

COORDINADORES:

SILVINA S. GONZÁLEZ NAPOLITANO

ORLANDO D. PULVIRENTI

INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DE LOS DERECHOS HUMANOS

AUTORES:

RAÚL E. VINUESA

SILVINA S. GONZÁLEZ NAPOLITANO

ORLANDO D. PULVIRENTI

JORGELINA E. MENDICOA

LUCÍA I. GÓMEZ FERNÁNDEZ

RENZO LAVIN



MRECIO	90251
INVENTARIO	
UBICACION	L 11251
EDICION	341.2
FECHA	2011-09-30
REVISOR	Donacion Vinuesa R
VALOR	\$150

Introducción al estudio de los derechos humanos / Raúl Vinuesa ... [et.al.] ;
coordinado por Silvina S. González Napolitano y Orlando D. Pulvirenti. -
1a ed. - Buenos Aires : Errepar, 2011.
344 p. ; 22x15 cm.

ISBN 978-987-01-1278-5

1. Derecho Laboral. I. Raúl Vinuesa II. González Napolitano, Silvina S.,
coord. III. Pulvirenti, Orlando D., coord.
CDD 344

Introducción al estudio de los derechos humanos

Primera edición

ERREPAR S.A.

Paraná 725 (1017) - Buenos Aires - República Argentina

Tel.: 4370-2002

Internet: www.errepar.com

E-mail: clientes@errepar.com

ISBN: 978-987-01-1278-5



Nos interesan sus comentarios sobre la presente obra:
editorial@errepar.com

© 2011 ERREPAR S.A.

Queda hecho el depósito que marca la ley 11.723

Impreso y hecho en la Argentina
Printed in Argentina

No se permite la reproducción parcial o total, el almacenamiento,
el alquiler, la transmisión o la transformación de este libro, en cualquier
forma o por cualquier medio, sea electrónico o mecánico, mediante
fotocopias, digitalización u otros métodos, sin el permiso previo y escrito
del editor. Su infracción está penada por las leyes 11.723 y 25.446.

Esta edición se terminó de imprimir
en los talleres Color Efe S.A.,
en Buenos Aires, República Argentina,
en el mes de agosto de 2011.

ÍNDICE

PRÓLOGO	XI
---------------	----

PRIMERA PARTE

INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DE LOS DERECHOS HUMANOS

CAPÍTULO 1 - INTRODUCCIÓN A LOS DERECHOS HUMANOS

ORLANDO D. PULVIRENTI.....	3
1. Concepto.....	3
2. Clasificación de los derechos humanos	6
3. Los deberes humanos.....	9
4. Características del sistema de derechos humanos.....	10
5. Tesis denegatorias de los derechos humanos. La nota de universalidad y la relatividad cultural.....	12
5.1. Introducción.....	12
5.2. Concepto de "sistema"	13
5.3. Concepto de "derecho reflexivo"	15
5.4. Sociedades funcionalmente diferenciadas	15
5.5. Conclusión.....	17

CAPÍTULO 2 - LA EXPRESIÓN NORMATIVA DE LOS DERECHOS HUMANOS

SILVINA S. GONZÁLEZ NAPOLITANO	19
1. Las fuentes del derecho.....	19
2. Las fuentes del derecho internacional.....	23
2.1. Los tratados internacionales.....	23
2.1.1. Posibilidad de denuncia o retiro de un tratado sobre derechos humanos.....	25
2.1.2. Imposibilidad de alegar la terminación del tratado por violación grave.....	27
2.1.3. Las reservas a los tratados sobre derechos humanos	29
2.1.3.1. La Opinión Consultiva 2 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	31
2.1.3.2. Las observaciones del Comité de Derechos Humanos	33
2.1.4. Conclusión: características de los tratados sobre derechos humanos ...	36
2.2. La "costumbre" internacional	38
2.3. Los principios generales del derecho	40
3. El valor jurídico de las declaraciones y resoluciones de organizaciones internacionales	41

particular en el tratado constitutivo de la organización (o en cualquier otro tratado posterior a ella vinculada).

Por ejemplo, el artículo 13 de la Carta de las Naciones Unidas dispone el poder de la Asamblea General de las Naciones Unidas para hacer "recomendaciones" a los Estados con el fin de "[...] a. *fomentar la cooperación internacional en el campo político e impulsar el desarrollo progresivo del Derecho Internacional y su codificación; b. fomentar la cooperación internacional en materias de carácter económico, social, cultural, educativo y sanitario y ayudar a hacer efectivos los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión*". En cambio, el Consejo de Seguridad se encuentra autorizado, con el fin de mantener la paz y la seguridad internacionales, para tomar decisiones –a través de una resolución– que serían vinculantes para los Estados miembros en virtud de lo establecido por el artículo 25 de la Carta.

Sin perjuicio de ello, existe la posibilidad de que una declaración o resolución de un órgano internacional recoja normas consuetudinarias generales. En tal supuesto, la obligatoriedad de tales normas será considerada independientemente del valor jurídico que posea la declaración o resolución como tal.

También puede ocurrir que dicho acto constituya la práctica necesaria para crear una norma de derecho consuetudinario y constituya tanto una expresión de la conducta objetiva de los Estados que la votaron como una manifestación de la *opinio iuris*⁹⁰.

En cualquier caso, la resolución o declaración podrá ser "[...] *una guía orientadora utilizable para precisar el alcance y contenido de un derecho humano establecido en algún tratado*", lo cual dependerá "[...] *del número de Estados que la firmaron y de la representatividad de los mismos (por ejemplo, si los Estados provienen de las distintas regiones del mundo)*"⁹¹.

90 Cfr. Medina, Cecilia, "Las fuentes del derecho internacional de los derechos humanos", en *Sistema jurídico y derechos humanos: el derecho nacional y las obligaciones internacionales de Chile en materia de derechos humanos*, 1997, reproducido en Rodríguez Pinzón, D. y otros, *La dimensión internacional de los derechos humanos*, BID, Washington DC, 1999, pág. 29.

91 Ídem.

Capítulo 3

LAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO INTERNO ARGENTINO¹

SILVINA S. GONZÁLEZ NAPOLITANO

Profesora titular de Derecho Internacional Público y profesora adjunta regular de Derechos Humanos y Garantías de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA).

SUMARIO: 1. Introducción; 2. La incorporación del derecho internacional; 2.1. La incorporación de los tratados en nuestro derecho interno; 2.2. La incorporación del derecho internacional consuetudinario en el derecho argentino; 3. La relación jerárquica entre el derecho internacional y el derecho interno; 3.1. Solución en el derecho internacional; 3.2. Solución en el derecho argentino; 3.2.1. La Constitución Nacional y los tratados internacionales; 3.2.2. Jerarquía de los tratados frente a otras fuentes de derecho; 3.2.3. Jerarquía de la costumbre internacional frente a otras fuentes de derecho interno; 3.2.4. Las declaraciones sobre derechos humanos con jerarquía constitucional; 4. La aprobación y denuncia de los tratados según la reforma constitucional; 4.1. La aprobación por el Congreso; 4.2. La denuncia; 5. Operatividad de los tratados; 5.1. Tratados operativos y programáticos; 5.2. Operatividad de los tratados sobre derechos humanos; 6. Otras normas constitucionales referentes a los tratados; 7. Observaciones finales.

