

Provincia

Asesora
BFC

Parte de la
Unidad I

La validez jurídica en el ordenamiento argentino El Bloque de Constitucionalidad Federal

por Calogero Pizzolo

T3

29 (P. 10)

Sumario: I. La reforma constitucional de 1994 y la apertura del ordenamiento hacia el derecho internacional de los derechos humanos. II. Caracterización de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. III. Las "condiciones de vigencia". IV. La "jerarquía constitucional" y el principio de igualdad jerárquica. V. El carácter vinculante de las interpretaciones de los organismos internacionales de control.

I. La reforma constitucional de 1994 y la apertura del ordenamiento hacia el derecho internacional de los derechos humanos.

La nueva redacción del inciso 22 perteneciente al artículo 75 (CN)¹ modifica radicalmente el sistema de fuentes del orden jurídico argentino. El reconocimiento de la jerarquía constitucional de manera directa a once instrumentos internacionales sobre derechos humanos, y la posibilidad de otorgar igual jerarquía en el futuro a otros "tratados y convenciones" sobre la misma materia, consagran una clara apertura hacia el derecho internacional de los derechos humanos.

Si bien, desde sus orígenes, nuestro ordenamiento permitía la incorporación de normas convencionales internacionales mediante la regulación constitucional del régimen de los tratados internacionales, la reforma de 1994 establece una jerarquía hasta entonces inédita en nuestro medio respecto de las citadas normas.

¹ El inciso 22 del artículo 75 (CN) dice: "Corresponde al Congreso: (...) (1) Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. (2) La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. (3) Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional". Sin resaltar en el original.

1

Como consecuencia de esta nueva redacción, según vemos de inmediato, en nuestro ordenamiento jurídico la clásica pirámide kelseniana se transformó en una especie de trapecio al *truncar*, o bien *achatar* el triángulo superior. En la cúspide, el reinado de la constitución dejó de ser absoluto y exclusivo para constituirse en un gobierno mancomunado junto a instrumentos internacionales que pasan a tener su misma jerarquía. Ello no significa, de ningún modo, sacrificar la noción de supremacía constitucional, pues, dichos instrumentos alcanzan la máxima jerarquía normativa por una *habilitación directa* de la propia constitución. En otras palabras, fueron las propias normas constitucionales las que *invitaron* a ciertas normas convencionales internacionales a *compartir* la cúpula del orden jurídico local, y no éstas últimas las que *impusieron* a las primeras la jerarquía constitucional. La constitución continúa siendo, en esta inteligencia, la norma *fundante*, esto es, la norma que *configura* todo el sistema como -por caso-, determina que jerarquía tienen normas no constitucionales como las normas convencionales internacionales. En esta particularidad radica su supremacía.² Así, la constitución ha renunciado a ejercer en soledad la función de concordancia, ha renunciado a ser *fuentes única* de la validez jurídica del resto de las normas que forman parte del sistema.

Para entender las dimensiones del *cambio copernicano* que se produce en el sistema de fuentes se debe precisar que, a partir de la última reforma constitucional, un conjunto de normas convencionales internacionales ingresan en lo que denominamos *fórmula primaria de validez*. Dicha fórmula, agrupa las normas con mayor jerarquía dentro del sistema, por ello hasta entonces solo formaban parte de ella las normas constitucionales. La *función* de este conjunto normativo es *determinar* tanto los criterios de *concordancia material* (o sea los contenidos normativos inferiores)³ como los criterios de *concordancia formal* (o sea la competencia para la sanción de normas inferiores)⁴. En este sentido hablamos de

² Véase PIZZOLO Calogero, "Constitución Nacional. Anotada, comentada y concordada junto a los tratados internacionales con jerarquía constitucional" y la jurisprudencia de los organismos internacionales de control", 2002, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, pág. 393.

³ El artículo 18 (CN) establece un buen ejemplo al establecer: "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 (en adelante CADH) que dice: "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.

⁴ 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 encuentran imposibilitadas para designar otro órgano legislativo como productor de la citada legislación.

Concordancia
material

2

normas básicas de referencia para identificar las normas que habitan en la fórmula primaria de validez.⁵

Dentro de esta lógica, son válidas jurídicamente en el ordenamiento argentino solo las normas que resulten concordantes, material y formalmente, con las apuntadas normas básicas de referencia. La determinación de dicha validez, como vemos, requiere de un *ejercicio previo* de interpretación jurídica a cargo de quién es el "órgano de aplicación del derecho".⁶ Dicho ejercicio constituye lo que conocemos como "control de constitucionalidad" el cual actúa en *defensa* de las normas básicas de referencia, o lo que es lo mismo de su posición privilegiada dentro del sistema. El control de constitucionalidad, en tanto control jurídico, 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.

Cómo y quién certifica la validez jurídica de una norma mediante su control jurídico, es una decisión que se manifiesta en las normas fundadoras del sistema, o sea en las normas constitucionales que instituyen a tal fin la fórmula primaria de validez y designan las normas básicas de referencia que la componen junto al operador preferente que las aplica. Por ejemplo, en nuestro sistema, una ley sancionada por el Congreso federal puede ser interpretada por la comunidad académica como inconstitucional, sin embargo, su validez jurídica solo puede ser acreditada o desacreditada por una interpretación jurídica hecha, como dijimos, por el órgano de aplicación de la ley.⁷ Esta última interpretación, en palabras de Kelsen, es "siempre auténtica. Crea derecho".⁸

Ahora bien, cómo arriba el órgano de aplicación del derecho al juicio de validez jurídica: siguiendo los aludidos criterios de concordancia material y formal. Dicho en

⁵ Como vemos, 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" (cfr. KELSEN Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, UNAM, México, 1995, capítulo X, pág. 133). Para nosotros dicha noción no solo 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 solo 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. Ambas 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 podría ser cuestionada judicialmente—a instancia de parte o de oficio—, no por su inconcordancia formal, sino por su inconcordancia material.

⁶ Se 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" (Véase KELSEN Hans, *Teoría pura del derecho*, UNAM, México, 1979, capítulo VIII, pág. 349).

⁷ Como se puede observar, una cosa es preguntarse *cuándo* una norma es válida jurídicamente, y otra bien distinta *quién* acredita dicha validez.

⁸ KELSEN Hans, *Teoría pura del derecho*, op. cit., pág. 354.

otras palabras, siguiendo las normas que encabezan el ordenamiento o, lo que es igual, las normas con *capacidad* para determinar el resto del conjunto normativo.

El control jurídico entonces, al procurar establecer la validez jurídica, aplica 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. Para decirlo de otro modo, cualquier norma dentro de un sistema jurídico necesita estar en *concordancia* con las normas básicas de referencia para ser tenida como válida jurídicamente. Volviendo a Kelsen: todas las normas cuya validez puede ser referida 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.⁹

En nuestro ordenamiento jurídico la fórmula primaria de validez presenta un carácter mixto, es decir está formada no sólo por normas constitucionales sino por normas foráneas -las citadas normas convencionales internacionales con jerarquía constitucional-, lo cual potencia su *naturaleza heterogénea*. Por lo tanto, una norma jurídica es válida en el orden jurídico argentino siempre que no se oponga tanto al articulado constitucional como al articulado 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* (en adelante 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.¹⁰

De lo dicho hasta aquí surge que la fórmula primaria de validez del orden jurídico argentino, esto es, la fórmula a partir de la cual acreditar que normas son válidas jurídicamente queda como sigue: FPV = BCF = CN + ILJC (13).

El BCF está formado entonces por *dos subsistemas*, uno, el articulado constitucional, otro, los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional. Lo dicho nos permite coincidir con la doctrina que rechaza que los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional hayan sido *incorporados* al texto de la

⁹ Véase Kelsen Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, op. cit., págs. 130-131. Afirma el citado autor: "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" (*Idem*).

¹⁰ BIDART CAMPOS Germán. *El derecho de la constitución y su fuerza normativa*, Ediar, Buenos Aires, 1995, págs. 265-267.

constitución nacional. Dichos instrumentos gozan de jerarquía constitucional sin estar incorporados a la constitución y, fuera de su texto, integran el BCF.¹¹

Para avanzar 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.

II. Caracterización de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

El tono mixto de la fórmula primaria de validez representado por el *subsistema constitucional* y el *subsistema de los instrumentos internacionales*, no solo se distingue por su naturaleza heterogénea en virtud de congregarse 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.

El número actual de instrumentos internacionales en este subsistema es de trece. Ocho convenciones, seis expresamente mencionadas en el texto constitucional: Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH); Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (CPSDG); Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (CIEFDR); Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEFD); Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (CTTPCID); y Convención sobre los Derechos del Niño (CDN). Dos elevadas a la jerarquía constitucional por el Congreso federal (cfr. art. 75 inc. 22, párrafo tercero, CN): Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (CIDFP); y Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad (CICGCLH). Dos pactos a saber: Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC); y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP). Un *protocolo facultativo* (perteneciente al nombrado PIDCP)¹². Por último, dos *declaraciones*: Declaración

→ Ver número actual

¹¹ Cfr. BIDART CAMPOS Germán, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Ediar, Buenos Aires, 1995, tomo VI, págs. 555-556.

