN, Fallos 340:47, caso “Ministerio de Relaciones Exteriores”, 2017.

¹³⁴⁵ Dictamen Procurador CSJN, “A., J.E. y otro s/Recurso de casación (CS. A. 93, XLV)”, emitido el 10 de marzo de 2010

¹³⁴⁶ Corte IDH, caso “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, sentencia del 26 de septiembre de 2006, Serie C, número 154.

¹³⁴⁷ CSJN, Fallos 340:47, caso “Ministerio de Relaciones Exteriores”, 2017.

¹³⁴⁸ Corte IDH, caso “Gelman vs. Uruguay”, fondo y reparaciones, sentencia del 24 de febrero de 2011, serie C, número 221.

procesales correspondientes y en esta tarea, deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”¹³⁴⁹.

Sin embargo, en una reciente sentencia¹³⁵⁰, la máxima instancia judicial uruguaya rechazó abiertamente que la jurisprudencia de la Corte Interamericana sea vinculante. Aún más, afirmó, sobre el citado control de convencionalidad, que la misma Corte IDH impone que dicha doctrina: “se enfrenta a una objeción de peso: la obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte IDH no puede inferirse lógicamente de la cita de la jurisprudencia de ese tribunal que la afirma, pues tal tipo de argumentación presupone en sus premisas lo que se debe demostrar, a saber, si la jurisprudencia de ese tribunal es obligatoria”¹³⁵¹. La Corte uruguaya califica de argumento poco afortunado la pretensión de la Corte IDH de ser el intérprete final de la CADH. Para que un Tribunal “tenga la última palabra sobre un caso”, contesta, el sistema debe contar “con una regla adicional que establezca el carácter vinculante de los precedentes (*stare decisis et quieta non movere*) y esta regla no existe en el sistema interamericano”¹³⁵². Por eso, concluye: “mal puede derivarse una obligación de seguir la jurisprudencia del solo hecho de que un tribunal tenga la autoridad final para decidir un caso”¹³⁵³. La primacía normativa de la CADH, y el control que la garantiza, no es posible para los jueces supremos uruguayos. Ellos mantienen la supremacía y primacía normativa constitucional en términos absolutos.

Las normas constitucionales uruguayas -afirman- no instituyen un deber de las autoridades judiciales locales de considerar, como precedentes vinculantes, los fallos de los órganos interamericanos. La Corte uruguaya niega la interconexión de normas refugiándose en una concepción totalizadora de la soberanía jurisdiccional. En su opinión, “sólo al órgano jerarca del Poder Judicial es a quien corresponde efectuar ese juicio de comprobación”¹³⁵⁴. En otras palabras, sólo la Corte Suprema de Justicia uruguaya lleva adelante el control de constitucionalidad, siguiendo para ello exclusivamente normas básicas de referencias nacionales. Esta cerrazón lleva a dicho Tribunal a ignorar el problema de las normas interconectadas. La misma Corte Suprema de Justicia uruguaya, en una sentencia anterior, había dicho que la llamada Ley de caducidad “afectó los derechos de numerosas personas (concretamente, las víctimas, familiares o damnificados por las violaciones de derechos humanos mencionadas) que han visto frustrado su derecho a un recurso, a una investigación judicial imparcial y exhaustiva que esclarezca los hechos, determine sus responsables e imponga las sanciones penales correspondientes; a tal punto que las consecuencias jurídicas de la ley respecto del derecho a garantías judiciales son incompatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos”¹³⁵⁵.

La situación en Brasil es similar. El Superior Tribunal Federal desconoció la

¹³⁴⁹ *Ibidem*.

¹³⁵⁰ CSJU, M. L., J.F. F., O., -Denuncia de Excepción de Inconstitucionalidad artículos 1, 2 y 3 de la Ley número 18.831.

¹³⁵¹ *Ibidem*.

¹³⁵² *Ibidem*.

¹³⁵³ *Ibidem*.

¹³⁵⁴ *Ibidem*.

¹³⁵⁵ CSJU, “Sabalsagaray Curutchet Blanca Stela -Denuncia de Excepción de Inconstitucionalidad”, 19-10-2009.

autoridad de la Corte Interamericana como intérprete final de la CADH, y rechazó abiertamente el control de convencionalidad. En un caso, donde se promovía la invalidez de la ley de amnistía brasileña, el nombrado ¹³⁵⁶ tribunal terminó convalidando la misma¹³⁵⁷. Para ello apeló a criterios propios, relacionados con el pasado y la historia reciente de Brasil. Se mostró así impermeable ante el avance del derecho internacional de los derechos humanos.

En este sentido, sostuvo que la citada ley debe ser interpretada teniendo presente “la realidad socio-histórica” en que fue dada la ley del perdón. Dicha amnistía, en opinión de los jueces brasileños, permitió la transición de la dictadura militar a la democracia política y favoreció la “reconciliación” en 1979. No se trata de “una regla para el futuro, dotada de abstracción y generalidad. Ha de ser interpretada a partir de la realidad del momento en que fue sancionada”¹³⁵⁸. Por lo tanto, la prohibición de indultar o amnistiar la práctica de la tortura, o delitos vinculados a dicha práctica, establecida en la constitución brasileña vigente desde 1988 (cfr. artículo 5º, XLIII), por “imposibilidad lógica”, no se aplica a leyes sancionadas con anterioridad.

En otras palabras, la Constitución no rige de manera retroactiva y las CADH tampoco. El tribunal brasileño sostiene que, en un Estado democrático de Derecho, el poder judicial no está autorizado a alterar las leyes, a darles otra redacción diversa que aquella contemplada en el texto normativo. Si puede, a partir de las leyes, desarrollar distintos estándares. Pero ni el propio Tribunal Supremo Federal está autorizado a reescribir la ley de amnistía. Esto último, concluye, corresponde al poder legislativo, no al poder judicial¹³⁵⁹. Meses después, la Corte Interamericana en el caso “Gomes Lund”¹³⁶⁰ (2010) acusa al Estado brasileño -en especial a su poder judicial- de no haber realizado el control de convencionalidad de la citada ley de amnistía. Los jueces internacionales actúan aquí como instancia de control del cumplimiento de las obligaciones internacionales, nacidas al amparo de la CADH, que los citados jueces brasileños desconocen. En efecto, para el Tribunal Supremo Federal, la CADH tiene jerarquía supralegal e infraconstitucional en el orden jurídico local.

En lo que respecta a la Argentina, el caso “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto”¹³⁶¹, que se analizó con anterioridad, conjuntamente con los casos de Uruguay y Brasil, permite preguntarse sí, para algunos países de la región, la inconvencionalidad ha dejado ser un conflicto normativo.

¹³⁵⁶ Ley número 6683-79.

¹³⁵⁷ Superior Tribunal Federal brasileño, 29-4-2010, número 153.

¹³⁵⁸ *Ibidem*.

¹³⁵⁹ Véase *ibidem*.

¹³⁶⁰ Corte IHD, “Gomes Lund y otros vs. Brasil”, sentencia del 24 de noviembre de 2010, párrafo 149.

¹³⁶¹ CSJN, Fallos 340:47, caso “Ministerio de Relaciones Exteriores”, 2017.

4. Síntesis del capítulo

Como se expuso en la introducción del capítulo, luego de haber abordado los conceptos de conflicto normativo y las distintas herramientas con las que cuenta el juez nacional para resolver este tipo de problemas, cabe dar respuesta aquí al siguiente interrogante: ¿es posible el conflicto normativo insalvable entre la Constitución Nacional y la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos?

La pregunta que se esgrime en el presente no resulta menor, dado que la Corte IDH, a través de su inveterada jurisprudencia, manifestó que no sólo es obligatorio para los Estados partes las disposiciones plasmadas en la Convención, sino también lo que ella merite de tales disposiciones como último intérprete (*res interpretata*) de la Convención internacional no sólo para los casos en que un Estado sea parte, sino también para casos sucesivos. Por lo tanto, la Corte IDH sostiene que su hermenéutica (*res interpretata*) de la Convención deviene en norma misma (*res legislatata*). Ahora bien, el problema que se suscita es si esa exégesis, que efectúa la Corte IDH, puede imponerse por sobre un texto constitucional.

La cuestión que aquí se evalúa, en torno al término *insalvable* se verifica si prescindimos de la regla de la jerarquía y no es posible armonizar los derechos constitucionales en pugna con la jurisprudencia o una sentencia de los tribunales internacionales de derechos humanos, conforme ocurriera con el analizado caso “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto”¹³⁶². Pese a la resolución de la Corte Suprema de Justicia argentina, el conflicto subsiste en función a la posible responsabilidad internacional que le podría caber a un Estado por aplicar una norma constitucional, en contraposición a una interpretación que hiciera la Corte IDH sobre la convención o, peor aún, que un Estado haga valer una disposición de la Convención como complementaria de su constitución y la hermenéutica de la Corte IDH conciba esa disposición de manera diferente.

Por otro lado el término “insalvable”, que aquí se propone, surge también a raíz de que no existe norma alguna en la Convención que le otorgue carácter vinculante (*stare decisis*) a los pronunciamientos de la Corte IDH y, mucho menos aún, el carácter obligatorio de una interpretación que haga la corte internacional de una norma convencional o local. Como se analizó con otros precedentes internacionales, en especial con “Artavia Murillo vs. Costa Rica”¹³⁶³, someter a los países signatarios de la CADH a la aleatoria interpretación que haga la Corte IDH podría generar inseguridad jurídica y afectar, al mismo tiempo, el valor justicia, dado que, como bien expuso la Corte internacional, la hermenéutica que se haga sobre el texto convencional es, entre otras cosas, “evolutiva”¹³⁶⁴. En síntesis, la Corte IDH expuso: “...que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación consagradas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como las establecidas por la Convención

¹³⁶² Véase *ibidem*.

¹³⁶³ Corte IDH, caso “Artavia Murillo y otros (fecundación *in vitro*) vs. Costa Rica”, sentencia de 28 de noviembre de 2012.

¹³⁶⁴ Véase *ibidem*.

de Viena sobre el Derecho de los Tratados¹³⁶⁵. Por lo tanto, bajo esta lógica, amén de lo suscrito por cada Estado parte, en base a lo dispuesto en la Convención, también cada Nación signataria debería estar sujeta a lo que en un futuro interprete la Corte IDH sobre el convenio internacional.

Como bien lo expusiera el profesor TOLLER, a través de su método para resolver conflictos de derechos fundamentales, se podría afirmar que, en sí, tal contradicción surge en apariencia, pues el juez, al momento de resolver, debe hacer prevalecer un derecho sobre otro, dado que nunca se verifica una verdadera contradicción de derechos, pues, en el caso concreto uno de los derechos es el que rige y resuelve el entuerto. Sin embargo, como puede verse en el precedente “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto”¹³⁶⁶, el conflicto normativo que se suscita entre la CADH, la jurisprudencia de la Corte IDH y la Constitución, persiste y, con ello, también persiste el concepto de conflicto insalvable, pues más allá que las Cortes estadales se inclinen por darle primacía normativa a los textos constitucionales, quedaría latente el conflicto respecto a la responsabilidad internacional que le incumbe a ese Estado.

Para finalizar, cabe resaltar que la reconsideración de la doctrina sentada en el caso “Artavia Murillo”¹³⁶⁷, por parte de la Corte IDH, puede ser el puntapié inicial para demarcar un necesario margen de apreciación nacional que todo tribunal internacional debe tener en cuenta, al momento de resolver. Ello, a fin de encontrar un justo equilibrio entre la soberanía de los pueblos, la seguridad jurídica y el consecuente respeto por los derechos humanos. También es importante preguntarse si la Corte IDH, a través del instituto denominado *res interpretata*, podría avasallar el propio texto convencional e, incluso, otorgarle jerarquía supraconstitucional, no sólo a la Convención, sino también a otra serie de tratados internacionales que, en el caso de Argentina, han ingresado con una jerarquía inferior a la Constitución. Paradigma de ello, es el renombrado artículo 27 de la Convención de Viena que, en el orden local, ostenta jerarquía supralegal e infraconstitucional, es decir, que se encuentra en un escalón superior a las leyes, pero inferior a la Constitución Nacional.

¹³⁶⁵ Corte IDH, caso “Atala Riffo vs. Chile”, sentencia del 24 de febrero de 2012.

¹³⁶⁶ CSJN, Fallos 340:47, caso “Ministerio de Relaciones Exteriores”, 2017.

¹³⁶⁷ Corte IDH, caso “Artavia Murillo y otros (fecundación *in vitro*) vs. Costa Rica”, sentencia de 28 de noviembre de 2012.

QUINTA PARTE

RESOLUCIÓN DE LA *QUAESTIO* PLANTEADA

CAPÍTULO XIII

¿A quién le debe lealtad el juez nacional en caso de conflicto normativo entre la Constitución, los tratados internacionales con jerarquía constitucional y la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos?

Como hemos analizado a lo largo de esta investigación, existen al menos dos posiciones fundamentales sobre cómo resolver los conflictos normativos insalvables entre una norma constitucional y otra convencional a los que se puede enfrentar el juez argentino en la resolución de un caso concreto.

- i) La tesis “constitucionalista” prioriza la primacía normativa y supremacía de la constitución sobre los tratados internacionales de derechos humanos incluida, también, la jurisprudencia de los tribunales internacionales de la materia y el derecho internacional no convencional; y,
- ii) La tesis “internacionalista” postula la solución adversa, esto es, atribuye primacía o supremacía a los instrumentos internacionales de derechos humanos y la jurisprudencia de los tribunales internacionales sobre el derecho local, incluida la propia Constitución argentina; además, visualiza a todo el derecho doméstico como un mero “hecho” que no puede invocarse para desconocer al derecho emergente de fuente internacional.

A lo largo del desarrollo de esta investigación se trató el problema que se presenta a los jueces nacionales cuando se enfrentan a un conflicto normativo *prima facie* insalvable entre la Constitución *versus* los instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional y la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos, o inclusive, frente un conflicto entre normas constitucionales e internacionales de fuente consuetudinaria. Se consideró también el amplio cúmulo de herramientas con las que cuenta el juez nacional para resolver conflictos normativos, como aquéllos a los que me referí en el anterior capítulo.

El criterio de “jerarquía” sirve para diferenciar los conflictos entre normas de distinto rango, en un sistema con una estructura jerarquizada, que determina relaciones de *supra*-subordinación entre los preceptos normativos que lo integran. Para resolver la cuestión central planteada, en esta tesis doctoral, será fundamental determinar con qué rango fue incorporado el derecho internacional de los derechos humanos y la jurisprudencia de los tribunales internacionales de la materia dentro del derecho interno; pues, a fin de resolver un conflicto normativo entre este último y la

Constitución Nacional, no se deberá perder de vista lo dispuesto por los artículos 27, 31 y 75 inciso 22 de la carta magna local.

La tesis a probar, como enunciado de la proposición principal, implica que el juez nacional frente a un conflicto normativo insalvable entre la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional y la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos, deberá resolver respetando la consabida consigna: ¡la Constitución es siempre suprema y en el derecho argentino, tiene primacía normativa sobre los tratados, de todas las especies, y la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos!

Cabe señalar que, a lo largo del curso de esta investigación, me propuse como objetivo principal aprovechar las ventajas que la actividad en la función jurisdiccional me otorga. En estos más de trece años que llevo ejerciendo el cargo de juez, pondero, peso, comparo o subsumo sendos argumentos que las partes invocan para obtener una sentencia que ponga justo y debido fin a todo conflicto en un caso concreto.

En el ejercicio de tan delicada función, comúnmente, el magistrado se enfrenta a dos tipos de litigios: los simples y los complejos. En ambos casos es habitual que se respalde en alguna de las herramientas que otorga la argumentación jurídica; surge, entonces, el análisis de las cinco dimensiones del razonamiento judicial. Aludo a los planos: fáctico, regulatorio, lógico, axiológico y lingüístico. La cuestión principal tratada en esta investigación se relaciona con los diversos planos pero, esencialmente, se sitúa en el nivel regulatorio. Es decir, en aquel que permite individualizar qué norma debe escoger el juez nacional en un caso concreto en el que se plantee un conflicto normativo insalvable entre disposiciones de la Constitución Nacional frente a los tratados internacionales con jerarquía constitucional y la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos.

Se impone entonces, para resolver este enigma, sopesar los argumentos brindados por cada una de las escuelas y tomar posición acerca de una u otra visión, o sea la internacionalista o la constitucionalista. A tal fin, consideré el marco referencial que describí en los distintos capítulos de la investigación, el desarrollo del constitucionalismo cuestión que comprende la aparición del principio de supremacía, de rigidez, de contraposición, el mecanismo del control de constitucionalidad ejercido en única o última instancia por los miembros del poder judicial u órganos especializados -como las Cortes Supremas o Tribunales Constitucionales-, el análisis de la tipología de nuestra carta magna argentina, etcétera. A renglón seguido, meritué la evolución del derecho internacional de los derechos humanos, cuestión que incluye develar cuál es el valor que adquieren los instrumentos internacionales de derechos humanos, el *ius cogens*, el derecho natural, cómo opera el control de convencionalidad para garantizar la preeminencia del derecho internacional sobre el interno de los países que adhieren a la competencia de los tribunales internacionales y, sobre todo, cuál es el alcance y peso de sus sentencias y su jurisprudencia.

A través de los casos tratados, a partir de los conflictos normativos generados, por un lado, entre los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional, la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos y las sentencias dictadas por la Corte IDH contra Argentina, respecto de derechos, principios y valores plasmados en la Constitución Nacional, es posible identificar como argumentos de la tesis internacionalista los siguientes.

1. La postura internacionalista ubica a todo el derecho internacional de los derechos humanos -*res legislata*, *res pactata* y *res declarata*-, que ingresa al

ordenamiento jurídico argentino, en un escenario de supraconstitucionalidad, ello con fundamento en lo dispuesto el artículo 27 de la Convención de Viena de 1969, sobre Derecho de los Tratados.

2. Además, también la *res iudicata* y la *res interpretata*, frutos de las sentencias que dicta la Corte IDH, poseen según la jurisprudencia del tribunal regional primacía normativa respecto de todas las disposiciones del derecho interno argentino, incluida la Constitución argentina. Por ello no es posible incumplir con los preceptos supraconstitucionales de fuente internacional alegando contrariedad con normas del derecho doméstico, incluso, cuando se invocan disposiciones, principios y valores de la propia Constitución Nacional.

3. El denominado “control de convencionalidad” que según la Corte IDH correspondería realizar a los jueces locales podría implicar que ellos en alguna ocasión puedan dejar sin efecto las normas contenidas aún en la propia Constitución Nacional.

4. La jurisprudencia de la CSJN, de manera progresiva, fue construyendo una hermenéutica sobre el funcionamiento de la fuente constitucional y la fuente convencional, en el marco de la supremacía constitucional y convencional, determinada por el Bloque de Constitucionalidad Federal. Se lo hizo tras considerar a las sentencias de la Corte IDH, condenatorias del Estado argentino, como superiores a los derechos, garantías, principios y valores plasmados en la Constitución argentina (cfr. doctrina que se desprende tácitamente de los precedentes “Espósito”¹³⁶⁸, “Simón”¹³⁶⁹ y “Derecho”¹³⁷⁰).

5. Las sentencias de la Corte IDH condenatorias del Estado argentino irradian sus alcances más allá del caso concreto. En el caso “Acosta”¹³⁷¹ de 1998, la CSJN al evaluar la razonabilidad del plazo de la prisión preventiva en el ordenamiento jurídico nacional, toma como *holding* de su sentencia los argumentos dados por la Corte de San José en el caso “Bayarri”¹³⁷².

6. Las sentencias de la Corte IDH condenatorias de otros Estados miembros del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, distintos del Estado argentino, poseen de acuerdo a la jurisprudencia del tribunal regional efectos *erga omnes*. Por ejemplo, en el precedente “Casal”¹³⁷³ el más alto tribunal de la Nación fijó nuevos parámetros a tener en cuenta en los recursos de casación penal conforme a la doctrina sentada por la Corte IDH en el caso “Herrera Ulloa vs. Costa Rica”¹³⁷⁴.

7. Los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional provienen de una fuente internacional distinta a la local y por ello los tribunales nacionales no son los intérpretes finales de su disposiciones. La CSJN dispuso que el *corpus iuris* del Sistema Interamericano se integra con la hermenéutica que, de los instrumentos internacionales, efectúan los órganos internacionales creados

¹³⁶⁸ CSJN, Fallos 327:5668, caso “Espósito”, 2004.

¹³⁶⁹ CSJN, Fallos 328:2056, caso “Simón”, 2005.

¹³⁷⁰ CSJN, Fallos 330:3074, caso “Derecho”, 2007.

¹³⁷¹ CSJN, Fallos 321:3555, caso “Acosta, Claudia”, 1998.

¹³⁷² Corte IDH, caso “Bayarri vs. Argentina”, sentencia del 30 de octubre de 2008. Serie C, número 187.

¹³⁷³ CSJN, Fallos 328:3399, caso “Casal”, 2005.

¹³⁷⁴ Corte IDH, caso “Herrera Ulloa vs. Costa Rica”, sentencia del 2 de julio de 2004. Serie C, número 107.

para salvaguarda de los derechos humanos. Es que, la norma internacional debe regir en las condiciones de vigencia -por recordar los términos del artículo 75 inciso 22, segundo párrafo, de la Constitución argentina- y, por ende, se constituyen así en los intérpretes más genuinos de dichos instrumentos en el plano internacional.

8. Las sentencias, recomendaciones y opiniones consultivas de los organismos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional deben servir de guía para la interpretación de los preceptos de la Convención Americana de Derechos Humanos, conforme se desprende parcialmente de lo expuesto por la Corte Suprema argentina en el caso “Giroldi”¹³⁷⁵.

9. Las “recomendaciones” que efectúa la Comisión IDH al Estado argentino, conforme artículo 51.2 de la CADH quedan equiparadas casi a las sentencias que dicta la Corte de San José, al asegurarle a las personas que acuden al órgano de control internacional que puedan ver satisfechas sus pretensiones indemnizatorias a través de las recomendaciones que emite. Doctrina esta sentada en el caso “Carranza Latrubesse”¹³⁷⁶, fallado por la CSJN el 6 de agosto de 2013.

10. En “Acosta”¹³⁷⁷, la CSJN, al rechazar los puntos IV y V del dictamen elaborado por el Procurador General, promueve la aplicación del principio *pro homine* en relación a la interpretación que efectúan los organismos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional respecto de la interpretación de la Constitución argentina realizada por la jurisdicción nacional en todos sus niveles.

Claro está que el reciente pronunciamiento de la Corte Suprema -en su actual composición- en la causa “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto”¹³⁷⁸ echó por tierra gran parte de los postulados de la tesis internacionalista. Sin perjuicio de ello, es posible identificar como argumentos de la tesis constitucionalista los siguientes.