1. Introducción

Son dos los problemas que atañen a las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno: la incorporación de aquel al derecho estatal y la relación jerárquica entre ambos. En el presente capítulo se analizarán las normas constitucionales argentinas así como los tratados vigentes suscriptos por nuestro país, que nos permitan resolver ambas cuestiones, a la luz de la jurisprudencia de nuestros tribunales.

1 Este capítulo constituye una versión actualizada y adaptada del trabajo "Las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno a partir de la reforma constitucional de 1994", elaborado por Silvina S. González Napolitano.

2. La incorporación del derecho internacional

Existen dos formas de incorporación del derecho internacional (convencional o consuetudinario): automáticamente o a través de un acto formal del Estado (que puede ser una ley u otra fuente) que lo recepte, transforme o integre al derecho interno. La incorporación automática o directa de los tratados o de la costumbre internacional es tenida en cuenta por lo que la doctrina denomina "teoría monista", que considera al derecho internacional y al derecho interno como dos subsistemas que pertenecen a un mismo ordenamiento jurídico. Por oposición, la "teoría dualista", al considerar que ambos derechos pertenecen a dos ordenamientos distintos, requiere la transformación del derecho internacional para poder ser aplicado en el orden jurídico interno.

2.1. La incorporación de los tratados en nuestro derecho interno

Lo relativo a los tratados celebrados por escrito se encuentra regulado en dos acuerdos internacionales: 1) La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, suscripta en 1969, ratificada por nuestro país el 05/12/1972 y en vigor desde el 27/01/1980, que se aplica a los tratados celebrados por escrito entre Estados y 2) la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales, suscripta en 1986 (la República Argentina la firmó el 30/01/1987) ratificada por nuestro país el 17/08/1990, aunque aún no ha entrado en vigor.

Los tratados celebrados "en buena y debida forma" (por oposición a los acuerdos en forma simplificada que se concluyen con la negociación y la firma) atraviesan distintas etapas: negociación, adopción del texto, autenticación y manifestación del consentimiento en obligarse. Esta última etapa puede realizarse por medio de la ratificación, adhesión (en el caso de terceros Estados), etcétera².

Para nuestro derecho, el tratado es un acto complejo federal³, por cuanto en su celebración intervienen los Poderes Ejecutivo y el Legislativo de la Nación.

En sede *internacional*, es el Poder Ejecutivo de la Nación (PEN) el que negocia y ratifica los tratados. Así, el actual artículo 99 de nuestra Carta Magna (según la reforma de 1994), en su inciso 11 establece que el PEN "[...] *concluye y firma*⁴ *tratados, con-*

2 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". O sea que a través de la ratificación "el órgano competente de un Estado causa la vinculación obligatoria de este a un tratado"; cfr. De la Guardia, Ernesto y Delpech, Marcelo, *El Derecho de los Tratados y la Convención de Viena de 1969*, La Ley, Buenos Aires, 1970, pág. 213.

3 Así lo confirmó la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) en el caso "Ekmekdjian, Miguel A. c/Sofovich, Gerardo y otros", 07/07/1992, considerando 17, voto de la mayoría (www.erreijs.com).

4 El término *concluir* ha sido empleado por nuestros constituyentes como sinónimo de *negociar*, ya que como acertadamente manifiestan De la Guardia y Delpech: "[...] *no podría pensarse que el Presidente concluyera en el sentido de expresar el consentimiento definitivo y luego firmara*" (ob. cit., pág. 511).

cordatos y otras negociaciones requeridas para el mantenimiento de buenas relaciones con las organizaciones internacionales y las naciones extranjeras [...]".

Este párrafo concuerda con el anterior artículo 86, inciso 14)⁵; se destaca que en su nueva redacción se amplió su ámbito de aplicación al evitar hacer referencia al objeto de los tratados; además se incluyeron los celebrados con las organizaciones internacionales.

En el ámbito *interno*, nuestra Constitución Nacional (CN) exige que los tratados con las Naciones extranjeras sean aprobados por el Congreso de la Nación, tal como lo 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)⁶.

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 (efectuada a través de una ley del Poder Legislativo de la Nación) y ratificación (acto que realiza el Poder Ejecutivo –presidente de la Nación–).

Resulta imprescindible destacar que la aprobación que realiza el Congreso de la Nación en el orden interno –por medio de una ley– es solo un paso intermedio en el proceso de conclusión de los tratados, previamente a la ratificación en el ámbito internacional y, por ende, no implica su incorporación al derecho interno⁷. Cuando el Poder Legislativo aprueba (el texto del futuro tratado –o del tratado, en el caso de adhesión–), solamente brinda 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, únicamente 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 vigor⁸, y para que esto ocurra se deben dar dos requisitos: primero, que el tratado se encuentre en vigor y segundo, 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 1969⁹.

5 Anterior texto del artículo 86, inciso 14): "*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, recibe sus ministros y admite sus cónsules*".

6 Anterior texto del artículo 67, 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*".

7 Cfr. Moncayo, Guillermo, Vinuesa, Raúl y Gutiérrez Posse, Hortensia, *Derecho Internacional Público*, 2ª reimp., Zavalla, Buenos Aires, 1987, t. 1, pág. 64.

8 Conforme con los artículos 26 de las Convenciones de Viena de 1969 y de 1986: "*Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe*".

9 El artículo 18 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 enuncia: "*Un estado deberá abstenerse de actos en virtud de los cuales se frustren el objeto y fin de un tratado: a)*

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 argentino¹⁰.

Por lo expuesto, es incorrecto asimilar el 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 el acto internacional de "ratificación" con la ley interna que lo aprueba, tal como erróneamente lo han establecido nuestros tribunales en numerosos precedentes¹¹. Además, dicha ley aprobatoria no puede

Si ha firmado el tratado o ha canjeado instrumentos que constituyen el tratado a reserva de ratificación, aceptación o aprobación, mientras no haya manifestado su intención de no llegar a ser parte en el tratado; o b) Si ha manifestado su consentimiento en obligarse por el tratado, durante el período que precede a la entrada en vigor del mismo y siempre que esta no se retarde indebidamente". Este artículo es coincidente con el artículo 18 de la Convención de Viena de 1986.

10 Cfr. Barberis, Julio, "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, pág. 19.

11 En el caso "Ponzetti de Balbín, Indalia c/Editorial Atlántida SA", 11/12/1984 (www.erreius.com), 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 doctores 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 doctor Petracchi). En el caso "Campillay, Julio C. c/La Razón y otros" (CSJN, 15/05/1986, www.erreius.com) 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, 29/08/1986, www.erreius.com), los doctores 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, 09/06/1987, www.erreius.com), 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" (pág. 340). En el caso "Jauregui, Luciano A." (CSJN, 15/03/1988, www.erreius.com), la Corte expresaba: "Cabe agregar, en tal sentido, que el requisito previsto en el art. 8, apart. 2, inc. 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 doctor Petracchi). En el caso ya citado "Sánchez Abelenda c/Ediciones de la Urraca" (causa S-454.XXI, 01/12/1988 -ver la nota 15 del capítulo 2 de esta obra-), el juez de primera instancia hace referencia al derecho de réplica al decir "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), sin ser tal imprecisión advertida por el Tribunal Supremo. Asimismo la C. Nac. Civ., Sala A, repite el error en el considerando 4 de su sentencia del 03/03/1988 (www.erreius.com).

tener la función de incorporar el tratado al derecho interno (como equivocadamente obra en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación -CSJN-)¹², puesto que en esa etapa, como ya se ha señalado, el tratado aún no ha sido ratificado y, por ende, tampoco está en vigor. Por otra parte, hay que señalar que pueden variar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado transcrito en la ley aprobatoria, a causa de reservas efectuadas por el PEN en el momento de obligarse, o por la aceptación u objeción de las formuladas por otros Estados.