¹² La doctrina se divide entre dar entidad autónoma a este instrumento (postura mayoritaria) con lo que el BCF en su diseño original se integraría con 11 instrumentos internacionales, o tratarlo como un instrumento complementario del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante PIDCP) quedando solo con 10 de instrumentos. En la primera postura, a la cual adherimos, se encuentra en COLAUTTI Carlos, *Los tratados internacionales y la Constitución Nacional*, publicada en "La Ley", tomo 1990, pág. 69. Véase también BIDART CAMPOS Germán, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, op. cit., tomo VI, pág. 555. La segunda postura es defendida por Castorina de Tarquini para quien el citado Protocolo Facultativo y el PIDCP debe considerarse incluido en aquél por aplicación de las reglas internacionales que rigen para los tratados (Convención

Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH), y Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH).

Encontramos, como vemos, 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. Podemos apelar al término *tratado internacional*.¹³ Sin embargo, la doctrina especializada discute si una declaración tiene los mismos efectos jurídicos que un tratado internacional.¹⁴ Pero no es por lo que podrían tener de diferente, sino por lo que tienen en común que dichos tratados y declaraciones han sido convertidos en normas básicas de referencia. Nos referimos a la materia que regulan: los derechos humanos. En consecuencia, la noción *totalizadora* que buscamos la hallamos en la noción *instrumentos internacionales*. La misma nos permite individualizar las características propias y comunes que poseen los subconjuntos normativos que, con igual jerarquía entre sí, convergen en el subsistema compuesto por las normas convencionales internacionales.

En toda esta cuestión nos parece ilustrativa la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) 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. Algunos Estados miembros de la O.E.A. en el marco de aquel proceso consultivo, se

de Viena, 1969). Véase CASTORINA DE TARQUINI, María Cella, *Supremacía de la Constitución*, en PEREZ GUILHOU Dardo (director) "Derecho constitucional de la reforma de 1994", Depalma, Buenos Aires, 1995.

El Comité de Derechos Humanos, organismo de control del PIDCP y del citado Protocolo Facultativo, por su parte ha afirmado que: "Es evidente que el Primer Protocolo Facultativo *constituye en sí un tratado internacional, distinto del Pacto, pero estrechamente relacionado con éste*. Su objeto y fin es el de reconocer la competencia del Comité para recibir y examinar comunicaciones de particulares que aleguen ser víctimas de la violación por un Estado Parte de cualquiera de los derechos tutelados en el Pacto" (Comité de Derechos Humanos, *Observación General N.º 24, "Observación general sobre cuestiones relacionadas con las reservas formuladas con ocasión de la ratificación del Pacto o de sus Protocolos Facultativos, o de la adhesión a ellos, o en relación con las declaraciones hechas de conformidad con el artículo 41 del Pacto"* (1994), adoptada en el 52º período de sesiones, párrafo 13). Sin resaltar en el original.

¹³ El 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 instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación en particular".

¹⁴ En este sentido se manifiesta Dultzky 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 Dultzky, 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". Véase DULTZKY Ariel, *La jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos en la nueva constitución argentina*, publicado en "El Derecho", tomo 163, págs. 942-946.

mostraron contrarios a reconocerle a la DADDH el estatus jurídico de un tratado.¹⁵

Esta interpretación fue abiertamente rechazada por la Corte IDH.¹⁶

La evolución registrada en el derecho internacional, y de la cual da cuentas 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 solo en razón de aquél generan obligaciones específicas: "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".¹⁷

La sola existencia de una obligación internacional en materia de derechos humanos genera para el Estado que la asume la *obligación de garantizar su*

¹⁵ Para Estados Unidos, 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 estriba 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 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 Nr. 10 (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*, párrafo 12. Puede consultarse su texto en BIDART CAMPOS Germán, y PIZZOLO Calogero (coordinadores), *Derechos humanos. Opiniones consultivas de la Corte Interamericana. Textos completos y comentarios*; Ediciones Jurídicas Cuyo, 2000, tomo II, pág. 599).

¹⁶ 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 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 presenta 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 O.E.A." (cfr. Corte IDH, opinión consultiva OC-10/89 ya citada, párrafos 37-43).

¹⁷ Corte IDH, Opinión consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982, Serie A Nr. 2 (1982), *El Efecto de las Reservas Sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos* (Arts. 74 y 75 CADH), párrafo 29. Sin resaltar en el original. Puede consultarse su texto en BIDART CAMPOS Germán, y PIZZOLO Calogero (coordinadores), *Derechos humanos. Opiniones consultivas de la Corte Interamericana. Textos completos y comentarios*, op. cit., tomo I, pág. 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 obligación moral cuando se encuentra en una declaración.

En suma, podemos señalar como características propias de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos las siguientes. En cuanto al *sujeto* se señala que son celebrados por sujetos distintos de aquéllos 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 instrumento.¹⁸ Finalmente, como vemos en el párrafo siguiente, las *reservas* proceden en la medida que no violen el objeto y fin del instrumento. Por lo tanto, los organismos internacionales de control se han atribuido competencias para decidir sobre la validez o no de las reservas formuladas subrogándose así a la voluntad de los Estados parte.¹⁹

III. Las "condiciones de vigencia".

La *jerarquía constitucional* es adquirida por los instrumentos internacionales "en las condiciones de su vigencia". La doctrina debate sobre el alcance que debe

¹⁸ Mantiene Dultzky 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". Cfr. DULTZKY Ariel, *La jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos en la nueva constitución argentina*, op. cit., pág. 944.

¹⁹ 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* Nr. 24 ya citada, párrafos 17-18). Sin resaltar en el original.

asignársele a la frase. Para Bidart Campos es una pauta que indica que se debe tomar en cuenta las "reservas y aclaraciones" de todo tipo que la Argentina incluyó en el instrumento mediante el cual llevó a cabo, la ratificación o adhesión internacional, a cada uno de los once instrumentos mencionados.²⁰

En un sentido similar se expresa Quiroga Lavie para quien si los Estados han formulado "reservas o declaraciones interpretativas" en los términos de la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados (1969) a la hora de ratificar un tratado, ellas forman parte del mismo, de acuerdo con la regla constitucional.²¹

Para Manili, la frase en cuestión significa que los tratados se "incorporan" al derecho argentino siempre y cuando "estén vigentes en el ámbito internacional". Y mantienen esa "pertenencia" al sistema argentino, y -en su caso- la jerarquía constitucional que les haya otorgado la constitución o el Congreso federal siempre que mantengan dicha vigencia. En las "condiciones de su vigencia", significa entonces para este autor tal como rigen respecto de la Argentina, con las "reservas aceptadas" por los demás Estados parte y con las "declaraciones interpretativas" formuladas. En otras palabras: no se jerarquiza el tratado en cuanto tal, sino solamente en cuanto obliga a nuestro país y con ese alcance. No se jerarquiza el continente sino aquella parte del contenido que resulte obligatoria para la Argentina.²²

Giroldi La Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante CSJN) en el caso "Giroldi" (1995) ha dicho que la frase "en las condiciones de su vigencia" se refiere a: "tal como la Convención citada (GADH) efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación".²³ De este modo la CSJN ubica en el ámbito internacional, concretamente, en los respectivos organismos internacionales de control, la iniciativa para interpretar con qué alcance están vigentes los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. Esto es, para establecer la procedencia o improcedencia de las reservas y declaraciones interpretativas que puedan interponer los Estados partes al momento de la ratificación.

²⁰ BIDART CAMPOS Germán, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, op. cit., tomo VI, pág. 557.

²¹ QUIROGA LAVIE, Humberto, *Constitución de la Nación Argentina Comentada*, Zavalla Editor, Buenos Aires, tercera edición, 2000, pág. 483.

²² MANILI Pablo, *El Bloque de Constitucionalidad Federal*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2003, págs. 181-183.

²³ CSJN, sentencia de 7 de abril de 1995, considerando 11, Fallos 318:554. Sin resaltar en el original.

Esta última postura es acompañada en la doctrina local por Ekmekdjian²⁴ y, en nuestra opinión, es la que mejor concilia con el principio de la tutela efectiva o eficacia directa propio del derecho internacional de los derechos humanos al que nuestro sistema se abre. Es la postura, además, que mantiene la Corte IDH y el Comité de Derechos Humanos junto a otros organismos internacionales de control.

