

# Impacto de la reforma de 1994 de la Constitución Argentina y los Tratados sobre Derechos Humanos (control de convencionalidad)

por JUAN CARLOS HITTERS<sup>(\*)</sup>

**Sumario:** I. LA REFORMA DE 1994. GENERALIDADES. A. INTRODUCCIÓN. ANTECEDENTES. B. LOS TRATADOS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS. 1. Generalidades. 2. Particularidades. 3. La autoejecutividad del Pacto de San José de Costa Rica. a) Generalidades. b) La postura antigua de la Corte Suprema de la Nación. c) Actualización de la antigua postura de la Corte Suprema de la Nación. C. EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA REFORMA DE 1994. D. INTERNACIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS. – II. PARTICULARIDADES DE LA REFORMA DE 1994. JERARQUÍA CONSTITUCIONAL DE LOS TRATADOS SOBRE DERECHOS HUMANOS. A. GENERALIDADES. LA CONSTITUCIÓN INTERNACIONALIZADA. B. TRATADOS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS ENUMERADOS EN EL ART. 75 INC. 22. – III. LOS DERECHOS HUMANOS Y LOS ÓRGANOS INTERAMERICANOS. A. OBLIGACIÓN DE LOS ESTADOS DE CUMPLIR LOS TRATADOS Y LOS FALLOS DE LA CORTE INTERAMERICANA. B. EFECTOS DE LOS FALLOS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. VALOR VINCULANTE. – IV. CONCLUSIONES. UN AVANCE DE LA REFORMA DE 1994 Y EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD.

## I. La reforma de 1994. Generalidades

### A. Introducción. Antecedentes

El art. 30 de la Constitución Nacional permite la reforma de dicha norma fundamental, por ello el 29 de diciembre de 1993 se dictó la ley 24.309 que declaró la necesidad de la reforma parcial de la Carta Magna de 1853 (que ya había sido retocada en los años 1860, 1866, 1898, 1957 y 1972).

Allí se dispuso sobre la base de un núcleo de coincidencias básicas “rejuvenecer” varios preceptos del citado ins-

trumento. Por ello, el art. 3º de la ley antes nombrada puso sobre el tapete el debate respecto de diversos puntos; entre ellos, habilitó (art. 3º, I) el campo de “los institutos de integración y la jerarquía de los Tratados Internacionales”.

En la Segunda Parte del Título Primero, Sección Iª, Capítulo 4º (Atribuciones del Congreso), el art. 67 inc. 19 de la anterior Constitución se transformó en el actual art. 75 inc. 22, que enclavó entre las potestades de ambas Cámaras Legislativas la responsabilidad de aprobar o desechar Tratados. Puntualizó que estos documentos tienen jerarquía superior a las leyes<sup>(1)</sup>.

Mas en paralelo enumeró una serie de instrumentos sobre “Derechos Humanos” (aquí está uno de sus puntos vertebrales) otorgándoles jerarquía constitucional, esto es, un escalón superior al de los Tratados “comunes”.

Pero, además, en su segunda parte, dio el paso fundamental al traer a nuestro ámbito doméstico el *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Se les confirió vigencia entonces por una vía constitucional privilegiada a los Convenios y Tratados sobre Derechos Humanos, fenómeno global que para Mauro Cappelletti ha sido uno de los movimientos mundiales más importantes en el ámbito de la política internacional de la última mitad del siglo.

Si bien es cierto que la Constitución de 1853 (con sus modificaciones anteriores al año 1994) abordaba el tema de los Tratados Internacionales (arts. 27, 31, 67 inc. 19 y 86 inc. 14), la verdad es que no se ocupaba particularmente de esos especiales convenios relativos a los Derechos Humanos, cuya aparición se venía advirtiendo sin ambages desde la finalización de la Segunda Guerra Mundial con la creación de las Naciones Unidas [1945] y posteriormente en la OEA [1948]. Ello así sobre la base de distintos documentos universales y regionales. La reforma de 1994 llegó por un gran consenso, pues el llamado “Pacto de Olivos” fue seguido por dos acuerdos políticos más amplios, los del 1º y el 15 de diciembre de ese año, donde se fijaron las pautas fundamentales: 1) por un lado, el contenido del Núcleo de Coincidencias Básicas; y 2) por otro, el amplio alcance de los temas habilitados por el Congreso que fueron la base para lograr nuevos acuerdos en el ámbito de la Convención que permitieron la unanimidad para su aprobación.

B. Los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos

1. Generalidades

Como adelantamos, la ley 24.309 (del 29 de diciembre de 1993) habilitó, entre otros puntos, el tratamiento de la “jerarquía de los tratados internacionales”, enumerando en forma expresa diez<sup>(2)</sup> documentos supranacionales a los que se les dio –ya lo dijimos– jerarquía constitucional, permitiendo al Congreso aprobar –en el futuro– otros documentos de esta naturaleza y con la misma categoría, ello así por la mayoría de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

En puridad de verdad y afinando los conceptos, cabe decir que, en ese encuadre, el art. 75 inc. 22 enumeró una serie de instrumentos que algunos de ellos no son Tratados en sentido estricto, por ejemplo, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de Derechos Humanos, que –tal cual su nombre dice– son verdaderas “Declaraciones” que originalmente solo enumeraban derechos y potestades del individuo, aunque con el tiempo se les fue otorgando cierta obligatoriedad y jerarquía<sup>(3)</sup>.

(1) Señala la primera parte del art. 75 inc. 22: “Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes”.

(2) En realidad, fueron once porque englobó bajo un mismo acápite el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

(3) Hitters, Juan Carlos, *Control de convencionalidad en el sistema interamericano de derechos humanos. Efectos. (Valor vinculante de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos)*, Librería Editora Platense, Buenos Aires, 2023, Tomo II, pág. 303 y siguientes.

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *Análisis de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Mendoza en punto al control de convencionalidad en el marco del control de constitucionalidad*, por VÍCTOR ENRIQUE IBÁÑEZ ROSAZ, EDCO, 2015-475; *Control de convencionalidad como método de supremacía de los tratados internacionales: hacia un nuevo rumbo en la jurisprudencia nacional*, por CARLOS ALBERTO FOSSACECA, EDCO, 2010-580; *El control de constitucionalidad y de convencionalidad de oficio*, por ISABEL GRILLO, EDCO, 2011-330; *La revisión del control de convencionalidad difuso y la identidad institucional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, por VALENTÍN THURY CORNEJO, EDCO, 2012-327; *Algunas inquietudes en torno al control de convencionalidad*, por MATÍAS SUCUNZA, EDCO, 2013-327; *El control de convencionalidad en el sistema de control de constitucionalidad argentino*, por ROMINA ARIANA DÍAZ, ED, 253-684; *Una sentencia pedagógica sobre el control de convencionalidad en el derecho argentino*, por SILVIA MARRAMA, ED, 255-335; *Una novedosa categoría jurídica: el “querer ser”. Acerca del pretendido carácter normativo erga omnes de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Las dos caras del “control de convencionalidad”*, por ALFREDO M. VITOLO, EDCO, 2013-637; *Supremacía constitucional y control judicial de constitucionalidad. Aclaraciones conceptuales*, por PEDRO A. CAMINOS, EDCO, 2015-378; *La Argentina en el mundo de los sistemas de control de constitucionalidad*, por PEDRO A. CAMINOS, EDCO, 2015-520; *Conversación sobre la jurisprudencia actual de la Corte Suprema y el control de constitucionalidad*, por MIRTHA ABAD, EDCO, 2015-539; *Ejecutando sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: una contestación de oficio muy especial*, por ESTELA B. SACRISTÁN, EDCO, 2017-58; *El desenlace del conflicto entre la Corte Suprema argentina y la Corte interamericana*, por NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS, ED, 275-938; *La doctrina del margen de apreciación nacional y la obligatoriedad de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, por EDUARDO BUENADER, ED, 279-489; *El Poder Ejecutivo frente al sistema internacional de derechos humanos y la ejecución de sentencia internacional*, por MARÍA MACARENA ALURRALDE URTUBEY, ED, 280-688; *La República Argentina ante la Corte IDH: año 2018*, por PAULINA R. CHIACCHIERA CASTRO, ED, 283-659; *El margen de apreciación nacional en la lectura de los tratados internacionales: ¿laberinto o techo del derecho internacional de los derechos humanos?*, por LAUTARO E. PITTIER y RICARDO G. RINCÓN, ED, 283-795; *La revisión de la cosa juzgada nacional frente a las sentencias de la Corte IDH*, por SERGIO NICOLÁS JAILL, ED, 284-919. Todos los artículos citados pueden consultarse en [www.elderechodigital.com.ar](http://www.elderechodigital.com.ar).