Respecto de los efectos que produce la sanción de la ley aprobatoria de un tratado en el sistema jurídico argentino, resulta interesante comentar los hechos planteados ante la CSJN en el caso "Frites"¹³. Eulogio Frites y América Angélica Alemán de Barrera, "[...] en nombre de los Pueblos Indígenas, sus organizaciones y comunidades [...]", presentaron en 1992 una nota ante el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto a fin de que se les informara si el PEN había comunicado a la Organización Internacional del Trabajo (OIT) la ratificación por el Estado argentino del Convenio 169/1989 sobre Pueblos Indígenas y Tribales, que había sido aprobado por el Poder Legislativo de la Nación (PLN) mediante la ley 24.071.

Ante la falta de contestación interpusieron una acción de amparo por mora de la Administración y solicitaron que se le fijara al PEN un plazo para enviar "[...] los documentos de depósito de la ratificación del Convenio 169/1989 al señor director general de la OIT [...]", por entender -erróneamente- que el PEN estaba obligado a efectuar la comunicación de la ratificación "[...] ya realizada por la ley"¹⁴, y lo peticionado era "[...] un sencillo trámite de la Administración, de rutina, que se ha omitido inexplicablemente por negligencia u otras razones difíciles de apreciar"¹⁵.

La Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal revocó el pronunciamiento de primera instancia apelado¹⁶ y declaró improcedente la acción incoada, por entender que "[...] el acto cuya emisión pretenden

12 En el caso "L. C. s/Sucesión" (CSJN, 24/12/1985), el procurador general hace referencia al "Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940 (incorporado a nuestro Derecho por decreto-ley 771/56) [...]" (www.erreius.com). En el caso "Campillay, Julio C. c/La Razón y otros" se expresa: "[...] es de destacar que el derecho de réplica de que se trata, ha sido incorporado a nuestro Derecho interno, conforme lo normado por el artículo 31 de la Constitución Nacional, mediante la aprobación por el artículo 1 de la ley 23.054 del llamado Pacto de San José de Costa Rica [...]" (considerando 6 del voto en disidencia del doctor Fayt).

En el caso Eusebio, ya mencionado, el procurador general, al confundir incorporación con operatividad, expresa: "En primer lugar, el artículo 2 de dicho tratado es bien claro en el sentido de que los derechos y libertades mencionados en el artículo precedente -que son todos los que consagra la propia Convención- deben ser específicamente incorporados al derecho interno de los Estados partes, en caso de no encontrarse ya garantizados en ellos, mediante las disposiciones legislativas o de otra índole que deberán adoptarse con arreglo a los procedimientos constitucionales de cada país" (pág. 340 del citado repertorio -ver allí nota 10-).

13 CSJN, "Recurso de hecho deducido por los actores en la causa Frites, Eulogio y Alemán, América Angélica c/Poder Ejecutivo nacional -Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto-", 04/12/1995.

14 La parte actora consideraba que la ley que aprobaba el tratado implicaba su ratificación.

15 Considerando 2 del voto disidente del doctor Boggiano.

16 En dicho pronunciamiento -el cual fue apelado por ambas partes- se había hecho lugar a la acción, y se dio un plazo al Poder Ejecutivo de la Nación para expedirse sobre el reclamo interpuesto por la actora (considerando 3 del voto disidente del doctor Boggiano).

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 Administrativos¹⁷. La mayoría de la CSJN declaró inadmisibile el recurso extraordinario interpuesto por la actora y desestimó la queja planteada. El magistrado Boggiano votó en disidencia por entender que el recurso interpuesto era formalmente admisible, toda vez que se discutía el alcance que cabía asignarles a las cláusulas de la Constitución Nacional que regulan las facultades del PEN en lo atinente al trámite para la aprobación y ratificación de los tratados internacionales¹⁸.

En cuanto al fondo de la cuestión planteada entiende que debe confirmarse la sentencia apelada por los siguientes fundamentos, los cuales resultan esclarecedores de la cuestión debatida:

"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 (arts. 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 (art. 7 de dicha Convención). Esta ratificación, como acto internacional vinculante para el Estado, no es la aprobación del Poder Legislativo contemplada en el art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional –a veces confundida con la ratificación– pues esta última solo tiene por efecto autorizar al Poder Ejecutivo nacional a ratificar el tratado en sede internacional"¹⁹.

"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 (art. 75, inc. 22 y art. 99, inc. 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 (arts. 27 y 99, inc. 1, 11 de la Constitución Nacional)"²⁰.

"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 art. 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 (art. 27, Constitución Nacional)"²¹.

"Que, los tratados tienen primacía sobre las leyes (Constitución Nacional, art. 75, inc. 22). Y es atribución del Poder Ejecutivo asumir para la Nación, por ratificación, obligaciones internacionales con el alcance de tal primacía"²².

"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 solamente 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"²³.

2.2. La incorporación del derecho internacional consuetudinario en el derecho argentino

Nuestra Constitución hace referencia al *derecho de gentes* en la actual redacción del artículo 118, concordante con el anterior artículo 102²⁴. El "derecho de gentes" está integrado no solo por normas convencionales, sino también consuetudinarias y es destacable que en muchas oportunidades nuestro máximo tribunal de justicia a hecho alusión a dicha expresión para aplicar normas consuetudinarias, tales como aquellas relativas a inmunidades de los Estados y de los agentes diplomáticos y consulares²⁵.

Asimismo, la reforma constitucional de 1994 incorporó, en la primera disposición transitoria, una referencia a los *principios del derecho internacional*, en relación con la recuperación de las islas australes²⁶. A diferencia de los principios generales del derecho –contenidos en los ordenamientos internos de los Estados–, los denominados "principios generales del derecho internacional" son aquellas "[...] *abstracciones de las normas que integran el ordenamiento jurídico internacional general*"²⁷, mayormente deducidas de la costumbre internacional. Es decir que aquella referencia a la conformidad con los principios del derecho internacional vinculada con la recuperación de las islas australes debe entenderse como una reafirmación del respeto de las normas básicas del derecho internacional, reconocidas por el derecho consuetudinario, como aquella que prohíbe el uso de la fuerza en las relaciones interestatales.

Por ende, la costumbre internacional integra directamente nuestro ordenamiento interno, tal como lo confirma la jurisprudencia argentina²⁸. Esto prueba, una vez

23 Ibid., considerando 11.

24 El artículo 118 prescribe: "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 hubiere cometido el delito; pero cuando este 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".

25 Cfr. Moncayo, Guillermo, Vinuesa, Raúl y Gutiérrez Posse, Hortensia, ob. cit., pág. 68. Ver, también, la jurisprudencia mencionada *infra*.

26 "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".