En ocasión de analizar un conjunto de excepciones preliminares, la Corte IDH tuvo oportunidad de expresarse sobre la procedencia de las reservas al ejercicio de su competencia contenciosa. Las consideraciones vertidas entonces nos parecen útiles para abonar el debate sobre párrafo constitucional que analizamos. Para empezar, la Corte IDH dejó en claro que incumbe a ella: "darle a la declaración del Estado (reserva), como un todo, una interpretación de acuerdo con los cánones y la práctica del Derecho Internacional en general, y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en particular, y que proporcione el mayor grado de protección a los seres humanos bajo su tutela. La Corte, en sus propias palabras, no puede abdicar de esta prerrogativa, que además es un deber que le impone la Convención, para ejercer sus funciones según el artículo 62.3 (CADH)".²⁵

Según la jurisprudencia que seguimos, al interpretar la CADH conforme a su "objeto y fin", la Corte IDH debe actuar de tal manera que se preserve la integridad del mecanismo previsto en el artículo 62.1 (CADH) que regula su competencia contenciosa. Sería inadmisibles, afirma el nombrado Tribunal, subordinar tal mecanismo "a restricciones que hagan inoperante el sistema tutelar de los derechos humanos, previsto en la Convención y, por lo tanto, la función jurisdiccional de la Corte".²⁶

En el caso en cuestión se trata de una reserva que tiene dos partes. La primera se orienta a limitar el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte IDH; en el sentido de que dicho reconocimiento sólo valdrá como tal en la medida en que "sea compatible con las secciones pertinentes" de la constitución de Trinidad y Tobago. Estas expresiones, según la Corte IDH, admiten muchas interpretaciones: "Sin embargo, para la Corte es claro que no puede dárseles un

²⁴ EKMEKDJIAN, Miguel A., *Tratado de derecho constitucional*, Depalma, Buenos Aires, 1997, tomo IV, pág. 623.

²⁵ Corte IDH, *Caso Constantine y otros*, Excepciones Preliminares, sentencia de 1 de septiembre de 2001, Serie C Nr. 82, párrafos 70-71. Sin resaltar en el original. En el mismo sentido, *Caso Hilaire*, Excepciones Preliminares, sentencia de 1 de septiembre de 2001, Serie C Nr. 81, párrafos 79-80; y *Caso Benjamín y otros*, Excepciones Preliminares, sentencia de 1 de septiembre de 2001, Serie C Nr. 81, párrafos 70-71.

²⁶ Corte IDH, *Caso Hilaire*, Excepciones Preliminares, sentencia de 1 de septiembre de 2001, Serie C Nr. 80, párrafo 82. En el mismo sentido, *Caso Benjamín y otros*, Excepciones Preliminares, sentencia de 1 de septiembre de 2001, Serie C Nr. 81, párrafo 73; y *Caso Constantine y otros*, Excepciones Preliminares, sentencia de 1 de septiembre de 2001, Serie C Nr. 82, párrafo 73.

alcance de acuerdo con el cual constituyan un impedimento para que este Tribunal juzgue si el Estado violó o no alguna disposición de la Convención".²⁷

La segunda parte de la reserva condiciona el "reconocimiento" del Estado de la competencia contenciosa de la Corte IDH a que las sentencias de ésta "no contravenga[n], establezca[n] o anule[n] derechos o deberes existentes de ciudadanos particulares". En este punto la Corte IDH asevera que: "Nuevamente, además de que el significado preciso de esta condición no es claro, es indudable que no puede ser utilizado con el propósito de suprimir la competencia de la Corte para conocer y decidir una demanda en relación con una supuesta violación de las obligaciones convencionales del Estado".²⁸ En consecuencia, la Corte IDH observa que: "el instrumento de aceptación, por parte de Trinidad y Tobago, de la competencia contenciosa del Tribunal, no encuadra en las hipótesis previstas en el artículo 62.2 de la Convención Americana. Tiene un alcance general, que termina por subordinar la aplicación de la Convención al derecho interno de Trinidad y Tobago en forma total y según lo dispongan sus tribunales nacionales. Todo esto implica que este instrumento de aceptación es manifiestamente incompatible con el objeto y fin de la Convención. Por lo tanto, no existe en el citado artículo disposición alguna que faculte a Trinidad y Tobago para formular la restricción que hizo".²⁹

La Corte IDH concluye en que: "aceptar la declaración a la que se hace referencia, en los términos propuestos por el Estado, conduciría a una situación en que la Corte tendría como primer parámetro de referencia la Constitución del Estado y sólo subsidiariamente la Convención Americana, situación que acarrearía una fragmentación del orden jurídico internacional de protección de los derechos humanos y haría ilusorios el objeto y fin de la Convención".³⁰

El mismo criterio sigue, en el ámbito del PIDCP, el Comité de Derechos Humanos. Para este Comité, las reservas contrarias a normas perentorias no serían compatibles con el "objeto y fin del Pacto". Aunque los tratados constituyen un simple intercambio de obligaciones entre los Estados que les permite reservarse *inter se* la aplicación de normas de derecho internacional general, se afirma, "otra cosa" son los tratados de derechos humanos, cuyo objeto es beneficiar a las

²⁷ Corte IDH, *Caso Haitre*, Excepciones Preliminares, sentencia de 1 de septiembre de 2001, Serie C Nr. 80, párrafo 86. En el mismo sentido, *Caso Beryannin y otros*, Excepciones Preliminares, sentencia de 1 de septiembre de 2001, Serie C Nr. 81, párrafo 77; y *Caso Constantinine y otros*, Excepciones Preliminares, sentencia de 1 de septiembre de 2001, Serie C Nr. 82, párrafo 77.

²⁸ *Idem*.

²⁹ *Idem*, párrafo 79. Sin resaltar en el original. En opinión de la citada Corte: "La declaración efectuada por el Estado de Trinidad y Tobago, facultaría a éste para decidir en cada caso concreto el alcance de su propia aceptación de la competencia contenciosa de la Corte en detrimento del ejercicio de la función contenciosa del Tribunal. Además, concedería al Estado la potestad discrecional para decidir qué asuntos puede conocer la Corte, lo que privaría el ejercicio de la competencia contenciosa del Tribunal de toda eficacia" (*Idem*, párrafo 83).

³⁰ *Idem*, párrafo 84. Sin resaltar en el original.

personas que se encuentran en su jurisdicción: "En consecuencia, las disposiciones del Pacto que son de derecho internacional consuetudinario (y *a fortiori* cuando tienen el carácter de normas perentorias) no pueden ser objeto de reservas. Así pues, un Estado no puede reservarse el derecho de practicar la esclavitud, de torturar, de someter a personas a tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes, (...) Y, aunque las reservas a cláusulas concretas del artículo 14 (PIDCP) puedan ser aceptables, no lo sería una reserva general al derecho a un juicio con las debidas garantías".³¹

El Comité de Derechos Humanos, al igual que la Corte IDH en su jurisprudencia, manifiesta su "especial preocupación" para con las reservas formuladas en "términos generales", las cuales básicamente privarían de efecto a todos los derechos enunciados en el PIDCP que requiriesen cualquier modificación de las leyes nacionales a fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones contenidas en dicho Pacto. De este modo, afirma el citado Comité, no se han aceptado auténticos derechos u obligaciones internacionales.³²

El nombrado Comité también avanza sobre los efectos jurídicos de las reservas de los Estados partes hechas en violación a sus obligaciones internacionales. La consecuencia normal de una reserva inaceptable, apunta, no es la de que el PIDCP carezca de todo vigor para la parte que formula la reserva. Antes bien, será posible considerar independientemente esa reserva, en el sentido de que "el Pacto será aplicable para la parte que formule la reserva *sin que la reserva se tenga en cuenta*".³³

La alusión "en las condiciones de su vigencia" (art. 75 inc. 22, CN) no puede interpretarse en el sentido de habilitar reservas o declaraciones interpretativas que frustren, el "objeto y fin", a partir del cual es concebido un instrumento internacional sobre derechos humanos.³⁴

Es el órgano internacional de control el encargado de establecer la procedencia o improcedencia de cualquier reserva o declaración interpretativa. De igual forma dicho órgano establece, por intermedio de su jurisprudencia, los distintos estándares o niveles de protección al interpretar el alcance de las obligaciones asumidas por el Estado parte (ver parágrafo V). A este último le está vedado decidir cómo cumplir con su obligación internacional en materia de derechos humanos, o

³¹ Comité de Derechos Humanos, Observación General Nr. 24 ya citada, párrafo 8.

³² *idem*, párrafo 12.

³³ *idem*, párrafo 15. Sin resaltar en el original.

³⁴ En este sentido no se debe olvidar que la CIDFP -con jerarquía constitucional- en su artículo XIX dice 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".

sea establecer un límite -por intermedio de una reserva o declaración- a dicha obligación. De lo contrario el Estado que ha ratificado un instrumento internacional sobre esta materia sería juez y parte: se obliga a cumplir, pero también juzga cómo y hasta dónde cumplir. Todo lo cual, como vimos, resulta incompatible con un mecanismo de protección de los derechos humanos.