(\*) Abogado y Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad Nacional de La Plata. Profesor Titular Emérito de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales UNLP. Ex Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. Convencional Constituyente en la Reforma Constitucional de 1994, integrante de la Comisión de Tratados y de la Comisión de Redacción. Ex Experto Alterno de las Naciones Unidas, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones.

## 2. Particularidades

Los Tratados sobre Derechos Humanos que han tenido un desarrollo progresivo a partir de la puesta en marcha de la ONU y han proliferado en los últimos años, tanto los de tipo universal como los regionales, conforman ciertas características que en alguna medida los diferencian de los clásicos<sup>(4)</sup>. En efecto, éstos tienen en mira un intercambio recíproco de beneficios, y en caso de incumplimiento hasta pueden quedar sin efecto o suspender parcialmente sus consecuencias, conforme al art. 60 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. En cambio, los referentes a las prerrogativas del hombre enfocan al individuo como destinatario principal y no a los Estados. Otra de las particularidades de la institución analizada –que fue remarcada por la Corte Internacional de Justicia, cuando se refirió a la Convención sobre Genocidio– es que “los Estados contratantes no tienen intereses propios; tienen solamente todos y cada uno de ellos un interés común, que es preservar los fines superiores que son la razón de ser de la convención. En consecuencia, en un instrumento de ese tipo no puede hablarse de ventajas o desventajas individuales de los Estados, ni de mantener un equilibrio contractual exacto entre derechos y deberes. La consideración de los fines superiores de la convención es, en virtud de la voluntad común de las partes, el fundamento y la medida de todas sus disposiciones”<sup>(5)</sup>.

Ese Tribunal dejó también puntualizada la dicotomía que existe entre las obligaciones de los Estados frente a la comunidad internacional en su conjunto, esto es con relación a los seres humanos; y las que nacen frente a otro Estado. Con referencia a los primeros, agregó que todos los gobiernos tienen interés legal en su protección pues se trata de obligaciones *erga omnes*. Las mismas “derivan, por ejemplo, en derecho internacional contemporáneo, de actos ilegales de agresión, del genocidio y también de los principios y reglas concernientes a los derechos fundamentales de la persona humana”<sup>(6)</sup>.

Otra de las originalidades de las Convenciones sobre Derechos Humanos –referidas en la Constitución de 1994– es que su ámbito de aplicación y alcance no están gobernados por el equilibrio recíproco entre las partes signatarias, ya que la finiquitación de un Tratado por incumplimiento grave de uno de los adherentes, que opera en el Derecho Internacional clásico, no juega en el campo que nos ocupa. En este orden de pensamiento, el art. 60.5 de la referida Convención de Viena edicta que tales pautas tradicionales no son válidas con respecto a las disposiciones relativas a la protección de la persona humana contenidas en los tratados de carácter humanitario, en particular, las disposiciones que prohíben toda forma de represalia con respecto a las personas protegidas por tales tratados<sup>(7)</sup>.

La Corte Interamericana no ha sido ajena a esta categorización que venimos haciendo, y remarcó desde hace tiempo y en varias oportunidades la notable diferencia que hay entre los Tratados clásicos y los atinentes a las prerrogativas del hombre. En la Opinión Consultiva 2 (OC-2/82), dijo claramente que estos últimos no son multilaterales de tipo tradicional para beneficio de los Estados, “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 (...)”<sup>(8)</sup>.

No olvidemos que en la siguiente Opinión Consultiva (OC-3/83), ese cuerpo se ocupó nuevamente de la temática que estamos abordando, perfilando una vez más las características propias de este tipo de Tratados, apuntando que los principios que rigen el modelo clásico, con respecto a las reglas que gobiernan la reciprocidad en mate-

ria de reservas de los mismos, no tienen valimiento en el campo de los Derechos Humanos<sup>(9)</sup>.

El carácter especial de ellos ha sido reconocido también por la Comisión Europea de Derechos Humanos (CEDH)<sup>(10)</sup>; y surge en paralelo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuyo preámbulo hace referencia a su propósito de “consolidar en este continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre (...)”<sup>(11)</sup>.

Sintetizando, podemos reiterar que se aprecian notables diferencias entre los tradicionales Tratados y los referentes a los derechos del hombre. En efecto, éstos tienen un contenido que apunta a una “garantía mínima” cuyo desarrollo progresivo casi siempre se prevé; además, no están restringidos por la contraposición del interés de los signatarios, ni rige el principio de reciprocidad entre los derechos y obligaciones contraídas. En tal tipo de instrumentos el destinatario es el ser humano (quien es el legitimado activo), y los Estados no tienen un interés propio, ya que su finalidad es mantener las prerrogativas del hombre. Por otra parte, la mayoría de ellos crea para los gobiernos obligaciones *erga omnes*, y no se aplican las reglas generales sobre “reservas”, que imperan para los Tratados clásicos.

Digamos que el “objeto y fin” de los documentos abordados en este apartado son los derechos fundamentales del hombre, y no quedan sin efecto –como los otros– en caso de incumplimiento de las partes. Uno de sus rangos definidores es que se le reconoce al individuo la calidad de *sujeto de Derecho Internacional*.

Por último, conviene reiterar que las Constituciones modernas le dan a este tipo de convenciones un ponderable rango normativo. Adviértase que el art. 46 de la Carta Magna de Guatemala dispone que los Tratados sobre Derechos Humanos ratificados por ese país tienen preeminencia sobre el Derecho interno. A su vez, el art. 105 de la Constitución de Perú, de 1979, establecía que “Los preceptos contenidos en los tratados relativos a derechos humanos tienen jerarquía constitucional. No pueden ser modificados sino por el procedimiento que rige para la reforma de la Carta Fundamental”. Por su parte, el art. 95.1º de la Carta Suprema de España edicta que “la celebración de un tratado internacional que contenga disposiciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional”<sup>(12)</sup>. Como ya expresamos, la reforma de la Constitución Nacional Argentina del año 1994 –a la que venimos haciendo referencia– les dio a ciertos instrumentos allí enumerados (art. 75, inc. 22) jerarquía constitucional<sup>(13)</sup>, aclarando que los mismos “no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución (parte dogmática) y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”.

Como se advierte, de este modo se produjo una “agregación” de normas y preceptos que coexisten –y deben conciliarse– con las libertades y derechos clásicos de la Primera Parte. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados es, principalmente, una codificación del derecho consuetudinario (*lex lata*). Ciertas normas de este cuerpo preceptivo se erigen como derecho nuevo, por ejemplo, el art. 46 sobre disposiciones de la legislación interna concernientes a la competencia para celebrar Tratados; y otras son simplemente modificación del Derecho Internacional general existente, como el caso del sistema de reservas.