1. Nuestra Constitución, es preponderantemente racional-normativa. La carta constitucional argentina, fue concebida, inocultablemente, como norma fundante de todo el ordenamiento jurídico nacional. En este ideario, se incorporaron artículos a su texto que resultaron útiles, en sumo grado, para dotarla de valor, de rigidez y jerarquía suprema. De la primera parte evalué los alcances de los artículos 27, 30, 31 y 36. En tanto que de la segunda, lo hice acerca de los artículos 99 incisos 2 y 4 y, artículos 108, 116, 117 y 118.

2. Sostuve, a lo largo del desarrollo de esta investigación, que el rango jerárquico que va a jugar el derecho internacional de los derechos humanos y la jurisprudencia que emana de los organismos emplazados por esas normas, va a depender, centralmente, del lugar que les asignen las constituciones. Es decir, para el caso argentino, van a estar jerarquizados en función a lo que disponga la Constitución Nacional al respecto.

3. Antes de la innovación constitucional de 1994, por disposición del entonces artículo 102, existía un plexo normativo tendiente a garantizar la dignidad del ser humano a partir de ciertos derechos de carácter obligatorio, que no requerían del consentimiento expreso del Estado. Estas disposiciones eran conocidas como derecho

¹³⁷⁵ CSJN, Fallos 318:514, caso “Giroldi”, 1993.

¹³⁷⁶ CSJN, Fallos 336:1024, caso “Carranza Latrubesse”, 2013.

¹³⁷⁷ CSJN, Fallos 335:533, caso “Acosta, Jorge”, 2012.

¹³⁷⁸ CSJN, Fallos 340:47, caso “Ministerio de Relaciones Exteriores”, 2017.

de gentes o *ius cogens*. Así, la categoría de derechos básicos de la persona humana se conformaba con un conjunto de normas imperativas e inderogables que nacían del derecho internacional consuetudinario. En lo que aquí interesa, destaco que el sistema se mantiene vigente, conforme lo previsto por el artículo 118 de la carta constitucional. Hoy por hoy, el punto de contacto directo, pero subordinado, del derecho internacional se da por esta lumbrera constitucional en el caso del derecho internacional consuetudinario. Esto, de modo similar al modelo constitucional italiano, donde, como ya se explicó, se subordina a la Constitución el Convenio Europeo de Derechos Humanos que tiene, sin lugar a dudas, rango infraconstitucional. No así, las disposiciones de *ius cogens* que ingresan, directamente, pero sujetos a escrutinio de constitucionalidad, al ordenamiento jurídico italiano con rango constitucional.

4. Comparto los argumentos expuestos a cabalidad en “Arancibia Clavel”¹³⁷⁹ por el juez Vázquez, en tanto sostiene, también, que el artículo 27 de la Constitución argentina subsume al *ius cogens* a los principios de derecho público establecidos en la carta fundamental. De esa manera, se marca el respeto por la jerarquía normativa que proponemos en esta investigación, subordinando el derecho de gentes a la aplicación de las normas fundamentales de nuestra Constitución; y al ser ello así, el *ius cogens* sólo podrá aplicarse en la medida que no se contradiga con los preceptos constitucionales que integran la esfera de reserva prevista en el trillado artículo 27 de la CN.

5. En esta misma línea de pensamiento, hago mía las expresiones vertidas por un juez de la más alta instancia jurisdiccional, cuando afirmó que en verdad el derecho internacional consuetudinario ha sido juzgado por esta Corte como integrante del derecho interno argentino conforme a la doctrina sentada en *Fallos* 43:321; 176:218; 316:567 individualizados por el juez Boggiano. Claro está, ubicado en el rango jerárquico que aquí se propone.

6. De ahí, que comparta, parcialmente, lo decidido por el juez Fayt en el caso “Arancibia Clavel”¹³⁸⁰, respecto a que no era posible la aplicación retroactiva de la Convención Internacional sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y los Crímenes de *Lesas Humanidad*, aprobada por nuestro país en 1995, pues los hechos investigados se cometieron entre 1974 y 1978. La aplicación retroactiva de la norma convencional era de una invalidez a mi criterio no discutible, ello por violar el principio de *lex praevia* previsto por el artículo 18 de la Constitución Nacional. En esta idea apoyo los argumentos de los jueces Fayt y Belluscio. No comulgo con la tesis que promueven en el caso de referencia, los jueces Zaffaroni y Highton respecto a que el instituto de la imprescriptibilidad de los delitos de *lesa humanidad* resultaba aplicable, en virtud de las reglas del derecho internacional no convencional o *ius cogens*, derechos de naturaleza fundamentalmente no escrita, vigentes para nuestro país por la vía del artículo 118 de la Constitución argentina, mucho antes de los hechos investigados; ello, al resultar contrario a principio de orden público previstos en la primera parte de la CN, artículo 18.

7. Sostengo que la referida carta magna atribuye al derecho convencional internacional un rango supralegal y a los de derechos humanos constitucionalizados, en los términos del artículo 75 inciso 22 párrafo 2, constitucionalidad deferente o

¹³⁷⁹ CSJN, Fallos 327:3312, caso “Arancibia Clavel”, 2004.

¹³⁸⁰ *Ibidem*.

moderada. Por los argumentos desarrollados en la primera, segunda y tercera parte de la investigación, insisto que al incorporarse los tratados de derechos humanos al ordenamiento jurídico argentino gozando de constitucionalidad deferente, cuando colisionen con un precepto incorporado a la carta constitucional, lo hacen una cenefa por debajo de la ley fundamental, básicamente a tenor de lo predicado por el artículo 27 de la Constitución Nacional.

8. Bajo este arco de circunstancias entiendo que los tratados internacionales de derechos humanos deben respetar, en caso de conflicto insalvable, los principios de orden público constitucional: el artículo 27 no fue modificado, ni podía serlo, por la última reforma constitucional de 1994 y establece que los tratados o convenciones de carácter internacional deben ser celebrados sin transgredir en modo alguno los principios de derecho público que caracterizan y hacen realidad la tan preciada forma republicana de gobierno. Entre esos principios a todas luces hallamos el de supremacía y rigidez constitucional.

9. Evidentísimo es que, como no se modificó, ni podía reformarse el artículo 27 de la Constitución, la “validez” de todos los tratados internacionales, incluidos los derechos humanos, para incorporarse al ordenamiento jurídico argentino, están siempre supeditados a su adecuación y conformidad con la Constitución argentina.

10. Un argumento de solidez más que afirma la hipótesis verificada en esta tesis, lo aporta la CSJN al ratificar, por una mayoría de cuatro a uno de sus integrantes, aquella doctrina en el reciente caso “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto”¹³⁸¹. Nótese que lo hizo de manera reciente el 14 de febrero de 2017 y sostuvo que el constituyente consagró, en el artículo 27, una esfera de reserva soberana, delimitada por los principios de derecho público establecidos en la Constitución Nacional, a los cuales los tratados internacionales, sin distinción alguna, deben ajustarse y con los cuales deben guardar conformidad.

11. Además agrego, respecto de cualquier reforma que se pretenda efectuar al texto de la Constitución, que ella debe ser hecha por el poder constituyente derivado; el cual, dada su naturaleza jurídica, sólo puede actuar en las materias para las que fue habilitado por el poder constituido, y únicamente ajustándose al procedimiento reglado por el artículo 30 CN y siguiendo las reglas del derecho espontáneo observado a partir de 1898.

12. En el ordenamiento jurídico argentino, los órganos de gobierno, que son poder constituido, no pueden firmar, aprobar ni ratificar ningún tratado internacional que sea de signo contrario a la Constitución, ni los jueces pueden aplicar ninguna norma o criterio jurisprudencial opuesto a sus disposiciones. De otro modo, se rompería con los principios de supremacía, primacía y rigidez constitucional. No es posible que los órganos del poder constituido alteren, directa o indirectamente, las reglas que impuso en la magna ley fundamental el poder constituyente originario.

13. La declaración de necesidad de reforma puso límites muy precisos a la competencia material de la Convención reformadora de 1994, conforme surge de los artículos 2, 3, 4, 5, 6 y 7 de la ley 24.309. Dentro de este marco, el Honorable Congreso, en ejercicio de las facultades preconstituyentes, al declarar la necesidad de reforma de la Constitución en 1994, no habilitó de manera expresa al poder

¹³⁸¹ CSJN, Fallos 340:47, caso “Ministerio de Relaciones Exteriores”, 2017.

constituyente derivado para reformar artículo alguno de la primera parte de la Constitución, entre los cuales se encuentran los cánones 27, 30 y 31.

14. Igualmente, tampoco se declaró la necesidad de reforma del artículo 94, en tanto instituye a la más alta instancia federal, como “Corte Suprema de Justicia”. De ahí, se desprende la imposibilidad de admitir la pretensión de la tesis internacionalista de querer colocar a los tratados internacionales de derechos humanos en un escenario de supuesta supraconstitucionalidad y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como un organismo supraconstitucional habilitado para juzgar la compatibilidad de todo el derecho local, incluida la Constitución, a la CADH y otras normas que conforman el bloque convencional de los derechos humanos latinoamericanos. Lo expuesto importaría otorgar mayor rango que el que posee la Constitución argentina a la segunda parte de la CADH, que regula el funcionamiento y potestades de los órganos interamericanos, como la Corte y la Comisión IDH. De admitirse esta circunstancia se alteraría de manera incorrecta la competencia de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, como tribunal que tiene la última palabra en materia de interpretación de la ley suprema, las demás leyes y los tratados internacionales sin distinción alguna. Cuestión esta que, como se explicó de modo extenso, integra el elenco de principios de derecho público jerarquizados constitucionalmente por el artículo 27 CN.

15. Las disquisiciones extensamente vertidas en la primera y tercera parte del trabajo, demuestran que el ordenamiento jurídico de la República Argentina no cuenta con ninguna norma de origen nacional que disponga la obligatoriedad de acatar las recomendaciones de la Comisión IDH ni la jurisprudencia de la Corte de San José. Es más, luego del fallo del 14 de febrero de 2017, en la causa “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto”¹³⁸², la Corte Suprema de Justicia de la Nación relativizó la supuesta obligatoriedad de las sentencias que dicta el tribunal internacional en casos donde Argentina sea parte, limitando así los alcances que supo asignársele a la *res iudicata*.

16. Los principales argumentos, para restarle fuerza obligatoria a la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos, son de orden jurídico y se vinculan directamente con la técnica de la jerarquía de las disposiciones normativas. Destaco que, en algunos conflictos o contradicción normativa con el texto constitucional, el acatamiento de las recomendaciones de la Comisión IDH, y la jurisprudencia o sentencias de la Corte IDH, implican la transgresión de reglas o principios constitucionales, sean estos previstos de manera expresa, de manera implícita o por aplicación del mandato preambular de afianzar la justicia. Aquí, llamativamente, observo como resulta contradictorio que una sentencia de la Corte IDH viole normas de *ius cogens*, en tanto exija de nuestros tribunales el acatamiento de sus resoluciones jurisdiccionales en perjuicio de terceros que no fueron parte de la *litis* internacional (*res inter alios iudicata allis neque prodest*).

17. La Constitución es la base sobre la cual se estructura un sistema jerárquico de leyes. Permite la organización y el normal desenvolvimiento del Estado y de la sociedad. La inserción del derecho internacional de los derechos humanos al ordenamiento jurídico argentino se hizo, por los fundamentos extensamente expuestos, en un escenario supralegal y de constitucionalidad deferente; así lo impone la vigencia del artículo 27 de la carta constitucional y la calidad de complementarios que ostentan

¹³⁸² *Ibidem*.

los derechos consagrados en los instrumentos internacionales, respecto de los establecidos en la primera parte de la Constitución. Además, no debe olvidarse la expresa referencia de que no derogan artículo alguno de la primera parte entre los que se encuentra el mentado artículo 27.

18. Los instrumentos internacionales sobre derechos humanos que adquirieron, y adquieran en el futuro “rango constitucional”, rigen en las condiciones de su vigencia, esto es, tal y como fueron incorporados al ordenamiento argentino con las reservas y declaraciones interpretativas que precisamente tienen por objeto señalar en qué condiciones se obliga la Argentina con respecto a los demás Estados. No como pretende la tesis internacionalista, en tanto sostiene que rigen conforme resultan interpretados en sede internacional por los tribunales foráneos de la materia. Pues ello implicaría la permanente mutación del tratado, conforme se altere la hermenéutica que hagan los tribunales internacionales. Elocuentemente esa no fue la intención del constituyente de 1994.

19. La pretensión de la Corte IDH al intenta establecer la obligación de acatar la jurisprudencia que se constituye a partir de sus sentencias y opiniones consultivas, provoca, de forma incorrecta, una vinculación jurídica con efecto *erga omnes* dirigida a las autoridades nacionales. En tal sentido, el órgano jurisdiccional extranjero busca la propagación indirecta del efecto *erga omnes* de las sentencias, atribuyéndole, a estas últimas, una ramificación no habilitada por la CADH. Esta pretensión impide que prospere la doctrina del margen de apreciación nacional de los Estados partes. En el caso argentino tal idea colisiona, precisamente, con el margen de apreciación que consagra el artículo 27 CN.

20. Al referirse sobre este límite de actuación, el juez Rosatti¹³⁸³ afirmó que el constituyente consagró, en el citado artículo 27, una esfera de reserva soberana (margen de apreciación nacional) delimitada por los principios de derecho público establecidos en la Constitución Nacional, a los cuales los tratados internacionales -y con mayor razón aún la interpretación que de tales tratados se realice- deben ajustarse y con los cuales deben guardar conformidad. Coincido con el magistrado, pues como bien supo exponerlo Joaquín V. GONZÁLEZ, esta exégesis es reflejo de una fuerte tradición en la práctica constitucional argentina. A partir de esta cláusula constitucional, no es posible hacer prevalecer “automáticamente”, sin escrutinio alguno, el derecho internacional -sea de fuente normativa, consuetudinaria o jurisprudencial- sobre el ordenamiento jurídico constitucional.

21. En último término, debe quedar claro que la Convención constituyente de 1994 no aceptó que los principios del derecho internacional y la costumbre internacional tengan jerarquía supraconstitucional. Toda vez que la Asamblea, insisto, tenía vedado tratar temas no incluidos por el Congreso en la norma que declaró la necesidad de modificación de la ley fundante al tiempo de la convocatoria.

22. Por las razones hasta aquí esbozadas, es evidente que la pretensión de la tesis internacionalista, al querer justificar la supremacía jerárquica de las disposiciones del derecho internacional sobre la Constitución argentina, basada en los artículos 27 y 46 de la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados, no se adecua a

¹³⁸³ *Ibidem*.

las reglas que determinan el rango normativo del ordenamiento jurídico argentino; más aún, cuando tal instrumento no goza de jerarquía constitucional.

23. Como bien sostiene la Corte Suprema, el juzgador interno, deberá siempre lealtad a los principios de derecho público plasmados en la Constitución argentina, frente a una disposición de fuente internacional, ya sea que provenga de una norma convencional *-res legislata, res pactata o res declarata-* o sea el producto de la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos *-res interpretata-*. De manera fundamental, por cuanto en el derecho argentino la Convención de Viena es un tratado internacional que posee jerarquía supralegal, nunca constitucional y menos aún rango supraconstitucional. Consecuentemente sostengo que las cláusulas de la Convención aludida -artículos 27 y 46- no pueden ser opuestas válidamente en forma alguna a lo claramente establecido en los artículos 27, 30, 31, 36, 108, 116 y 117 de la ley suprema.

24. La Corte Interamericana no es una nueva instancia de apelación de la decisión nacional, ya que el objetivo de la competencia contenciosa de la Corte no es revisar las decisiones nacionales como tribunal de apelación, sino antes bien verificar o constatar si han existido violaciones concretas a las normas de la Convención y de los otros tratados de derechos humanos por parte de los Estados y, en su caso, interceder para hacer cesar la violación, conforme lo dispone la misma Convención.

En la tercera parte del trabajo reflexioné con hondura respecto a quién debía seguirse, quién tenía la última palabra en materia de hermenéutica sobre derechos constitucionales, derechos humanos, *ius cogens* y derecho natural. La CSJN respondió con acierto, especialmente en el voto mayoritario del caso Ministerio de Relaciones Exteriores, a estos interrogantes. Ella fue creada por el constituyente como cabeza del Poder Judicial y, como tal, su mayor atribución es la de ser custodio e intérprete final de la Constitución Nacional. Esta atribución, además, no es delegable ni renunciable. Como llevo expresado reiteradamente, la incorporación de la Convención Americana al “bloque de constitucionalidad federal”, innovación constitucional mediante, no pudo modificar la estructura, jerarquía y primacía normativa del texto constitucional y, menos aún, el rol de la Corte Suprema, dado que la ley 24.309 que declaró la necesidad de reforma en 1994, no incluyó el asunto entre las materias a modificar.

En síntesis, el juez nacional en caso de conflicto entre una norma convencional y otra constitucional debe procurar, en la medida de lo posible, armonizar e integrar ambas disposiciones para resolver el caso sometido a su conocimiento. Se requiere, en tal sentido, una solución integradora y de construcción jurisprudencial, en materia de relaciones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y el Derecho Constitucional argentino. Se precisa de un sistema de articulación de competencias entre las jurisdicciones internacional y constitucional. En virtud de ello, es recomendable no fijar una competencia jerarquizada, ése no es el propósito de la materia vinculada a la tutela de los derechos humanos. Por el contrario, conviene equilibrar la voluntad del Estado argentino, en concordancia con las obligaciones convencionales asumidas como parte del sistema de protección; dado que la confluencia teleológica, que se brinda a la protección efectiva de los derechos básicos de la persona humana, requiere de esta relación de cooperación entre ambas jurisdicciones, de conformidad con el artículo 33 de la Constitución argentina y el artículo 29 de la CADH, en tanto acogen el principio *pro homine*. Solo en caso de resultar imposible la armonización, integración y complementación entre la norma convencional y la nacional, el juez podría acudir a las herramientas que se describen en el capítulo XII, donde debería considerarse que los instrumentos internacionales de

derechos humanos, que gozan de jerarquía constitucional, ingresan al ordenamiento jurídico argentino en un escenario de constitucionalidad moderada o deferente.

Sin embargo, cuando el juez nacional debe resolver un conflicto “insalvable” entre la Constitución argentina y los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional, soy de la opinión que debe prevalecer siempre la norma constitucional y que dicha supremacía debe ser garantizada por la Corte Suprema conforme lo define sin ambages el texto constitucional hoy vigente. De esta manera, cuando el conflicto es insalvable, la posición que acoja una interpretación en sentido contrario a la preeminencia de lo juzgado por la Corte Suprema, es decir, a favor de la norma convencional, de las sentencias o jurisprudencia de los organismos internacionales de derechos humanos, importaría su invalidez por la inconstitucionalidad de esta hermenéutica. Adviértase, que ni siquiera la propia Corte puede autorizar, *per se*, la alteración de su jurisdicción y atribuciones en favor de un tribunal internacional, dada la calidad indiscutible que ostenta la determinación de su competencia.

La Corte IDH introdujo, jurisprudencialmente, el concepto de *res interpretata* y pretendió, también, convertirla en obligatoria para los Estados signatarios de la CADH. A esta altura del sendero recorrido, afirmo, y dicho esto con todo respeto hacia los que proponen o sustentan lo contrario, que no existe ninguna norma en nuestro ordenamiento o en el ordenamiento convencional internacional que la faculte a ello. Antes bien, se individualizó una disposición de *ius cogens*, de acatamiento obligatorio para la Corte IDH, que le impide imponer la hermenéutica que efectúa de las disposiciones contenidas en los instrumentos internacionales de los derechos humanos, a terceros que no intervinieron en la *litis* internacional.

La Corte de San José sólo es competente en la medida en que los países que suscribieron la Convención Americana le otorgaron capacidad suficiente. Cuando traspasa este marco el tribunal incurre en exceso de poder y su decisión carece de legitimidad, como de hecho lo hace en tanto pretende imponer la obligatoriedad de su jurisprudencia más allá de lo acordado por los estados partes en la CADH. Estimo, que la idea contraria implica, sin más, una mutación exegética de los alcances del texto internacional, la cual debería, por cierto, ser ratificada nuevamente por cada Estado miembro, amén de la necesaria reforma de la Constitución argentina, respecto de los artículos 27, 30, 31, 36, 108 y 116 entre otros tantos. A mi juicio, si se quisiera otorga a los instrumentos internacionales sobre derechos humanos jerarquía *supra* constitucional, a partir de la modificación de los artículos 27, 31 y 75 inciso 22, también habría que modificar los artículos 108, 116 y 117, para así atribuirle a los pronunciamientos de la Corte IDH preeminencia y poder casatorio, frente a los que dicta la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Es decir, se debería convertir, a partir de su reconocimiento constitucional, a la Corte IDH como una cuarta instancia jurisdiccional con poder casatorio, respecto de las sentencias que, como intérprete final de la Constitución argentina, dicta la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Por otro lado, la aludida interpretación que efectúa la Corte IDH, obligaría a los países que aceptaron la competencia contenciosa del tribunal, a efectuar un análisis de convencionalidad, basado en tratados que no tienen jerarquía constitucional o supraconstitucional alguna, como así ocurre en nuestro caso con la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, la cual ostentan rango *supra* legal, pero *infra* constitucional. Con ello, la Corte IDH pretende que, si un principio constitucional se encuentra en contradicción con un tratado internacional *infra* constitucional deba prevalecer el instrumento internacional

por encima de la Constitución argentina, lo cual, por regla, estimo es de una inconstitucionalidad clara y manifiesta.

Se puede afirmar, además que la “fórmula primaria de validez” (FPV) del ordenamiento jurídico argentino se integra con un grupo de preceptos que denomino como “núcleo supremo de juridicidad constitucional” (NSJC).

A este grupo de normas, que funciona como sistema de fuentes superlativas, lo defino como un “núcleo normativo” que tiene valores, principios y disposiciones materialmente constitucionales. Tres de los subsistemas que conforman el precitado núcleo, se encuentran fuera del texto de la Constitución documental, y tienen como propósito convertirse en parámetro para ejercer el control de constitucionalidad de todas las disposiciones normativas inferiores. Entre ellas se incluyen, debajo de aquel núcleo supremo, a los tratados que no poseen jerarquía constitucional, a la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humano, a las leyes de la nación y a las normas derivadas del orden federal, las demás constituciones provinciales, tratados interprovinciales, leyes provinciales y otras disposiciones de índole municipal.