IV. La "jerarquía constitucional" y el principio de igualdad jerárquica.

El párrafo segundo del inciso 22 perteneciente al artículo 75 (CN) otorga a un conjunto de instrumentos internacionales sobre derechos humanos, luego de su enumeración, la jerarquía constitucional. Ello equivale a consagrar lo que denominamos como principio de igualdad jerárquica. Este principio, después de la reforma constitucional de 1994, se ha transformado en el principal principio hermenéutico de las normas básicas de referencia frente a posibles tensiones intra BCF entre los dos subsistemas que lo componen.

Al compartir, por voluntad del constituyente, las normas constitucionales con las normas convencionales internacionales la más alta jerarquía dentro de nuestro orden jurídico, se establece un mandato claro a favor de una integración incluyente, por oposición a una integración excluyente de las normas básicas de referencia que forman el BCF. En este punto, el constituyente ha instaurado una especie de garantía bilateral respecto a dichas normas tanto, a favor de las normas locales, como de las normas foráneas. Al reconocerle a ambas idéntica jerarquía se les impone integrarse unas con otras, en un bloque de legalidad, sin posibilidad de excluirse mutuamente. En este sentido, cualquier posible tensión hacia dentro del BCF entre dos normas que tienen igual jerarquía, debe resolverse dentro de una hipótesis de mínima: la solución no puede significar anular la vigencia de alguna de las normas afectadas. Cuando el conflicto se produce con una norma de inferior jerarquía, es decir extra BCF o fronteras afuera, el conflicto se resuelve siempre a favor de la norma de mayor jerarquía.

El resultado de la integración que busca superar la tensión intra BCF, o sea la solución al conflicto normativo, no puede finalizar en una supresión. Ello significaría privilegiar a una norma en desmedro de la otra, instaurándose de facto una distinción de jerarquías vedada por el texto constitucional. Dicho en otras palabras, cuando se reconoce igual jerarquía a un conjunto de normas, dichas normas esta obligadas a integrarse unas a otras sin poder excluirse o superarse unas sobre otras.

Escribe con lucidez el maestro Bidart Campos que es una pauta hermenéutica harto conocida, la que enseña que en un conjunto normativo que comparten un

mismo y común orden de prelación dentro del ordenamiento jurídico -como es el caso del BCF-, "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".³⁵

La jurisprudencia de la CSJN, por su lado, ha reconocido en numerosos fallos la igualdad jerárquica entre los dos subsistemas que integran el BCF. Así, en el caso "Partido Justicialista de la Pcia. de Santa Fe c. Pcia. de Santa Fe" (1994), se alude a la "Ley Fundamental y los tratados y convenciones sobre derechos humanos que, con igual jerarquía, incorpora a la Carta Magna, el art. 75 Inc. 22, de la reforma introducida en 1994".³⁶ Mientras que, en el caso "Arce" (1997) se afirma 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

ALC

³⁵ BIDART CAMPOS Germán, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, op. cit., tomo VI, págs. 560-561. Agrega este 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 normológico con *igual rango*, y componen un *sistema común*, aun cuando las de la constitución cierran 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" (*idem*). Resaltado en el original.

En sentido similar se expresa Sagúes 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" (cfr. SAGÚES Néstor, *Constitucionalidad y extensión del "derecho de réplica"*, publicado en "Jurisprudencia Argentina", tomo 1998-IV, pág. 316).

³⁶ CSJN, caso "Partido Justicialista de la Pcia. de Santa Fe c. Pcia. de Santa Fe", sentencia de 6 de octubre de 1994, considerando 4, Fallos 317:1195. Sin resaltar en el original.

En el mismo sentido, CSJN, caso "B.R.E. c. Policía Federal Argentina", sentencia de 17 de diciembre de 1996, considerando 14, Fallos 319:3040, donde se resalta la jerarquía constitucional de la prohibición de discriminación contenida en el artículo 24 en relación al artículo 1, ambos de la CADH. Del mismo Tribunal, entre otros, cabe citar: caso "Gorriarán Merlo", sentencia de 19 de octubre de 1999, considerando 5, Fallos 322:2488, donde se alude a la jerarquía constitucional del artículo 8.2.h (CADH); caso "Asociación Benghalensis", sentencia de 1 de junio de 2000, dictamen del Procurador General de la Nación al que se adhiera el voto de la mayoría, Fallos 323:1329 en relación al derecho a la salud; caso "Campodónico de Bevacqua", sentencia de 24 de octubre de 2000, considerando 16, Fallos 323:3229, aquí se afirma que la CSJN "a partir de lo dispuesto en los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (art. 75 Inc. 22 Ley Suprema), 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" (*idem*); caso "Alianza Frente para la Unidad", sentencia de 27 de septiembre de 2001, considerando 5, Fallos 324:3143, donde se reconoce la jerarquía de la CADH en relación a su artículo 23.

ALC

de los seres humanos".³⁷ En este último caso, se hace referencia como bloque solo a uno de los subsistemas que integran el BCF: los instrumentos internacionales. Estos, según vimos, constituyendo un bloque único se suman, por mandato del artículo 75, inciso 22 (CN), al restante subsistema compuesto por las normas constitucionales. Ello, finalmente³⁸, fue reconocido expresamente por la CSJN en el caso "Martínez Areco" (2005) donde se hace alusión directamente a la expresión BCF.³⁹ 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".⁴⁰

En el caso "M.D.E y otro" (2005), la CSJN califica abiertamente de "mandato constitucional" al contenido de normas tales como los artículos 5.6 (CADH) y 10.3 (PIDCP) actuando en consecuencia.⁴¹ Así se afirma que: "estos derechos especiales que tienen los menores por su condición, no constituyen sólo un postulado doctrinario, sino que su reconocimiento constituye un imperativo jurídico de máxima

³⁷ CSJN, caso "Arce", sentencia de 14 de octubre de 1997, considerando 7, Fallos 320:2145. Sin resaltar en el original.

³⁸ En un precedente inmediatamente anterior, el 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. 8.2.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 art. 75, inc. 22" (CSJN, caso "Casal", sentencia de 20 de septiembre de 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. Es en este último sentido en que, creemos, debe interpretarse la citada frase expuesta por la CSJN.

³⁹ La CSJN sentencia que se "suscita cuestión federal suficiente 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 consagrada 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" (cfr. caso "Martínez Areco", sentencia de 25 de octubre de 2005, considerando 6, publicado en "La Ley", suplemento de derecho penal (noviembre-2005), pág. 51). También el citado Tribunal habla de "bloque constitucional" (considerando 21). En realidad dicha expresión ya había sido utilizada en el caso "Casal" para referirse a las normas convencionales internacionales que regulan la garantía de doble instancia (cfr. caso "Casal", ya citado, considerando 20). Consiguientemente, la CSJN se refiere a la garantía de doble instancia consagrada en los artículos 8.2.h (CADH) y 14.5 (PIDCP) como un "requisito constitucional" (cfr. caso "Martínez Areco", ya citado, considerandos 7 y 20).

⁴⁰ CSJN, caso "Casal", ya citado, considerando 21.

⁴¹ CSJN, caso "M.D.E y otro", sentencia de 7 de diciembre de 2005, considerando 23, publicada en "La Ley", suplemento de derecho penal (febrero-2006), pág. 46. Afirma el citado Tribunal: "Que el mandato constitucional que ordena que toda pena privativa de la libertad esté dirigida esencialmente a la reforma y readaptación social de los condenados (art. 5º, inc. 6, CADH) y que el tratamiento penitenciario se oriente a la reforma y readaptación social de los penados (art. 10, inc. 3º, PIDCP) exige que el sentenciante no se desentienda de los posibles efectos de la pena desde el punto de vista de la prevención especial. Dicho mandato, en el caso de los menores, es mucho más constrictivo y se traduce en el deber de fundamentar la necesidad de la privación de libertad impuesta, desde el punto de vista de las posibilidades de resocialización, lo cual supone ponderar cuidadosamente en ese juicio de necesidad los posibles efectos nocivos del encarcelamiento" (Idem). Sin resaltar en el original.

Jerarquía normativa, derivado de los tratados internacionales suscriptos por nuestro país, en especial de la Convención del Niño y el Pacto de San José de Costa Rica".⁴²

La integración incluyente que se deriva de la afirmación "tienen jerarquía constitucional" condiciona claramente la interpretación del párrafo siguiente: "no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos" (art. 75 inc. 22, CN). 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, que sentido hubiera tenido, después de la enunciación de los instrumentos, elevarlos a la misma jerarquía que la constitución para, inmediatamente después, bajarlos un escalón por debajo de la constitución a la que se pretendía igualar. Semejante inconsistencia, incompatible con cualquier método de interpretación, no solo fue improbable en el constituyente sino que desconoce la apertura que éste decidió del ordenamiento jurídico hacia el derecho internacional de los derechos humanos.

Para Ekmekdjian no es admisible que el texto constitucional, en su primera parte, derogue o minimice normas del derecho de la integración humanitaria, ni que éstas puedan derogar o minimizar a las de la primera parte de la constitución.⁴³ Bidart Campos, por su lado, afirma en este punto que los artículos de la primera parte de la constitución y los instrumentos internacionales a los que se adjudican directamente jerarquía constitucional, constituyen un "plexo indisoluble de derechos y garantías", en el que ninguna norma del primer sector hace inaplicable a una o más del otro sector, y viceversa; la complementariedad del segundo respecto del primero significa que le proporciona completitud y que nunca puede resultar inocuo.⁴⁴

⁴² *Idem*, considerando 33. Sin resaltar en el original.