Este conjunto de preceptos se aplica solo a los Tratados celebrados por escrito y regidos por el Derecho Internacional. Ello sin perjuicio de señalar que sus pautas hermenéuticas valen como criterios de interpretación para los

(9) Opinión Consultiva OC-3/83 del 8 de setiembre de 1983, Restricciones a la Pena de Muerte (arts. 4º.2 y 4º.4 CADH), párr. 62.

(10) CEDH. Cuando sostuvo que las obligaciones asumidas por las altas Partes Contratantes en la Convención Europea son esencialmente de carácter objetivo, diseñadas para la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, de violaciones originadas por las Altas partes Contratantes en vez de crear derechos subjetivos y recíprocos entre ellas (Austria c. Italy, Application N° 788/60, European Yearbook of Human Rights, 1961, Vol. 4, pág. 140).

(11) Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de setiembre de 1982 (cit.), párr. 30.

(12) Nikken, Pedro, *La protección internacional de los derechos humanos: su desarrollo progresivo*, Madrid, Civitas, 1987. ISBN 84-7398-513-3.

(13) Hitters, Martínez y Tempesta, *Jerarquía de los tratados sobre derechos humanos. Fundamento de la reforma de 1994*, en *El Derecho*, Bs. As., 31/10/1994.

(4) Hitters, Juan Carlos y Fappiano, Oscar L., *Derecho internacional de los derechos humanos*, Buenos Aires, Ediar, Segunda Edición, 2007-2011, Tomo I, pág. 416 y ss.

(5) Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, Cour internationale de Justice (CIJ), 1950.

(6) Caso relativo a la Barcelona Traction, Light and Power Company Limited (Excepciones Preliminares), Fallo de 24 de julio de 1964.

(7) Guardia, Ernesto de la; Delpech, Marcelo, *El derecho de los tratados y la Convención de Viena de 1969*, La Ley, 1970.

(8) Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de setiembre de 1982, El efecto de las Reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Arts. 74 y 75), párr. 29.

Tratados celebrados por los Estados que no han ratificado dicha normativa, pues como dijo desde antiguo la Corte IDH en la Opinión Consultiva 3 (OC-3/83, Restricciones a la Pena de Muerte), los criterios que determina este instrumento pueden considerarse reglas de Derecho Internacional general sobre el tema de los Derechos Humanos. Los parámetros relativos a la hermenéutica de los Tratados constituyen una de las secciones de la Convención de Viena<sup>(14)</sup>. Los cuatro artículos que se ocupan de esta cuestión son fruto de la jurisprudencia desplegada por la Corte Internacional de Justicia.

### 3. La autoejecutividad del Pacto de San José de Costa Rica

#### a) Generalidades

Como es por demás sabido, la Constitución Argentina es decimonónica, y, por ende –obviamente–, no hace referencia al llamado Pacto de San José, aunque el elenco de los derechos protegidos por esa Carta Magna tiene una gran similitud con el de la Convención de marras. Tampoco, y por el mismo motivo, hay alusión expresa a los Pactos Internacionales sobre Derechos Humanos, ni a la prioridad que deberían tener ese tipo de Convenciones con respecto a las normas internas<sup>(15)</sup>.

Por ello, para hacer una breve referencia al sistema argentino<sup>(16)</sup>, será conveniente analizar algunos antiguos fallos, sobre todo de la Corte Suprema de la Nación, que en este aspecto ha cubierto el vacío constitucional.

Hemos visto que para que la Convención *sub examine* resulte útil, debe penetrar en el Derecho interno y ser aplicada por los tribunales locales. Además, para que el esquema resulte realmente satisfactorio deviene imprescindible que el hombre, es decir, la persona, pueda reclamar *per se* las prerrogativas que le confieren las disposiciones internacionales. El éxito del Pacto radica en que sus dispositivos normativos se esgriman directa e inmediatamente, sobre la base del modelo monista, como se deduce del art. 1º de la Convención de marras. Ello así, considerando que el sistema de protección transnacional de las libertades del hombre es subsidiario, tal cual lo vimos.

Hemos intentado dejar en claro también que la circunstancia de que un Tratado haya sido ratificado por la Argentina no significa que sea inmediatamente aplicable, ya que para que sus reglas tengan inmediata operatividad deben ser *self executing*, y no meramente programáticas.

La Corte Suprema de la Nación ha entendido, hace tiempo ya, que si del texto del Tratado se deduce la intención de las partes de que sus reglas sean autoejecutables, y si sus preceptos no necesitan adaptación alguna, son –en principio– inmediatamente operativas<sup>(17)</sup>.

#### b) La postura antigua de la Corte Suprema de la Nación

El más Alto Tribunal del país se ha ocupado de la autoejecutabilidad del Pacto de San José habiendo sentado la doctrina –en anteriores composiciones– de que dicho instrumento internacional no era en principio *self executing*, conclusión que no compartimos y que hemos criticado.

En el caso “Campillay”<sup>(18)</sup>, la Corte receptó la postura de la no operatividad del derecho de réplica o rectificación y respuesta, aunque dejó abierta una importante brecha en el consid. 4º *in fine*, al aplicar el art. 131 de la Convención, en lo que hace a la libertad de pensamiento y expresión. En tal sentencia uno de los magistrados votó en disidencia, opinando que, si bien no era aplicable al

caso en examen el referido Tratado, por ser posterior a los hechos allí ventilados, “ha sido incorporado a nuestro Derecho interno, conforme a lo normado por el art. 31 CN, mediante la aprobación por el art. 1º, ley 23.054 (...) cuyos arts. 13 y 14 protegen la libertad de pensamiento y de expresión y el derecho de rectificación o respuesta, respectivamente”<sup>(19)</sup>.

En el caso “E.F.E., suc. *ab intestato*”<sup>(20)</sup>, la Corte, adhiriendo *in totum* al dictamen del Procurador General de la Nación, sostuvo que del art. 2º de la Convención debe inferirse que los derechos protegidos por ella tienen que ser específicamente incorporados al sistema interno de los Estados Partes, mediante las disposiciones legislativas o de otra índole que deberán adoptarse con arreglo a los procedimientos constitucionales de cada país. Va de suyo que de este pronunciamiento surge la no operatividad de la Convención de marras.

Dicho criterio fue mantenido en el caso “Eusebio, Felipe Enrique”, de fecha 9/6/1987, JA 1988-I-543, donde se dijo que el Pacto es *predominantemente programático y no cabe atribuirle operatividad propia*.

En el caso “Sánchez Abelenda”, dicho Alto Tribunal resolvió que el art. 14.1 del Pacto de San José es meramente programático. Este criterio fue mantenido en los autos “Ekmekdjian, Miguel Ángel v. Neustadt, Bernardo y otros s/ Amparo”, de fecha 1/12/1988, JA 1989-II-383, donde se dijo que la ausencia de reglamentación del art. 14.1 del Pacto –que regula el derecho de réplica– no es operativo.

Hemos dicho que, para considerar si una cláusula es meramente programática, no es suficiente con que la misma se refiera a la “ley”, para que pierda autoejecutividad, dado que la remisión que el art. 14.1 de la Convención hace a una norma legislativa apunta a la forma y al modo en que el afectado puede pedir la rectificación, y no a la existencia de tal potestad, tal cual lo ha remarcado la Corte Interamericana en el asunto aludido.

La doctrina argentina, si bien no es unánime, en su mayoría<sup>(21)</sup> considera que por regla<sup>(22)</sup> la Convención Americana sobre Derechos Humanos es *self executing*.

#### c) Actualización de la antigua postura de la Corte Suprema de la Nación

En el caso “Ekmekdjian v. Sofovich”, fallado el 7/7/1992, JA 1992-III-199, la Corte por mayoría varió su criterio con respecto al derecho de réplica, sosteniendo ya entonces que el mismo resulta operativo, pese a que el art. 14.1 del Pacto lo remite a la ley.