Sostengo que la “fórmula primaria de validez” del ordenamiento jurídico de la República Argentina, es decir, el método a partir del cual resulta adecuado afirmar qué disposiciones normativas son válidas, se conforma de la siguiente manera: $FPV=DN+CN+IC+IIJC$. El “núcleo supremo de juridicidad constitucional” se integra, consecuentemente, por cuatro subsistemas: uno conformado por el derecho natural, otro compuesto por las normas constitucionales previstas en su texto de manera expresa o implícita, un tercer subsistema integrado por los preceptos de *ius cogens*, alcanzados por el artículo 118 del mismo cuerpo normativo y, por último, los instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional. Lo expuesto permite coincidir, a grandes rasgos, con la doctrina que defiende la primacía constitucional. Para esta tesis, el “núcleo supremo de juridicidad constitucional” se ubica claramente por encima de los tratados internacionales que no poseen jerarquía constitucional y la jurisprudencia que emana de los tribunales internacionales de derechos humanos aunque sea el producto de la hermenéutica de instrumentos internacionales que gozan de jerarquía constitucional, los cuales nunca podrán contrariar a cualquiera de los preceptos que integran el NSJC.

1. Conclusiones

Lo estudiado en esta investigación permite arribar a importantes conclusiones, que se tratarán de resumir de acuerdo a los siguientes puntos destacados del trabajo.

1. Imposibilidad de que los órganos del poder constituido alteren la primacía normativa constitucional sobre los instrumentos internacionales de derechos humanos y la jurisprudencia de los organismos internacionales creados para salvaguarda de aquéllos.

1.i. La Constitución originaria de 1853-1860 fue concebida como un texto constitucional rígido, ello a partir del juego armónico de los artículos 27, 28, 30 y 31. Ninguna de las innovaciones posteriores, incluso la de 1994, alteraron aquel carácter al prohibirse, en esta última reforma (1994) y de manera expresa, la modificación de artículo alguno de la primera parte, que incluye, desde luego, a los descriptos precedentemente.

1.ii. La Constitución Nacional, como norma fundante del ordenamiento jurídico, determina una situación jerárquica entre distintos preceptos que conforman aquel sistema. De ahí que en Argentina la supremacía corresponde a la Constitución Nacional. La supremacía constitucional impone, a los órganos estatales creados a instancias del poder constituyente, sancionar normas compatibles con la Constitución y sus procedimientos, caso contrario, resultarán inconstitucionales y podrían inaplicarse al caso concreto. Queda claro entonces que la supremacía de la Constitución Nacional, con exclusión de todo otro precepto normativo, es la que impone el rango jerárquico que ocupa cada una de las fuentes del sistema jurídico nacional.

1.iii. La legitimidad y estabilidad normativa que provoca la supremacía de la Constitución argentina se manifiesta en una supremacía material y otra formal. La primera se vincula con el contenido de una carta constitucional e implica la imposibilidad de la aplicación de normas en el derecho interno que se opongan a preceptos y objetivos de la Constitución. Desde la perspectiva de la supremacía formal, se puede sostener que ésta consolida la supremacía material al determinar cuáles serán los procedimientos que se deben observar para que las disposiciones normativas resulten válidas al ser consecuentes con la ley fundamental.

1.iv. El único órgano autorizado a declarar la necesidad de reforma para alterar la primacía normativa de la Constitución Nacional sobre los instrumentos internacionales de derechos humanos y la jurisprudencia de los organismos internacionales de derechos humanos, es el Honorable Congreso de la Nación a través del mecanismo que prevé el artículo 30 de la carta constitucional argentina.

1.v. Sin embargo, conforme lo establece la propia Constitución argentina, la reforma constitucional, sólo puede realizarla una Convención convocada al efecto (Poder Constituyente derivado), quien, únicamente, modificará o no los artículos y aspectos autorizados por el Honorable Congreso de la Nación (Poder Constituido).

1.vi. Para alterar la primacía normativa de la Constitución sobre los tratados internacionales de derechos humanos, el *ius cogens* y la jurisprudencia de los tribunales internacionales de la especialidad, es preciso, en el ordenamiento jurídico argentino, declarar la necesidad de reforma de los actuales artículos 27, 31 y 36 de la Constitución Nacional, luego convocar a elecciones de convencionales constituyentes nacionales y, en reunión posterior de la Asamblea reformadora, consagrar expresamente, en los nuevos artículos, la primacía normativa del derecho internacional por sobre el derecho doméstico, incluida la Constitución Nacional. Desde luego en los plazos establecidos en la declaración de necesidad de reforma y al aprobarse los nuevos artículos de la Constitución por mayoría de votos.

1.vii. Si la cláusula “en las condiciones de su vigencia” del artículo 75 inciso 22, significase que, además del texto de los tratados expresamente mencionados allí, también forman parte de la carta suprema la jurisprudencia de los órganos internacionales de control, cada cambio en la jurisprudencia de estos órganos, en los

hechos, tendría como efecto la reforma de la Constitución, con prescindencia de cumplir con los recaudos señalados precedentemente.

2. La innovación constitucional de 1994, no modificó la primacía de la Constitución argentina sobre los tratados internacionales y la jurisprudencia de los organismos internacionales de derechos humanos. Las disposiciones del artículo 75 inciso 22 CN no tienen entidad para alterar la primacía normativa en el sistema jurídico nacional.

2.i. Si bien es cierto que, la ley 24.309, en virtud de la cual se declaró la necesidad de reforma de la Constitución Nacional en 1994, autorizó la modificación del entonces artículo 67 para conferirle una nueva jerarquía normativa a los instrumentos internacionales; no es menos cierto, que tal atribución dada a la Asamblea Constituyente derivada, tuvo límites precisos. Al impedir la reforma de los artículos 27 y 31, ubicados dentro de la primera parte de la Constitución, sólo habilitó la recepción del derecho internacional al ordenamiento local como máximo en escenarios de suprallegalidad, infraconstitucionalidad o, a lo sumo, de constitucionalidad deferente o moderada.

2.ii. En efecto, al ser el Congreso de la Nación uno de los poderes constituidos de la República Argentina, las atribuciones de este órgano constitucional previstas por el artículo 75 inciso 22, no le atribuyen competencia para alterar la primacía que corresponde a la Constitución sobre los tratados internacionales, incluso los de derechos humanos y la jurisprudencia de los tribunales internacionales creados a instancias de aquellos. Lo que hace la mentada disposición constitucional es afirmar claramente la supremacía de la Constitución por encima de todo el resto del ordenamiento jurídico puesto.

2.iii. El carácter complementario que la Constitución atribuye a los tratados internacionales de derechos humanos, que se incorporan en los términos del artículo 75 inciso 22, implica que esos instrumentos jurídicos no deberían derogar las normas de la primera parte de la Constitución pero que, en los hechos, pueden hacerlo, en cuyo caso prevalecen las cláusulas de la Constitución y los tribunales deben ejercer el control de constitucionalidad sobre las disposiciones de los tratados. Así éste tipo de tratados están en un estamento superior de la pirámide jurídica pero no exactamente en el vértice, porque, como indica el mismo inciso, están un escalón debajo del texto constitucional al no poder derogar ningún artículo de la primera parte y tener carácter complementario, que significa accesorio, y no principal como si lo es la Constitución Nacional.

2.iv. Cuando el inciso 22, del citado artículo 75, habla de la inderogabilidad por parte de los tratados, de artículo alguno de la primera parte de la carta magna, significa que ésta -con el plexo de derechos y garantías- tiene prelación normativa sobre los tratados con jerarquía constitucional.

2.v. Los tratados internacionales sobre derechos humanos no integran la Constitución, sino que la complementan. Es evidente que lo complementario, es accesorio de lo complementado. Así podrían contemplar nuevos derechos y garantías en tanto no alteren las declaraciones, derechos y garantías previstos de modo expreso o implícito en la Constitución restringiendo sus alcances y efectos. De lo contrario, se estaría transgrediendo el artículo 7 de la ley 24.309 y la supremacía de la Constitución Nacional.

2.vi. Como no se reformó, ni podía reformarse, el artículo 27 de la ley fundamental, la validez de todos los tratados internacionales, incluidos los de derechos humanos, para incorporarse al ordenamiento jurídico argentino, está siempre supeditada a su adecuación y conformidad a la Constitución argentina.

2.vii. Los tratados internacionales, cualquiera sea su categoría, incluso de los de derechos humanos, se incorporan al derecho interno en un escenario de carácter supralegal y constitucionalidad deferente.

3. A la Constitución argentina se le debe atribuir primacía normativa respecto de las disposiciones internacionales de orden consuetudinario o convencional, incluida aquí la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos.

3.i. La Convención constituyente de 1994 no aceptó que los principios del derecho internacional y la costumbre internacional, tengan vigencia supraconstitucional.

3.ii. Los tratados internacionales de derechos humanos, incluso los que en apariencia poseen jerarquía constitucional -artículo 75, inciso 22- están en el piso superior de la pirámide jurídica, pero no exactamente en el vértice, porque, como indica el mismo inciso, se encuentran un cenefa por debajo del texto constitucional.

3.iii. Los tratados internacionales sobre derechos humanos no pueden desconocer los derechos y garantías expuestos en la primera parte de la Constitución -conforme artículo 7, ley 24.309-.

3.iv. Los tratados internacionales de derechos humanos rigen en las condiciones de su vigencia. Es decir, en las condiciones establecidas por las leyes del Congreso que disponen su aprobación, y se expresan en las reservas y declaraciones interpretativas, así también, en concordancia con el artículo 27 de la carta magna. Este requisito de adecuación de los tratados a los principios de derecho público constitucionales, también rige respecto de los tratados internacionales sobre derechos humanos y, desde luego, respecto de la jurisprudencia de los tribunales internacionales de la materia.

3.v. A partir de lo reglado por el artículo 27 de la CN no es posible hacer prevalecer automáticamente, sin escrutinio alguno, el derecho internacional -sea de fuente normativa o jurisprudencial- sobre el ordenamiento constitucional. Esta hermenéutica es reflejo de una fuerte tradición en la práctica constitucional argentina, tal como supo exponerlo Joaquín V. GONZÁLEZ y resolvió la mayoría de la CSJN al resolver el caso “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto”¹³⁸⁴ el 14 de febrero de 2017.

3.vi. El artículo 27 de la CN subordina al *ius cogens* a los principios de derecho público contenidos en la Constitución.

3.vii. La doctrina mayoritaria adoptada por la Corte Suprema de Justicia en algunos casos, fundamentalmente desde el año 2004 al 14 de febrero de 2017, al sustituir la Constitución por el derecho internacional como unidad de análisis para determinar la validez de las normas, contribuyó a pervertir el orden constitucional

¹³⁸⁴ *Ibidem*.

mediante una interpretación falsa del orden jurídico interno. Hermenéutica que responde a ciertas apetencias ideológicas extrañas a la ley fundamental, fomentando la indiferencia de gobernantes y gobernados por la violación de ella, y una aptitud psicológica que puede conducir a la atrofia de la conciencia constitucional bajo cuyo amparo se organizó la Nación Argentina y la desarticulación de la plena vigencia del Estado de Derecho.

3.viii. El ordenamiento jurídico argentino no posee ninguna norma de origen nacional o convencional-consuetudinaria del orden internacional, que disponga la obligatoriedad de acatar las recomendaciones de la Comisión IDH ni la jurisprudencia de la Corte de San José.

4. En el sistema jurídico argentino, corresponde hacer el control de constitucionalidad de las disposiciones convencionales incluidas las interpretaciones que de ellas realicen los tribunales internacionales de derechos humanos.

4.i. A mi juicio no es posible hablar de un control de convencionalidad exento de un control último de constitucionalidad hecho por la CSJN como intérprete final del denominado NSJC.

4.ii. Los instrumentos internacionales que aprueba y ratifica la República Argentina, no se desvinculan de la Constitución y siempre que se incorpore un tratado por la vía del artículo 75 inciso 22, no podría desligárselo de la interpretación judicial que de ellos pueden hacer los tribunales nacionales cuando ejercen el control de constitucionalidad.

4.iii. Llegado el caso, luego que en sede internacional se ejerza el control de convencionalidad, debe hacerse nuevamente, un control de constitucionalidad, a los efectos de verificar que la sentencia dictada por la Corte IDH, no transgreda alguna disposición del NSJC, como en efecto lo hizo la CSJN en el caso “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto”¹³⁸⁵.

5. El intérprete final de todo el ordenamiento jurídico de la República Argentina y como consecuencia de ello a quién debe lealtad última el juez nacional, es la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

5.i. La Corte Suprema expuso en Fallos 340:47 que el carácter supremo de sus decisiones como cabeza del Poder Judicial de la Nación según lo dispuesto por el artículo 108 de la Constitución (Fallos 256:114; 289:193; 319:1973; 328:2429; 329:3235 y 5913; 330:49 y 251; 338:1575, entre muchos otros), configura un elemento constitutivo de tales principios de derecho público, a los que refiere el artículo 27 examinado precedentemente. La última innovación constitucional no derogó ni modificó artículo alguno de la segunda parte correspondiente a la organización de Poder Judicial, en tanto no se habilitó ello de manera expresa en el texto que declaró la necesidad de reforma. Por consiguiente, pensar a la Corte Suprema, ya no como el último intérprete en relación con una porción de las normas constitucionales sino como magistratura subordinada, es insostenible, salvo que nos llamemos a engaño, porque conduce a la invalidez de la reforma constitucional en dicho punto.

¹³⁸⁵ *Ibidem*.

5.ii. Será siempre la Corte Suprema de Justicia de la Nación el guardián final de aquel núcleo normativo supremo y de las demás normas subordinadas que integran el ordenamiento jurídico argentino, ello a través del ejercicio último del control de constitucionalidad. Esto aconteció, insisto, en el caso “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto”¹³⁸⁶ al momento de chequear la compatibilidad de una sentencia de la Corte IDH con el “núcleo supremo de juridicidad constitucional”. Y así es porque la Constitución argentina inviste a la Corte Suprema con esa función indelegable, improrrogable e incommovible, al menos, mientras no se modifique su texto, conforme el procedimiento claramente reglado por su artículo 30.

5.iii. La mal asignada calidad o condición suprema que se le atribuye a la Corte IDH, colocándola por encima de la Corte Suprema de Justicia de la Nación - prórroga de jurisdicción mediante-, resulta violatoria de principios de derecho público constitucionales. Se puede sostener, por cierto, la inconstitucionalidad del tratado o de su exégesis jurisdiccional en tanto disponga tal cosa; ello, por transgresión a los artículos 27 y 30 de la carta constitucional.

6. La Constitución Nacional integra y ordena, como norma suprema, a la Fórmula Primaria de Validez (FPV) de nuestro ordenamiento jurídico, el que se bautizó como “Núcleo Supremo de Juridicidad Constitucional”.

6.i. La “fórmula primaria de validez” del sistema jurídico argentino, se conforma de la siguiente manera: $FPV=DN+CN+IC+IIJC$. El “núcleo supremo de juridicidad constitucional” está integrado por cuatro subsistemas: uno constituido por el derecho natural, otro compuesto por las normas constitucionales, un tercer subsistema integrado por los preceptos de *ius cogens*, alcanzados por el artículo 118 del mismo cuerpo normativo y el cuarto subsistema integrado por los instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional.

6.ii. Lo expuesto permite coincidir, a grandes rasgos, con la doctrina que defiende la supremacía constitucional dado que la primacía de normas en el “núcleo supremo de juridicidad constitucional” es establecida por la propia Constitución argentina.

6.iii. La Constitución argentina se subordina normativamente al derecho natural en tanto explicita en su Preámbulo el deber de afianzar la justicia y reconoce una fuente de juridicidad natural, que es de carácter previo a la propia ley fundamental, y es superior a ésta y también definitiva, ello a través de la invocación final de aquél. Al mismo tiempo coloca al derecho internacional no convencional, conocido como derecho de gentes o *ius cogens* en un plano de normatividad subordinado a la CN al exigirle adecuación a sus principios de derecho público - conforme artículo 27-. Lo mismo ocurre con los instrumentos internacionales de derechos humanos, con jerarquía constitucional, que ingresan al ordenamiento jurídico argentino en un escenario de “constitucionalidad deferente o moderada”.

6.iv. Para mi tesis, el “núcleo supremo de juridicidad constitucional” se ubica claramente por encima de la jurisprudencia de la Corte IDH, en tanto interpreta instrumentos internacionales de derechos humanos, incluso, los incorporados con el voto de las dos terceras partes de los miembros del Congreso o incorporados con

¹³⁸⁶ *Ibidem*.

jerarquía constitucional en la reforma de 1994. De este modo, la *res interpretata* que emana de los tribunales internacionales de derechos humanos, nunca podrá contrariar a cualquiera de los preceptos que integran el NSJC.

7. Frente a un caso de conflicto normativo insalvable, el juez nacional debe optar, por el precepto constitucional.

7.i. El problema que suscita el conflicto “insalvable” entre la Constitución Nacional y las decisiones de la Corte IDH, y su pretensión de expandir la jurisprudencia interamericana de fuente internacional, al interior del ordenamiento argentino, coloca al juez doméstico ante la disyuntiva de ordenar jerárquicamente los preceptos en pugna. Es decir, deberá establecer cuál es la norma que debe prevalecer en el caso concreto donde se plantea el conflicto, cuando la aplicación de un tratado de derechos humanos, de las recomendaciones de la Comisión IDH, o las sentencias y jurisprudencia de la Corte IDH, afecten derechos plasmados en la Constitución argentina.

7.ii. No cabe duda, entonces, que el juez nacional, frente a un conflicto normativo “insalvable” entre la Constitución argentina y un tratado de derechos humanos con jerarquía constitucional o la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos, deberá ineludible lealtad a la Constitución; que sigue siendo la norma fundante, la estructura arquitectónica de este modelo jurídico marcadamente complejo. La jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos, aún cuando pueda servir de argumento para fundar la decisión de un juez nacional, jamás podrá contradecir alguna regla, norma, principio o valor plasmado en nuestra carta magna, dada la primacía normativa que posee en el ordenamiento jurídico argentino la Constitución Nacional respecto del *ius cogens*, los instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional y la jurisprudencia de los tribunales internacionales de la materia.

En Argentina, la jerarquía constitucional se mantiene incólume desde la sanción del texto de 1853-1860, pues sigue siendo la Constitución Nacional la que ordena jerárquicamente la totalidad de los preceptos normativos que integran el ordenamiento jurídico argentino. Además, los subsistemas que conforman el que denominé como “núcleo supremo de juridicidad constitucional”, se ubicarán siempre en la cúspide del ordenamiento jurídico doméstico, incluso sobre la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos. Este conjunto de normas, las del NSJC, siguen siendo de un valor superlativo, insisto, porque así lo dispone y ordena la propia Constitución argentina que es norma fundante y superior.

Por lo tanto, cabe concluir afirmando que, mientras no se reformen los artículos 27, 30, 31 y 36, en el ordenamiento jurídico argentino la Constitución Nacional es suprema siempre.

Fuentes bibliográficas

A

AA. VV., *Historia universal. De la humanidad prehistórica al Imperio Bizantino*, José Manuel Cuenca Toribio (Dir.), Editorial Océano, Barcelona, 1992.

—: “La controvertida eficacia directa de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Apuntes sobre el alcance de la violación del derecho a un proceso equitativo contemplado en el artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y las limitadas posibilidades de restitución plena en el proceso español en relación con los crecientes pronunciamientos del Tribunal Constitucional”, *El Tiempo de los Derechos*, número 12, Ana Garriga Domínguez (Dir.) Susana Álvarez González (Coord.), Vigo, 2010.

—: *Derechos humanos. Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana. Textos completos y comentarios*”, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2000, Germán J. Bidart Campos, Calogero Pizzolo (Coordinadores).

—: “Sociedad y Derecho”, <http://m.derecho-sociedad-y-ciudadania3.webnode.com.uy/blog/> (acceso el 8-XII-2014).

—: *Guía Práctica sobre la inadmisibilidad*, Consejo de Europa, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Estrasburgo, 2010, <http://www.derechoshumanos.net/denunciar/manuales/admisibilidad-demandas-TEDH-2010.pdf> (acceso el 31-III-2015).

—: *Código Civil y Comercial Comentado*, editorial Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2014, Ricardo Luis Lorenzetti, (Dir.).

ABRAMOVICH Víctor, “Una nueva institucionalidad pública. Los tratados de derechos humanos en el orden constitucional argentino”, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, Centro de Estudios Legales y Sociales, Buenos Aires, 2007.

ABREGÚ Martín, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1998.

ACOSTA SÁNCHEZ José, *Formación de la Constitución y jurisdicción constitucional*, Editorial Tecnos, Madrid, 1998.

ADLER Federico, “El deber jurídico internacional del Estado Argentino de seguir los criterios interpretativos de la Corte ID”, www.infojus.gov.ar, Id SAIJ: DACF130334, Buenos Aires, 2013 (acceso 21-V-2-16).

AKKERMANS C., “Paesi Bassi”, *Le Costituzioni dei Paesi della Comunità europea*, E. Palici Di Suni, M. Comba, F. Cassella (Coords.), Editore CEDAN, Pavia, 1993.

ALÁEZ CORRAL Benito, “Soberanía constitucional e integración europea”, *Cuadernos monográficos de Teoría del Estado*, Derecho Público e Historia Constitucional, 1998.

ALBANESE Susana, *Promoción y protección internacional de los derechos humanos*, La Rocca, Buenos Aires, 1992.

—: “La internacionalización del derecho constitucional y la constitucionalización del derecho internacional”, *El Control de Convencionalidad*, Ediciones Ediar; Buenos Aires, 2008.

—: “La operatividad de las normas convencionales a 16 años de vigencia de la Convención Americana”, *Jurisprudencia Argentina*, 2001-I-.

—: “La corte suprema y el alcance de las Recomendaciones de la Comisión Interamericana 1994-2014”, <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/5/la-corte-suprema-y-el-alcance-de-las-recomendaciones-de-la-comision-interamericana-1994-2014.pdf> (acceso el 21-V-2016).

ALBAR Germán y CANÇADO TRINDADE Antonio, “Reflexiones sobre el futuro del sistema interamericano de derechos humanos”, *El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humano*, Cox Editores, Costa Rica, 1998.

ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO Niceto, *La protección procesal internacional de los derechos humanos*, Editorial Cívitas, Madrid, 1975.

ALCHOURRÓN Carlos Eduardo y BULYGIN Eugenio, *Sistemas Normativos. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2015.

ALEXY Robert, “¿Derechos humanos sin metafísica?”, *Ideas y Derecho, Anuario de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho*, número 6, 2008, según la traducción de J. A. Seoane.

—: *Teoría de los derechos fundamentales*, Editorial Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

—: *Teoría de la argumentación jurídica, la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, segunda edición en español, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012, traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo.

—: “La argumentación jurídica como discurso racional”, AA.VV., *La crisis del derecho y sus alternativas*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995.