En este precedente la CSJN presenta el bloque de normas que integran el sistema jurídico de la justicia penal juvenil. El mismo, afirma, "se encuentra configurado por la Constitución Nacional, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, normas que resultan de ineludible consideración al momento de la imposición de penas por hechos cometidos por menores" (*idem*, considerando 34. Sin resaltar en el original).

⁴³ EKMEDJIAN, Miguel A., *Tratado de derecho constitucional*, op. cit., tomo IV, pág. 625.

⁴⁴ BIDART CAMPOS Germán, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, op. cit., tomo VI, pág. 563.

El mismo autor afirma 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" (*idem*). Y concluye: "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 ese alcance, porque de ser así deja de complementar y, al contrario, es como si la norma complementaria quedara

La CSJN en el caso "Chocobar" (1996) establece que la frase transcrita más arriba significa: "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 o contradecir".⁴⁵

Para la CSJN de lo dicho se desprende que la "armonía o concordancia" entre los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional y la constitución es un "juicio del constituyente". Así lo ha juzgado al hacer la referencia a los instrumentos internacionales 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".⁴⁶ Al mismo parecer ya había llegado la CSJN en el caso "Analia Monges" (1996) estableciendo: "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".⁴⁷

Sagüés opina que esta jurisprudencia, a la que denomina "doctrina de la verificación constituyente de compatibilidad", zanja en buena medida la cuestión y deriva el problema posterior a una cuestión de interpretación armonizante por parte de la judicatura, entre las reglas constitucionales y las de los tratados con graduación constitucional. No obstante, advierte el citado autor, conviene prevenir que refiere a los documentos expresamente citados en el inciso 22 del artículo 75 (CN), y no a los posteriores a los que el Congreso de rango constitucional (como lo ha hecho con la CIDFP), ya que, obviamente, no corre en esta última hipótesis el juicio de verificación y de concordancia que se habría hecho en 1994 por la asamblea constituyente. Para concluir, en tono crítico, que la "conjetura" de que la asamblea de 1994 hizo una verificación de compatibilidad -dándola en definitiva por acreditada-, no es muy convincente en especial atendiendo a las contradicciones que la cuestión planteó en el seno de la Asamblea constituyente.⁴⁸

borrada o suprimida del orden normativo dentro del cual debe cumplir ese papel complementario" (*Idem*, pág. 564). Replica así la tesis defendida por parte minoritaria de la doctrina que alude al término "complementarios" como sinónimo de "accesorio". En este último sentido se afirma que: "Los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 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" (véase VANOSI Jorge Reinaldo y DALLA VIA Alberto Ricardo, *Régimen constitucional de los tratados*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, segunda edición 2000, pág. 322). Sin resaltar en el original.

⁴⁵ CSJN, sentencia de 27 de diciembre de 1996, considerando 12, *Fallos* 319:3241.

⁴⁶ *Idem*, considerando 13.

⁴⁷ CSJN, sentencia de 26 de diciembre de 1996, considerando 22, *Fallos* 319:3148. Sin resaltar en el original.

⁴⁸ SAGÜES Néstor, *Constitucionalidad y extensión del "derecho de réplica"* ya citado, pág. 316.

V. El carácter vinculante de las interpretaciones de los organismos internacionales de control.

El carácter mixto de la fórmula primaria de validez nos lleva a la *integración* *incluyente* como forma de superar las tensiones *intra* BCF. Ahora bien, no se integran normas en abstracto sino *sentidos normativos* producto de la aplicación de la norma. Para ser aplicada la norma jurídica requiere de la *mediación* de un intérprete que establezca su sentido, o lo que es lo mismo, su aplicación al caso en cuestión.⁴⁹

Dicho intérprete es el órgano de aplicación del derecho. Tratándose de normas constitucionales y siguiendo nuestro país un control judicial y difuso, cualquier juez puede interpretar estas normas al aplicarla. Pero de toda interpretación judicial posible, solo la de la CSJN obra como interpretación *final* de la constitución. Ello en virtud principalmente de la necesaria uniformidad que debe guardar el derecho federal para garantizar su aplicación homogénea en todo el territorio nacional. Se trata, pues, de una consecuencia propia del federalismo como forma de organización del Estado. En otras palabras, las normas constitucionales hablan por la voz, y cobran vida en la voluntad de los integrantes de nuestra máxima instancia jurisdiccional.

¿Qué sucede con las normas convencionales internacionales? ¿A quién corresponde actuar aquí como órgano de aplicación? En primer lugar, debe rechazarse que la CSJN tenga alguna competencia para imponer, mediante un ejercicio *voluntarista* de interpretación, el alcance del articulado de los instrumentos internacionales, en general, y de los que tienen jerarquía constitucional en particular. Al tratarse de obligaciones internacionales cuyo cumplimiento generan responsabilidad internacional y la consiguiente obligación de reparar, el Estado no puede, a través de uno de sus poderes, crear la *medida* de su cumplimiento. Dicha medida, que se traduce en el contenido asignado a la obligación internacional, debe ser desarrollada por el organismo a cargo, según el instrumento internacional de que se trate, del seguimiento y cumplimiento de dichas obligaciones. Esto es por los respectivos *organismos internacionales de control*.

Estos organismos, como producto de su intervención en salvaguarda de los derechos humanos tutelados, 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

⁴⁹ Volvamos sobre la prohibición de esclavitud (art. 15, CN). Dicha prohibición, por sí misma, no define la esclavitud por lo que, para su aplicación, se impone definir su sentido jurídico. Concordada, por ejemplo, con otras normas de igual jerarquía en nuestro sistema como las que permiten el "trabajo forzoso" en ciertas ocasiones (cfr. art. 8.3, PIDCP), potencian lo dicho, aumentando la necesidad de contar con la mediación del intérprete.

interpretación del artículo de los instrumentos internacionales. Las interpretaciones propias producto solo de la voluntad de los jueces locales, por tanto, deben ser rechazadas. Lo anterior no significa quitar a la CSJN el papel de gran integrador del BCF (ver parágrafo VII) en ausencia de una jurisdicción constitucional reglada. Lo que se rechaza es que, tal función, se lleve a cabo desconociendo la jurisprudencia internacional. Esta, como vimos, representa la medida del cumplimiento de las obligaciones internacionales.

VI. La oscilante jurisprudencia de la CSJN sobre el carácter vinculante de la jurisprudencia internacional.

La CSJN, en esta materia, podemos decir tiene ya una añeja jurisprudencia - anterior a la reforma constitucional de 1994 - que avala, no sin notorias oscilaciones, el carácter vinculante de la jurisprudencia internacional. Debemos remontarnos al caso "Ekmejdjian c. Sofovitch" (1992) donde la nombrada Corte resolvió entonces un conflicto sobre el alcance que debía reconocérsele a una norma de la CADH que contempla el derecho de réplica (art. 14, CADH), no generando lo que denominamos como interpretación voluntarista, sino siguiendo la interpretación del respectivo organismo internacional de control.⁵⁰ Al respecto sentenció: "Que la interpretación del Pacto (CADH) 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, art. 1)"⁵¹

La CSJN utiliza en esta primera época del ciclo de reconocimiento abierto, la expresión "guiarse", la cual no ha sido del todo feliz pues permitió que se ponga en duda el verdadero carácter vinculante de la jurisprudencia de la Corte IDH al posibilitar la distinción entre guía efectiva o guía moral (no vinculante). Asimismo, como vemos, solo se hace referencia a la jurisprudencia de la Corte IDH, pero se guarda silencio -por caso- respecto a la jurisprudencia de la Comisión IDH, el otro organismo de control que tiene la CADH.

Sagüés denomina a esta doctrina de la CSJN con el nombre de "seguimiento nacional". Conforme a esta posición, afirma, "felizmente humilde y practica a la vez" los jueces argentinos deben tomar como guía en la interpretación de los derechos enunciados en la CADH la jurisprudencia de la Corte IDH. Es práctica, dice el citado autor, porque sintoniza la exégesis de los derechos constitucionales domésticos con la hermenéutica que haga la Corte IDH de esos mismos derechos, en cuanto estén

⁵⁰ En el caso se trató de la Corte IDH, opinión consultiva OC-7/86 del 29 de agosto de 1986, Serie A Nr. 7 (1986), *Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta* (Arts. 14.1, 1.1 y 2 CADH). Puede consultarse su texto en BIDART CAMPOS Germán, y PIZZOLO Calogero (coordinadores), *Derechos humanos. Opiniones consultivas de la Corte Interamericana. Textos completos y comentarios*, op. cit., tomo I, pág. 433.