Dicho pronunciamiento sentó, a partir de aquella época, una serie de importantes pautas relativas al Derecho Internacional de los Derechos Humanos destacando, por ejemplo, que la interpretación de la Convención de marras debe hacerse conforme a la jurisprudencia de la Corte Interamericana, añadiendo que “entre las medidas necesarias en el orden jurídico interno para cumplir con el Pacto de San José de Costa Rica respecto del derecho de rectificación y respuesta deben considerarse comprendidas las sentencias judiciales”.

También se puso de relieve en el mencionado decisorio, que procede el recurso extraordinario en el caso en que se cuestione la inteligencia del art. 33 CN y del art. 14 del mencionado Tratado.

Quedó en claro en ese fallo que independientemente del carácter operativo o programático de sus normas, el

(19) Voto del Dr. Fayt, JA 1986-III-16/7 y LL 1986-C-417.

(14) Jiménez De Aréchaga, *Derecho Internacional Contemporáneo*, Madrid, Tecnos, 1980, ISBN/ISSN/DL: 978-84-309-0837-0.

(15) Pese a ello en el dictamen preliminar presentado por el ex Consejo para la Consolidación de la Democracia, tendiente a modificar la Constitución, se insistió –equivocadamente, a nuestro modo de ver– en que el actual art. 27 debía mantener su redacción, en el sentido de que el Derecho Internacional esté en una grada inferior a la Carta Magna, contrariando así el sistema moderno perfilado en las nuevas Constituciones. Caso S.A. Quebrachales Fusionados v. Capitán, armadores y dueños de vapor nacional Águila, publicado en Fallos, 150:84 o JA 26-872.

(16) Hitters, Juan Carlos, *Control de convencionalidad en el sistema interamericano de derechos humanos...*, ob. cit., Tomo I, cap. VII. Hitters, Juan Carlos y Fappiano, Oscar L., *Derecho internacional de los derechos humanos*, ob. cit., Tomo I, p. 193.

(17) Caso S.A. Quebrachales Fusionados v. Capitán, armadores y dueños de vapor nacional Águila, publicado en Fallos, 150:84 o JA 26-872.

(18) Campillay, Julio v. La Razon y otros, del 15/5/1986, publicado en JA 1986-III-12 y LL 1986-C-411, comentado por Atilio A. Alterini y Aníbal Filipini, bajo el título *La responsabilidad civil derivada de la difusión de noticias inexactas: acto ilícito o acto abusivo*.

(20) Decidido el 9/6/1987, y publicado en JA 1988-I-543 y LL 1987-D-333, comentado por Fernando Barrancos y Vedia, con el título *La Corte Suprema de Justicia y la operatividad de las normas del Pacto de San José de Costa Rica en el orden jurídico interno*.

(21) Ekmekdjian, Miguel Á., *El derecho a la dignidad. La libertad de prensa y el derecho de réplica*, en LL 1987-C-139, ídem Albanese, ob. cit., ps. 975 y ss.; ídem Gutiérrez Posse, Hortensia D. T., *Los derechos humanos y las garantías*, ob. cit., ps. 55 y 56, entre otros. Morello, por su parte, estima que “al igual que el amparo en su época fundacional, es posible, de modo directo, el ejercicio de tal defensa imprescindible para el afectado, sin encasillar el registro del Pacto en este aspecto, en lo meramente programático” [ver Prólogo que el citado autor hizo a la obra de Ballester, Elicel C., *El derecho de respuesta. Réplica. Rectificación*, Astrea 1987, p. 20; ídem, mismo publicista: *El Pacto de San José de Costa Rica y su influencia en el Derecho argentino (en torno a algunas parcelas)*, ED 135-888.

(22) Bidart Campos estima que el art. 14.1 de la Convención no es autoejecutable, porque la misma norma remite a la ley (véase nota de fallo ED 119-375). Dicho autor añade que cuando un Estado no dicta las cláusulas programáticas produce una violación por omisión (véase, de ese publicista, *Algunas reflexiones sobre las cláusulas económicas y el control de constitucionalidad*, en Revista de la Asociación Argentina de Derecho Comparado, Buenos Aires, 1978, n. 2, p. 54).

Pacto integra el ordenamiento jurídico argentino (art. 31 CN) y que –esto es muy importante– al mismo *le resulta aplicable la presunción de operatividad de sus normas sin necesidad de disposición legislativa alguna*.

En otra antigua sentencia dictada por dicho Alto Tribunal<sup>(23)</sup> se mantuvieron los criterios emitidos en el caso antes citado, remarcándose, por ejemplo, que el Pacto *sub examine* es operativo en base a la presunción de operatividad que tienen los Tratados sobre Derechos Humanos. Se expresó, allí también, que el art. 13 de la Convención aludida –que impone la libertad de pensamiento y de expresión– es *self executing* en base a la presunción de operatividad que poseen los documentos sobre derechos humanos.

En síntesis, conviene reiterar que –hace ya algunos años– la Corte le ha dado una especial preponderancia a la Convención de Costa Rica, poniendo énfasis en que –por ejemplo– el derecho de rectificación y respuesta –entre otros– es operativo; cambiando su postura anterior, que consideraba que dicha prerrogativa era programática, en la medida en que una ley argentina no le diera cabida.

Puntualizó también que la interpretación del Convenio de San José debe hacerse de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Interamericana; como asimismo que a ese instrumento internacional le resulta aplicable la presunción de operatividad de sus normas “sin necesidad de disposición legislativa alguna”.

Destacó además el más alto organismo jurisdiccional de la Nación que las reglas de Derecho interno deben interpretarse de consuno con las exigencias del Pacto<sup>(24)</sup>.

Se remarcó, a la par, que el Convenio de cita es *self executing* en base a la presunción de operatividad que tienen los Tratados sobre temas humanos<sup>(25)</sup>; como así mismo que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados le da primacía al Derecho Internacional convencional (Tratados sobre el Derecho interno)<sup>(26)</sup>.

### C. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la reforma de 1994

La reforma aquí analizada al atribuirle a los Tratados un valor constitucional sirvió –como vimos– como una plataforma de lanzamiento para incorporar a nuestro ámbito el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que ya tenía un desarrollo fundamental y progresivo en general, en el campo internacional y regional. Lo cierto es que, con anterioridad a la reforma, nuestro país había ratificado, entre otros documentos, la Convención Americana sobre los Derechos del Hombre, nacida en el año 1969 (llamada Pacto de San José de Costa Rica), ratificada mediante la ley 23.504 del año 1983. Este Tratado fundamental para el esquema interamericano –quizá el más trascendente– enumeró una serie de derechos protegidos (arts. 4º a 23) y en particular reguló dos cuerpos de protección, uno preexistente, la Comisión Interamericana sobre Derechos Humanos (en adelante, la CIDH); y el otro allí creado, la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos (en adelante, la Corte IDH).

Esos dos organismos han dictado una serie de pronunciamientos, especialmente la Corte, que le dieron tal altitud a la materia aquí estudiada al punto de haber generado decisiones impensables, como por ejemplo la obligatoriedad de sus pronunciamientos en el Derecho interno, que influyeron notoriamente en el país a tal punto que fueron la base argumental para que nuestra Corte Suprema Nacional decretara, por ejemplo, la nulidad de las leyes de Obediencia Debida y Punto Final, la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, etc. En este orden de ideas, vale reiterar<sup>(27)</sup> que modernamente ha visto la luz lo que se ha dado en llamar –tal cual vimos– el *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, como una rama del Derecho Internacional clásico, que tiene como objeto la protección y promoción de las libertades fundamentales del hombre.