27 Cfr. Moncayo, Guillermo, Vinuesa, Raúl y Gutiérrez Posse, Hortensia, ob. cit., pág. 151.

28 La Corte Suprema de Justicia ha establecido en el caso "Gómez, Samuel c/Embajada Británica", 24/06/1976 (www.erreijs.com) que "[...] 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" (considerando 4). "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" (considerando 5). Esta postura ha sido compartida en el

17 Considerando 4 del voto disidente del doctor Boggiano.

18 Ibid., considerando 6.

19 Ibid., considerando 7.

20 Ibid., considerando 8.

21 Ibid., considerando 9.

22 Ibid., considerando 10.

más, que no se requiere de un acto formal interno para incorporar al derecho internacional.

3. La relación jerárquica entre el derecho internacional y el derecho interno

3.1. Solución en el derecho internacional

En este se reafirma que dicho orden prevalece sobre el interno. Así, la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados, en el artículo 27 establece: "*Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado*"; idéntico principio adopta la Convención de 1986 referente a los tratados con organizaciones internacionales, ello sin perjuicio de que la violación manifiesta de una norma de fundamental importancia del derecho interno relativa a la manifestación del consentimiento del Estado, pueda dar lugar a la nulidad relativa del tratado (conforme al art. 46 de las citadas convenciones), algo poco común.

La Resolución 2625/XXV de la Asamblea General de las Naciones Unidas (de 1970) enuncia el siguiente principio: "*Todo Estado tiene el deber de cumplir de buena fe las obligaciones contraídas en virtud de los principios y normas de derecho internacional generalmente reconocidos*". Esta disposición se refiere no solo al derecho internacional convencional, sino que abarca también el derecho consuetudinario.

Por su parte, el Proyecto sobre Responsabilidad Internacional del Estado elaborado por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, incorporó en su artículo 32 –titulado "Irrelevancia del derecho interno"– lo siguiente: "*El Estado responsable no puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de las obligaciones que le incumben en virtud de la presente parte*". Asimismo, el artículo 3 del mencionado instrumento prescribe que "[...] *la calificación del hecho del Estado como internacionalmente ilícito se rige por el derecho internacional. Tal calificación no es afectada por la calificación del mismo hecho como ilícito por el derecho interno*".

La primacía del derecho internacional sobre los ordenamientos internos de los Estados es corroborada por la jurisprudencia internacional²⁹.

caso "Cabrera, Washington J. E. c/Comisión Técnica Mixta de Salto Grande", 05/12/1983 (www.erreius.com): "*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*" (considerando único del voto de la mayoría); "[...] *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*" (considerando 7 del voto de la minoría); "*De acuerdo con criterios elementales del derecho internacional consuetudinario, aplicables por esta Corte*" (considerando 10 del mismo voto).

²⁹ La Corte Internacional de Justicia (CIJ), al igual que otros tribunales internacionales, sostuvo en numerosos casos la primacía del derecho internacional. Por ejemplo, en el asunto de las *Pesquerías anglo-noruegas* afirmó que la delimitación de las zonas marítimas no podía depender

3.2. Solución en el derecho argentino

El artículo 31 de la Constitución Nacional establece: "*Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquier disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales [...]*". Esta disposición les otorga a la Constitución, las leyes de la Nación y los tratados internacionales rango de "ley suprema de la Nación"³⁰, por lo que prevalecen sobre el ordenamiento provincial, sin establecer jerarquía alguna entre ellos (puesto que si el orden en que se encuentran enunciados implicara preeminencia, tendría que haberse explicitado en la misma norma). Al respecto, Gros Espiell señala: "*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*"³¹.

Para analizar la relación jerárquica entre la Constitución, las leyes y los tratados, debemos recurrir a otras disposiciones constitucionales, las que analizaremos a continuación. Más adelante nos ocuparemos de la jerarquía que se le ha reconocido a la costumbre internacional a partir de la jurisprudencia nacional.

3.2.1. La Constitución Nacional y los tratados internacionales

Hasta la entrada en vigor de la actual reforma³², la Constitución Nacional ocupaba la cúspide de la pirámide jurídica, en virtud de los artículos 27 y 30.

de la voluntad del Estado ribereño expresada en su derecho interno, sino que su validez frente a otros Estados dependía del derecho internacional. Cfr. *I.C.J. Reports 1951*, pág. 132. Recientemente, dicho tribunal constató, en el caso *La Grand*, la violación por parte de los Estados Unidos de América (EE.UU.) de las obligaciones prescriptas en el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, en perjuicio de dos personas de nacionalidad alemana que habían sido detenidas en territorio estadounidense, sin informarles sobre sus derechos de asistencia consular, e impidiendo así que el Estado alemán pudiera brindar la protección adecuada a sus ciudadanos. Al respecto, EE.UU. argumentó que no podía reparar tal omisión al volver las cosas al estado anterior, como pretendía Alemania; es decir, al anular el proceso penal que culminó con la condena a muerte de los hermanos Karl y Walter La Grand, invocando la aplicación de su derecho interno: la denominada regla o doctrina del "*procedural default*". La CIJ concluyó que, la aplicación de dicha regla en este caso particular, había impedido efectivizar los derechos establecidos por la Convención de Viena, y produjo, en consecuencia, la violación del artículo 36 del mencionado tratado, generándose así la responsabilidad internacional de EE.UU.; cfr. caso *La Grand* (Alemania c. EE.UU.), 27/06/1991, párrafo 91 (disponible en <http://www.icj-cij.org>).

³⁰ Aquí no se utiliza la palabra "ley" en sentido estricto, en la acepción de "ley formal", o sea, con referencia al acto emanado de una legislatura, sino que se la emplea como sinónimo de norma jurídica, es decir, la conducta debida (o prescripta) por el derecho, en su acepción de "ley material".

³¹ Cfr. Gros Espiell, Héctor, "Los Tratados sobre Derechos Humanos y el Derecho Interno", en Vinuesa, Raúl (edit.), *Temas de Derecho Internacional en Homenaje a Frida M. Pfitzer de Armas Barea*, Fundación del Centro de Estudios Internacionales de Buenos Aires, 1989, pág. 62.

³² Para un estudio más profundo de las normas jurídicas de nuestro país antes de la reforma constitucional de 1994 ver Moncayo, Guillermo, Vinuesa, Raúl y Gutiérrez Posse, Hortensia, ob. cit., pág. 58 y siguientes.

"Artículo 27. 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".

"Artículo 30. Esta Constitución puede reformarse en el todo o en cualquiera de sus partes. La necesidad de reforma debe ser declarada por el Congreso con el voto de dos terceras partes, al menos, de sus miembros; pero no se efectuará sino por una Convención convocada al efecto".

Una interpretación armónica de estos artículos nos indicaba que, por una parte, los tratados debían respetar los principios de derecho público constitucional³³ y, por la otra, al establecerse un procedimiento rígido para la reforma constitucional, consecuentemente, la CN no podría ser modificada por un tratado o una ley (sino solo a través de una convención constituyente)³⁴.

La supremacía constitucional, recogida también en el artículo 21 de la ley 48³⁵, era confirmada por la jurisprudencia³⁶.

En este aspecto, la reforma de 1994 produjo modificaciones notables sobre el texto constitucional, si bien se mantuvieron inalterados los artículos 27, 30 y 31.