—: *El concepto y validez del derecho*, Editorial Gedisa, Barcelona, 1994, traducción J. M. Seña.

—: *Theorie der Grunderrechte*, segunda edición, Shurkamp Verlag, Frankfurt, 1994.

—: *A theory of Constitutional Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2002.

—: “On necessary Relations between Law and Morality”, *Ratio Iuris* 2, 1989.

—: “Zur Kritik des Rechtspositivismus”, *ARSP Beiheft* 37, 1990.

—: “Recht und Richtigkeit”, *Krawietz*, W. Summers, R. S. Weinberger, O. von Wright, G. H. (eds). *The reasonable as rational? On legal argumentation and justification*. Festschrift for Aulis Aarnio, Duncker & Humblot, Berlín, 2000.

—: “My Philosophy of Law: The Institutionalisation of Reason”, *Wintgens*, I. (ed). *The Law in Philosophical Perspectives*, Kluwer Academics Publishers, Dordrecht, Boston, London, 1999.

—: “A Defence of Radbruch’s Formula”, *Dyzenhaus*, D. (ed.) *Recrafting the Rule of Law: The Limits of Legal Order*, Hart Publishing, Oxford, Portland, 1999.

ALFONSÍN Raúl, *Las leyes hoy cuestionadas*, Editorial Nuevo Siglo; y también en www.cronista.digital.com.ar (acceso 15-VI-2005).

ÁLVAREZ CONDE Enrique, *Curso de derecho constitucional*, tercera edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1999, t. 1.

AMAYA Jorge Alejandro, *Control de constitucionalidad*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2012.

ANNAN Kofi, Secretario General de las Naciones Unidas. Discurso pronunciado por el prenombrado, el 10 de diciembre de 1997, en la Universidad de Teherán, con motivo del cincuentenario de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Annuaire Francais de Droit International, 1999.

ANZILOTTI Dionisio, *Tours de Droit International Public*, traducción francesa de la tercera edición italiana, Sirey, París, 1929.

—: *Corso di Diritto internazionale*, CEDAM, Padua, 1964.

ARAGÓN Manuel, *Constitución y Control del Poder*, Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1995.

ARISTÓTELES, *Política*.

—: *Retórica*.

—: *Ética a Nicómaco*.

—: *La Política*, primera edición, Casa Editorial Garnier Hermanos, París, 1932, traducción Nicolás Estévez.

ATIENZA Manuel, *El sentido del Derecho*, segunda edición revisada, Editorial Ariel S.A., Barcelona, 2003.

AURET Jean F., *Traté de droit constitutionnel suisse*, Ides et Calendes, Nueuchatel, 1967.

AUSTIN John, *Langshaw, Philosophical papers*, 1961.

ÁVILA PAZ DE ROBLEDO Rosa Angélica del Valle, *La oralidad en el proceso civil ¿Cuáles son las bases de un Juicio Civil Oral, Humanizado y Moderno?*, Tesis Doctoral (con calificación, diez -10-), 2002, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba.

—: “El Debido Proceso Legal”, *Revista de la Facultad*, vol. 6, N° 1, Ed. Marcos Lerner, Córdoba, 1998.

AYALA CORAO Carlos M., “La ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Estudios Constitucionales*, Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Talca, Santiago de Chile, 2007.

—: “La repercusión de la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos por la jurisprudencia constitucional”, *Foro Constitucional Iberoamericano*, ISSN 1696-2494, número 7, 2004.

B

BADENI Gregorio, *Tratado de Libertad de Prensa*, editorial Lexis Nexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2002.

—: “Conferencia de incorporación a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires”, en la sesión pública celebrada el 22 de septiembre de 2005.

—: “Constitucionalidad de la reforma constitucional”, *La Ley*, t. 1998-D.

—: *Instituciones de Derecho Constitucional*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997.

—: “El caso Simón y la supremacía constitucional”, *Suplemento de jurisprudencia penal y procesal penal de La Ley*, 29 de julio de 2005.

—: *Tratado de Derecho Constitucional*, segunda edición actualizada y ampliada, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2006.

BARBERIS Julio A., “La Relación entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno en la República Argentina”, *Jornadas sobre los Sistemas internacionales de Protección Jurídica de la Persona Humana*, Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales, Buenos Aires, 1991.

—: *Formación del derecho internacional*, Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1994.

—: *La Convención de Viena sobre el derecho de los tratados entre Estados y la Constitución Argentina*, Editorial Prudencia Iuris, 1985-1986.

BARRA Rodolfo Carlos, “Jurisdicción constitucional de los tribunales internacionales”, *El Derecho*, Buenos Aires, 18 de marzo de 1998.

BARBOSA Julio, *Derecho Internacional Público*, segunda edición, Zavallia Editor, Buenos Aires, 2008.

BASCUÑÁN RODRÍGUEZ Antonio, CORREA G. Rodrigo P., “El Estatuto de Roma ante el Tribunal Constitucional chileno”, *Revista de Estudios de la Justicia*, Facultad de Derecho, Universidad de Chile -número 1- Año 2002.

BAUMANN Jürgen y MAIER Julio, en “Sobre puntos de partida dogmáticos diferentes en el derecho procesal penal argentino y alemán”, *Doctrina Penal*, enero-marzo 1982, año 5, número 17, pp. 169 ss. y “Conclusiones Básicas sobre las aclaraciones del Profesor Jürgen BAUMANN”, *Doctrina Penal*, enero-marzo 1982, año 5, número 17.

BAZÁN Víctor, “Notas sobre el diálogo jurisdiccional en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos”, *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 2016, número 1.

—: “Hacia la Pervivencia del MERCOSUR: Nivelación Constitucional, establecimiento de instituciones supranacionales y efectiva protección de los derechos humanos”, *El Derecho Constitucional del Siglo XXI: Diagnóstico y Perspectivas*, Germán J. Bidart Campos y Andrés Gil Domínguez (Coords.), Editorial Ediar, Buenos Aires, 2000.

—: “El derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno en el escenario argentino: convergencias y desencuentros”, *El Derecho*, Buenos Aires, 2007, número 11.885, año XLV.

—: “El Derecho Internacional en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, con particular énfasis en materia de Derechos Humanos”, *La Ley*, Suplemento Constitucional, 2010 (agosto), 05/08/2010.

BENADABA Santiago, *Derecho Internacional Público*, quinta edición, Editorial Jurídica Cono Sur, Santiago de Chile, 1997.

BENAVIDES CASALS María Angélica, “El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos”, *Revista Ius et Praxis*, Universidad de Talca, Chile, volumen 15, número 1, 2009.

BEN-SASSON Hayim, *A History of the Jewish People*, Harvard University Press, Boston, 1985, *passim*.

BERNARDES Marcia Nina, “Sistema Interamericano de Derechos Humanos, como esfera pública transnacional: aspectos jurídicos y políticos de implementación de las decisiones internacionales”, *Revista Internacional de Derechos Humanos*, Sao Paulo, 2011.

BERRIOS J., “Sentencia de la Sala Constitucional sobre la inejecutabilidad de la decisión de 5 de Agosto de de 2008 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *Cuestiones Jurídicas*, volumen III, número 1, Enero- Junio. Universidad Rafael Urdaneta, 2009.

BEUCHOT Mauricio, *Los fundamentos de los derechos humanos en Bartolomé de las Casas*, Editorial Anthropos, Barcelona, 1994.

BIANCHI Alberto B., *Control de constitucionalidad*, segunda edición actualizada, reestructurada y aumentada, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2002, *Control de constitucionalidad*, segunda edición actualizada, reestructurada y aumentada, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2002.

—: “Una reflexión sobre el llamado ‘control de convencionalidad’”, Suplemento Constitucional 2010 (septiembre), 23/09/2010, 15 - *La Ley 2010-E*.

BICUDO H., ‘Cumplimiento de las sentencias de la Corte IDH y de las recomendaciones de la CIDH’, *El sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el umbral del siglo XXI*, Corte IDH, San José de Costa Rica, 2001.

BIDART CAMPOS Germán J., *Derechos Humanos: Corte Interamericana*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2000.

—: *Derecho Político*, Editorial Aguilar, Buenos Aires, 1962.

—: *Manual de historia política*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1970.

—: *Tratado Elemental de Derecho Constitucional argentino*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1995.

—: *La Constitución Argentina*, Ediciones Lerner, Buenos Aires, 1966.

—: *Manual de derecho constitucional argentino*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1985.

—: *Manual de derecho constitucional argentino*, segunda edición actualizada, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1974.

—: *El derecho de la constitución y su fuerza normativa*, Ediar, Buenos Aires, 1995.

—: “Las fuentes del derecho constitucional y el principio ‘Pro homine’”, en *El Derecho Constitucional del Siglo XXI: Diagnóstico y Perspectivas*, Germán J. Bidart Campos y Andrés Gil Domínguez (Coords.), Editorial Ediar, Buenos Aires, 2000.

—: *El artículo 75 inc. 22 de la Constitución y los derechos humanos en La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Editorial del Puerto, Buenos Aires, 1998.

—: *Derecho internacional, derechos humanos y derecho comunitario*, Ediar, Buenos Aires, 1998.

—: *Manual de la Constitución reformada*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1998.

BIDART CAMPOS Germán J., ALBANESE Susana, “El valor de las Recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, publicado en *La Ley*, 199-3-57, <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/11/doctrina42332.pdf> (acceso 21-III-2017); y, en *JA*, 1999-II-.

BIDART CAMPOS Germán J., BIANCHI Alberto B., “¿La jurisdicción internacional prevista en el Pacto de San José de Costa Rica viola la Constitución Argentina?”, *ED*-118.

BLUNTSCHLI Caspar, *Das Moderne Völkerrecht der zivilisierten Staaten als Rechtsbuch dargestellt*, versión francesa *Le Droit International Codifié*, segunda edición, Guillaumin et Cie., París, 1874.

BOBBIO Norberto, *Teoría General del Derecho*, segunda edición, editorial Debate, Madrid, 1990.

BOHOSLAVSKY Juan Pablo, GARGARELLA Roberto, “El rol de la Corte Suprema. Aportes repetidos y novedosos”, http://www.elhistoriador.com.ar/articulos/dictadura/el_rol_de_la_corte_suprema_durante_la_dictadura.php (acceso el 23-X-2015).

BOLLNOW O. F., “Esencia y cambios de las virtudes”, *Revista de Occidente*, Madrid, 1960.

BONILLA Y SAN MARTÍN Adolfo, *El Código Hamurabi*, Biblioteca de Revista Jurídica, Madrid, 1909.

BORREGO Javier, “La subsidiarité et la prise en compte du contexte culturel national au titre de la marge d’apreciation”, cit. en nota 19.

BOUDIN L. B., *Government by Judiciary*, N.Y., 1932.

BREWER CARIAS Allan R., “La Justicia Constitucional”, http://derechogeneral.blogspot.com/2008/01/la-justicia-constitucional_05.html (acceso el 15-III-2009).

BUERGENTHAL Thomas, GROSSMAN Claudio y NIKKEN Pedro, *Manual internacional de derechos humanos*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos - Editorial Jurídica Venezolana, Caracas-San José, 1990.

BUJOSA VADELL Lorenzo M., *Las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el ordenamiento español*, Editorial Tecnos, Madrid, 1997.

BULYGIN Eugenio, “Incompletezza, contraddittorietà, e indeterminatezza degli ordinamenti normativi”, en G. DI BERNARDO, editorial *Lógica deóntica e semántica*, Bologna, Il Mulino, 1977.

BUNGE Mario, *Diccionario de Filosofía*, Siglo XXI Editores, México, 2007.

C

CABANELLAS Guillermo, *Diccionario de derecho usual*, Editorial Arayú, Buenos Aires, 1953.

CAMARGO Pedro A., *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, año 3, número 7.

CANÇADO TRINDADE Antonio A., *Tratado de derecho internacional de los derechos humanos*, Fabris, Porto Alegre, 1999.

—: “Co-existence and Coordination of Mechanisms of International Protection of Human Right”, *Recueil des Cours de la Académie de Droit International*, La Haya, 1987.

CANO MONEJANO José Carlos, “La integración europea desde el Tribunal Constitucional Alemán”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001.

CAPPELLETTI Mauro, “Acceso a la Justicia. Conclusiones de un proyecto de investigación jurídico-sociológica”, *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 1981, traducido por Juan Carlos Hitters.

—: *Judicial Review in the Contemporary World*, Indianápolis, 1971.

CAPPELLOTTI Francisco, LÖFFLER Ernesto, *Guía práctica para hacer una tesis*, Ediciones de la Lengua, Ushuaia, 2017.

CARBONELL Miguel, *Una historia de los derechos fundamentales*, UNAM, México, 2005.

CÁRCOVA Carlos María, “Notas acerca de la Teoría Crítica del Derecho”, Buenos Aires, 2000
www.scba.gov.ar/.../descarga.asp?...Notas%20acerca%20de%20la%20Teoría%20Crítica (acceso el 7-I-2017).

CARDONA LLORENS Jorge, “Deberes Jurídicos y Responsabilidad Internacional”, *Hacia un Nuevo Orden Internacional y Europeo. Homenaje al Profesor M. Díez de Velasco*, Editorial Tecnos, Madrid, 1993.

CARPIO Marcos E., “El significado de la cláusula de los derechos no enumerados”, *Cuadernos Constitucionales*, número 3, México, 2000.

CARPISO Jorge, “La interpretación del artículo 133 constitucional”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año II, número 4, enero-abril de 1969.

CARRILLO SALCEDO J. A., *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en el Derecho Internacional Contemporáneo*, segunda edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2001.

—: *El derecho internacional en un mundo de cambio*, Editorial Tecnos, Madrid 1984.

—: *Curso de Derecho Internacional Público. Introducción a su estructura, dinámica y funciones*, primera edición, segunda reimpresión, Editorial Tecnos, Madrid, 1994.

CASAUBÓN Juan Alfredo, “Algo más sobre Ross, Kelsen y el Derecho Natural”, *Aequitas*, número 6.

CASTORINA DE TARQUINI Celia, “Supremacía de la Constitución”, en *Derecho constitucional de la reforma de 1994*, Depalma, Buenos Aires, 1995, Dardo Pérez Guilhou (Dir.).

CATALANO Mariana, CARNOTA Wálter F., “La Corte Suprema reafirma su rol de tribunal final de las causas”, *La Ley*, Buenos Aires, 2017.

CAYUSO Susana, GELLI María Angélica, “Ruptura de la legitimidad constitucional. La Acordada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de 1930”, *Cuadernos de investigación Número 1*, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio L. Gioja, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, U.B.A., Buenos Aires, 1988.

CEA EAGAÑA José Luis, “Los tratados de derechos humanos y la Constitución Política de la República”, en *Ius et Praxis*, Universidad de Talca - Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Año 2, número 2. Fuente: http://derecho.utalca.cl/pgs/investigación/iusetpraxis/2-2-97/081_092_cea.pdf (acceso el 24-III-2015).

CELIBERTI Lilian, *Estudios básicos de derechos humanos IX*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 1999.

CHEMERINSKY Erwin, *Constitutional Law. Principles and Policies*, segunda edición, Aspen Publishers, Nueva York, 2002.

CHUN-SHU-LO, “Los derechos del hombre en la tradición china”, AA.VV. *Los derechos del hombre*, LAIA, Barcelona, 1973.

CIANCIARDO Juan, “Máxima de razonabilidad y respeto de los derechos fundamentales”, en *Persona y Derecho* —Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos—, Servicios de Publicaciones de la Universidad de Navarra, Navarra, 1999.

CICERÓN Marco Tulio, *De la Re Publica*, Alianza editorial, Madrid, 2014, traducción, introducción y notas de F. Miguel del Rincón Sánchez.

CLÉRICO L., *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, Nomos, Baden-Baden, 2001.

COLAUTI Carlos, “Los tratados internacionales y la Constitución Nacional”, *La Ley*, t. 1990.

COLOMBO MURÚA Ignacio, *Límites a las reformas constitucionales*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2011.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 9, “La aplicación interna del Pacto” (1988), adoptada en el 19° Período de Sesiones, párrafos 14-15.

CUETO RÚA Julio, “¿Es posible declarar la inconstitucionalidad de una reforma constitucional?”, *La Ley*, Buenos Aires, 1944.

D

D'ALESSIO Andrés, *Los delitos de lesa humanidad*, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008.

DALLA VIA Alberto Ricardo, “El Derecho Constitucional: entre la doctrina y el discurso”, *La Ley*, Buenos Aires, 3 de agosto de 2007, año LXXI, número 148.

DAVIS Howard, “La ley de derechos humanos bajo amenazas. El desafío a la ley de derechos humanos en el Reino Unido”, disponible http://www.ugr.es/-redce/REDCE23/articulos/05_DAVIS.HTM (acceso el 4-III-2017).

DE AQUINO Santo Tomás, *In V Ethic*.

—: *Summa Theologica*, B.A.C., Madrid I-II.

DE LA GUARDIA Ernesto, *Derecho de los tratados internacionales*, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1997.

DE LA GUARDIA Ernesto y DELPECH Marcelo, *El Derecho de los Tratados y la Convención de Viena de 1969*, La Ley, Buenos Aires, 1970.

DE LA MUELA V. Miaja, *Introducción al derecho internacional publico*, séptima edición, Editorial Atlas, Madrid, 1979.

DE LA OLIVA SANTOS Andrés y FERNÁNDEZ LÓPEZ M. A., *Lecciones de Derecho Procesal*, tercera edición, PPU, Barcelona, 1986.

DE SEVILLA Isidoro, *Etimologías*.

DE VATTEL Emer, *Les droit dres gens ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduit et aux affaires des Nations et des Souveranains*, Londres, 1758.

DE VISSCHER Charles, “Positivismo et Jus Cogens”, *RGDIP*, número 75, 1971.

DÍEZ AUSÍN Francisco José, “Conflictos normativos y análisis lógico del derecho”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, San Sebastián, 1994, número XI.

DRNAS DE CLÉMENT Zlata, “Las normas imperativas de derecho internacional general (*ius cogens*). Dimensión sustancial”, en Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, <http://www.acader.unc.edu.ar> (acceso 21-VIII-2015).

—: “Principio de Complementariedad en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. Incoherencias Sistemáticas”, *Anuario de la Asociación Argentina de Derecho Internacional*, v. XI, año 2001-2002.

—: “Jurisdicción Internacional Penal”, en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba*, Nueva Serie, v. II, número 4, 1997.

DUFAU Pierre Armand, DUVERGIER Jean Baptiste, GUADET J., *Collection des constitutions, chartes et lois fondamentales des peuples de L'Europe et des deux Amériques: avec des précis offrant l'histoire des libertés et des institutions politiques chez les nations modernes; et une table alphabétique raisonnée des matières*, París, 1832.

DULITZY Ariel, “La jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos en la nueva constitución argentina”, *El Derecho*, t. 163.

DUNSHEE DE ABRANCHES Carlos, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *La Convención Americana sobre Derechos Humanos*, OEA, Washington, 1980.

E

EISSEN Marc Andre, *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Editorial Civitas, Madrid, 1985.

EKMEKDJIAN Miguel Ángel, *Tratado de Derecho Constitucional*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 2004.

—: *Análisis pedagógico de la Constitución Nacional*, segunda edición, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1988.

ENRÍQUEZ M., “Jerarquía de los tratados de derechos humanos: análisis jurisprudencial desde el método de casos”, *Revista de Estudios Constitucionales*, Santiago de Chile, 2008, 6 (2):73-119.

EPSTEIN David, *The Political Theory of The Federalist*, University of Chicago Press, Chicago, 1984.

El País, http://elpais.com/diario/1983/07/16/sociedad/427154405_850215.html (acceso el 18-VIII-2015).

EZQUIAGA GANUZAS Francisco Javier, “Conflictos Normativos e interpretación jurídica”, *Colección Cuadernos de Divulgación sobre Cultura de la Legalidad*, edita Tribunal electoral del Estado de Michocán, México D.F., 2010.

F

FAYT Carlos, *Historia del pensamiento político*, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1980.

FAZIO FERNÁNDEZ Mariano, *Francisco de Vitoria, Cristianismo y modernidad*, Ediciones Ciudad Argentina, Bs. As. 1998.

FERNÁNDEZ GALIANO Antonio, citado por Edgardo Ignacio SAUX en “Conflictos de derechos fundamentales”, publicado http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:hBnkompLQIwJ:www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/conflicto-entre-derechos-fundamentales/at_download/file+&cd=2&hl=es&ct=clnk&gl=ar (acceso 21-III-2015).

FERNÁNDEZ SÁNCHEZ Pablo Antonio, *Las obligaciones de los Estados en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1987.

FERNÁNDEZ SEGADO Francisco, *El sistema constitucional español*, Editorial Dykinson, Madrid, 1992.

FERRAJOLI Luigi, “El principio de igualdad y la diferencia de género”, en *Debates constitucionales sobre derechos humanos de las mujeres*, Juan Cruz Parcero y Rodolfo Vázquez, (Coords.), Fontamara-SCJN, México, 2010.

—: *Derechos y Garantías. La ley más débil*, tercera edición, Editorial Trotta, Madrid, 2002.

—: *Derecho y Razón*, Editorial Trotta, Madrid, 1989.

FERREYRA Gustavo Raúl, *Notas sobre Derecho Constitucional y Garantías*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2001.

—: *Reforma constitucional y control de constitucionalidad*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2007.

FERRER SANCHÍS Pedro Antonio, “Los Conceptos *Jus Cogens* y *Jus Dispositivum* y la Labor de la Comisión de Derecho Internacional”, REDI, número 21, 1968.

FIX-ZAMUDIO Héctor, “La Constitución y su defensa (Ponencia General)” en la obra colectiva *La Constitución y su defensa*, UNAM, México, 1984.

FITZMAURICE Gerald, “The General Principles of International Law Considered from Stanpoin of the Rule of Law”, *Academie de Droit International. Recueil des Cours*, París, 1957.

FRÍAS Pedro J., “Los derechos humanos en el contexto cultural de Latinoamérica”, *Derechos humanos y Constitución de Iberoamérica* (Libro Homenaje a Germán J. Bidart Campos), publicado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Editorial Grijley, Perú, 2001.

G

GAIUS, Institutas.

GAMBINO Alberto, “1. Il giurista: e ora le Fede non deve più nascondersi”, 19 de Marzo de 2011; SPINELLI Stefano, “2. L’avvocato: sventato il rischio di uno Stato a ‘confessione laicista’”, 20 de marzo de 2011 y CARTABIA Marta, “La Corte del buon senso”, 21 de Marzo de 2011, www.ilussidiario.net (acceso el 25-II-2017).

GAMERO URMENETA Luis Enrique, “Fuerza vinculante de las recomendaciones de la Comión Interamericana de Derechos Humanos”, <http://www.derechocambiosocial.com/revista009/fuerza%20vinculante.htm> (acceso 21-V-2014).