Se trata –según veremos– de una nueva disciplina que posee ciertas características que la diferencian de su rama ancestral, tales como la posibilidad de que el ser humano reclame *per se* ante los órganos metanacionales, siendo el Estado el legitimado pasivo. Todo desde una perspectiva

distinta, ya que los Tratados sobre Derechos Humanos se distinguen de los tradicionales, pues en los aquí referidos –como anticipamos–, el hombre es sujeto de derecho, mientras que en los otros solamente los Estados tienen esa condición.

Es dable remarcar las particularidades de la materia examinada. En efecto, aquí el individuo aisladamente (o en grupos) es considerado sujeto del Derecho Internacional. Como consecuencia de todo ello se ha producido una *positivación de sus prerrogativas*, en Declaraciones, Convenciones y Tratados; y en paralelo –vale la pena reiterarlo– se ha logrado la promoción y protección de esas posturas inalienables a través de órganos especializados ya referidos creados a estos efectos. Conviene reiterar que la Carta de la ONU constituyó el primer intento serio y abarcador que se ocupó de la protección y de la promoción de los derechos del hombre en el cuadrante internacional, puesto que para la Liga de las Naciones dicha temática era una cuestión de Derecho interno en la cual no podría interferir ningún Estado. Tal tendencia se consolidó con los Pactos Internacionales de las Naciones Unidas de 1966.

La plataforma compuesta por la Carta de la ONU, la Declaración Universal y los dos Pactos de la ONU de 1966 ha servido de basamento para la puesta en funcionamiento de otros documentos internacionales de gran importancia, como por ejemplo los incorporados por la reforma constitucional de 1994 que estamos analizando (art. 75 inc. 22). En este orden de pensamiento no tenemos que perder de vista que la adopción de los Pactos de 1966 impuso la modalidad de los “informes periódicos”, producidos por los distintos comités de expertos, justamente para asegurar el acatamiento de estas prerrogativas fundamentales<sup>(28)</sup>. Luego se fue avizorando una tendencia hacia la regionalización en este campo, primero en Europa occidental, y posteriormente en América y en África, que terminó por conformar este cuadro de situación que es siempre cambiante y progresivo<sup>(29)</sup>.

### D. Internacionalización de los Derechos Humanos

Vimos ya en forma sucinta los antecedentes remotos de los fenómenos de “internacionalización” y de “universalización” –que fueron la base, en este tema, de nuestra reforma constitucional que aquí comentamos–; y que en el área de los Derechos Humanos tuvieron su epicentro a partir de la Carta de la ONU. Desde entonces han ido tomando consistencia un conjunto de normas jurídicas y de principios fundamentales, que se denomina *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, y que nacieron como consecuencia de la limitación de la soberanía de los gobiernos, a favor de las prerrogativas de la Humanidad.

A causa de ello se ha mutado –por ejemplo– el concepto de “Intervención”, ya que los Informes (o pronunciamientos) de las entidades internacionales especializadas no son considerados como intromisión en los asuntos domésticos. El reconocimiento de los Estados del coto que significan los derechos del hombre es ahora una obligación internacional que deben asumir, respondiendo todo ello a la doctrina de la mediatización del Derecho Internacional (subsidiariedad), ya que para cumplir con su función necesita de la colaboración de los gobiernos.

Por último, convengamos en que esta oleada de internacionalización no es hoy una fantasía, ya que ha llegado a un importante grado de efectividad, por supuesto dentro de la relatividad que este tipo de protección puede proporcionar.

Sintetizando, podemos reiterar que la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha tenido una importantísima doble influencia en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos<sup>(30)</sup> ya que, por un lado, puso en marcha un control metanacional, que ha abierto las puertas al explosivo instituto del control de convencionalidad, y, por otro, incorporó un conjunto de Derechos protegidos, que son *self executing*. Habiéndose generado a partir de todo ello un nuevo Derecho Transnacional sustancial (Tratados, *ius cogens* y jurisprudencia de la Corte IDH) y procesal (Estatutos y Reglamentos tanto de la Corte y de la Comisión), todo ello realizado por la reforma constitucional al darles a los Tratados sobre Derechos Humanos jerarquía constitucional.

(23) *In re* Servini de Cubría, María R. s/ amparo, del 8/9/1992, JA 1992-IV-18.

(24) *In re* Servini de Cubría, voto del Dr. Barra.

(25) *In re* Servini de Cubría.

(26) Caso Ekmekdjian v. Sofovich ya citado (aps. 17 a 19) (JA 1992-III-199).

(27) Hitters y Fappiano, ob. cit., T. I, Vol. 1, página 404 y siguientes.

(28) Hitters y Fappiano, ob. cit., T. I, Vol. 1, pág. 331.

(29) Hitters, Juan Carlos, *Control de convencionalidad en el sistema interamericano de derechos humanos*, ob. cit., Tomo II, págs. 314-319.

(30) Sobre mi postura en esta temática, puede verse la *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, págs. 2822, 2830, 2831, 2833, 3139 a 3149.

## II. Particularidades de la reforma de 1994. Jerarquía constitucional de los Tratados sobre Derechos Humanos

### A. Generalidades. La Constitución internacionalizada

La Comisión de Integración y Tratados Internacionales de 50 miembros<sup>(31)</sup> se ocupó de esta problemática, tanto en el Dictamen de la Mayoría como en el Dictamen de la Minoría<sup>(32)</sup>. En la Sesión 3ª Reunión 22A (del 2 de agosto de 1994) y en la Sesión 3ª Reunión 23A (del 3 de agosto de 1994)<sup>(33)</sup>, referidas al inc. I del art. 3º de la ley 24.309, al abordar el que sería el nuevo art. 75 inciso 22 (antiguo art. 67 inc. 19), el *Dictamen de la Mayoría* propuso el siguiente texto: “Los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos ratificados tienen jerarquía constitucional, y los derechos, libertades y garantías que consagran se presumen operativos. Solo podrán ser denunciados con la mayoría de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada cámara. Los derechos, libertades y garantías consagrados por esta Constitución, los Tratados Internacionales, la legislación y las demás disposiciones del derecho interno se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados. En todos los casos se aplicará la norma de tutela más favorable”<sup>(34)</sup>.

Aunque el texto final de la Convención no salió aprobado exactamente igual al sugerido por la Comisión de Tratados, lo cierto es que ésta propuso la jerarquía constitucional de los documentos sobre Derechos Humanos, sin enumerarlos. También se enfatizó en esa Comisión que este tipo de instrumentos deberían interpretarse sobre la base del principio *pro homine* (ello se infiere del art. 29 de la CADH), criterio que fuera adoptado por la Corte IDH, donde señaló que estos instrumentos supranacionales desde la perspectiva hermenéutica deben estar acordes con la jurisprudencia de ese órgano jurisdiccional interamericano<sup>(35)</sup>, en la medida en que el Derecho interno no sea más favorecedor<sup>(36)</sup>.

### B. Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos enumerados en el art. 75 inc. 22

El art. 75 inc. 22 elencó los siguientes documentos (aunque no todos son “Tratados” en sentido estricto): 1) Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre<sup>(37)</sup>; 2) Declaración Universal de Derechos Humanos<sup>(38)</sup>; 3) Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>(39)</sup>; 4) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y su Protocolo Facultativo<sup>(40)</sup>; 5) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>(41)</sup>; 6) Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio<sup>(42)</sup>; 7) Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial<sup>(43)</sup>;

(31) Véase *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, pág. 2828.

(32) Véase *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, pág. 3841 y siguientes.

(33) *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, páginas 1815/2926 y 2927/2944 y 2947/3090.