Por una parte, se diferencian distintas categorías de tratados: según su objeto (sobre derechos humanos, sobre integración, para fines de administración de justicia, de intereses económicos y trabajos de utilidad común, de carácter político) y según los sujetos intervinientes (tratados con Estados de Latinoamérica, con otros Estados, con organizaciones internacionales³⁷, concordatos con la Santa Sede).

El nuevo artículo 75, en su inciso 22), párrafos segundo y tercero, establece:

33 Es destacable que el artículo 27 de la Constitución Nacional (CN) obliga al tratado a "[...] ajustarse a los principios de derecho público y no a cualquier disposición secundaria de la Constitución"; cfr. Barberis, Julio, ob. cit., pág. 20.

34 Esta postura es concordante con la mayoría de los sistemas constitucionales latinoamericanos. Para un análisis más profundo del tema ver Gros Espiell, Héctor, ob. cit., págs. 61-72.

35 El artículo 21 de la ley 48 establece: "Los tribunales y jueces nacionales en el ejercicio de sus funciones procederán aplicando la Constitución como ley suprema de la Nación, las leyes que haya sancionado o sancione el Congreso, los tratados con las naciones extranjeras, las leyes particulares de las provincias, las leyes generales que han regido anteriormente a la Nación, y los principios del derecho de gentes según lo exijan respectivamente los casos que se sujeten a su conocimiento en el orden de prelación que va establecido".

36 La CSJN en el caso citado "Cabrera, Washington c/ Comisión Técnica Mixta de Salto Grande", declaró inconstitucional el artículo 4 del Acuerdo de Sede suscripto por nuestro país, el 15/04/1977, por otorgar a la Comisión Técnica Mixta de Salto Grande inmunidad de jurisdicción, y esta, al carecer de órgano jurisdiccional para entender en las controversias, violaba el artículo 18 de la CN (que establece el derecho a la jurisdicción).

37 Al respecto, Rey Caro considera que habría sido más adecuado haber agregado con "otros entes internacionales", dado que "[...] la dinámica de las relaciones internacionales está signada por la participación en la vida internacional no solo de los Estados y las organizaciones internacionales, sino también de otros entes a los cuales se les reconoce subjetividad internacional, algunos de larga existencia ya como la Soberana Orden de Malta o la Cruz Roja Internacional (más precisamente el Comité), y otros surgidos en razón de realidades y circunstancias más recientes, como los movimientos de liberación nacional". Cfr. Rey Caro, Ernesto, "Los Tratados Internacionales en el Ordenamiento Jurídico Argentino. Consideraciones sobre la Reforma Constitucional", en *Los Tratados Internacionales y la Constitución Nacional*, M. Lerner, Córdoba, 1995, pág. 36.

"La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Solo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

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

A primera vista pareciera que, a partir de dichos párrafos, la cúspide de la pirámide jurídica actualmente se encuentra compartida por la CN, las dos "declaraciones" y nueve tratados sobre derechos humanos, enunciados taxativamente (jerarquía comparable con la Constitución peruana de 1978, que en su artículo 105 preceptúa que "[...] los tratados relativos a derechos humanos tienen jerarquía constitucional").

Sin embargo, la referencia a que dichos instrumentos "[...] no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos", así como la vigencia de los artículos 27 y 30, nos lleva a interpretar que siguen prevaleciendo los principios de derecho público constitucionales sobre todo tipo de tratados, puesto que esa es la condición que deben cumplir incluso los tratados sobre derechos humanos para gozar de la llamada "jerarquía constitucional". En realidad, esta expresión podría significar que estos tratados sobre derechos humanos son superiores a toda otra norma inferior a la Constitución, puesto que está bien claro que los tratados "[...] no derogan artículo alguno de la primera parte de la constitución" y, además, tampoco se previó la posibilidad de contradicción entre las normas de un tratado con aquella (aunque ello no quita la posibilidad de que en el futuro la jurisprudencia pueda hacer prevalecer las cláusulas de este tipo de tratados sobre la Constitución misma)³⁸.

En definitiva, pareciera que la única innovación consiste en darle un contenido concreto al artículo 33 de la CN, cuyos derechos y garantías no enumerados quedarían explicitados por vía de estos tratados (aunque el artículo 33 deja abierta la posibilidad de considerar en el futuro otros derechos no contemplados actualmente).

La CSJN ya ha tenido oportunidad de interpretar el segundo párrafo del inciso 22) del nuevo artículo 75 de la CN en el caso "Analía M. Monges c/ Universidad de Buenos Aires". En dicho asunto nuestro máximo tribunal analizó diversas normas y su compatibilidad, con el objeto de verificar la constitucionalidad o inconstitucionalidad.

38 Sobre las distintas interpretaciones que la doctrina ha dado al respecto, ver Rey Caro, Ernesto, "Los tratados internacionales sobre derechos humanos en la Constitución Argentina", en *Héctor Gros Espiell Amicorum Liber*, v. II, Bruylant, Bruselas, 1997, págs. 1290-1291.

lidad de la resolución 2314/1995 del Consejo Superior de la Universidad de Buenos Aires, por la que se había dispuesto dejar sin efecto la resolución 1219/1995 dictada por el Consejo Directivo de la Facultad de Medicina, por la que se creó el denominado "curso preuniversitario de ingreso"³⁹. Las normas en cuestión eran:

1) el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales [con jerarquía constitucional en virtud del artículo 75, inciso 22) de la Carta Magna], cuyo artículo 13, inciso 2.c) establece que "[...] la enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados [...]";

2) el artículo 75, inciso 18), CN que encomienda al Congreso el dictado de "[...] planes de instrucción general y universitaria [...]" referentes a todos los niveles y ciclos educativos;

3) el artículo 75, inciso 19), CN que dispone "Sancionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales; que aseguren la responsabilidad indelegable del Estado, la participación de la familia y la sociedad, la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna; y que garanticen los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal y la autonomía y autarquía de las universidades nacionales";

4) el artículo 50 *in fine* de la Ley Federal de Educación 24.521 que prescribe: "En las universidades con más de cincuenta mil (50.000) estudiantes, el régimen de admisión, permanencia y promoción de los estudiantes será definido a nivel de cada facultad o unidad académica equivalente".

Al respecto, la Corte Suprema estableció:

"Que el art. 75, inc. 22, mediante el que se otorgó jerarquía constitucional a los tratados cuyas disposiciones se han transcritto, establece, en su última parte, que aquellos '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 constituidos desconocer y contradecir"⁴⁰.

"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 la 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"⁴¹.

"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 -entre ellas, el inc. 19 del art. 75- aunque el consti-

39 La Corte finalmente confirmó la sentencia apelada y apoyó la solución brindada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, que declaró la nulidad de la resolución 2314/1995 del Consejo Superior de la Universidad de Buenos Aires; cfr. CSJN, 26/12/1996, voto de la mayoría.

40 *Ibíd.*, considerando 20.

41 *Ibíd.*, considerando 21.

tuyente no haya hecho expresa alusión a aquella, pues no cabe sostener que las normas contenidas en los tratados se hallen por encima de la segunda parte de la Constitución. Por el contrario, debe interpretarse que las cláusulas constitucionales y las de los tratados tienen la misma jerarquía, son complementarias y, por lo tanto, no pueden desplazarse o destruirse recíprocamente"⁴².