⁵¹ CSJN, caso "Ekmejdjian c. Sofovitch", sentencia de 7 de julio de 1992, considerando 21. Fallos 315:1492. Sin resaltar en el original.

(Ver
grupos nacidos
del resto de
los instrumentos
y su carácter
(no jurisdiccional
-i Administrativa)

repetidos en la CADH. A su turno, si se trata de derechos exclusivamente enunciados en la CADH ese seguimiento es todavía más "obvio" al ser la Corte IDH el "intérprete final" de dicha Convención. De tal modo se evitan interpretaciones frontalmente dispares o parcialmente diversas sobre los mismos derechos, obteniéndose así una fórmula de interpretación armonizante entre la jurisdicción nacional y la internacional, en materia de derechos humanos. La receta es humilde, finaliza Sagüés, ya que implica en principio manejar primero las pautas interpretativas que sienta el órgano internacional supranacional, que los criterios nacionales. Significando ello una muestra de buena fe internacional.⁵²

Una vez sancionada la reforma constitucional en 1994 y constituido el BCF, la CSJN ratifica su línea jurisprudencial en el ya citado caso "Groidt" (1995) donde se afirma, respecto a la jerarquía constitucional, que la misma: "ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente, «en las condiciones de su vigencia» (art. 75 inc. 22 párr. 2) esto es, tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y 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 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".⁵³

Groidt

Fallo
Groidt

Este nuevo caso continúa en la senda de su precedente. La CSJN hace hincapié en que el desconocimiento de la jurisprudencia internacional en los términos expuestos habilitaría la responsabilidad internacional del Estado a causa del incumplimiento de sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos: "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".⁵⁴

De este último párrafo surge por inferencia que la CSJN no solo se está refiriendo a la jurisprudencia de la Corte IDH, sino a la jurisprudencia de cualquier

⁵² SAGÜES Néstor, *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*, publicado en "Jurisprudencia Argentina", tomo 1999-II, pág. 347.

⁵³ CSJN, caso "Groidt", sentencia ya citada, considerando 11. Sin saltar en el original.

⁵⁴ *Idem*, considerando 12.

La CSJN sigue en este caso a la Corte IDH, opinión consultiva C-11/90 del 10 de agosto de 1990, Serie A Nr. 11 (1990), *Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos* (Art. 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.

Fallos de la CSJN que reconocen a la Comisión Corte IDH

La validez jurídica en el ordenamiento argentino.
El Bloque de Constitucionalidad Federal

organismo internacional de control en la medida que su no acatamiento generaría la subsiguiente responsabilidad internacional. Así en pronunciamientos posteriores, por ejemplo, en el caso "Alonso" (1995) se sigue la opinión de la Comisión IDH en su interpretación del "plazo razonable" de la prisión preventiva (cfr. art. 7.5, CADH).⁵⁵

Bramajo incluye 2 casos orgaos c/ IDH

Pero no es hasta el caso "Bramajo" (1996), donde la CSJN avanza en la individualización de los organismos internacionales de control al incluir expresamente dentro de la jurisprudencia internacional a los informes de la Comisión IDH. Después de repetir la afirmación del caso "Giroldi" (1995) que une la vigencia de los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional a "su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación" se mantiene 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".⁵⁶

Fallo Bramajo

iz continúa de cur 2

Con la sentencia citada se fortalece la primera etapa del ciclo de reconocimiento abierto con el caso "Ekrnekdjian c. Sofoutch" (1992) donde se consolida, en general, la función de guía de la jurisprudencia internacional emanada de los organismos internacionales de control. En el caso "Scilingo" (1997), por ejemplo, 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 (cfr. arts. 1, 8.2.d y e, CADH; 2.1 y 14.3.b y d; PIDCP).⁵⁷

Una segunda etapa, la cual implica un claro retroceso de la jurisprudencia de la CSJN respecto a los mandatos constitucionales establecidos en el BCF, se abre con el caso "Acosta" (1998). En este nuevo fallo, primero se propone cumplir⁵⁸ con los precedentes "Giroldi" (1995) y "Bramajo" (1996), para luego consumir su negación y generar una ruptura en la continuidad jurisprudencial: "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 repunte, no podría constituir un motivo de revisión de las

Fallo Acosta

⁵⁵ CSJN, caso "Alonso", sentencia de 26 de diciembre de 1995, considerando 17. Fallos 318:2611.

⁵⁶ CSJN, caso "Bramajo", sentencia de 12 de septiembre de 1996, considerando 8. Fallos 319:1840.

⁵⁷ CSJN, caso "Scilingo", sentencia de 6 de mayo de 1997, considerando 9. Fallos 320:854.

⁵⁸ Véase CSJN, caso "Acosta", sentencia de 22 de diciembre de 1998, considerando 6. Fallos 321:3555.

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".⁵⁹

Con esta sentencia la CSJN ignora abiertamente la reforma constitucional de 1994 y el BCF allí creado. Consiguientemente, actuando de *facto*, se retrotrae la situación jurídica en el país al ordenamiento vigente con anterioridad a dicha reforma.

Se debe recordar aquí que, con la instauración del BCF, se habilitó con jerarquía constitucional la intervención, como *instancias de revisión*, de los organismos internacionales de control que operan en los mecanismos de protección contemplados en los instrumentos internacionales. En consecuencia, siempre que se trate de dirimir la existencia de alguna violación a las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos asumidas por el Estado argentino, *el proceso interno no puede darse por concluido hasta tanto se ha expedido el organismo internacional a cargo del control del cumplimiento de dichas obligaciones*. En estos términos el proceso en la jurisdicción nacional ha sido *ensamblado* -como consecuencia de las aludidas obligaciones internacionales-, a un proceso de revisión internacional.

En este camino, el BCF promueve un cambio estructural en las instancias procesales internas *introduciendo* la antedicha instancia internacional de revisión que persigue, como fin en sí mismo, verificar el cumplimiento efectivo de obligaciones internacionales que *garantizan*, por ejemplo, la doble instancia, la presunción de inocencia o la duración razonable del proceso (cfr. arts. 8, CADH, y 14 PIDCP). Pero, fundamentalmente, el acceso a la jurisdicción: "el esclarecimiento de si el Estado ha violado o no sus obligaciones internacionales por virtud de las actuaciones de sus órganos judiciales, *puede conducir a que el Tribunal deba ocuparse de examinar los respectivos procesos internos*".⁶⁰ A la luz de lo anterior, se deben considerar los procedimientos internos como un todo, incluyendo las decisiones de los tribunales de apelación, y que la función del tribunal internacional es *determinar si la integralidad de los procedimientos, así como la forma en que fue producida la prueba*, estuvieron conformes a las disposiciones internacionales".⁶¹

⁵⁹ *Idem*, considerando 13. La bastardilla me pertenece.

⁶⁰ Corte IDH, *Caso Bámaca Velásquez*, sentencia de 25 de noviembre de 2000, Serie C Nr. 70, párrafo 188. En el mismo sentido, Corte IDH, *Caso Myrna Mack Chang*, sentencia de 25 de noviembre de 2003, Serie C Nr. 101, párrafo 200; *Caso Herrera Ulloa*, sentencia de 2 de julio de 2004, Serie C Nr. 107, párrafo 146; *Caso 19 Comerciantes*, sentencia de 5 de julio de 2004, Serie C Nr. 109, párrafo 182; *Caso Lori Berenson Mejía*, sentencia de 25 de noviembre de 2004, Serie C Nr. 119, párrafo 133.

⁶¹ Corte IDH, *Caso Juan Humberto Sánchez*, sentencia de 7 de junio de 2003, Serie C Nr. 99, párrafo 120. Sin resaltar en el original.

Como bien señala Sagüés, la CSJN ha dejado de ser en sentido riguroso "suprema" ya que sus pronunciamientos pueden ser declarados por la Corte IDH - nosotros, como ya se dijo, sumamos a cualquier organismo internacional de control reconocido como tal en los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional- como violatorios de la CADH y, por ende, invalidados jurídicamente.⁵²

Por otra parte, se debe tener presente que para que prospere una petición ante la Comisión IDH, entre otros requisitos, se exige que tal petición sea presentada dentro del plazo de seis meses a partir de la fecha en que la presunta víctima es notificada de la decisión definitiva recaída judicialmente en la jurisdicción interna del Estado (art. 46.1.b, CADH). Mal podría invocarse entonces el carácter de cosa juzgada -como se hace en el citado caso "Acosta" (1998)- cuando la sentencia del último tribunal nacional competente es necesaria, siempre que no medien las excepciones del artículo 46.2 (CADH), para que proceda la intervención de la Comisión IDH. Bidart Campos y Albanese, en su comentario a la antedicha sentencia, hablan en este punto de "cosa juzgada nula", preguntándose si la Comisión IDH detectó violaciones: "no había base suficiente para revisar una sentencia pasada en cosa juzgada".⁵³

En el caso "Felicetti" (2000) la CSJN persiste con la tendencia jurisprudencial del caso "Acosta" (1998), asumiendo *per se* el papel de "interprete final" de los instrumentos internacionales.⁵⁴ Como explica Albanese en su comentario al fallo citado, no es concebible que una resolución de un órgano internacional o una sentencia de un tribunal internacional dirigidas a ser aplicadas en el ámbito interno, sean ejecutadas o no "según la voluntad de las autoridades locales". Estas ya tuvieron la oportunidad de interpretar y aplicar las normas convencionales, atento la necesidad de agotar los recursos internos. Si los tribunales internos quisieran seguir considerándose intérpretes finales de los tratados internacionales que regulan la creación de órganos de control internacionales cuyas competencias fueron reconocidas, prosigue la autora, sería oportuno denunciarlos, retirarse de los sistemas internacionales por creer que entorpecen el ejercicio de sus competencias.⁵⁵

⁵² SAGÜES Néstor, *Nuevamente sobre el valor (...) ya citada*, pág. 347.