(34) *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, pág. 3842. Respecto del Dictamen de la Minoría, véase pág. 3850 y ss.

(35) Véase Corte IDH, Caso Gelman c. Uruguay, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 20 de marzo de 2013, y en especial el Voto Razonado del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot.

(36) Para conocer las opiniones de los distintos convencionales sobre el particular, véase *Obra de la Convención Nacional Constituyente 1994*, páginas 3094 a 3174.

(37) Aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana, en Bogotá, Colombia, 1948.

(38) Adoptada y proclamada por la resolución 217 A (III) de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.

(39) Suscripta en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969. Ratificada por la República Argentina por ley 23.054. Sancionada: Marzo 1º de 1984. Promulgada: Marzo 19 de 1984.

(40) Suscripto en la ciudad de Nueva York, Estados Unidos de América, el 16 de diciembre de 1966. Ratificado por la República Argentina por ley 23.313. Sancionada: Abril 17 de 1986. Promulgada: Mayo 06 de 1986.

(41) Suscripto en la ciudad de Nueva York, Estados Unidos de América, el 19 de diciembre de 1966. Ratificado por la República Argentina por ley 23.313. Sancionada: Abril 17 de 1986. Promulgada: Mayo 06 de 1986.

(42) Aprobada por la III Asamblea General de las Naciones Unidas el 9 de diciembre de 1948. Ratificada por la República Argentina por el dec.ley 6286/1956.

(43) Suscripta en la ciudad de Nueva York, Estados Unidos de América, el 13 de julio de 1967. Ratificada por la República Argentina por ley 17.722 [26 de abril de 1968].

8) Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer<sup>(44)</sup>; 9) Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes<sup>(45)</sup> y 10) Convención sobre los Derechos del Niño<sup>(46)</sup>.

## III. Los Derechos Humanos y los órganos interamericanos

### A. Obligación de los Estados de cumplir los Tratados y los fallos de la Corte Interamericana<sup>(47)</sup>

La constitucionalización de los Tratados y Convenciones sobre Derechos Humanos enumerados en el art. 75 inc. 22, y los que luego alcanzaron esa condición, produjo importantes efectos en el Derecho interno argentino.

Ello así considerando el “diálogo” que se viene dando entre los órganos jurisdiccionales domésticos, y los cuerpos del sistema (la CIDH y la Corte IDH). Y esto no solo en nuestro país sino en todo el ámbito del Pacto de San José de Costa Rica; ya que los decisorios de los dos cuerpos citados han generado una verdadera “casación interamericana”, uniformando las pautas de interpretación para más de 500 millones de personas.

Se parte de la base de que en principio ninguna actuación de cualquiera de los tres Poderes del Estado puede resultar contraria a lo expresado en los Tratados y Convenciones Internacionales sobre Derechos Humanos, y como consecuencia de ello los países deben respetar la jurisprudencia del Tribunal regional antes aludido (art. 27 de la Convención de Roma sobre el Derecho de los Tratados), pues de lo contrario se origina la responsabilidad internacional del Estado, conforme a los arts. 1º.1 y 2º del Pacto de San José.

La Corte IDH ha dejado en claro desde siempre que, en principio, no se ocupa en sí de las cuestiones domésticas, sino que su tarea es la de inspeccionar si los países han violado o no las Convenciones sujetas a su competencia<sup>(48)</sup>, ya que como antes señalamos, el Derecho Internacional *es subsidiario*, lo que significa que solo actúa en la medida en que las autoridades internas hayan violado un Tratado Internacional (art. 46.1º.a de la CADH).

Por ello ha establecido –sin entrometerse en las jurisdicciones locales– que una sentencia con carácter de cosa juzgada de los jueces domésticos “(...) tiene que ser necesariamente cumplida debido a que en ella se adopta una decisión de forma definitiva, otorgando certeza sobre el derecho o controversia discutida en el caso concreto, y tiene como uno de sus efectos la obligatoriedad. Ante este tribunal [agregó], eventualmente puede discutirse la autoridad de cosa juzgada de una decisión cuando ésta afecta derechos de individuos protegidos por la convención y se demuestra que existe una causal de cuestionamiento de la cosa juzgada”<sup>(49)</sup>. En ese mismo sentido ha añadido que solo circunstancias excepcionales pueden conducir a que el cuerpo supranacional “(...) deba ocuparse de examinar los respectivos procesos internos”<sup>(50)</sup>.

(44) Aprobada por resolución 34/180 de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979. Suscripta por la República Argentina el 17 de julio de 1980. Ratificada por ley 23.179. Sancionada: Mayo 8 de 1985. Promulgada: Mayo 27 de 1985.

(45) Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1984, y aprobada por la República Argentina mediante la ley 23.338. Sanción: 30/07/1986. Fecha de Promulgación: 19/08/1986.

(46) Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York, Estados Unidos de América, el 20 de noviembre de 1989. Aprobada por la República Argentina mediante la ley 23.849. Sancionada: Setiembre 27 de 1990. Promulgada de hecho: Octubre 16 de 1990.

(47) Hitters, Juan Carlos, *Control de convencionalidad en el sistema interamericano de derechos humanos*, ob. cit., Tomo II, pág. 246.

(48) Como bien apunta el ahora fallecido Juez Cançado Trindade, no se trata en verdad de “revisar” las sentencias de los tribunales domésticos, sino de una función más importante e imprescindible dentro de un mecanismo que se jacta de ser protector de los derechos humanos, puesto que la Comisión y la Corte, como únicos órganos de supervisión, pueden y deben determinar la compatibilidad o no con el Pacto de San José de cualquier acto u omisión en que incurran los Estados, a través de algunos de sus poderes, órganos o agentes (Albar, Germán y Cançado Trindade, Antonio, *Reflexiones sobre el futuro del sistema interamericano de derechos humanos*, en *El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, Cox Editores, Costa Rica, 1998, pág. 584).

(49) Corte IDH, Caso Acevedo Jaramillo y otros c. Perú, Sentencia de 7 de febrero de 2006, párr. 167.

(50) Corte IDH, Caso de la Masacre de Mapiripán c. Colombia, Sentencia de 15 de septiembre de 2005, párr. 198; Corte IDH, Caso Palamara Iribarne c. Chile, Sentencia de 22 de noviembre de 2005, párr. 121.

*B. Efectos de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Valor vinculante*

Conviene reiterar que ese Tribunal internacional ha sentado la postura en el sentido de que, por regla, él no se ocupa de modificar en forma directa el Derecho interno, ya que su misión consiste en “inspeccionar” –a través del control de convencionalidad– si el Estado acata “o no” los Pactos internacionales; y, por ende –repetimos–, no se convierte en una “cuarta instancia”.

También importa considerar en este *racconto* sobre la influencia de la reforma constitucional de 1994 en el Derecho interno, que los fallos que la Corte IDH dicta son obligatorios para los Estados *que han sido parte en el pleito* (arts. 62.3 y 68.1). La duda aparece cuando se pretende saber si originan una especie de “doctrina legal” de aplicación, digamos, “obligatoria”, para los países signatarios. Convergamos en que esta problemática posee ciertas aristas rebeldes.

En este orden de pensamiento resulta preciso acotar que el postulado de la buena fe impuesto por el art. 31.1° de la Convención de Viena, dispone que si un Estado firma un Tratado internacional –particularmente en el ámbito de los Derechos Humanos–, tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar los pronunciamientos de los órganos supranacionales correspondientes<sup>(51)</sup>.

Aunque es importante señalar que ninguna norma del Pacto de San José le da el carácter vinculante, es decir *erga omnes*, para los países que no participaron en el pleito.

Por ello, para resolver este *desideratum* es preciso acudir a la interpretación de los principios y postulados que reinan en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos<sup>(52)</sup>.