GAMIO José María, “Costumbre Universal y Particular”, *Un Derecho Internacional en Transformación. Liber Amicorum en Homenaje al Profesor Eduardo Jiménez de Aréchaga*, Manuel Rama Montaldo (Dir.), Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1994.

GANSHOF VAN DER MEERSCH W. J., *Organisation Européenes*, Bruylant, Bruselas, 1966.

GANTIER PÉREZ Ronald Joaquín, “La Efectiva Aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos”, https://uvadoc.uva.es/bitstream/10324/16851/1/TFM-D_0056.pdf (acceso, 21-IV-2017).

GARCÍA José Francisco, “Reseña de los `orígenes del control jurisdiccional` de Manuel González Oropeza”, Cuestiones Constitucionales, julio-diciembre número 011, Universidad Autónoma de México, México, p.p. 505-506, <http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/885/88501113.pdf> (acceso el 22-X-2008).

—: “El control de constitucionalidad en el *Federalista* y los fundamentos de una sociedad libre”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 30 número 3, pp. 491-514, Santiago, 2003.

GARCÍA AMADOR F. V., “State Responsability. Some New Problems”, RCADIH, 94, 1958-II.

GARCÍA BAUER Carlos, *Los Derechos Humanos preocupación universal*, Editorial Universitaria, Nueva Guatemala de la Asunción, 1960.

GARCÍA BELAUNDE Domingo y PALOMINO MANCHEGO José, en AA.VV. *Controle de Convencionalidad de Um panorama latino-americano*, Gazeta Jurídica Editora, Brasilia, 2013, Luiz Guilherme Marinoni y Valerio de Olivera Mazzuoli (Coords.) y en el *Libro de Ponencias del IV Congreso Nacional de Derecho Procesal Constitucional* (Arequipa, 18-20 de abril de 2013). La presente versión ha sido revisada y corregida para su nueva publicación, respetando la fecha en que fue terminada (nota de diciembre de 2012).

GARCÍA ELORRIO Aurelio, *Agotamiento de los Recursos Internos en los Crímenes contra la Infancia*, Editorial Advocatus, Córdoba, 2004.

GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1985.

GARCÍA HIGUERA Rubén, “Regla de reconocimiento de H. L. A. Hart”, *Papeles de Teoría y Filosofía del Derecho*, Instituto de Derecho Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, Madrid, 2010.

GARCÍA MANSILLA Manuel José, PÉREZ CALVO Ricardo, *Las Fuentes de la Constitución Nacional*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006.

GARCÍA PELAYO Manuel, *Derecho constitucional comparado*, reimpresión de la séptima edición de 1961, Alianza Editorial, Madrid, 1984.

GARCÍA RAMÍREZ Sergio, “El control judicial interno de constitucionalidad”, *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, año 5, número 28, 2011.

—: “Relación entre la jurisdicción interamericana y los Estados (sistemas nacionales). Algunas cuestiones relevantes”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, número 18, 2014.

—: citado por Federico ADLER, “El deber jurídico internacional del Estado Argentino de seguir los criterios interpretativos de la Corte ID”, www.infojus.gov.ar Id SAIJ: DACF130334, Buenos Aires, 2013.

GARCÍA ROCA Javier, “El diálogo entre el Tribunal de Derechos Humanos, los Tribunales Constitucionales y órganos jurisdiccionales en el espacio convencional europeo”, *Diálogo jurisprudencial en Derechos humanos entre los Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, Tirant lo Branch, México D.F., 2013.

GARCÍA SAYÁN Diego, “Una viva interacción: Corte Interamericana y Tribunales Internos”, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un cuarto de siglo: 1979-2004*, San José, Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005.

GARGARELLA, Roberto, “La autoridad democrática frente a las decisiones de la Corte Interamericana”, *La Ley*, 23/2/2017, 3 cita online: AR/DOC/497/2017.

GARRIGA DOMÍNGUEZ Ana, “La controvertida eficacia directa de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: apuntes sobre el alcance de la violación del derecho a un proceso equitativo contemplado en el artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y las limitadas posibilidades de su restitución plena en el proceso español en relación con los recientes pronunciamientos del Tribunal Constitucional”, <http://www.tiempodelosderechos.es/docs/dic10/06.pdf> (acceso 18-VI-2014), (Dir.) Susana Álvarez González.

GASCÓN ABELLÁN M., *Obediencia al Derecho y Objeción de Conciencia*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990.

GEARTY C. A., “Can Human Rights Survive?”, *The Hamlyn Lectures 2005*, Cambridge University Press, London, 2006.

GELLI María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina*, comentada y concordada, tercera edición ampliada y actualizada, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2007.

—: “Aclaración preliminar acerca de los dictámenes de la Procuración”, *La Ley*, 2010-C.

—: “El valor de la jurisprudencia internacional a propósito del caso `Bayarri` en un dictamen de la Procuración General de la Nación”, *Revista Jurídica La Ley*, Bs. As., 1 de junio de 2010. Publicado también en Europeanrights.eu. *Osservatorio sui rispetto dei diritti fondamentali in Europa*. 01-06-2010.

GIALDINO Rolando E., “Control de constitucionalidad y de convencionalidad de oficio”, *La Ley*, 10 de junio de 2008, año LXXII, número 111.

—: “Control de constitucionalidad y de convencionalidad de oficio. Aportes del Derecho Internacional de los derechos humanos”, *La Ley*, 2008-C.

GIEGERICH T., “ECHR range and effects in the legal systems of the Member States”, en: R. Grote, T. Marauhn, *EMRK/GG Comentarios, European and German protection of fundamental rights*, Mohr Siebeck, 2006.

GIMENO SENDRA Vicente, *Derecho Procesal Civil*, Editorial Constitución y Leyes S.A., Madrid, 1996.

—: “Los derechos a la publicidad del juicio, a los recursos y a un proceso penal sin dilaciones indebidas”, en *Los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional*, editorial Colex, Madrid, 2007.

GLENDON Mary Ann, “La aportación de los países de América Latina a la Declaración universal de derechos humanos”, publicado en *L'Osservatore Romano*, 23-V-08.

GÓMEZ-ROBLEDO Antonio, “*Ius Cogens y Ius Naturale*”, *Memoria del X Congreso Mundial Ordinario de Filosofía del Derecho y Filosofía Social*, v. X, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie G, Estudios Doctrinales, número 81, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1984.

—: *El ius cogens internacional, Estudio histórico-crítico*, Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2003.

GONZÁLEZ Ana Marta, “Derecho natural y derechos humanos: síntesis práctica y complementariedad teórica”, <http://biblio.upmx.mx/textos/R0010119.pdf>, (acceso 31-III-2015).

—: *Moral, razón y Naturaleza*, Editorial EUNSA, Pamplona, 1998.

GONZÁLEZ CALDERÓN Juan A., *Curso de derecho constitucional*, cuarta edición, Editorial Guillermo Kraft Limitada, Buenos Aires, 1963.

GONZÁLEZ CAMPAÑA Germán, “La Corte reconoce la obligatoriedad de la jurisprudencia internacional (¿Sigue siendo suprema?)”, *La Ley, Suplemento de Jurisprudencia de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 19 de abril de 2005.

GONZÁLEZ NAPOLITANO Silvia S., “Las relaciones entre el derecho internacional y el derecho argentino”, Este artículo constituye una versión actualizada y adaptada del publicado en en *Revista Prudentia Iuris*, número 37 (edición de abril, <http://portalacademico.derecho.uba.ar/catedras/archivos/catedras/75/relac%20di%20y%20d%20interno.pdf>) (acceso el 23-VII-2016).

GONZÁLEZ RIVAS Juan José, “La justicia constitucional: derecho comparado y español”, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1985.

GONZÁLEZ VEGA Javier A., “Interpretación, Derecho Internacional y Convenio Europeo de Derechos Humanos: a propósito de la interpretación evolutiva en materia de autodeterminación sexual”, *Revista Española de Derecho*, número LVI -1, enero 2004.

GORDILLO Agustín, “Hacia la unidad del orden jurídico mundial”, *RAP*, Buenos Aires, 2009.

GORDON CATLIN George, *Historia de los filósofos políticos*, segunda edición, Editorial Peuser, Buenos Aires, 1956, traducido por L. Fabricant.

GOROSTIAGA Norberto, *Recurso extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, orígenes históricos*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1944.

GRABENWARTER Christoph, *European Convention on Human Rights*, cuarta edición, CH. Beck, Manz, 2009.

GRANEROS Fernando Efraín, “Responsabilidad judicial en el marco supranacional”, *La Ley*, 2009-F.

—: “Derechos Humanos, Derecho Internacional y Política Internacional”, en *Estudio sobre Derechos Humanos*, Editorial Jurídica de Venezuela, Caracas, 1985.

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 Barea*, R. Vinuesa editor, Fundación del Centro de Estudios internacionales de Buenos Aires, Buenos Aires, 1989.

—: *Derechos Humanos*, Instituto Peruano de Derechos Humanos, Editorial Cultural Cuzco, Lima, 1991.

GROSSI Paolo, *El Orden Jurídico Medieval*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1996, traducción de Francisco Tomás y Valiente y Clara Álvarez.

GROISMAN Enrique, *Poder y derecho en el “Proceso de Reorganización Nacional”*, Centro de Investigaciones sobre el Estado y la Administración, Buenos Aires, 1983.

GROSSMAN Claudio, “El fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Debate Actual en Libro de Ponencias de los Expositores Invitados”, *Congreso Internacional de Derechos Humanos frente al año 2000*, Homenaje al Cincuentenario de las Declaraciones de Derechos Humanos, Instituto de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Lomas de Zamora, Buenos Aires, 1998.

GUASP DELGADO Jaime, *Derecho procesal civil*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1961.

GUIBOURG Ricardo A., *Fuentes del Derecho, El derecho y la Justicia*, Edición de Ernesto Garzón Valdés y Francisco J. Laporta, editorial Trotta Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2000.

GUTIÉRREZ COLANTUONO Pablo, “El valor de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su aplicación en los ámbitos nacional y local” Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo. El Derecho Administrativo, hoy, casi veinte años después. Facultad de Derecho. Universidad Austral. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 16 y 18 de mayo de 2012.

GUTIÉRREZ POSSE Hortensia, “La influencia de la actividad de la Comisión Interamericana y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la evolución de la jurisprudencia y del derecho positivo argentino”. Disponible http://www.corteidh.or.cr/tablas/a_12174.pdf (acceso el 25-II-2014).

H

HAMILTON Alexander, MADISON Santiago y JAY John, *EL Federalista*, Fondo de Cultura Económica, México, 1974.

HARO Ricardo, *Los Tratados Internacionales en la Constitución de 1853 en Homenaje al Sesquicentenario de la Constitución Nacional (1853-2003)*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Editorial Advocatus, Córdoba, 2003.

—: *Control de Constitucionalidad*, Editorial Zavalía S.A., Buenos Aires, 2003.

HARE R.M., “Wissenschaft und praktische Philosophie en Philosophie und Wissenschaft”, *9. Deutsche Kongress fur Philosophie*, 1969, De Ludwig Landgrebe, Meisenheim am Glam, 1972.

HART H.L.A., “Analytical Jurisprudence in Mid-Twentieth Century: A reply to professor Bodenheimer”, *L. Revista*, número 105, U.P.A., 1937.

—: “Positivism and the separations of law and morals”, *Harv. L. Revista*, número 71, 1958.

—: “The Adscription of Responsibility an Rights”, en *Proceedings of Aristotelian Society* número 171, pp. 1948-1951, reimpresso en *Essays in Loggic and Lenguage*, editorial Flew, 1952.

HARTWIG Matthias, “Much do about Human Rigths: The Federal Constitutional Court Confronts the European Court of Human Rigths”, *German Low Journal*, volumen 06, número 05.

HASSEMER Winfried, *Fundamentos del derecho penal*, Editorial Bosch, Barcelona, 1984.

HAURIUO André, *Derecho Constitucional e Instituciones políticas*, segunda edición, Editorial Ariel, Barcelona, 1980, traducción de José Antonio González Casanovas.

HENDERSON Humberto, “Los Tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio *pro homine*”, *Revista II DH*, p. 73, www.corteidh.or.cr/tablas/R06729-3.pdf (aceso el 22-XI-16).

HELLER Hermann, *Teoría del Estado*, Ediciones Fondo de Cultura Económica, México, 1983.

HERNÁNDEZ Antonio María (h.), *El caso “Fayt” y sus implicancias constitucionales*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 2001.

—: Discurso pronunciado por en el “IV Encuentro Nacional de Jóvenes Docentes de Derecho Constitucional: A 10 años de la Reforma Constitucional de 1994 - Balances y Perspectivas”, el día 23 de septiembre del año 2004.

HERVADA Javier, *Lecciones de Filosofía del Derecho I -Teoría de la justicia y el derecho-*, segunda edición, Universidad de Navarra, Navarra, 1989.

—: *Introducción crítica al derecho natural*, editorial EUNSA, Pamplona, 1986.

—: “Apuntes para una exposición del realismo jurídico clásico”, *Dikaion: revista de actualidad jurídica*, ISSN-e 0120-8942, número 2, 1988.

HERVADA Javier - MUÑOZ J.A., *Derecho. Guía de los estudios universitarios*, EUNSA, Pamplona, 1984.

HIERRO Liborio L., *El realismo Jurídico escandinavo una teoría empirista del derecho*, segunda edición revisada y abreviada, Editorial Iusten, Madrid, 2008.

HITTERS Juan Carlos, “¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos?”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, número 10, julio-diciembre 2008.

—: “¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos?”, *La Ley*, año LXXII, número 179.

—: *El Derecho Procesal Transnacional en Homenaje Escuela Procesal de Córdoba. Dedicado a la memoria de Jorge A. Clariá Olmedo y Alfredo Vélez Mariconde*, Institutos de Derecho Procesal y Centros de Estudios de Derecho procesal Provinciales y Extranjeros, Editorial Marcos Lerner, Córdoba, 1995.

—: “La Corte Interamericana y la Condena al Gobierno de honduras (aspectos procesales)”, *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, Fundación Cultura Universitaria, patrocinado por el Instituto Iberoamericano de Derecho procesal, Imprenta Vinaak, Montevideo, 1988.

—: “¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? Control de Constitucionalidad y Convencionalidad”, *La Ley*, 2008-E.

—: *Criterios establecidos por órganos jurisdiccionales transnacionales en XXII Congreso Nacional de Derecho Procesal*, impreso en los Talleres Gráficos de Imprenta LUX S.A., Entre Ríos, 2003.

—: “Control de Constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación”, *La Ley* 2009-D.

—: “Responsabilidad del Estado por violación de los Tratados Internacionales”, *La Ley*, Buenos Aires, 7 de mayo de 2007.

—: *Técnica de los Recursos Extraordinarios*, segunda edición, Librería Editora Platense, Buenos Aires, 2002.

—: “Los Tribunales Supranacionales”, *La Ley*, Buenos Aires, 2006-E.

HITTERS JUAN CARLOS, FAPPIANO OSCAR LUJÁN, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2007.

HOBBS Thomas, *Leviatan*, Alianza Universitaria, Madrid, 1996.

HÜBNER GALLO Jorge Iván, *Panorama de los derechos humanos*, Editorial Eudeba, Buenos Aires, 1977.

I

IREDELL J., “Un elector: al público” -1787- en *The Founders Constitution*, University of Chicago Press, <http://www.press-pubs.uchicago.edu/founders> (acceso el 15-III-2009).

ISSAEVA María, SERGEEVA Irina, SUCHKOVA María, “Ejecución de las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en Rusia: Desarrollos Recientes y Desafíos Actuales”, <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r29253.pdf> (acceso 15-VIII-2015).

J

JEANENERET-GRIS Charles Édouard -LE COURBUSIER-, *Le Courbusier mi obra*, Ediciones Nueva Visión, Buenos Aires, impreso en Alemania 1960.

JELLINEK George, “La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano”, en Jesús GONZÁLEZ AMUCHÁSTEGUI, *Orígenes de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano*, Editora Nacional, Madrid, 1984.

JIMÉNEZ DE ARECHAGA Eduardo, “La Convención Interamericana de Derechos Humanos como Derecho Interno”, *Revista IIDH*, San José, 1988.

—: *Derecho Internacional y Contemporáneo*, Editorial Tecnos, Madrid, 1980.

JIMÉNEZ SÁNCHEZ Joel J., “La fundamentación de los derechos humanos. Los derechos humanos como derechos morales”, en *Cuadernos Electrónicos de filosofía del Derecho*, número 1, <http://www.uv.es/cefd/1/Jimenez.html> (acceso el 9-VIII-2015).

JUAN PABLO II, Encíclica *Laborem Excercens*, promulgada por el Papa el 14 de septiembre de 1981.

K

KELSEN Hans, *Das Problem der Souveranität und die Theorie des Volkerrechts*, Tübingen, 1920, p. 204; *Recueil des Cours (RdC)*, 1926-IV, <http://www.iusfull.ch/letztehefte/documents> (acceso 21-V-2014).

—: *Introducción a la Teoría Pura del Derecho*, tercera edición, Asociación Peruana de Derecho Constitucional, Lima 2001.

—: *Teoría Pura del Derecho*, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1969.

—: *Teoría Pura del Derecho*, segunda reimpresión, Universidad Nacional autónoma de México, México D.F., 1982, traducido de la segunda edición alemán, por Roberto J. Vernengo,

—: *Les rapports de système entre droit e le droit international public*, *Recueil IV*, París, 1925.

—: *Teoría general del derecho y del Estado*, Imprenta de la Universidad Autónoma de México, México D.F., 1958.

—: *Allgemeine Theorie The Normen*, Manz Verlag, Viena, 1979.

—: *There is no doubt that such conflicts between normas exist*, “*Derogation*”, 1978.

—: *Principles of International Law*, Rinehart & Co. Inc., New Cork, 1952/1956.

L

La Biblia, XXXIII edición, Ediciones Paulinas, Madrid, 1981.

LALANNE Julio E., “La Corte reafirma la teoría monista: los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo prevalecen sobre las leyes internas”, http://www.academia.edu/4988635/La_Corte_reafirma_la_teor%C3%ADa_monista_los_Convenios_de_la_Organizaci%C3%B3n_Internacional_del_Trabajo_prevalecen_sobre_las_leyes_internas (acceso el 23-VI-2015).

LANDONI SOSA Ángel, *El Proceso Trasnacional en XIV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, Impresiones Avellaneda S.A., La Plata, 2004.

—: *El Proceso Trasnacional en XIV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, Impresiones Avellaneda S.A., La Plata, 2004.

LASSALLE Fernando, *¿Qué es una constitución?* Editorial Siglo XX, Buenos Aires, 1984.

LEVIN Leah, *Derechos humanos: preguntas y respuestas*, UNESCO, París, 1998.

LINARES QUINTANA Segundo V., *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, Editorial Alfa, Buenos Aires, 1953.

—: “Puede una reforma de la constitución ser inconstitucional”, *La ley*, Buenos Aires, 1944.

LOEWENSTEIN Karl, *Teoría de la Constitución*, segunda edición, primera reimpresión, Editorial Ariel, Barcelona 1979, traducida por Eduardo Espín.

LÖFFLER Ernesto, “John Marshall ¿Padre del control de constitucionalidad? Acerca de algunos precedentes que habrían inspirado su decisión en el caso “William Marbury versus James Madison”, en revista digital Poder Judicial de Tierra del Fuego, número 1.

—: “Aspectos esenciales del Preámbulo de la Constitución de Tierra del Fuego”, en *Revista Digital Obiter dictum Poder Judicial de Tierra del Fuego*, número 3.

—: *Guía práctica para hacer una tesis*, Ediciones de la Lengua, Ushuaia, 2017.

LOIANNI Adelina, “El marco conceptual del control de convencionalidad”, *El control de convencionalidad*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 2008, Susana Albanese (Coord.).

LONGHI Luis R., *Derecho constitucional argentino y comparado*, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945.

LONATI Simone, “Il ‘caso Dorigo’: un altro tentativo della giurisprudenza di dare esecuzione alle sentenze della Corte Europea dei diritti dell’uomo in attesa di un (auspicato) intervento legislativo”, *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, Milán, 2007, número 4.

LOZADA Salvador María, *La Constitución Nacional Anotada*, APL Editor, Buenos Aires, 1961.

LUCCHETTI Alberto J., “Los jueces y algunos caminos del control de convencionalidad”, *El Control de Convencionalidad*, Ediciones Ediar; Buenos Aires, 2008.

M

MACILWAIN Charles Howard, *The High Court of Parliament and its Supremacy*, Yale 1919.

—: *Constitucionalismo Antiguo y Moderno*, Editorial Nova, Buenos Aires, 1958, traducción José Rovira Armengol.

MALARINO Ezequiel, *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2003.

MANILI Pablo Luis, *El bloque de constitucionalidad. La recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho constitucional argentino*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2003.

—: “A Sesenta años de la Declaración Universal de Derechos Humanos”, *La Ley*, Buenos Aires, 10 de diciembre de 2008, año LXXII, número 237.

—: “Primeras reflexiones sobre el fallo ‘Simón’: una disidencia ajustada a derecho”, *Suplemento Constitucional de La Ley*, 25 de octubre de 2005.

—: *Evolución de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación 1863-2007*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2007.

—: “El perfil de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina”, en obra colectiva *Derecho Constitucional*, Errepar, Buenos Aires, 2014.

MARI Enrique E., “El mito de la uniformidad semántica”, *El discurso jurídico*, AA.VV., Hachette, Buenos Aires, 1982.

MARIÑO MENÉNDEZ F., *Derecho Internacional Público*, Editorial Trota, Madrid, 1999.

MARTÍNEZ BULLÉ GOYRI Víctor M., “Los Derechos Humanos como *Ius Commune* en la interpretación constitucional”, *Revista Urbe et Ius*, Buenos Aires, 2015.

—: “Reforma constitucional en materia de derechos humanos”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLIV, número 130, enero-abril de 2011.

—: “La construcción jurídica de los derechos económicos, sociales y culturales en México”, en *Los derechos económicos, sociales y culturales: Hacia una cultura de bienestar*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 2007.

MATHIEU Vittorio, “Prolegómenos a un estudio de los derechos humanos desde el punto de vista de la comunidad internacional”, *Los fundamentos filosóficos de los derechos humanos*, Serbal/UNESCO, 1985.

MÉNDEZ Julio E., “Avances del Sistema Interamericano sobre las obligaciones de los Estados”, www.dplf.org/ITJ/span/sv_justicia02/sv_justicia.html (acceso, 12-VI-2014).

MONCAYO Guillermo R., *Reforma constitucional, Derechos Humanos y Jurisprudencia de la Corte Suprema en La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1998.