⁵³ BIDART CAMPOS Germán y ALBANESE Susana, *El valor de las recomendaciones de la comisión Interamericana de derechos humanos*, publicado en "Jurisprudencia Argentina", tomo 1999-II, pág. 347.

⁵⁴ CSJN, caso "Felicetti", sentencia de 21 de diciembre de 2000, considerandos 6 y 9. Fallos 323:4130. El citado Tribunal lleva adelante aquí una interpretación propia de la doble instancia (cfr. art. 8.2.f, CADH) especialmente a partir del considerando 10.

⁵⁵ ALBANESE Susana, *La operatividad de las normas convencionales a 16 años de vigencia de la Convención Americana*, publicado en "Jurisprudencia Argentina", tomo 2001-I, pág. 484.

Fello

ESPOSITO
Espósito

Finalmente, con una nueva composición, la CSJN abre una tercera etapa en el enunciado ciclo de reconocimiento de la jurisprudencia internacional. Así, en el caso "Espósito" (2004) la CSJN despeja cualquier duda al sentenciar en relación a la Corte IDH que: "la decisión mencionada resulta de cumplimiento obligatorio para el Estado argentino (art. 68.1, CADH), por lo cual también en esta Corte, en principio, debe subordinar el contenido de sus decisiones a las de dicho tribunal internacional".⁶⁶

Una postura en sentido opuesto a la sostenida para 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".⁶⁷ En el caso en cuestión, la CSJN mantiene su parecer aún cuando dice no compartir el criterio restrictivo del derecho de defensa asumido por la Corte IDH.⁶⁸

En el caso "Simón" (2005) retoma la línea jurisprudencial de los precedentes "Giroldi" (1995) y "Bramajo" (1996) pero sin la amplitud 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".⁶⁹ Nótese el cambio de lenguaje en la CSJN: ya no se hablan de guía sino de imprescindible pauta de interpretación.

~~Caso~~
SIMON
~~scribble~~

Se imponía que la CSJN luego de las dudas manifestadas en el caso "Acosta" (1998) respecto a la fuerza vinculante de los informes de la Comisión IDH se expidiera sobre esta cuestión. No podía, por una parte, invocarse continuamente derechos y obligaciones reconocidos en los instrumentos intencionales con jerarquía constitucional y, a la vez, sembrar dudas sobre la obligatoriedad de las decisiones de los órganos de aplicación del derecho internacional de los derechos humanos. Se preguntan Bidart Campos y Albanese, para qué aceptar la intervención de un organismo supraestatal si luego lo que señala, recomienda o resuelve ese organismo

⁶⁶ CSJN, caso "Espósito", sentencia de 23 de diciembre de 2004, considerando 6, publicado en "La Ley", suplemento de derecho constitucional (abril-2005), pág. 14.

En el caso en cuestión se trataba de dar cumplimiento a lo resuelto por la Corte IDH en el caso "Bulacio" donde se rechazó la prescripción de la acción penal alegada por el actor y confirmada por la instancia inferior.

Caso
BULACIO

⁶⁷ Idem, considerando 10. Sin resaltar en el original.

⁶⁸ Idem, considerando 12.

⁶⁹ CSJN, caso "Simón", sentencia de 17 de junio de 2005, considerando 17. La bastardilla me pertenece. Véase en relación a este precedente PIZZOLO Calogero, Cuando la Constitución vence al tiempo. Sobre la inconstitucionalidad de las leyes de obediencia debida y punto final en el caso "Simón", publicado en "La Ley-Suplemento de derecho constitucional" de 25 de julio de 2005, pág. 16.

no va a cumplirse o, en el mejor de los casos, se cumplirá como le parezca al país, erigido en algo así como "intérprete" de lo que la Comisión IDH ha dicho.⁷⁰

En el caso "Casal" (2005) la CSJN asume *plenamente* la línea jurisprudencial del caso "Simón" (2005) afirmando que, en materia de la garantía de doble instancia prevista en los artículos 8.2.h (CADH) y 14.5 (PIDCP), debe seguirse el criterio compatible "con el criterio sentado en los dictámenes del Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas y en sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos".⁷¹ No podría sentenciarse en este sentido sino se considerase, a la jurisprudencia emanada de los organismos internacionales de control, vinculante a la hora de interpretar el alcance de las obligaciones internacionales.

La misma línea fue ratificada en el caso "M.D.E y otro" (2005) donde se estableció los alcances que debe asignarse a la "justicia penal de menores" siguiendo, no sólo el mandato de los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional sobre la materia, sino la jurisprudencia de sus organismos internacionales de control. Así, se sigue la interpretación del Comité de los Derechos del Niño (en su análisis del sistema juvenil argentino con referencia a la CDN)⁷², del Comité de Derechos Humanos en su interpretación del artículo 14 (PIDCP)⁷³, y de la Corte IDH⁷⁴. Es más, se afirma claramente que el citado Comité de los Derechos del Niño es el "intérprete" de la CDN.⁷⁵

VII. La CSJN como "gran integrador" del BCF.

En toda la cuestión que tratamos no debe perderse de vista la trascendental función que, frente a la creación del BCF, asume la CSJN en ausencia de una jurisdicción constitucional reglada. La convivencia de dos subsistemas con igual condición jerárquica nos impone la *integración incluyente* como criterio de interpretación. Esta función de *gran integrador* en cabeza de dicho Tribunal es una consecuencia necesaria de la reforma constitucional. Frente a las permanentes tensiones *intra* BCF a raíz del *carácter heterogéneo* de las normas básicas de referencia: ¿quién sino la CSJN es la encargada de realizar dicha integración.

⁷⁰ BIDART CAMPOS Germán y ALBANESE Susana, *El valor de las recomendaciones de la comisión interamericana de derechos humanos*, publicado en "Jurisprudencia Argentina", tomo 1999-II, pág. 347.

⁷¹ CSJN, caso "Casal", ya citado, considerando 34. En el mismo sentido, caso "Martínez Areco", ya citado, considerando 35.

⁷² Comité de los Derechos del Niño, *Observaciones finales (Argentina)*, de 9 de octubre de 2002.

⁷³ Comité de Derechos Humanos, *Observación General* Nr. 13, ya citada.

⁷⁴ Corte IDH, "Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño", Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A, Nr. 17, párrafo 54.

⁷⁵ CSJN, caso "M.D.E y otro", ya citada, considerando 33.

Fallo
Casal

proponiendo fórmulas normativas unitarias que contemplen el articulado de la constitución y los parámetros internacionales? Esta función de integración del derecho no debe ser el resultado de una interpretación voluntarista que se aparte de la jurisprudencia internacional. Lejos de ello se debe integrar la jurisprudencia internacional al BCF. No debe olvidarse, en este sentido, que los organismos internacionales de control crean derecho al aplicar el articulado de los instrumentos internacionales.

Si analizamos, dentro del BCF, el subsistema de los instrumentos internacionales encontramos por lo menos nueve organismos internacionales de control con capacidad de producir jurisprudencia determinante para las normas básicas de referencia. Hagamos un somero repaso de estos órganos de aplicación del derecho internacional de los derechos humanos. Tenemos la ya citada Corte IDH con competencia para controlar el cumplimiento no solo de la CADH sino, además, según vimos la DADDH, pero de igual modo la CIDFP.⁷⁶ La Comisión IDH, que también controla el cumplimiento de la CADH y la DADDH.⁷⁷ Luego vienen los comités creados en el ámbito de la ONU. El Comité de Derechos Humanos que controla el cumplimiento del PIDCP (arts. 28 a 45) respecto de los Estados partes, y permite las denuncias de particulares, conforme a su Protocolo Facultativo. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que controla el cumplimiento del PIDESC. El Comité para la Eliminación Racial que controla el cumplimiento de la CIEFDR (cfr. arts. 8 a 16). El Comité sobre la Eliminación de la Discriminación de la Mujer que controla el cumplimiento de la CEFDM (cfr. arts. 17 a 22). El Comité contra la Tortura que controla el cumplimiento de la CTTPCID (cfr. arts. 17 a 24). El Comité de los Derechos del Niño que controla cumplimiento de la CDN (arts. 43 a

⁷⁶ La Corte IDH ha asumido la interpretación y el control sobre el cumplimiento de la CIDFP en relación a la CADH afirmando que viola el artículo 2 (CADH) el hecho que el Estado hubiese ratificado la *Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas*, y no hubiese tipificado en su legislación interna el delito de desaparición forzada (Cfr. *Caso Trujillo Oroza*, Reparaciones (Art. 63:1 CADH), sentencia de 27 de febrero de 2002, Serie C Nr. 92, párrafo 95). Véase además, *Caso de las Hermanas Serrano Cruz*, Excepciones Preliminares, sentencia de 23 de noviembre de 2004, Serie C Nr. 118, párrafo 105.