Surge –a nuestro modo de ver–, de tal análisis –como plataforma general–, que en principio existe por lo menos una *vinculatoriedad moral y también jurídica* de acatamiento, ya que el incumplimiento de los Tratados y de las directivas del Tribunal de San José impone –como ya dijimos– la responsabilidad internacional del Estado en cualquiera de sus tres Poderes (arts. 1°.1 y 2° del Pacto de San José). Visto este planteo desde la perspectiva internacional, la Corte IDH siempre ha considerado vinculantes sus fallos con respecto a los países participantes en el litigio internacional (es decir, los que han sido parte en el pleito), empero no hace mucho ha venido sentando el postulado de que esa consecuencia también se extiende a los países adherentes a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, aunque no hayan participado en el litigio.

Hace ya algún tiempo la Corte IDH, refiriéndose al Derecho interno peruano y a partir de los casos “Barrios Altos”, “El Tribunal Constitucional de Perú” y especialmente en “La Cantuta” (entre otros)<sup>(53)</sup>, había parado mientes en señalar los efectos *erga omnes* de sus fallos no solo para el asunto concreto, sino para todo el Derecho doméstico de un país, aun fuera del asunto juzgado<sup>(54)</sup>.

El Tribunal Constitucional peruano tomó nota de los efectos atrapantes de los decisivos de marras diciendo que la vinculatoriedad de las sentencias de la Corte Interamericana no se agota en su parte resolutive (la cual, ciertamente, alcanza solo al Estado que es parte en el proceso), sino que se extiende a su fundamentación o *ratio decidendi*, con el agregado de que, por imperio de la Cuarta Disposición Final y Transitoria CDFT de la Constitución y el art. V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, en dicho ámbito la sentencia resulta vinculante para todo poder público nacional, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso.

En el caso “La Cantuta”, había expresado que “(...) de las normas y jurisprudencia de derecho interno analizadas, se concluye que las decisiones de esta Corte tienen efectos inmediatos y vinculantes y que, por ende, la sentencia dictada en el caso ‘Barrios Altos’ está plenamente incorporada a nivel normativo interno. Si esa sentencia

fue determinante en que lo allí dispuesto tiene efectos generales, esa declaración conforma *ipso iure* parte del derecho interno peruano, lo cual se refleja en las medidas y decisiones de los órganos estatales que han aplicado e interpretado esa sentencia”<sup>(55)</sup>.

Por ende, vale la pena recordar que tanto en “Barrios Altos”, como en los casos “Tribunal Constitucional de Perú” y en “La Cantuta”, ya referidos, y en otros posteriores, la Corte IDH se comportó como un Tribunal Constitucional anulando –indirectamente– las leyes de amnistía, con efecto *erga omnes*<sup>(56)</sup>. Obsérvese cómo dicho organismo interamericano había “amplificado” notablemente su tradicional doctrina legal, sosteniendo a partir de allí que la vinculatoriedad de sus pronunciamientos no se agota en su parte resolutive (que vale para el caso particular), sino que se multiplica expansivamente (valga la redundancia), a los fundamentos del fallo, obligando a los tres Poderes del Estado para la generalidad de los casos similares.

La duda aparece –también lo expresamos con anterioridad– cuando se pretende saber si sus fallos originan una especie de “doctrina legal” para todos los casos similares, en cualquiera de los países signatarios del Pacto de San José.

En este orden de pensamiento resulta preciso reiterar que el postulado de la buena fe impuesto por el art. 31.1 de la Convención de Viena, dispone que si un Estado firma un Tratado internacional –particularmente en el ámbito de los Derechos Humanos–, tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar los pronunciamientos de los órganos supranacionales correspondientes (arts. 1°.1 y 2° de la CADH). Empero, lo cierto es que –como ya quedó dicho– ninguna norma del Pacto de Costa Rica le da en forma expresa el carácter extensivo, válido para todos los asuntos a los decisivos de la Corte IDH. Salvo –reiteramos–, para el caso concreto (arts. 62 y 68 del Pacto de San José).

Por ello, para resolver este *desideratum* es preciso acudir a la interpretación de los principios y postulados que reinan en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y de la Corte Interamericana. Este cuerpo en tiempos no tan lejanos ha abordado nuevamente la problemática del efecto vinculante –*erga omnes*– de sus pronunciamientos.

En efecto, el 20 de marzo del año 2013, en la Supervisión del caso “Gelman c. Uruguay”, donde a nuestro modo de ver dio un paso más, y llegó a la conclusión de que sus fallos son también obligatorios para los Estados que “no fueron parte”, con lo que finalmente terminó por reducir al mínimo lo que se ha dado en llamar el “margen de apreciación nacional”.

En el asunto de marras el excelente Voto Razonado del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot<sup>(57)</sup> explica este tema al votar en la Supervisión de Cumplimiento del expediente “Gelman c. Uruguay” –ya nombrado–, reiterando lo dicho por sus colegas, añadiendo –con profundidad– sus propias argumentaciones. Alude a la eficacia objetiva de la sentencia interamericana “como norma convencional interpretada” con una vinculación indirecta *erga omnes*, esto es, como estándar interpretativo mínimo de la efectividad de la norma convencional, siguiendo en parte algunos basamentos del ex presidente del Tribunal, Antônio Augusto Cançado Trindade, para referirse al efecto de los fallos de la Corte en asuntos en los que el Estado no fue parte del pleito.

El Voto Razonado aludido pone de relieve la proyección de la eficacia hermenéutica *erga omnes* que tiene la sentencia con respecto a todos los Estados que se han plegado al sistema interamericano. Ello significa –dice– que la totalidad de las autoridades domésticas deben aplicar no solo el principio convencional –que surge del Tratado–, sino la norma convencional interpretada (*res interpretata*)<sup>(58)</sup>.

(51) Gozaíni, Osvaldo, *Incidencia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Derecho Interno*, en Roberto Berzonca, Juan Carlos Hitters y Eduardo Oteiza (coords.), *El papel de los Tribunales Superiores. Estudios en honor del Dr. Augusto Mario Morello*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2008, p. 307.

(52) Hitters, Juan Carlos, *Control de convencionalidad en el sistema interamericano de derechos humanos*, ob. cit., Tomo II, pág. 256.

(53) Corte IDH, Casos: Barrios Altos c. Perú (Sentencia de 14 de marzo de 2001); La Cantuta c. Perú (Sentencia de 29 de noviembre de 2006) y Tribunal Constitucional c. Perú (Sentencia de 31 de enero de 2001). Ídem Corte IDH, Caso Baena Ricardo y otros c. Panamá (Sentencia de 28 de noviembre de 2003).

(54) Corte IDH, Casos: Barrios Altos c. Perú (cit.); La Cantuta c. Perú (cit.) y Tribunal Constitucional c. Perú (cit.).

(55) Caso La Cantuta c. Perú (cit.), párr. 186, citando el caso Barrios Altos c. Perú (cit.). Dichas pautas fueron aplicadas desde antiguo en Argentina por la CSN en varios casos, entre los que podemos citar: Hagelin, Ragnar Erland c. Estado Nacional. Fallos, 316:2176 [1993] y 326:3268 [2003], voto del Dr. Fayt, párr. 7 y voto del Dr. Boggiano, párr. 4.

(56) Repárese en la similitud que tienen dichos precedentes con lo actuado, por ejemplo, por la CSN en el caso “Simón” (Corte Suprema Nacional, “Simón, Julio H. y otros”, sent. 14 de junio de 2005, La Ley, 2005-C, 845).

(57) Voto Razonado del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot a la Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 20 de marzo de 2013, Caso Gelman c. Uruguay, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, párrs. 42 y 43, ya citado.