MONCAYO Guillermo R., VINUESA Raúl y GUTIÉRREZ POSSE Hortensia, *Derecho Internacional Público*, segunda reimpresión, Editorial Zavalía, Buenos Aires, 1987.

MONTERO AROCA Juan, *Derecho jurisdiccional I*, cuarta edición, José M. Bosch Editor, Barcelona, 1993.

MONTERISI Ricardo, “La Corte Interamericana de derechos humanos y el Impacto de sus sentencias”, *La Ley*, Buenos Aires, 8/3/2012, año LXXVI número 46.

MORELLO Augusto M., *La Corte Suprema en acción -La Corte Suprema, piloto de tormentas-*, segunda edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2007.

—: *La Corte Suprema en acción*, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1989.

MORENILLA J.M., *El Convenio Europeo de Derechos Humanos: Ámbito, Órganos y Procedimientos*, Ministerio de Justicia - Secretaría General Técnica - Centro de Publicaciones, Madrid, 1985.

MORGENTHAU Léopold, “Les antinomies en droit social”, *Les Antinomies en Droit*, Bruxelles, Chaïm PERELMAN, ediciones, París, 1965, traducción E. Bruylant.

MUÑOZ Ricardo Alberto, “Jerarquía Normativa de los tratados internacionales sobre derechos humanos”, Conferencia pronunciada en el Acto de Recepción como académico correspondiente en Río Cuarto, el 11 de agosto de 2004, Fuente: <http://www.acader.unc.edu.ar> (acceso el 24-III-2015).

MUÑOZ CONDE Francisco, *Búsqueda de la Verdad en el Proceso Penal*, tercera edición, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2007.

N

NIETO Alejandro, “Peculiaridades de la norma constitucional”, *Revista de Administración Pública*, número 100-102, vol. I, enero-diciembre 1983.

NIKKEN Pedro, “La protección de los derechos humanos: haciendo efectiva la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales”, *Revista IIDH*, San José, 2010, vol. 52.

—: “El Derecho internacional de los derechos humanos”, en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela*, Caracas, 1989, número 72.

—: “Estudio Preliminar”, en *Código de Derechos Humanos*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1991.

NINO Carlos Santiago, *Fundamentos de Derecho Constitucional*, tercera reimpresión, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2005.

—: *Algunos modelos metodológicos de ciencia jurídica*, Editorial Valencia, Caracas, 1979.

—: *The duty to punish past abuses of human rights put into context: the case of Argentina*, 100 Yale, L.J. 2619 (1991).

—: *Introducción al análisis del derecho*, segunda edición ampliada y revisada, de Notas de introducción al derecho, Colección Mayor, Filosofía y Derecho, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1993.

NOGEIRA H., “La Reforma Constitucional de 2005 a los artículos 50 número 1 y 82 de la Constitución en materia de Tratados Internacionales”, *La Constitución reformada de 2005*, Editorial Librotecnia, Santiago de Chile, 2005.

NOVAK Fabián y SALMÓN Elizabeth, *Las obligaciones internacionales del Perú en materia de Derechos Humanos*, primera edición, Instituto de Estudios Internacionales, Fondo Editorial PUCP, Lima, 2000.

O

O'DONNELL Daniel, *Protección internacional de los derechos humanos*, segunda edición Comisión Andina de Juristas, Perú, 1989.

—: *Protección Internacional de los Derechos Humanos*, segunda edición, Comisión Andina de Juristas -Auspiciado por: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, y Fundación Friedrich Naumann-, Lima, 1998.

ORGAZ Alfredo, *El recurso de amparo*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1961.

ORTECHO VILLENA Víctor Julio, “Ámbitos teóricos y fácticos de los derechos humanos”, *Revista jurídica: Órgano Oficial del Colegio de Abogados de La Libertad*, año XLV, número 136, Gerardo Cruz (Dir.), Editora Nuevo Norte, Trujillo, 2002.

ORTEGA GARCÍA Ramón, “La jerarquía de los tratados internacionales sobre derechos humanos a la luz de la reforma constitucional del 10 de junio de 2011”, en http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-46542015000100013 (acceso el 23-X-2018).

OYHANARTE Julio, “La visión universalista de la Corte Suprema”, *La Ley*, 1995-D, p. 1606, <http://antonioboggiano.com/025.htm> (acceso el 23-V-2015).

P

PALAZZO Luis Eugenio, *Tensiones y equilibrios de los derechos y las garantías constitucionales*, El Derecho, Serie Especial de Derecho Constitucional, 26 de febrero de 2001.

PANNAM Clifford L., “El profesor Hart y la teoría analítica del derecho”, *Revista Academia sobre la enseñanza del Derecho*, año 6, número 12, Buenos Aires, 2008.

PAPINIANO, libro II, título XIV, ley 38.

PELLET Alain, “Remarques sur une révolution inachevée. Le projet d’articles de la CDI sur la responsabilité des États”, *AFDI*, 1996.

PEREIRA MENAUT Antonio C., *Lecciones de teoría constitucional*, segunda edición, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1987.

PERELMAN Chaïm, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Editorial Civitas, Madrid, 1979.

PÉREZ LUÑO A., “Concepto y concepción de los derechos humanos (Acotaciones a la ponencia de Francisco Laporta)”, *Doxa: cuadernos de filosofía del derecho*, n. 4, 1987.

PÉREZ MARTÍN Antonio, “Derecho Común, Derecho Castellano, Derecho Indiano”, *Rivista internazionale di diritto commune* 3, 1994.

—: “El *ius commune*: artificio de juristas”, *Historia del pensament juridic*, Universat Pompeu Fabra, Barcelona, 1999.

PÉREZ RIVAS Diego Alfredo, *De Derechos: humanos, naturales, fundamentales y de gentes*, Editado por la Fundación Universitaria Andaluza Inca Garcilaso, Madrid, 2012.

PINTO Mónica, “El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, Fuen<http://www.pnud.org.ve/archivo/documentos/data/300/332j.htm> (acceso el 21-III-2015).

PIZA ESCALANTE Rodolfo, “La jurisdicción contenciosa del Tribunal Interamericano de Derechos Humanos”, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, IIDH, Costa Rica.

PIZZOLO Colagero, “¿Ser ‘intérprete supremo’ en una comunidad de Intereses Finales?”, *La Ley*, Buenos Aires, 23 de febrero de 2017.

—: “El problema de las normas interconectadas: Una visión desde la Convención Interamericana de Derechos Humanos”, sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/33711/Documento_completo.pdf? (acceso el 1-III-2017).

—: “La relación entre la Corte Suprema de Justicia y la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la luz del bloque de constitucionalidad federal”, *El control de convencionalidad*, Susana Albanese (Coord.), Ediar, Buenos Aires, 2008.

—: *Constitución Nacional, anotada, comentada y concordada junto a los tratados internacionales con jerarquía constitucional y la jurisprudencia de los organismos internacionales de control*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2002.

—: “Cuando la Constitución vence el tiempo. Sobre la inconstitucionalidad de las leyes de obediencia debida y punto final en el caso ‘Simón’”, *La Ley*, 2005-D.

—: “El caso ‘Barreto’ y un ejercicio de realismo por nuestro máximo Tribunal”, *La Ley*, 2006-B.

PIZZORUSSO Alessandro, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Editore Il Mulino, Bologna, 2002.

PLATÓN, *Politicus*.

PLUCKENETT Th. F. T., *A Concise History of the Common Law*, cuarta edición, Londres 1948.

POHL Reynaldo Galindo, “*Jus Cogens*”, en Cuarto Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano, Secretaría General de la OEA, Washington, 1977.

POPPER Karl V., *La lógica de la investigación científica*, Editorial Tecnos, Madrid, 1962.

POUND Roscoe, *The Spirit of the Common Law*, Boston, 1921.

Q

QUESADA Jimena, *Sistema Europeo de Derechos Fundamentales*, Editorial Colex, Madrid, 2006.

QUIROGA LAVIÉ Humberto, *Derecho Constitucional*, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1978.

—: *Constitución de la Nación Argentina Comentada*, Zavalía Editor, Buenos Aires, 2000.

QUISPE REMÓN Florabel, “*Ius cogens* en el Sistema Interamericano: Su relación con el debido proceso”, *Revista de Derecho*, Universidad del Norte, Barranquilla, 2010, número 34.

QUOC DINH Nguyen, DAILLIER Patric y PELLET Alain, *Droit International Public*, quinta edición, Editeur: L.G.D.J., París, 1994.

R

RABBI-BALDI CABANILLAS Renato, “La causa ‘Simón’ de la Corte Suprema argentina. Un análisis desde la filosofía del derecho”, <http://www.rabbibaldicabanillas.com/publicaciones/articulos-ineditos/la-causa-simon-de-la-corte-suprema-argentina-un-analisis-desde-la-filosofia-del-derecho/> (acceso 23-XI-2016).

RADBRUCH Gustav, “Cinco minutos de filosofía del Derecho, 1945”, *El neokantismo en la filosofía del Derecho*, Universidad de Valparaíso, Chile, 1982.

—: “Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht”, RADBRUCH Gustav, *Gesamtausgabe*, Bd. 3, C.F. Müller, Heidelberg, 1990.

RADNITZKY, “Dispositives Völkerrecht”, *Ö.Z.ö.R.*, 1914.

RAMELLA Pablo A., *Derecho Constitucional*, segunda edición actualizada, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1982.

Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, vigesimosegunda edición, Editor Espasa Calpe.

REDONDO M. C., *La relevancia del derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, Editorial Gedisa, Barcelona, 2002.

REQUEJO PAGÉS J. L., “La articulación de las jurisdicciones internacional, constitucional y ordinaria en la defensa de los derechos fundamentales (a propósito de la STC 245/91; caso Bulto”, *REDC*, número 35, Madrid, 1992.

REMIRO BROTONS A., *El debido proceso en el Derecho Internacional y en el Sistema Interamericano*, Editorial Tecnos, Madrid, 1987.

REY CARO Ernesto J., “Los Tratados internacionales en el ordenamiento jurídico argentino. Consideraciones sobre la reforma constitucional”, *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, Asociación Argentina de Derecho Internacional, Córdoba, 1994-1995.

RÍOS ÁLVAREZ Lautaro, *Jerarquía Normativa de los tratados internacionales sobre derechos*. Fuente: http://derecho.utralca.cl/pgs/investigacion/iusetpraxis/2-2-97/101_112_rios.pdf (acceso el 21-III-2015).

RISSE FERRAND Martín, “Cumplimiento de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Gelman. Después de la declaración de

inconstitucionalidad de la ley interpretativa 18.831”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Fundación Conrad Adenauer, Bogotá, 2013.

ROBLEDO Miguel, ROBLEDO Federico, MIRANDA Magalí, “La Convención contra la Tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes y las implicancias de su incorporación a la Constitución Nacional en la reforma de 1994”, *A 10 años de la Reforma Constitucional de 1994-IV Encuentro Nacional de Jóvenes Docentes de Derecho Constitucional*, Talleres Gráficos de Soluciones Gráficas S.R.L., Córdoba, 2004.

RODRÍGUEZ Joaquín, MUÑIZ Toubes, “El iusnaturalismo de John Finnis”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, t. X, 1993.

RODRÍGUEZ Diego, MARTÍN Claudia y OJEDA QUINTANA Tomás, “La dimensión internacional de los derechos humanos”, *Guía para la aplicación de normas internacionales en el derecho interno*, Banco Interamericano de Desarrollo y American University, Washington DC, 1999.

RODRÍGUEZ MOURULLO Gonzalo, *Aplicación judicial del derecho y lógica de la argumentación jurídica*, Civitas, Madrid, 1988.

ROJAS AMANDI Víctor Manuel, *El concepto de Derecho de Ronald Dworkin*, Biblioteca Jurídica virtual del Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM, www.sitioswwweb.com/miguel/el_concepto_de_derecho_de_ronal_dworkin.pdf (acceso el 7-IV.2017).

ROSATTI Horacio, *Tratado de derecho constitucional*, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2010.

—: “El llamado ‘control de convencionalidad’ y el ‘control de constitucionalidad’ en la Argentina”, *La Ley*, Suplemento de Derecho Constitucional de La Ley, lunes 13 de febrero de 2012.

—: “Globalización, convencionalidad y estatidad. Sobre el ‘margen de apreciación nacional’ en la aplicación de normas internacionales”, *Estudios de Derecho Constitucional*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Buenos Aires 2017, Alfonso Santiago (h.) (Dir.), año 2015.

ROSS Alf, *Sobre el derecho y la Justicia*, Eudeba Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 2010.

ROUSSEAU Charles, *Derecho internacional público*, Barcelona, Ariel, 1996.

—: *Droit international public*, Recueil Sirey, París, 1970.

RÚA DELGADO Carlos, “La legitimidad en el ejercicio del poder político en el Estado social de derecho. Una revisión desde el caso colombiano”, *Revista Ius et Praxis*, año 19, número 2, Santiago, 2013.

RUBIO CORREA Marcial, *El sistema jurídico (Introducción al Derecho)*, primera edición, Fondo Editorial PUCP, Lima, 1984.

RUIZ Miguel Carlos, *La ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, 1997.

RUSSO Eduardo A., “Sobre ciertos abusos de la analiticidad”, *Interpretación de la ley. Poder de las significaciones, significaciones del poder*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1987.

S

SAAVEDRA LAMAS Carlos, ‘En torno a la Constitución que nos rige’, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1957.

SABELLI Héctor E., SANTIAGO Alfonso (h.), *Tiempo, Constitución y Ley Penal*, segunda edición, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013.

SÁENZ DE SANTA MARÍA Andrés, *Sistema de Derecho Internacional Público*, segunda edición, Editorial Cizur Menor, Navarra, 2012.

SAGÜÉS Néstor Pedro, “El control de convencionalidad como instrumento para la elaboración de un *ius commune* interamericano”, *La justicia constitucional y su internacionalización ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, UNAM, México, 2010.

—: “Dificultades operativas del ‘control de convencionalidad’ en el sistema interamericano”, *La Ley*, 11/08/2010.

—: *Interpretación Judicial de la Constitución*, segunda edición, Editorial Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006.

—: *Recurso Extraordinario*, cuarta edición actualizada y ampliada, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2002.

—: *Teoría de la Constitución*, primera reimpresión, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2004.

—: “De la Constitución Nacional a la Constitución convencionalizada”, en https://www.google.com.ar/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0ahUKEwj718KCw6DOAhVIC5AKHXIND00QFggjMAE&url=http%3A%2F%2Fcampusvirtual.justiciacordoba.gob.ar%2Fmoodle%2Fpluginfile.php%2F5322%2Fmod_folder%2Fcontent%2F0%2Fart2824.pdf%3Fforcedownload%3D1&usg=AFQjCNFtHDFun0wY4N2yuUsH8geWo1l6yQ (acceso el 31-III-2015).

—: “Los tratados internacionales en la Reforma constitucional argentina de 1994,” *La Ley*, t. 1994-E, sección Doctrina.

—: “El control de convencionalidad. En particular sobre las constituciones nacionales” en *La Ley*, año LXXIII, número 35, jueves 19 de Febrero de 2009.

—: “La interpretación de los Derechos Humanos en las jurisdicciones Nacional e Internacional”, en *Derechos Humanos y Constitución en Iberoamérica* (Libro Homenaje a Germán BIDART CAMPOS), publicado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (Sección Peruana), Editorial Grijley, Lima, Perú, 2001.

—: *Elementos de Derecho Constitucional*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2001.

—: “Constitucionalidad y extensión del derecho de réplica”, *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 1998.

—: “Los efectos del control”, *La Ley*, 2009-B.

—: “Del Juez Legal al Juez Constitucional”, trabajo monográfico en el marco de actividades del Centro Interdisciplinario de Derecho Procesal Constitucional de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica Argentina (Rosario).

—: “Las relaciones entre los Tribunales Internacionales y los Tribunales Nacionales en materia de derechos humanos. Experiencias en Latinoamérica”, *Revista Ius et Praxis*, Universidad de Talca, Chile, volumen 9, número 001, 2003.

—: “Nuevamente sobre el valor, para los jueces argentinos, de los pronunciamientos de la Corte Interamericana y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en materia de interpretación de derechos humanos”, *Jurisprudencia Argentina*, 1999-II.

—: “El valor de los pronunciamientos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, *Jurisprudencia Argentina*, 1997.

—: *Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1996, p. 42.

SALDAÑA Quintiliano, “La Justice Pénale Internationale”, *RCADIH*, 10, 1925.

SAMPAY Arturo Enrique, *Constitución y pueblo*, Cuenca Ediciones, Buenos Aires 1973.

—: *Las constituciones de la Argentina (1810-1972)*, Editorial Eudeba, Buenos Aires, 1995.

SÁNCHEZ-MAZAS Miguel, *Cálculo de las normas*, Editorial Ariel, Barcelona, 1973.

SÁNCHEZ VIAMONTE Carlos, *Manual de Derecho Constitucional*, Editorial Kapeluz, Buenos Aires 1956.

—: *El Poder Constituyente. Origen y formación del constitucionalismo universal y especialmente argentina*, Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1957.

SANCHÍS Luis Prieto, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.

—: *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Editorial Trota, Madrid, 2003.

—: *Ideología e Interpretación*, Editorial Tecnos, Madrid, 1987.

SANTA PINTER José Julio, *Sistema del derecho anglosajón*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1956.

SANTIAGO Alfonso (h.), *Religión y Política. Sus relaciones con el actual magisterio de la Iglesia Católica y a través de la historia constitucional argentina*, Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 2008.

—: “¿Desobediencia debida? ¿Quién tiene la última palabra? <https://www.calp.org.ar/meran/opac-detail.pl?id1=95101&id2=147125> (acceso 22-X-2017).

—: “El Derecho Internacional de los Derechos humanos: posibilidades, problemas y riesgos de un nuevo paradigma jurídico”, disertación del profesor en sesión privada del Instituto de Política Constitucional, el 21 de octubre de 2009, <http://www.ancmyp.org.ar/user/files/04santiago.pdf> (acceso el 18-XI-2014).

—: *En las fronteras entre el Derecho Constitucional y la Filosofía del Derecho. Consideraciones iusfilosóficas acerca de algunos temas constitucionales*, Editorial Marcial Pons, Buenos Aires, 2010.

—: “La dimensión temporal del derecho y el consciente y deliberado apartamiento de los principios de legalidad e irretroactividad en materia penal por parte de la Corte Suprema en el caso ‘Simón’”, *El Derecho*, 14 y 15 de noviembre de 2005.

—: *Historia de la Corte Suprema Argentina. El período de la restauración democrática*, Editorial Marcial Pons, Buenos Aires, 2014, Alfonso Santiago (h.) (Dir.), Luciano Calero (Coord.).

SANTIAGO Alfonso (h.) - Silvana M. STANGA, “El perfil de un buen juez para la Corte”, *Diario La Nación*, edición del 2 de noviembre de 2006, http://www.lanacion.com.ar/02/11/06/do_447493.asp=20 (acceso 21-V-2009).

SAPAG Mariano A., “El principio de proporcionalidad y razonabilidad como límite constitucional al poder del Estado: un estudio comparado”, *Dikaion -Revista de fundamentación jurídica-*, Bogotá, 2009.

SCHMITH Karl, *Teoría de la Constitución*, Editorial Alianza Editores, Madrid, 1982.

SCHOUPPE J. P., *Le réalisme juridique*, Editorial Story-Scientia, Bruxelles, 1987.

SCHWARTZ Bernard, *A commentary on the constitution of the United States*, the Macmillan Company, Nueva York, 1963.

SEGOVIA Juan Fernando, “La defensa de la Constitución”, *Derecho Constitucional de la reforma de 1994*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1995, Dardo Pérez Gilhou (Dir.), t. I, p. 63.

SHERMERS H. G., “The European Court of Human Rights after the merger”, *ELR*, volumen 18, número 6, diciembre de 1993.

SHIVA Vandana, “Derecho a la alimentación, libre comercio y fascismo”, *La globalización de los derechos humanos*, Matthew J. Gibney (Coord.), Editorial Crítica, Madrid, 2003.

SIBERT Marcel, *Traité de Droit International Public*, Dalloz, París, 1951.

SIEYÈS Emanuel, *¿Qué es el tercer Estado?*, Editorial Americale, Buenos Aires, 1943.

SILVA MEZA Juan, “La interpretación constitucional en el marco de la justicia constitucional y la nueva relación entre poderes”; en la obra colectiva Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot (Coord.), *Derecho Procesal Constitucional*, Colegio de Magistrados de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, tercera edición, Editorial Porrúa, México, 2002.

SLAPPER Gary and KELLY David, *The english legal system*, 10th edition, Cavendish, London and New York, 2009.

SÓFOCLES, *Antígona*, Ediciones Bergua Cavero J., Madrid, 2006.

SOLÁ Juan Vicente, *Tratado de derecho constitucional*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2009.

SOLAR CAYÓN José Ignacio, “Pluralismo, democracia y libertad religiosa: consideraciones (críticas) sobre la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos” Localización: *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, ISSN 1138-9877, número 15, 2007.

SOSA Gualberto Lucas, “Proceso y Derecho Comunitario: Pacto de San José de Costa Rica y Mercosur”, *Homenaje Escuela Procesal de Córdoba. Dedicado a la memoria de Jorge A. Claría Olmedo y Alfredo Vélez Mariconde*, Institutos de Derecho Procesal y Centros de Estudios de Derecho Procesal Provinciales y Extranjeros, Editorial Marcos Lerner, Córdoba, 1995.

SPELMAN Henry, *Reliquiae Spelmannianae*, English Works, Londres, 1727.

SPOTA Alberto A., *Origen y naturaleza del poder constituyente*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1970.

—: *Lo político, lo jurídico, el derecho y el poder constituyente*, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires, 1981.

SPERONI Julio, “Antecedentes históricos del constitucionalismo” *Revista de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia de la Nación*, número 39/40 - enero/junio, cita: IJ-LI-989.

STEINER Enry y ALSTON Philip, *International Human Rights in context: Law, Politics, Morals*, Oxford University Press, Londres, 2008.

SUÁREZ Francisco, *De Legibus*.

SULUAGA GIL Ricardo, “La remota y lenta marcha del constitucionalismo”, <http://ricardozuluagagil.blogspot.com.ar/2015/08/la-remota-y-lenta-marcha-del.html> (acceso el 2-XII-2014).

T

THIERRY Hubert, “Cours Général de Droit International Public”, *RCADIH*, número 22, 1990.

THOMSON Faith, *Magna Carta, Its Role in the Making of the English Constitution, 1300-1629*, University of Minnesota Press, Minneapolis, 1948.

THUAN Cao-Huy y FENET Alain, *Mutations Internationales et Évolution des Normes*, Presses Universitaires de France, París, 1994.