De igual forma la Corte IDH ha interpretado la *Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura* y el *Pacto de San Salvador de Bahía*. Así, la Corte IDH se ha referido a su competencia para aplicar tratados de derechos humanos distintos a la CADH sosteniendo que: "si bien tiene amplias facultades para conocer de violaciones a los derechos humanos, estas últimas deben referirse a los derechos amparados por la Convención, exceptuados los casos en que otro instrumento internacional, ratificado por el Estado, le confiera competencia para conocer de violaciones a los derechos protegidos por ese mismo instrumento" (Cfr. *Caso Baena Ricardo y otros*, sentencia de 2 de febrero de 2001, Serie C Nr. 72, párrafo 97).

⁷⁷ Véase entre otros, Comisión IDH, *Caso Barco Remolcador 13 de Marzo* (Cuba), Informe Nr. 47/96 (caso 11.476), 16 de octubre de 1996, párrafo 77. Donde se señala que "la obligación de respetar y proteger el derecho a la vida es una obligación erga omnes, es decir, debe ser asumida por el Estado cubano -al igual que todos los Estados miembros de la OEA, sean o no partes de la Convención Americana- frente a la comunidad interamericana como un todo, y frente a todos los individuos sujetos a su jurisdicción, como directos destinatarios de los derechos humanos reconocidos por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre".

En el mismo sentido, *Caso Armando Alejandro Jr., Carlos Costa, Mario de La Peña y Pablo Morales* (Cuba), Informe Nr. 86/99 (caso 11.589), 29 de septiembre de 1999, párrafo 39.

45). Por último, siguiendo en el ámbito de la O.N.U., encontramos a la Corte Internacional de Justicia que entiende en las "controversias entre las partes contratantes, relativas a la interpretación, aplicación o ejecución de la CPSDG (art. IX).

En el caso específico de la Comisión IDH se discute en doctrina en torno al carácter de sus recomendaciones. Es un debate testigo sobre los prejuicios que existen sobre toda esta cuestión. Los argumentos que restan valor a la interpretación que de la CADH hace la Comisión IDH mantienen que ésta tiene una naturaleza distinta que la Corte IDH. Esta última es un tribunal, la Comisión IDH no. La Corte IDH emite pronunciamientos definitivos. La Comisión IDH no: su criterio puede, en definitiva, no ser compartido por la Corte IDH, quien puede fallar en su contra. El mismo Tribunal dicta sentencias con autoridad de cosa juzgada, la Comisión IDH no.⁷⁸

En primer lugar, de acuerdo al proceso para la tramitación de denuncias previsto por la CADH durante la etapa en que interviene la Comisión IDH, frente al incumplimiento del Estado denunciado de las recomendaciones hechas en el informe preliminar (cfr. art. 50, CADH), la Comisión IDH tiene dos opciones: o eleva el caso a la Corte IDH, o bien publica el informe final (cfr. art. 51, CADH). Esta publicación tiene efectos jurídicos no siempre estimados por las doctrinas negatorias de la obligatoriedad de dicho informe final: la publicación significa concluir la instancia de revisión internacional. No está estipulada una nueva instancia de revisión y, además, no se puede recurrir a una instancia de revisión internacional diversa pues, por principio, las denuncias ante un organismo internacional de control proceden en la medida que la materia de la petición no haya sido sometida a otro procedimiento de arreglo internacional (cfr. arts. 46.1.c, CADH; y 5.2.a PIDCP, Protocolo Facultativo).

El informe final surgido entonces se equipara, en cuanto a su utilidad para la víctima y para la interpretación del sistema interamericano, a la utilidad de una sentencia de la Corte IDH en la medida que ambas coinciden en establecer si existe o no violación de las obligaciones asumidas por los Estados. De este modo, persistir en restar valor a estos informes finales significaría llevar adelante una discriminación infundada entre víctimas de violaciones a los derechos humanos que alcanzan con una sentencia de la Corte IDH la tutela efectiva de sus derechos, y víctimas de violaciones a los derechos humanos que obtienen un promesa de tutela efectiva de sus derechos pues el cumplimiento de las recomendaciones de la

⁷⁸ En esta postura se encuentra Sagüés para quien las recomendaciones de la Comisión IDH "con todo el prestigio que tienen, no poseen la misma cotización jurídica que las sentencias u opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos" (Cfr. SAGÜES Néstor, *Nuevamente sobre el valor (...)*, ya citada, pág. 347. Del mismo autor, *El valor de los pronunciamientos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, publicado en "Jurisprudencia Argentina", tomo 1997-II, pág. 745).

Comisión IDH dependen de que, a diferencia de las sentencias de la Corte IDH, se estimen vinculantes o no. De más está decir que, una discriminación de este tipo, nada tiene de compatible con el objeto y fin de un instrumento internacional sobre derechos humanos.

En segundo lugar, dentro del sistema interamericano, la Comisión IDH cumple una *función específica* en la tutela de los derechos humanos que no cumple la Corte IDH. Esto es, juzga sobre las denuncias contra los Estados que, siendo parte del la O.E.A., no han ratificado la CADH. Para estos últimos Estados, en el ejercicio de sus funciones, la Comisión IDH controla la aplicación de la DADDH (cfr. arts. 1.2.b y 20.a, Estatuto Comisión IDH; 23, 41, 49 y 50, Reglamento Comisión IDH). Una vez más, la alternativa más favorable para la tutela de los derechos humanos consiste en considerar a las "recomendaciones" de la Comisión IDH como "susceptibles de generar obligaciones para los Estados". Reconocer este relevante principio constituye la base que torna eficaz al sistema de protección interamericano donde debe tenerse en cuenta, entre otros aspectos, la situación de las personas que se encuentran bajo la jurisdicción de aquellos Estados que no han ratificado la CADH, o de aquellos que la han ratificado y no aceptaron la competencia de la Corte IDH. Si se "desjerarquiza" el valor de las recomendaciones elaboradas por la Comisión IDH, no se estaría coadyuvando a la búsqueda de la perfección del sistema de protección internacional.⁷⁹

En cuanto al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales - organismo de control del PIDESC - ha establecido en su jurisprudencia la obligatoriedad de los tribunales nacionales de aplicar, conforme a la interpretación que haga el Comité, el PIDESC siempre que sea invocado por los particulares bajo la jurisdicción de un Estado parte: "Generalmente se acepta que la legislación interna debe ser interpretada en la medida de lo posible de forma que se respeten las obligaciones jurídicas internacionales del Estado. Por eso, cuando un responsable de las decisiones internas se encuentre ante la alternativa de una interpretación de la legislación interna que pondría al Estado en conflicto con el Pacto y otra que permitiría a ese Estado dar cumplimiento al mismo, el derecho internacional exige que se opte por esta última".⁸⁰

Es en 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 la jurisdicción constitucional. El ejercicio de dicha jurisdicción implica *dotar de vida* a los sistemas y subsistemas que se agrupan en una

⁷⁹ Véase BIDART CAMPOS Germán y ALBANESE Susana, *Derecho internacional, derechos humanos, y derecho comunitario*, Ediar, Buenos Aires, 1998, págs.151-154.

⁸⁰ Comité de Derechos Económicos, Sociales, y Culturales, *Observación General Nr. 9, "La aplicación interna del Pacto"* (1988), adoptada en el 19° periodo de sesiones, párrafos 14-15.

constitución. Significa iluminar la letra solemne del articulado constitucional, para alumbrar el camino a seguir en la interpretación de su contenido. Cuando nos referimos a los sistemas y subsistemas que anidan en una constitución, no nos referimos 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* todo el sistema.⁶¹ En el caso argentino, las apuntadas dudas constitucionales surgen del BCF en tanto fórmula primaria de validez.

Sí en nuestro orden jurídico la CSJN no tiene la capacidad de actuar como un *operador preferente* que permita superar las continuas y permanentes tensiones que la apuntada heterogeneidad genera dentro del BCF, el sistema corre el riesgo de quedar huérfano.

⁶¹ Véase PIZZOLO Calogero, *El caso "Barreto" y un ejercicio de realismo por nuestro máximo Tribunal*, publicado en Revista "La Ley" de 28 de marzo de 2006, pág. 3.