3.2.2. Jerarquía de los tratados frente a otras fuentes de derecho

Respecto de los tratados y las leyes de la Nación, ante la falta de normas constitucionales que brindaran un orden jerárquico, la CSJN durante varias décadas consideró a las leyes (o decretos-leyes) y a los tratados en igualdad de rango y para resolver un conflicto entre ambos recurría a dos principios generales del derecho: *ley posterior deroga ley anterior* y *ley especial deroga ley general*. En consecuencia, un tratado posterior podía derogar⁴³ una ley anterior, así como una ley posterior podía derogar un tratado anterior (sin perjuicio de que ello generara responsabilidad internacional por el incumplimiento de un tratado en vigor). Esta postura se afirmaba en los casos "SA Martín y Cía. Ltda. c/Administración General de Puertos s/Repetición de pago"⁴⁴ y "Esso SA c/Gobierno Nacional"⁴⁵.

En 1992 la CSJN revirtió su doctrina en el caso "Ekmekdjian, Miguel c/Sofovich, Gerardo y otros"⁴⁶ al sostener que "[...] la derogación de un tratado internacional por una ley del Congreso violenta la distribución de competencias impuesta por la misma Constitución nacional, porque mediante una ley se podría derogar el acto complejo federal de la celebración de un tratado"⁴⁷ y "[...] 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"⁴⁸.

Esta postura es reiterada en fallos posteriores, tales como "Servini de Cubría, M. c/Arte Radiotelevisivo Arg. SA y Borensztein, Mauricio"⁴⁹; "Fibrica Constructora SCA

42 *Ibíd.*, considerando 22.

43 Parte de la doctrina considera incorrecta la utilización del término "derogar" en estos casos. Tal como opina el doctor Barberis, el término "derogación" "[...] se trata simplemente del incumplimiento o de la violación de un tratado internacional" (ob. cit., pág. 25), y al compararlo con el derecho interno: "[...] quien no da cumplimiento a un contrato, no puede expresar que lo anula o deroga, sino simplemente debe decir que no lo respeta o transgrede"; y agrega: "[...] la Argentina no podría derogar unilateralmente un tratado que ha concertado con otro Estado y tampoco podría revocar el consentimiento otorgado para obligarse mediante esa convención"; cfr. Barberis, Julio, "La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y la Constitución Argentina", revista *Prudentia Iuris*, 1986, pág. 186.

44 Fallos 257:99.

45 Fallos 271:7.

46 Fallo citado *supra*, pág. 540.

47 *Ibíd.*, considerando 17.

48 *Ibíd.*, considerando 18.

49 Fallo del 08/09/1992 (www.erreijs.com).

c/Comisión Técnica Mixta de Salto Grande s/Recurso de hecho"⁵⁰; "Serra, Fernando Horacio y otro c/Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires s/Recurso de hecho"⁵¹; "Hagelin, Ragnar c/PEN s/Juicio de conocimiento"⁵²; "Artigue, Sergio Pablo s/Incidente de restitución de detenido"⁵³, entre otros.

En resumen, la jurisprudencia consideraba a los tratados celebrados de acuerdo con la CN como superiores a las leyes y al resto de nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, es importante destacar que en el mencionado caso "Fibraca", la Corte Suprema, si bien reafirma la supremacía de los tratados, deja expresamente a salvo el respeto de los principios constitucionales, al expresar: "*Que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados [...] es un tratado internacional, constitucionalmente válido, que en su art. 27 dispone: 'Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado'. La necesaria aplicación de este artículo 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*"⁵⁴.

La reforma constitucional de 1994 adoptó una postura que concuerda con la doctrina de la CSJN al prescribir en el artículo 75, inciso 22), primer párrafo que "los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes"⁵⁵.

Por otra parte, en el inciso 24) del mencionado artículo 75, se señala también entre las funciones del Poder Legislativo: "*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*".

A raíz de lo dispuesto en este inciso, se puede afirmar que las normas dictadas por las organizaciones supraestatales, si bien se hallan por encima de las leyes, deben respetar los derechos humanos. Por ende, los tratados sobre estos derechos serán superiores jerárquicamente. Pero, cabe preguntarse, ¿qué orden de prelación tendrán respecto del resto de los tratados?

Pareciera que la nueva CN se limita a considerar estas normas por encima de las leyes del Congreso, al igual que cuando se refiere a los tratados y concordatos, de modo que se encontrarían en un pie de igualdad. De ser así, es de suponer que en caso de oposición entre ambos, el conflicto se resolvería por los principios de "ley posterior" y "ley especial", sin perjuicio de la responsabilidad internacional que acarrearía el incumplimiento de la norma internacional en vigor.

50 Causa F433.XXIII, 07/07/1993 (www.erreius.com).

51 Causa S.182.XXIV, 26/10/1993.

52 Causa H.19.XXV, 22/12/1993.

53 Causa 281.XXV, 25/03/1994.

54 Fallo citado *supra*, considerando 3.

55 En realidad, la reforma constitucional superó la postura de la Corte, si se tiene en cuenta que eleva la jerarquía de ciertos tratados sobre derechos humanos, como ya se trató en el punto anterior.

3.2.3. Jerarquía de la costumbre internacional frente a otras fuentes de derecho interno

A diferencia de lo que ocurre con los tratados, nuestra Constitución Nacional no hace referencia explícita a la posición que ocupa la costumbre internacional en relación con otras fuentes de derecho interno, sea la propia CN, o leyes dictadas por el Congreso de la Nación. Vinuesa considera que, sin embargo, es posible inferir que la costumbre tendrá el mismo rango otorgado a los tratados y que está subordinada a la Constitución Nacional⁵⁶.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha hecho aplicación de la costumbre internacional en diversas oportunidades, aunque es difícil hallar precedentes en los que se observe una nítida contraposición entre una norma internacional consuetudinaria y una norma interna, para poder evaluar cómo juega la relación jerárquica entre ellas.

En el caso *Priebke*, la Corte Suprema, al hacer lugar a la extradición solicitada por Italia del criminal de guerra Erich Priebke, sostuvo la imprescriptibilidad "[...] de los delitos contra la humanidad", con apoyo en los "*principios del ius cogens del Derecho Internacional*"⁵⁷, probablemente con la finalidad de descartar la aplicación de las normas contenidas en el Código Penal argentino vigente en dicha época, bajo las cuales, todas las acciones penales prescribían al cabo de un período de tiempo, variable de acuerdo con el tipo de delito.

Resulta interesante resaltar que, al decidir casos concernientes a la inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros ante nuestros tribunales, se dio algo paradójico. La Corte resolvió de manera contrapuesta similares asuntos, pero fundamentó su solución en todos ellos en la aplicación prioritaria de una norma consuetudinaria.

En efecto, en el caso "Gómez, Samuel c/Embajada Británica", el máximo tribunal argentino reconoció el principio internacional de inmunidad de jurisdicción y lo aplicó de manera "absoluta" a favor del Estado demandado⁵⁸. Sin embargo, en el caso *Manauta*, aplicó la teoría restrictiva de la inmunidad de jurisdicción y se apartó, así, de la solución dada en aquel precedente. Asimismo, se apoyó en la práctica internacional, al precisar que "[...] a la vista de la práctica actual divergente de los Estados, ya no es posible sostener que la inmunidad absoluta de jurisdicción constituya una norma de Derecho Internacional general, porque no se practica de modo uniforme ni hay convicción jurídica de su obligatoriedad"⁵⁹.