TOLLER Fernando M., “Refutaciones lógicas a la teoría de los conflictos de derechos”, en *La interpretación en la era del neoconstitucionalismo*, Juan Cianciardo, (Coord.), Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2006.

—: “La resolución de los conflictos entre Derechos Fundamentales”, en *Interpretación Constitucional*, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, (Coord.), Editorial Porrúa, México 2005.

TORRICELLI Maximiliano, *Organización constitucional del poder*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2010.

TULARD Jean, FAYARD Jean-François y FIERRO Alfred, *Histoire et dictionnaire de la Révolution française 1789-1799*, ediciones Robert Laffont, colección “Bouquins”, París, 1987.

TRAFICANTE Salvador, *100 años para un sueño americano. Filosofía y experiencias de la vida*, Editorial Dunken, Buenos Aires, 2013.

TREBUCQ Silvina Beatriz, “El control de convencionalidad: Su ejercicio por parte de los tribunales nacionales”, en *La Ley*, 29 de abril de 2011.

TRIEPEL Hans, *Droit International et droit interne*, París, 1859.

TRUYOL Y SERRA Antonio, *Historia del Derecho Internacional Público*, versión española de Paloma García Picazo, Madrid, 1998.

—: “Théorie du Droit International Public. Cours général”, *RCADIH*, 173, 1981.

TUNNERMANN BEMHEIM Carlos, *Evolución Histórica de los Derechos Humanos*, segunda edición, UNESCO, Caracas, 1997.

U

ULPIANO, *Digesto*

URTILLA SORIA Pedro Ignacio, “El pensamiento de Duns Scoto en la cultura de su tiempo”, *Revista Teológica Limense*, Lima, 2008.

V

VANOSSI Jorge Reinaldo A., DALLA VÍA Alberto Ricardo, *Régimen constitucional de los tratados*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000.

—: *Estado de derecho*, cuarta edición actualizada y ampliada, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2008.

—: *Teoría Constitucional*, segunda edición actualizada, Editorial Depalma, Buenos Aires, 2000.

VAN BOVEN Theo, “El derecho internacional positivo sobre derechos humanos”, Vasak KAREL EL AT, *Las Dimensiones Internacionales de los Derechos Humanos*, UNESCO, Barcelona, 1984.

VASAK Karel, *Les dimensions internationales des droits de l’homme*, UNESCO, París, 1978.

—: “La réalité juridique des droits de l’homme”, *Les dimensionninternationales des droits de l’homme*, Paris, 1978.

VÁZQUEZ CARRIZOSA Alfredo, “Los derechos humanos como normas universales” “*Juris Gentium*”, *Derechos Humanos en las Américas*, OEA, Washington, 1984.

VEGA Juan Carlos, *Jerarquía Constitucional de los tratados internacionales*, Editorial Asterea, Buenos Aires, 1996.

VENTURA Deisy, CETRA ORTIZ Raisa, “Brasil e o Sistema Interamericano de direitos humanos”, de Maria da Pena à Belo Monte, nota al pie 34, citando a “Jobim sugere que País não aceitará condenação da OEA”, Estado de Sao Paulo, 4 de mayo de 2012.

- VERDROSS Alfred, *Derecho internacional público*, Editorial Aguilar, Madrid, 1955.
- : *Derecho Internacional Público*, Biblioteca Jurídica Aguilar, Madrid, 1976.
- : “Le Fondement du Droit International”, *RCADIH*, 16, 1927.
- : *Die Einheit des rechtlichen Weltbildes*, Tübingen, 1923.
- : *Constitución de 1978 e interpretación constitucional. Un enfoque interpretativo de la Constitución española*, en *La interpretación de la Constitución*, Editorial Donosita, 1984.
- VIGO Rodolfo Luis, *La injusticia extrema no es derecho (de Radbruch a Alexy)*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2006.
- : *Interpretación jurídica*, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999.
- : *Interpretación Constitucional*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993.
- : “Directivas de la interpretación constitucional”, *Derecho Procesal Constitucional*, Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot (Coord.), Editorial Porrúa, México, 2002.
- : “Poder Judicial y Democracia”, *En torno a la democracia*, Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1990.
- VILLEY Michel, *Compendio de Filosofía del Derecho*, ediciones de la Universidad de Navarra, Navarra, 1979.
- : *Précis de Philosophie du Droit*, Dalloz, Paris 1977-78, 2 volúmenes (hay edición castellana, *Compendio de Filosofía del Derecho*, EUNSA, Pamplona 1979-81, 2 volúmenes).
- VÍTOLO Alfredo M., *El derecho internacional de los derechos humanos y los ordenamientos jurídicos nacionales. Corpus Iuris Regiones*. *Revista Jurídica Regional y Subregional Andina*, 6 (2006).
- : *La posibilidad de perdonar a los responsables de crímenes de lesa humanidad*, Pablo Casamajor Editores, Buenos Aires, 2009.
- VOLOJ PEREIRA Juan Carlos, *Oratoria*, Imprentex S.A., Panamá, 1983.
- VON BOGDANDY Armin, *Ius Constitutionale Commune en América Latina: Rasgos, potencialidades y desafíos*, UNAM-Max Planck Institut Für Ausländisches Recht und Völkerrecht-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Héctor Fix Fierro - Mariela Morales Antoniazzi (Coords.), México, 2014.
- VON GIERKE Otto, *Teorías políticas de la edad media*, Editorial Huemul, Buenos Aires, 1963.
- VON KUTSCHERA F., *Sprachphilosophie*, Fink, Munchen, 1971.

W

WADE E. C. S. y GODFREY PHILIPS G., *Constitutional Law*, cuarta edición, Longmans, Green and co., Londres, 1946.

WAGNER W. J., *The Federal States and their Judiciary*, The Hague, 1959.

WEINBERGER Ota, *Rechtslogic*, segunda edición, Duncker and Humblot, Berlín, 1989.

WEZEL Hans, *Derecho penal alemán*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1987, traducción de Bustos Ramírez y Pérez Yáñez.

WROBLEWSKI Jerzy, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Civitas, Madrid, 1985.

Y

YACOBUCCI Guillermo, *El sentido de los principios penales*, Editorial Ábaco, Buenos Aires, 2002.

Fuentes jurisprudenciales

Jurisprudencia argentina

Corte Suprema de Justicia de la Nación

-CSJN, Fallos 1:340, caso “Ministerio Fiscal c/ Calvete, Benjamín”, 1864.

-CSJN, Fallos 12:134, caso “Fisco Nacional c/ Ocampo, Manuel”, 1872.

-CSJN, Fallos 32:120, caso “Sojo, Eduardo”, 1887.

-CSJN, Fallos 114:28, caso “Contienda de competencia entre el juez de primera instancia en lo civil de La Rioja y el de igual clase de Córdoba, en la sucesión de Lascano, Martín”, 1910.

-CSJN, Fallos 150:84, caso “Sociedad Anónima ‘Quebrachales Fusionados’ contra el capitán armadores y dueños del vapor nacional ‘Águila’, sobre indemnización de daños y perjuicios”, 1926.

-CSJN, Fallos 150:150, caso “Compañía Azucarera Tucumana contra la provincia de Tucumán, sobre devolución de dinero”, 1927.

-CSJN, Fallos 158:290, caso “Reconocimiento por la Corte Suprema. Acordada”, 1930.

-CSJN, Fallos 165:144, caso “Cía. Argentina de Navegación Nicolás Mihanovich Ltda. v. Dueño y otros del vapor “Duquesa”, 1932.

-CSJN, Fallos 179:117, caso “Quintero Leónidas Secundino contra Compañía de Tranvías Anglo Argentina”, 1937.

-CSJN, Fallos 186:170, caso “Bco. de la Prov. de Bs. Aires c/ Nación”, 1940.

-CSJN, Fallos 186:258, caso “Haras ‘Los Cardos’ c/ Alonso, Gregorio”, 1940.

-CSJN, Fallos 196:5, caso “Acordada sobre reconocimiento del gobierno surgido de la revolución del 4 de junio de 1943”, 1943.

-CSJN, Fallos 208:39, caso “Becker, Juan Sigfrido y otros. Muller, Ottomar”, 1947.

-CSJN, Fallos 208:84, caso “Chantrain, Alfonso”, 1947.

-CSJN, Fallos 210:531, caso “Portillo, Gaspar M. c/ Banco El Hogar Argentino Hipotecario”, 1948.

-CSJN, Fallos 211:162, caso “Merk Química Argentina S.A. c/ Nación”, 1948.

-CSJN, Fallos 211:1628, caso “Constantino, José c/ Nación”, 1948.

-CSJN, Fallos 241:291, caso “Samuel, Kot S.R.L.”, 1958.

-CSJN, Fallos 243:465, caso “Ottolagrano, Italo Juan c/ Verardi, Arturo”, 1959.

-CSJN, Fallos 244:255, caso “Marques Castro, Mateo”, 1959.

-CSJN, Fallos 246:303, caso “Martín y Cía. Ltda., S.A. c/ Nación”, 1960.

-CSJN, Fallos 252:262, , caso “Editorial Noguera, S.A.”, 1962.

-CSJN, Fallos 257:99, caso “Martín & Cía. Ltda., S. A. c/ Nación”, 1963.

- CSJN, Fallos 271:7, caso “Esso, S.A. Petrolera Argentina c/ Nación. Flandria Algodonera S.A.”, 1968.
- CSJN, Fallos 272:188, caso “Mattei, Ángel”, 1968.
- CSJN, Fallos 273:312, caso “Nación c/ Muzaber, Rafik”, 1969.
- CSJN, Fallos 284:28, caso “Martínez, Enrique Mariano c/ Ramos, José Ignacio”, 1972.
- CSJN, Fallos 287:76, caso “Miras, Guillermo S.A.C.I.F. c/ Administración Nacional de Aduanas”, 1973.
- CSJN, Fallos 292:202, caso “Belozercovsky, Jacobo”, 1975.
- CSJN, Fallos 295:176, caso “Gómez, Samuel c/ Embajada Británica. Embajada de Francia”, 1976.
- CSJN, Fallos 300:535, caso “Menéndez, Carlos N. c/ Giovannoni, Nélica”, 1978.
- CSJN, Fallos 302:1191, caso “Sanatorio Otamendi y Miroli Ltda. c/ Recupero, Alfredo Antonio”, 1980.
- CSJN, Fallos 303:944, caso “Orellana, Félix Marino c/ Empresa Constructora Oscar A. Mayocchi, 1981.
- CSJN, Fallos 304:269, caso “Orellana, Félix Marino c/ Empresa Constructora Oscar A. Mayocchi”, 1981.
- CSJN, Fallos 304:1097, caso “Arias Saisi, Raúl Gervasio”, 1982.
- CSJN, Fallos 305:2150, caso “Cabrera, Washington Julio Efraín c/ Comisión Técnica Mixta de Salto Grande”, 1983.
- CSJN, Fallos 306:303, caso “Juzgado de Instrucción Militar N° 50 de Rosario”, 1984.
- CSJN, Fallos 306:400, caso “Arenzón, Gabriel Darío c/ Nación Argentina”, 1984.
- CSJN, Fallos: 306:1892, caso “Ponzetti de Balbín, Indalia c/ Editorial Atlántida S.A.”, 1984.
- CSJN, Fallos 308:84, caso “Plaza, Oscar Juan y otros”, 1986.
- CSJN, Fallos 308:789, caso “Campillay, Julio César c/ La Razón y otros”, 1986.
- CSJN, Falos 308:1150, caso “Ripamonti, Oscar Gerardo c/ Provincia de Buenos Aires. Pacoalex S.A. c/ Provincia de Buenos Aires”, 1986.
- CSJN, Fallos 308:1392, caso “Bazterrica, Gustavo Mario - Alejandro Carlos Capalbo”, 1986.

- CSJN, Fallos 308:2268, caso “Sejean, Juan Bautista c/ Ana María Zaks de Sejean”, 1986.
- CSJN, Fallos 310:203, caso “Cambios Teletour SA. c/ Banco Central”, 1987.
- CSJN, Fallos 310:508, caso “Costa, Héctor R. vs. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires y otros”, 1987.
- CSJN, Fallos 310:1080, caso “Eusebio, Felipe Enrique”, 1987.
- CSJN, Fallos 311:274, caso “Construcciones Beaver S.R.L. s/ quiebra s/ incidente de verificación por la Comisión Nacional de Energía Atómica”, 1988.
- CSJN, Fallos 311:2478, caso “Juan R. s/Interpone recurso de revisión en Expte. número 40.779”, 1988.
- CSJN, Fallos, 311:2497, caso “Ekmekdjian vs. Neustadt”, 1988.
- CSJN, Fallos 311:2553, caso “Sánchez Abelenda, Raúl c/ Ediciones de la Urraca S.A. y otro”, 1988.
- CSJN, Fallos 312:626, caso “Hagelin, Ragnar Erland s/ denuncia c/ Tte. de Navío Alfredo Ignacio Astiz -causa N° 4516”, 1989.
- CSJN, Fallo 313:1392, caso “Riveros, Santiago Omar y otros s/ privación ilegal de la libertad, tormentos, homicidios, etc.”, 1990.
- CSJN, Fallos, 314:377, caso “Taussig, Jorge F. s/ art. 109 y 110 del CP. -causa N° 6946-”, 1991.
- CSJN, Fallos 315:71, caso “Apoderado de la Alianza ‘Unión de Fuerzas Sociales’ en su presentación -Circuito Bulnes- Depto. Río Cuarto (Junta Electoral Nacional)”, 1992.
- CSJN, Fallos 315:319, caso “Abella, Juan Carlos y otros s/ artículo 80, incisos 2, 6 y 7, etc. del Código Penal -ley 23.077”, 1992.
- CSJN, Fallos 315:1026, caso “Columbia SA. de Ahorro y Préstamo para la Vivienda c/ Banco Central de la República Argentina”, 1992.
- CSJN, Fallos 315:1492, caso “Ekmekdjian, Miguel Ángel c/ Sofovich, Gerardo y otros”, 1992.
- CSJN, Fallos 315:1943, caso “Servini de Cubría, María Romilda s/ amparo. (S. 303-S. 292)”, 1992.
- CSJN, Fallos 315:2406, caso “Noguera, Carlos Julio c/ Empresa Nacional de Correos y Telégrafos”, 1992.

-CSJN, Fallos 315:2421, caso “Aquino, Mercedes s/ denuncia (Caso Martinelli - Oliva) s/ plantea inconstitucionalidad del decreto 1002/89”, 1992.

-CSJN, Fallos 315:2680, caso “Márquez, Lucas Santiago y Navarro, Omar Santiago s/ homicidio calificado -causa número 2.117/91-”, 1992.

-CSJN, Fallos 316:1669, caso “Fibraca Constructora SCA. c/ Comisión Técnica Mixta de Salto Grande”, 1993.

-CSJN, Fallos 316:2743, caso “Ríos, Antonio Jesús s/ plantea nulidad parcial de la reforma constitucional - medida de no innovar”, 1993.

-CSJN, Fallos 316:2940, caso “Nicosia, Alberto Oscar s/Recurso de queja”, 1993.

-CSJN, Fallos: 316:3176, caso “Hagelin, Ragnar c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ juicio de conocimiento”, 1993.

-CSJN, Fallos 317:335, caso “Polino, Héctor y otro c/ Poder Ejecutivo (Exp. Feria 5/94) s/ amparo”, 1994.

-CSJN, Fallos 317:874, caso “ATE. San Juan, Secretario General Héctor Sánchez s/ juicio político - inconstitucionalidad. (Escobar, Jorge Alberto)”, 1994.

-CSJN, Fallo 317:1195, caso “Partido Justicialista de la Provincia de Santa Fe c/ Santa Fe, Provincia de s/ acción declarativa”, 1994.

-CSJN, Fallos 317:1282, caso “Cafés La Virginia S.A. s/ apelación (por denegación de repetición)”, 1994.

-CSJN, Fallos 317:1880, caso “Manauta Juan José y otros contra Embajada de la Federación Rusa sobre daños y perjuicios varios”, 1994.

-CSJN, Fallos 318:514, caso “Giroldi, Horacio David y otro s/ recurso de casación - causa n° 32/93”, 1993.

-CSJN, Fallos 318:1269, caso “Wilner, Eduardo Mario c/ Osswald, María Gabriela”, 1995.

-CSJN, Fallos 318:2148, caso “Priebke, Erich s/ solicitud de extradición - causa n° 16.063/94”, 1995.

-CSJN, Fallos 318:2513, caso “Frites, Eulogio y Alemán, América Angélica c/ Poder Ejecutivo Nacional -Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto-”, 1995.

-CSJN, Fallos 318:2611, caso “Alonso, Jorge F. y otros s/ contrabando de estupefacientes y otros delitos - causa n° 3161”, 1995.

-CSJN, Fallos 319:43, caso “Peluffo, Diego Pedro s/ promueve querrela por desacato - procesa- dos: Cosme Rana y Mauricio Eiman”, 1996.

- CSJN, Fallos 319:1840, caso “Bramajo, Hernán Javier s/ incidente de excarcelación - causa n° 44.891”, 1996.
- CSJN, Fallos 319:2487, caso “Paixao, María Emilia s/ querella por calumnias e injurias”, 1996.
- CSJN, Fallos 319:2527, caso “Egues, Alberto José c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios (error judicial)”, 1996.
- CSJN, Fallos 319:3040, caso “B. R. E. vs. Policía Federal Argentina”, 1997.
- CSJN, Fallos 320:854, caso “Scilingo, Adolfo Francisco s/ su presentación en causa n° 6888”, 1997.
- CSJN, Fallos 320:1092, caso “Ramos, Néstor H. s/ delito de robo calificado y abuso deshonesto reiterado”, 1997.
- CSJN, Fallos 320:2145, CSJN, Fallos 320:2145, caso “Arce, Jorge Daniel s/ recurso de casación”, 1997.
- CSJN, Fallos 321:885, caso “Petric, Domagoj Antonio c/ Diario Página 12”, 1998.
- CSJN, Fallos 321:1173, caso “Alvarado, Julio s/ averiguación infracción art. 3° ley 23.771. (ANSeS)”, 1998.
- CSJN, Fallos 321:2413, caso “Solvencia S.A. de Seguros Generales (T.F. 13.089) c/ D. G. I.”, 1998.
- CSJN, Fallos 321:2558, caso “Amarilla, Juan H. s/ recurso extraordinario en autos: ‘Gorvein, Diego Rodolfo s/ querella p/ calumnias e injurias c/ Amarilla, Juan H.’ - expte. 797/93”, 1998.
- CSJN, Fallos 321:2826, caso “Polak, Federico Gabriel s/ violación de los deberes de funcionario público s/ casación - causa n° 174 - 4/95 -”, 1998.
- CSJN, Fallos: 321:3555, caso “Acosta, Claudia Beatriz y otros s/ hábeas corpus”, 1998.
- CSJN, Fallos 321:3630, caso “Nápoli, Erika Elizabeth y otros s/ infracción art. 139 bis del C.P.”, 1998.
- CSJN, Fallos 322:360, caso “Kipperband, Benjamín s/ estafas reiteradas por falsificación de documentos -incidente de excepción previa de prescripción de la acción penal-”, 1999.
- CSJN, Fallos 322:1616, caso “Fayt, Carlos Santiago c/ Estado Nacional s/ proceso de conocimiento”, 1999.
- CSJN, Fallos 323:3229, CSJN, Fallos 323:3229, caso “Campodónico de Beviacqua”, 2000.

- CSJN, Fallos 323:4130, caso “Felicetti, Roberto y otros (La Tablada)”, 2000.
- CSJN, Fallos 324:4142, caso “Felicetti, Roberto y otros s/ solicitud de inaplicabilidad de los arts. 15 y 87 de la ley 23.077 -causa n° 1501/2000-”, 2001
- CSJN, Fallos 325:028, caso “Smith, Carlos c. Estado Nacional s/Sumarísimo”, 2002.
- CSJN, Fallos 324:3219, caso “Mill de Pereyra, Rita Aurora; Otero, Raúl Ramón y Pisarello, Angel Celso c/ Estado de la Provincia de Corrientes s/ demanda contencioso administrativa”, 2001.
- CSJN, Fallos 325:2322, caso “Alonso, Jorge Francisco s/ recurso de casación -causa n° 1813-”, 2002.
- CSJN, Fallos: 326:417, caso “Provincia de San Luis c. Estado Nacional”, 2003.
- CSJN, Fallos 326:2968, caso “Cantos, José María”, 2003. Resolución 1404/2003, Procurador del Tesoro de la Nación s/presentación.
- CSJN, Fallos, 326:3268, caso “Hagelin, Ragnar Erland s/ recurso art. 445 bis C.J.M.”, 2003.
- CSJN, Fallos 326:4341, caso “Isaac Kolton Inmobiliaria S.A.C.I.F. y otra c/ B.C.R.A. s/ juicios de conocimientos”, 2003.
- CSJN, Fallos 327:3117, caso “Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros -causa n° 259-”, 2004.
- CSJN, Fallos 327:3312, caso “Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros -causa n° 259-” 2004.
- CSJN, Fallos 327:3753, caso “Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidentes ley 9688”, 2004.
- CSJN, Fallos 327:5668, caso “Espósito, Miguel Angel s/ incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa -Bulacio, Walter David-”, 2004.
- CSJN, Fallos 327:3753, caso “Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidentes ley 9688”, 2004.
- CSJN, Fallos 328:341, caso “Arancibia Clavel, Enrique Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros -causa n° 259-”, 2005.
- CSJN, Fallos 328:690, caso “Galli, Hugo Gabriel y otro c/ PEN - ley 25.561 - dtos. 1570/01 y 214/02 s/ amparo sobre ley 25.561”, 2005.
- CSJN, Fallos 321:885, caso “Petric, Domagoj Antonio c/ Diario Página 12”, 1998.
- CSJN, Fallos, 328:1146, caso “Verbitsky, Horacio s/habeas corpus”, 2005.

- CSJN, Fallos, 328:1491, caso “Llerena, Horacio Luis s/ abuso de armas y lesiones - arts. 104 y 89 del Código Penal -causa N° 3221-”, 2005.
- CSJN, Fallos 328:2056, caso “Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. (Poblete) -causa N° 17.768-”, 2005.
- CSJN, Fallos, 328:2833, caso “Sánchez, María del Carmen c/ ANSeS s/ reajustes varios”, 2005.
- CSJN, Fallos, 328:3399, caso “Casal Matías Eugenio y otro s/robo simple en grado de tentativa causa número 1681”, 2005.
- CSJN, Fallos 328:3741, caso “Martínez Areco, Ernesto s/ causa N° 3792”, 2005.
- CSJN, Fallos 329:4918, caso “Mosqueda Sergio c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados y otro s/amparo”, 2006..
- CSJN, Fallos 329:5903, caso “Gómez, Carlos A. c. Argencard S.A.”, 2006.
- CSJN, Fallos 329:5266, caso “Asociación Lucha por la Identidad Travesti-Transexual c/Inspección General de Justicia”, 2006.
- CSJN, Fallos: 329:5913, caso “Massa Juan Agustín c/ Poder Ejecutivo Nacional - Decreto 1570/01 y otro s/amparo”, 2006.
- CSJN, Fallos 330:2892. Sigue el dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema.
- CSJN, Fallos 330:3074, caso “Derecho René Jesús s/incidente de prescripción de la acción penal -causa número 24079-”, 2007.
- CSJN, Fallos 330:3109, caso “Brandi, Eduardo Alberto y otros c/ Mendoza, Provincia de s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, 2007.
- CSJN, Fallos 330:3248, caso “Mazzeo Julio Lilo y otros sobre recurso de casación e inconstitucionalidad”, 2007.
- CSJN, Fallos 331:1530, caso “Patito José Ángel y otro c/ Diario la Nación y otros y otro s/daños y perjuicios”, 2008.
- CSJN, Fallos 332:111, caso “Halabi Ernesto c/ P.E.N.-ley 25873-dto. 1563/04 s/amparo ley 16.986”, 2009.
- CSJN, Fallos 332:1963, caso “Arbola, Sebastián y otros s/causa 9080”, 2009.
- CSJN, Fallos 333:1657, caso “Videla Jorge Rafael — Massera Mario Emilio Eduardo sobre recurso de casación”, 2010.
- CSJN, Fallos 334:1489, caso “Castañeda Carlos s/sustracción y destrucción de medios de prueba”, 2011.

-CSJN, Fallos 334:1504, caso “Derecho René Jesús s/incidente de prescripción de la acción penal -causa n° 24079-”, 2011.

-CSJN, Fallos. 335:197, caso “F. A. L. s/medida autosafisfactiva”, 2012.

-CSJN, Fallos 335:533, caso “Acosta Jorge Eduardo y otro s/recurso de casación”, 2012.

-CSJN, Fallos 335:2333, caso “Rodríguez Pereyra Jorge Luis y otra c/ Ejército Argentino s/daños y perjuicios”, 2012.

-CSJN, Fallos 336:1024, caso “Carranza Latrubesse Gustavo c/ Estado Nacional - Ministerio de Relaciones Exteriores - Provincia del Chubut - s/proceso de conocimiento”, 2013.

-CSJN, Fallos 337:388, caso “Camaronera Patagónica S.A. c/ Ministerio de Economía y otros s/amparo”, 2014..

-CSJN, Fallos 338:1216, caso “Uriarte, Rodolfo Marcelo y otro c/ Consejo de la Magistratura de la Nación s/acción *mere* declarativa de inconstitucionalidad”, 2015.

-CSJN, Fallos 339:1071, caso “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c/ Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo”, 2016.

-CSJN, Fallos: 340:47, caso “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/Informe sentencia dictada en el caso ‘Fontevicchia vs. Argentina’ por la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, 2017.

-CSJN, Fallos: 340:257, caso “Schiffrin, Leopoldo Héctor contra Poder Ejecutivo Nacional sobre acción meramente declarativa”, 2017.

-CSJN, Acordada número 17/2005.

-CSJN, dictamen del Procurador General Esteban RIGHI, en “A., J.E. y otro s/Recurso de Casación” (C.S. A. 93, LXLV), emitido el 10 de marzo de 2010, Expediente número 93/2009.

Demás tribunales de la Nación

-Cámara Nac. Civ., Sala A, sentencia de fecha 03 de marzo de 1988. Revista *LL.* del 25 de abril de 1988.

-Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso administrativo Federal. Alcances del principio de especialidad. Plenario de fecha 9 de mayo de 2012.

-Cámara de Apelaciones de Tierra del Fuego, sala civil, “Kayen Publicidad S.R.L. c/ Ramonet Gabriel s/ daños y perjuicios”, expediente número 4132/05, sentenciado el 23 de febrero de 2007.

-Cámara de Apelaciones de Tierra del Fuego, Sala Civil Comercial y del Trabajo, “Participación Ciudadana y López Osvaldo s/ amparo”, 19/04/2007, el Dial - AA3D27.

-Cámara de Apelaciones de Tierra del Fuego, Sala Civil Comercial y del Trabajo “Martínez del Sucre Virgilio Juan c/ Martínez Carlos José s/ daños y perjuicios” en trámite por ante este Tribunal de Alzada bajo el N° 5047/08, confirmada por sentencia definitiva del Superior Tribunal de Justicia de Tierra del Fuego, pendiente de resolución en la CSJN.

-Juzgado Contencioso Administrativo Federal 6, causa 83656/2016, “Highton de Nolasco Elena Inés c/EN s/ Amparo Ley 16.986”, sentencia del 9 de febrero de 2017.

Jurisprudencia internacional

Tribunales y órganos internacionales de derechos humanos

Jurisprudencia Corte Interamericana de Derechos Humanos

-Corte IDH, caso “Velásquez Rodríguez vs. Honduras”, sentencia de Excepciones Preliminares, sentencia del 26 de junio de 1987, serie C, número 1.

-Corte IDH, caso “Velásquez Rodríguez vs. Honduras”, sentencia de 29 de julio de 1988. Fondo.

-Corte IDH, caso “Aloeboetoe y otros vs. Surinam”, 10 de septiembre de 1993.

-Corte IDH, caso “Caballero Delgado y Santana vs. Colombia”, sentencia del 8 de diciembre de 1995.

-Corte IDH, caso “Nicholas Chapman Blake vs. Guatemala”, sentencia del 2 de julio de 1996 y sentencia de fondo, 24 de enero de 1998.

-Corte IDH, caso “Loayza Tamayo vs. Perú”, sentencia del 17 de Setiembre de 1997, (Fondo), parágrafo 80.

- Corte IDH, caso “Suárez Rosero vs. Ecuador”, sentencia de noviembre 12 de 1997, serie C, número 35.
- Corte IDH, caso “Castillo Petruzzi y otros vs. Perú”, sentencia de mayo 30 de 1999, serie C, número 52.
- Corte IDH, caso “Castillo Petruzzi y otros vs. Perú”, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 17 de noviembre de 1999, Serie C, número 59.
- Corte IDH, caso de los “Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala”, sentencia de noviembre 19 de 1999, serie C, número 63.
- Corte IDH, caso “Las Palmeras vs. Colombia”, Excepciones Preliminares, sentencia del 4 de febrero de 2000, serie C, número 67.
- Corte IDH, caso “La última tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile”, sentencia del 5 de febrero de 2001, serie C, número 73.
- Corte IDH, caso “Barrios Altos vs. Perú”, sentenciado el 14 de marzo de 2001, Serie C, número 75.
- Corte IDH, en “Tribunal Constitucional del Perú vs. Perú”, sentencia del 31 de enero de 2001, Serie C, número 71.
- Corte IDH caso “Hilaire, Constantine y Benjamín y otros vs. Trinidad y Tobago”, sentencia de 21 de junio de 2002.
- Corte IDH, caso “Cantos vs. Argentina”, sentencia contenciosa del 28 de septiembre de 2002.
- Corte IDH, caso “Cinco Pensionistas”, sentencia del 28 de febrero de 2003, párrafo 164, serie C, número 98.
- Corte IDH, caso “Bulacio vs. Argentina”, sentencia de 18 de septiembre de 2003, serie C, número 100; párrafo 140.
- Corte IDH, caso “Myrna Mack Chang vs. Guatemala”, sentencia del 25 de noviembre de 2003. Fondo, Reparación y Costas.
- Corte IDH, caso “Herrera Ulloa vs. Costa Rica”, sentencia del 2 de julio de 2004. Serie C, número 107.
- Corte IDH, caso “Tibi vs. Ecuador”, sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 7 de septiembre de 2004, serie C, número 114.
- Corte IDH, caso “Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay”, sentencia de 2 de septiembre de 2004, serie C, número 112, párrafo 205.

- Corte IDH, caso “Yatama vs. Nicaragua”, sentencia de 23 de junio de 2005, serie C, número 127.
- Corte IDH, caso “Raxcacó Reyes vs. Guatemala”, sentencia de 15 de septiembre de 2005, (Fondo, Reparaciones y Costas).
- Corte IDH, caso de “La Masacre de Mapiripán vs. Colombia”, sentencia de septiembre 15 de 2005, serie C, número 134.
- Corte IDH, caso “López Álvarez vs. Honduras”, sentencia de 1 de febrero de 2006, (Fondo, Reparaciones y Costas).
- Corte IDH, “Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay”, sentencia de 29 de marzo de 2006, serie C, número 146
- Corte ID, caso “Vargas Areco vs. Paraguay”, sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 26 de septiembre de 2006, serie C, número 155.
- Corte IDH, caso “Almonacid Arellano vs. Chile”, sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 26 de septiembre de 2006. Serie C, número 154.
- Corte IDH, “La Cantuta vs. Perú”, sentenciado el 29 de noviembre de 2006.
- Corte IDH, caso “Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú”, sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 24 de noviembre de 2006. Serie C, número 158.
- Corte IDH, caso “Bueno Alves vs. Argentina”, sentencia del 4 de julio de 2007. Fondo, Reparación y Costas. Serie C, número 165.
- Corte IDH, caso “Boyce y otros vs. Barbados”, sentencia del 2 de noviembre de 2007.
- Corte IDH, caso “Kimel vs. Argentina” sentencia dictada el 2 de mayo de 2008.
- Corte IDH, “Aspitz Barbera y otros” (Corte Primera de lo Contencioso Administrativo) vs. Venezuela” (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), 5 de agosto de 2008.
- Corte IDH, caso “Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos”, sentencia de agosto 6 de 2008, serie C, número 184.
- Corte IDH, caso “Heliodoro Portugal vs. Panamá”, sentencia de 12 de agosto de 2008.
- Corte IDH, caso “Heliodoro Portugal vs. Panamá”, sentencia de enero 27 de 2009, serie C, número 186.
- Corte IDH, caso “Fernández Ortega y otros. vs. México”, sentencia de 30 de agosto de 2010.

- Corte IDH, caso “Rosendo Cantú y otra vs. México”, sentencia de 31 de agosto de 2010.
- Corte IDH, “Bayarri vs. Argentina”, sentencia del 30 de octubre de 2008. Serie C, número 187.
- Corte IDH, caso “Fernández Ortega y otros vs. México”, sentencia de 30 de agosto de 2010.
- Corte IDH, caso “Rosendo Cantú y otra vs. México”, sentencia de 31 de agosto de 2010.
- Corte IDH, “Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia”, sentencia del 1 de septiembre de 2010.
- Corte IHD, “Gomes Lund y otros vs. Brasil”, sentencia del 24 de noviembre de 2010
- Corte IDH, caso “Cabrera García y Montiel Flores vs. México”, sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 26 de noviembre de 2010. Serie C, número 220.
- Corte IDH, caso “Gelman vs. Uruguay”, sentencia de Fondo y Reparaciones, sentencia del 24 de febrero de 2011. Serie C, número 221.
- Corte IDH, “Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos”, 14 de julio de 2011.
- Corte IDH, caso “López Mendoza vs. Venezuela”, sentencia del 1 de septiembre de 2011.
- Corte IDH, “Fontevicchia y D'Amico vs. Argentina”, sentencia de 29 de noviembre de 2011, (Fondo, Reparaciones y Costas).
- Corte IDH, caso “Atala Riffo vs. Chile”, sentencia del 24 de febrero de 2012.
- Corte IDH, caso “Masacres de Río Negro vs. Guatemala”, sentencia de 4 de septiembre de 2012 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas).
- Corte IDH, caso “Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) vs. Guatemala”, sentencia de 20 noviembre de 2012.
- Corte IDH, caso “Artavia Murillo y otros (fecundación *in vitro*) vs. Costa Rica”, sentencia de 28 de noviembre de 2012, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).
- Corte IDH, caso “Liakat Ali Alibux vs. Surinam”, sentencia de 30 de enero de 2014.
- Corte IDH, caso “Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile”, sentencia de 29 de mayo de 2014.
- Corte IDH, caso “Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana”, sentencia de 28 de agosto de 2014.

- Corte IDH, caso “Rochac Hernández y otros vs. El Salvador”, sentencia de 14 de Octubre de 2014 (Fondo, Reparaciones y Costas).
- Corte IDH, Opinión Consultiva -OC-1/82.
- Corte IDH, Opinión Consultiva -OC-2/82, del 24 de septiembre de 1982.
- Corte IDH, Opinión Consultiva -OC-3/83, del 8 de septiembre de 1983.
- Corte IDH, Opinión Consultiva -OC- 84/84.
- Corte IDH, Opinión Consultiva -OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985.
- Corte IDH, Opinión Consultiva -OC- 7/86.
- Corte IDH, Opinión Consultiva -OC-11/90, del 10 de agosto de 1990.
- Corte IDH, Opinión Consultiva -OC-13/93, del 16 de julio de 1993.
- Corte IDH, Opinión Consultiva -OC-18/03, de 17 de septiembre de 2003.
- Corte IDH, Opinión Consultiva -OC-21/14, del 19 de agosto de 2014.

Recomendaciones e Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

- Comisión IDH, “Roach y Pinkerton vs. Estados Unidos”, 1985.
- Comisión IDH, Resolución 17/89, Informe caso 10.037, Argentina, 13 de abril de 1989.
- Comisión IDH, “Michael Domínguez vs. Estados Unidos”, 2002.
- Comisión IDH, “Shaka Sankofa vs. Estados Unidos”, 2003.
- Comisión IDH, “Abril Alosilla y otros vs. Perú”, de 4 de marzo de 2011.

Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

- Tribunal EDH, “Lawless vs. Ireland”, sentencia del 1 de julio de 1961.
- Tribunal EDH, caso “Lingüístico Belga”, A número 6, sentencia del 23 de julio de 1968.
- Tribunal EDH, “Handyside vs. The United Kingdom”, sentencia del 7 de diciembre de 1976.
- Tribunal EDH, “Irlande vs. Royaume-Uni”, sentencia del 18 de enero de 1978, serie A, número 25.
- Tribunal EDH, “Marckx vs. Bélgica”, sentencia de 13 de junio de 1979, serie A, número 31, párrafo 58 B:J:C.
- Tribunal EDH, caso “The Sunday Times”, judgment of 26 april 1979, Series A, número 30, párrs. 59 y 65.
- Tribunal EDH, “Sporrong y Lönnroth vs. Suecia”, sentencia del 23 de septiembre de 1982.
- Tribunal EDH, “Zimmerman-Steiner vs. Suiza”, S de 13 de julio de 1983; DCE 7984/77, 11 de julio.
- Tribunal EDH, caso “Barthold”, judgment of 25 march 1985, Series A, número 90, párr. 55.
- Tribunal EDH, caso “Lingens”, judgment of 8 july 1986, Series A, número 103, párr. 41.
- Tribunal EDH, caso “Müller and Others”, judgment of 24 may 1988, Series A, número 133, párr. 33.
- Tribunal EDH, “Shenk vs. Switzerland” 10862/84, sentencia del 12 de julio de 1988.
- Tribunal EDH, caso “Irlanda vs. Gran Bretaña”, sentencia del 26 de mayo de 1993.
- Tribunal EDH, caso “Otto-Preminger-Institut vs. Austria”, judgment of 20 september 1994, Series A, número 295-A.
- Tribunal EDH, “Loizidou vs. Turquía”, sentencia del 23 de marzo de 1995.
- Tribunal EDH, “Gautrin vs. France”, 21257/93, 21258/93, 21259/93, sentencia del 20 de mayo de 1998.
- Tribunal EDH, caso “Parti Communiste Unifié de Turquie et autres vs. Turquie”, sentencia del 30-1-1998, Recueil 1998-I.
- Tribunal EDH, “Kaya vs. Turquía”, sentencia de 1998.-Tribunal EDH, “Ogur versus Turquía”, sentencia del 20 de mayo de 1999.

- Tribunal EDH, caso “Bladet Tromso y Stensaas vs. Noruega”, sentencia del 20 de mayo de 1999.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso “K.-H.W. vs. Alemania”, 22 de marzo de 2001.
- Tribunal EDH, “Barberá Messeguer y Jabardo”, A.146.
- Tribunal EDH, “Ilascu, Invariantoc, Petrov-Popa vs. Moldavia y Federación Rusa”, sentencia del 4 de julio de 2001.
- Tribunal EDH, “Kostantin Markin vs. Russia” 2010d.
- Tribunal EDH, “Lautsi and Others vs. Italy”, sentencia del 18 de marzo de 2011.
- Tribunal EDH, “Greens vs. United Kingdom”, 53 EHRR, 21 2011.
- Tribunal EDH, “Tautkus vs. Lithuania” 29.474/09, sentencia del 27 de noviembre de 2012.

Otros tribunales internacionales

- CPJI, Serie A/B número 44, p. 24.
- CPJI, Serie S, número 7, p. 19.
- CIJ, *Reports*, 1951, p. 181.
- CIJ, “Barcelona *Traction*”, 1970, citado en R.C.A.I., 1935.
- PCIJ, serie A, número 1, pp. 29-30.
- PCIJ, “Communities”, opinión consultiva del 31 de julio de 1930, serie B, número 17, p. 32.
- CIJ, en opinión consultiva del 28 de mayo de 1951. “Reservations to the convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide”, *Reports of Judgements, Advisory Opinions and Orders*, Leyden A. W. Sijthoff’s Publishing Company, 1951, o *Recueil*, 1951.
- Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, caso “Van Gend vs. Loos, Asunto 26/62, 5 de febrero de 1963.

-Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, caso “Costa vs. Enel”, Asunto 6/64, sentencia del 15 de julio 1964.

-Tribunal Especial de Sierra Leona, “Fiscal vs. Morris Kallon y Brima Bazzy Kamara”, casos número SCSL-2004-15-AR72(E) y SCSL-2004-16-AR72(E), del 13 de marzo de 2004.

Tribunales nacionales en el derecho comparado

-*Court of Common Pleas* de Inglaterra, “Bonham's Case”, sentenciado 1610.

-*Court of Common Pleas* de Inglaterra, “Day vs. Savadge”, Sir Henry HOBAR

-*Court of Massachusetts*, “Giddings vs. Browne”, voto *Justice* Sydmonds de Boston.

-Corte Suprema de Rhode Island, en el caso “Trevett vs. Weeden”, sentenciado en 1786.

-Corte de North Carolina, en el caso “Bayard vs. Singleton”.

-Corte Suprema de Estados Unidos, en el caso “USA vs. Todd” del año 1794.

-Corte Suprema de Estados Unidos, en el caso “Ware vs. Hylton”, año 1796.

-Corte Suprema de Estados Unidos, en el caso “Marbury vs. Madison”, año 1803.

-Corte Suprema de Estados Unidos, CS USA, 78 US 616, 1871.

-Corte Suprema de Estados Unidos, CS USA, 265 US 332, 341, 1924.

-Corte Suprema de Estados Unidos, CS USA, 354 US 1, 1957.

-Corte Suprema de Estados Unidos, en el caso “Cooper vs. Aaron”, 358 U.S. 1 del año 1958.

-Corte Suprema de Estados Unidos, “Baker vs. Carr”, 369 US 186, 1962.

-Corte Suprema de Estados Unidos 376 U.S. 255; 1964.

-Corte Suprema de Estados Unidos de Norteamérica, 410 U.S. 113 del año 1973.

-Corte Suprema de Justicia de México, Tesis del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, aprobada el 28 de noviembre de 2011.

-Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito, México, Tesis: XI.1o.A.T.45 K, mayo de 2010.

- Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, Tesis: I.7o.C.46 K, agosto de 2008.
- Tribunal Federal Constitucional Alemán, sentencia del 14-10-2004 (Segundo Senado, sentencia ByR. 1481/04).
- Tribunal Federal Constitucional Alemán, BVerfGE 37, p. 271.
- Tribunal Federal Constitucional Alemán, BVerfGE 73, p. 339.
- Tribunal Constitucional Federal Alemán, BVerfGE 10, 271 -274-, 74, 102 -128-.
- Tribunal Constitucional Federal Alemán BVerfG 5.5.2003 2 BvR 2042/02.
- Tribunal Constitucional Federal Alemán, BVerfG 6. Mayo 1997 - I BVR 711/96 NJW 1997, 2811-2812.
- Tribunal Constitucional Federal Alemán, BVerfG 2-9-2009 1 BVR 3171/08.
- Tribunal Constitucional Federal Alemán, TBVerfGE III, 307 (329) (“Gorgülü”).
- STC Español, 245/91; caso Bulto”, en *REDC*, número 35, Madrid, 1992.
- CCI, sentencia 183/73 dictada el 18 de diciembre de 1973.
- CCI, sentencia número 348/2007.
- CCI, caso “Dorigo” (sentencia 129 del 30-4-2008).
- CCI, *sentenza* 311, noviembre de 2009.
- CSJU, caso “M. L., J.F. F., O., -Denuncia de Excepción de Inconstitucionalidad artículos 1, 2 y 3 de la Ley número 18.831-”, sentencia del 2 de febrero de 2013.
- CSJU, Sabalsagaray Curutchet Blanca Stela -Denuncia de Excepción de Inconstitucionalidad., 19-10-2009.
- Superior Tribunal Federal brasileño, 29-4-2010, número 153.
- Tribunal Constitucional de Chile, sentencia de 4 de agosto de 2000, rol 309-2000.
- Tribunal Constitucional de Chile, sentencia de 8 de abril de 2002, rol 346.
- Tribunal Constitucional de Perú, sentencia recaída en expediente número 5854-2005-AA/TC, 08 de noviembre de 2005.
- Tribunal Constitucional de Perú en el caso “Arturo Castillo Chirinos”, Expediente número 2730-06-PA/TC, del 21 de julio de 2006.
- Tribunal Constitucional de Perú, STC, 01458-2007-PA/TC.

- Corte Suprema de Chile, sentencia de 10 de mayo de 2007, rol 3452-2006.
- Tribunal Constitucional de Chile, sentencia de 31 de agosto de 2007, rol 739- 2007 y sentencia de 13 de mayo de 2008, rol 993-2008.
- House of Commons, Deb. Vol. 317 col. 1300.
- Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela, Sala Constitucional, Expediente número 08-1572, 18 de diciembre de 2008.
- Suprema Corte de Justicia de México, aprobada el 28 de noviembre de 2011 y publicada en el Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro III, diciembre de 2011.
- Suprema de Justicia de México, Contradicción de tesis 293/2011.
- Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-481 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, consideración jurídica número 26.
- Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-370 de 2006. Varios ponentes, consideración jurídica número 4.6.
- Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-442/2011.
- Corte Suprema de Costa Rica, Sala Constitucional, sentencia 2016-001692.