56 Conforti, Benedetto, *Derecho Internacional*, Zavallia, Buenos Aires, 1995, pág. 397. Edición en español revisada y anotada por Raúl Vinuesa.

57 CSJN, "Priebke, Erich s/Solicitud de extradición -causa 16.063/94-", fallo del 02/11/1995, voto de la mayoría, considerandos 4 y 5.

58 Ver *supra* nota 28.

59 CSJN, "Manauta, Juan José y otros c/Embajada de la Federación Rusa s/Daños y perjuicios", fallo del 22/12/1994, considerando 10.

3.2.4. Las declaraciones sobre derechos humanos con jerarquía constitucional

Ya vimos que el nuevo artículo 75, inciso 22), segundo párrafo, de la CN otorgó jerarquía constitucional, junto con ciertos tratados, a dos declaraciones: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Declaración Universal de Derechos Humanos. Si bien ninguna de estas declaraciones constituye un "tratado", no obstante se reconoce valor vinculante a sus contenidos, fundamentalmente, al tener en cuenta la práctica de los Estados al respecto. Es decir que cada uno de los principios enunciados en dichos instrumentos constituiría una norma consuetudinaria y, por ende, con carácter obligatorio para los Estados.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre fue adoptada en 1948 en una resolución tomada por la Novena Conferencia Internacional Americana. Sobre el estatus jurídico de la Declaración Americana se ha expedido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva 10, en la cual concluye que si bien no se trata de un tratado, en la actualidad es fuente de obligaciones internacionales para los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA)⁶⁰.

Por su parte, la Declaración Universal de Derechos Humanos fue proclamada también en 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su Resolución 217⁶¹; como acto unilateral de la Asamblea General no goza *ab initio* de valor vinculante y hay que considerar que el artículo 13, inciso b), de la Carta de las Naciones Unidas solo le confiere la potestad de emitir "recomendaciones" a los Estados con el fin de "[...] *ayudar a hacer efectivos los derechos humanos* [...]". No obstante, en la actualidad se reconoce el carácter obligatorio de los derechos que enuncia⁶², tal como surge de la jurisprudencia internacional⁶³.

Sin embargo, cabe efectuar la siguiente pregunta: ¿a qué se refiere el artículo 75, inciso 22), segundo párrafo, cuando luego de enunciar las dos declaraciones y los nueve tratados con jerarquía constitucional aclara que tendrán dicha jerarquía "[...] *en las condiciones de su vigencia* [...]?"

Es decir, sabemos a qué referirnos cuando hablamos de las condiciones de vigencia de los tratados, pero, ¿cuáles serían las condiciones de vigencia de las Declaraciones Americana y Universal dado que ellas no poseen la naturaleza jurídica de tratados? Lo más simple podría ser interpretar que la expresión "[...] *en las condiciones de su vigencia* [...]" se refiere exclusivamente a los tratados y no a las declaraciones con jerarquía cons-

60 Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC-10/89 del 14 de julio de 1989, "Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos", considerando 45 (disponible en <http://www.corteidh.or.cr>).

61 Del 10/12/1948.

62 Ver Carrillo Salcedo, Juan Antonio, "Algunas reflexiones sobre el valor jurídico de la Declaración Universal de Derechos Humanos", en *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Homenaje al Profesor M. Díez de Velasco*, Tecnos, Madrid, 1993, págs. 167-178.

63 Por ejemplo, CIJ, *Caso del Personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán* (EE.UU. c. Irán), fallo del 24/05/1980, parágrafo 91 (disponible en <http://www.icj-cij.org>).

titucional (aunque eso no es lo que surge de la literalidad del texto en cuestión), dado que, otra interpretación nos llevaría a un interrogante de difícil solución.

4. La aprobación y denuncia de los tratados según la reforma constitucional

4.1. La aprobación por el Congreso

El nuevo artículo 75 de la CN, en sus incisos 22) y 24), reconoce distintos tipos de mayoría en la votación de las leyes aprobatorias de los tratados. Aquí es donde tiene relevancia la clasificación de los tratados antes mencionada según su objeto y según los sujetos intervinientes.

El resto de los tratados sobre derechos humanos no enumerados en el inciso 22), segundo párrafo, para gozar de la jerarquía constitucional, "[...] *luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara* [...]" [inciso 22) *in fine*].

Respecto de los tratados de integración con Estados de Latinoamérica, para su aprobación, se requiere la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara [inciso 24)]. Por el contrario, para el caso de tratados de integración con otros Estados será necesaria la mayoría absoluta de los miembros presentes de cada Cámara para declarar la conveniencia de la aprobación, "[...] *y solo podrá ser aprobado con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, después de ciento veinte días del acto declarativo*".

4.2. La denuncia

La reforma constitucional, al incluir normas relativas a la denuncia de los tratados, puso fin a la discusión doctrinaria sobre quién tenía la facultad de denunciarlos. Debido a que el antiguo artículo 67, inciso 19), limitaba las atribuciones del Congreso a aprobar o desechar los tratados, se interpretaba que la denuncia correspondía exclusivamente al Poder Ejecutivo, lo cual no parecía justo, puesto que los tratados, al igual que las leyes, ya formaban parte del ordenamiento jurídico interno.

Acertadamente, los incisos 22) y 24) del nuevo artículo 75 hacen referencia a la denuncia cuando establecen que los tratados sobre derechos humanos con jerarquía constitucional "[...] *solo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara*" [inc. 22)] y respecto de los tratados de integración: "[...] *se exigirá la previa aprobación de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara*". No obstante, el vacío se mantiene, ya que no hay referencia a la denuncia del resto de los tratados sobre diferentes materias.

Algunos juristas sostienen que tanto el mecanismo previsto para otorgarle jerarquía constitucional a otros tratados, como para excluir a los ya incorporados en

dicha categoría [art. 75, inc. 22)], ha generado un mecanismo particular de reforma de la Constitución, distinto del regulado en el artículo 30 de la Carta Magna, "[...] *la que habría dejado de ser 'rígida', según la calificación de la doctrina tradicional*"⁶⁴.

5. Operatividad de los tratados

5.1. Tratados operativos y programáticos

Los tratados operativos (*self-executing*) son aquellos cuyas normas "[...] resultan aplicables en el ordenamiento interno de forma directa por contener en sí mismas todas las medidas necesarias al efecto"⁶⁵. En ese mismo sentido, nuestra Corte Suprema ha puntualizado que "[...] *una norma es operativa cuando está dirigida a una situación de la realidad en la que puede operar inmediatamente, sin necesidad de instituciones que deba establecer el congreso*"⁶⁶.

Pero hay tratados que contienen cláusulas que no son susceptibles de aplicación inmediata, sino que requieren para su efectividad la adopción de medidas legislativas o reglamentarias internas, a fin de fijar sus ámbitos de aplicación (límites). A estos tratados se los denomina "programáticos" (*non self-executing*), por oposición a los "operativos".

No obstante, esta clasificación no es tan absoluta, puesto que pueden darse tratados que contengan cláusulas operativas y cláusulas programáticas, como se da en la mayoría de los casos.

Tanto los tratados operativos como los programáticos que se encuentren en vigor son igualmente obligatorios, en forma contraria a lo que sostuvo –erróneamente– la CSJN en algunos precedentes con anterioridad a 1992⁶⁷ que integran nuestro ordenamiento jurídico interno. Ello es así puesto que aún respecto de las cláusulas programáticas contenidas en un tratado, el Estado asume una obligación⁶⁸, vale señalar, la de promover las medidas necesarias a fin de conferirles operatividad, dentro de un plazo prudencial, que dependerá de las circunstancias de cada caso⁶⁹.

64 Cfr. Rey Caro, Ernesto, "Los tratados internacionales sobre derechos humanos...", ob. cit., pág. 1290.

65 Cfr. Rodríguez Carrión, Alejandro, *Lecciones de Derecho Internacional Público*, Tecnos, Madrid, 1987, pág. 222.

66 CSJN, Fallos: 315:1492.

67 La CSJN reiteró en diversos fallos que la falta de reglamentación legal impide tener al tratado como Derecho Positivo interno [caso "Costa, Héctor R. c/Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires y otros", C-752.XIX y C-753-XIX, sentencia del 12/03/1987 –Caballero–; caso "Sánchez Abelenda, Raúl c/Ediciones de la Urraca SA y otro" (ya citado) –considerando 7 de la mayoría y considerando 7 del voto del doctor Petracchi–; caso "Ekmekdjian, Miguel A. c/Neustadt, Bernardo y otros s/Amparo", E-60.XXII, sentencia del 01/12/1988, considerando 3, entre otros].

68 De lo contrario no tendría sentido incluirlas en un tratado, que es un acuerdo de voluntades que tiene por finalidad crear derechos y obligaciones.

69 Sobre la aplicabilidad directa de los tratados de derechos humanos en nuestro país, según la práctica de la CSJN, ver Vinuesa, Raúl, "Direct Applicability of Human Rights Conventions within the Internal Legal Order: The Situation in Argentina", en Conforti, Benedetto y Francioni, Francesco (eds.), *Enforcing International Human Rights in Domestic Courts*, Kluwer, La Haya, 1997, págs. 149-173.

5.2. Operatividad de los tratados sobre derechos humanos

En 1992, la CSJN consideró que la falta de reglamentación del derecho a réplica contenido en el artículo 14, inciso 1), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), suscripta el 22/11/1969, aprobada por medio de la ley 23.054 (19/03/1984), ratificada el 05/09/1984, la cual se encontraba en vigor, podía hacer incurrir al Estado en responsabilidad internacional⁷⁰.

La reforma constitucional puso en manos del Poder Legislativo la obligación de dar operatividad a las normas de los tratados sobre derechos humanos al explicitar en el nuevo inciso 23) –primer párrafo– del artículo 75, que corresponde a dicho órgano: "*Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad*".

Recordemos que en el mencionado caso "Ekmekdjian c/Sofovich", ante la ausencia de reglamentación legal del artículo 14 del tratado, la CSJN suplió dicha omisión al establecer las medidas necesarias para aplicar la norma al caso concreto.

6. Otras normas constitucionales referentes a los tratados

La reciente reforma constitucional ha mantenido el control de constitucionalidad de los tratados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a través del nuevo artículo 116: "*Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por [...] los tratados con las naciones extranjeras [...]*" (coincidentemente con el anterior art. 100).

Asimismo, en el artículo 125 se recepta la facultad de las provincias de "[...] *celebrar tratados parciales para fines de administración de justicia, de intereses económicos y trabajos de utilidad común, con conocimiento del Congreso Federal*" (poder que anteriormente le confería el art. 107) y se incorpora el artículo 124: "*Las provincias podrán crear regiones para el desarrollo económico y social y establecer órganos con facultades para el cumplimiento de sus fines, y podrán también celebrar convenios internacionales en tanto no sean incompatibles con la política exterior de la Nación y no afecten las facultades delegadas al Gobierno federal o el crédito público de la Nación; con conocimiento del Congreso Nacional*".

Concordantemente al anterior artículo 108, el nuevo artículo 126 le impide a las provincias celebrar tratados parciales de carácter político.

Por otra parte, la reforma ha incorporado en la primera parte de la Constitución nuevos derechos y garantías. Así, en el artículo 39 se les reconoce a los ciudadanos el derecho de iniciativa popular para presentar proyectos de ley, pero impide su ejercicio respecto de proyectos de tratados internacionales.

70 Caso "Ekmekdjian c/Sofovich", considerandos 15, 16 y 19 del voto de la mayoría.

También merece destacarse el nuevo artículo 43, que incorpora a la Constitución el recurso o acción de amparo "[...] *contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley*".

7. Observaciones finales

Respecto de la incorporación del derecho internacional es destacable que la reforma constitucional de 1994 no introdujo modificación alguna. Por el contrario, se reestructuró el orden de las leyes supremas de la Nación al jerarquizarse ciertos tratados sobre derechos humanos (así como ciertas "declaraciones", que si bien receptan normas consuetudinarias, no deben ser confundidas con los tratados) y al darse primacía al resto de los tratados, concordatos y normas dictadas por organismos supranacionales –como consecuencia de los tratados de integración– sobre las leyes del Congreso y, por ende, sobre el resto del ordenamiento interno.

Resulta criticable que la mención al orden jerárquico de los tratados se haya ubicado dentro del artículo 75, referido a las facultades del Congreso, y no en la primera parte, en la cual se encuentran situados los artículos 27 y 31 (ya que, aunque la Convención Constituyente no podía modificar los artículos 1 al 35⁷¹, sí podía incorporar otras disposiciones en dicha primera parte, como de hecho ocurrió con los nuevos derechos y garantías incluidos en los artículos 36 al 43).

Si bien se intentó dar primacía al derecho internacional –al estilo de las constituciones europeas– no se previó el conflicto que podría suscitar un tratado "[...] con jerarquía constitucional" que contuviera disposiciones contrarias a la Constitución misma, lo que la CSJN dio por descartado en el caso *Monges* analizado.

Podría concluirse que en definitiva, primero, sigue prevaleciendo la Constitución sobre el resto de las normas. En segundo lugar, se encontrarían los tratados enumerados taxativamente sobre derechos humanos –y los que adquieran esta categoría en el futuro–; en tercer lugar, el resto de los tratados (y concordatos), así como las normas dictadas como consecuencia de los tratados de integración. Finalmente, las leyes del Congreso, por lo que se cierra así la categoría de "leyes supremas", que prevalecen sobre el resto del ordenamiento interno.

No obstante los defectos y omisiones no suplidos por la reforma constitucional, esta significó un avance para nuestro sistema jurídico, al receptar las modernas tendencias internacionales en materia de derechos humanos y al brindar un marco legal más preciso para las normas que conforman el derecho de la integración con el debido respeto a los derechos humanos.

71 La ley 24.309 que declaró la necesidad de la reforma constitucional excluyó expresamente la enmienda del Capítulo único (arts. 1 a 35) que componía la Primera Parte de la CN.

SEGUNDA PARTE

MECANISMOS INTERNACIONALES PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

A) Sistema universal de protección de los derechos humanos