(58) Voto Razonado del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, Caso Gelman c. Uruguay, cit., párr. 43.

Esto es –valga la redundancia– la hermenéutica que de la misma ha hecho la Corte IDH (art. 62.1 CADH) que resulta atrapante (arts. 1º.1 y 2º CADH). Además, el citado sufragio habla de la “efectividad mínima” como piso de marcha del modelo, ya que el art. 29 del Pacto de San José señala que si en el ámbito interno surge una protección mayor (es decir, más eficaz), debe ponerse en juego el esquema local y no el internacional.

Queda claro entonces que esos decisorios originan –en principio– efectos no solamente para el país condenado (vinculación “directa”, interpartes), sino también hacia los Estados que no intervienen en el pleito internacional (vinculación “relativa”, *erga omnes*), pero solo en la medida de la norma interpretada, no así en la totalidad del fallo. Salvo que no exista –ya lo dijimos– una interpretación local más favorable al ser humano en cuya hipótesis vale la más ventajosa (art. 29 CADH). En suma, según este elevado criterio –que compartimos–, las sentencias del Tribunal Interamericano originan dos tipos de consecuencias, a saber: una de vinculación “directa” –y obligatoria– para el país condenado (arts. 62 y 68 CADH); y otra de vinculación “relativa” –*erga omnes*– para todos los miembros del modelo interamericano, que no participaron del proceso<sup>(59)</sup>.

#### IV. Conclusiones. Un avance de la reforma de 1994 y el control de convencionalidad

La irrupción de los Tratados sobre Derechos Humanos ha producido una verdadera revolución tanto en el sistema europeo como en el interamericano y en el africano, puesto que la Corte regional con sede en Costa Rica en un desarrollo progresivo ha llegado a la conclusión de que ella debe efectuar aun de oficio<sup>(60)</sup> una inspección sobre las actividades de los tres Poderes del Estado a los efectos de averiguar si en el ámbito doméstico se han violado los Tratados sobre Derechos Humanos. A tal punto que ha condenado a varios países, entre ellos al nuestro<sup>(61)</sup>, por infringir este postulado.

No nos debe pasar inadvertido que, como antes hemos puesto de relieve, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos es de esencia subsidiaria, por lo que la obligación primaria de los jueces y órganos del Estado es efectuar ellos mismos esta revisión de convencionalidad (control primario) y en su caso descartar o inaplicar las normas internas que infrinjan los Pactos internacionales.

Y esta tarea no solamente deben llevarla a cabo los jueces sino también el Poder Ejecutivo y a la par el propio Parlamento, que tiene el deber de no dictar preceptos violatorios de los Tratados<sup>(62)</sup>. Tal cual vimos, la reforma de 1994 implicó un trascendente avance en el Derecho argentino ya que, si bien el texto final se apartó en alguna medida de los Dictámenes de la Mayoría y de la Minoría, lo cierto es que su gran mérito ha sido, por un lado, incorporar a la Carta Magna la cuestión de los Tratados sobre Derechos Humanos, y, por otro, darle linaje constitucional.

En efecto, el art. 75 inc. 22 –tal cual lo adelantamos– enumera once documentos y les otorga jerarquía constitucional privilegiada, y en su parte final permite la anexión de nuevos instrumentos de esta naturaleza, imponiendo a las Cámaras Legislativas una Mayoría de las dos terceras partes de los miembros de cada Cámara<sup>(63)</sup>. El art. 31 de la Carta Magna anterior aludía a los Tratados en general, a

su vez, el art. 27 disponía que los mismos debían estar en conformidad con los principios del Derecho Público establecidos en la Constitución. Pese a que tales normas que están vigentes (pertenecientes a la Primera Parte de dicha regla fundamental) luego de la reforma de 1994 han sido reinterpretadas de alguna manera, en concordancia con el art. 75 inc. 22 actual y con el art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en el sentido de que no permiten invocar ninguna regla nacional para incumplir un Tratado.

La actual redacción cambia sustancialmente el sistema de fuentes del orden público argentino, ya que –a través del art. 75 inc. 22– se incorpora un conjunto de reglas convencionales internacionales que permean en los andariveles del antiguo modelo<sup>(64)</sup>, y de esa forma entran en el torrente jurígeno argentino. Podemos hablar sin ambages de “Tratados constitucionalizados” o de la “Constitución internacionalizada”. La reforma les da identificación propia y una jerarquía suprema.

Por ello, a partir de entonces, nuestro país quedó en mejor posición para poner en marcha en el campo doméstico todo el desarrollo previo sobre la protección de los Derechos Humanos que se había gestado en el ámbito europeo y en particular en el interamericano. En este último sector, obligando a los organismos jurisdiccionales a permear la valiosísima jurisprudencia emitida por la Corte IDH y también por la Comisión IDH. A ello se fue acoplado el formidable instrumento del control de convencionalidad, que permitió –e impuso– a los organismos del Estado llevar a cabo una “inspección” comparativa entre los Tratados y las normas domésticas a los fines de darles prioridad al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y a la jurisprudencia de la Corte IDH.

La constitucionalización de los Derechos Humanos y la interpretación de los órganos interamericanos han generado cambios trascendentales en el modelo continental, como por ejemplo la modificación de la Carta Magna de Chile a raíz de la sentencia del caso “Olmedo Bustos”<sup>(65)</sup> sobre la libertad de expresión (art. 13 CADH), y también la reforma de la Constitución mexicana como consecuencia del fallo de la Corte IDH en el caso “Radilla Pacheco” (sentencia del 23 de noviembre de 2009). Allí se condenó a ese país por la violación de varios derechos consignados en la CADH, el Tribunal mandó a reformar el art. 57 del Código de Justicia Militar referente a la imposibilidad de juzgar a los civiles en dicho fuero (párrs. 277 y 300). Y posteriormente, cuando llevó a cabo la Supervisión de Cumplimiento de la Sentencia (Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 19/05/2011), insistió en la necesidad de concluir las modificaciones legislativas ordenadas<sup>(66)</sup>.

Tal apertura ha implicado que esa Nación reformara luego su propia Carta Magna Nacional<sup>(67)</sup>, incluyendo en su artículo 1º la problemática de los Derechos Humanos. A su vez, la Suprema Corte de ese país, al analizar el pronunciamiento condenatorio, aceptó el control difuso de “constitucionalidad” –que antes era concentrado– y de paso también la inspección difusa de “convencionalidad”<sup>(68)</sup>.

**VOCES: CONSTITUCIÓN NACIONAL - LEY - DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES - CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD - PODER JUDICIAL - DERECHO CONSTITUCIONAL - PROCESO JUDICIAL - CONTROL DE CONVENCIONALIDAD - TRATADOS Y CONVENIOS - CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN - JURISPRUDENCIA - DERECHO COMPARADO - DERECHOS HUMANOS - PODER EJECUTIVO - CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

(59) Voto Razonado del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, Caso Gelman c. Uruguay, cit., párr. 67.

(60) Véase Corte IDH, Caso Almonacid Arellano y otros c. Chile, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, párr. 124; Caso Suárez Rosero vs. Ecuador, Sentencia de 12 de noviembre de 1997.

(61) Véase Corte IDH, Caso Cantos c. Argentina, Sentencia de 28 de noviembre de 2002; Corte IDH, Caso Forneron e hija c. Argentina, Sentencia de 27 de abril de 2012; Hitters, Juan Carlos, *Control de Convencionalidad. ¿Puede la Corte Interamericana de Derechos Humanos dejar sin efecto fallos de los Tribunales Superiores de los países? (El caso Fontevecchia vs. Argentina)*, Estudios Constitucionales, vol. 15, núm. 2, 2017, pp. 533-568, Centro de Estudios Constitucionales de Chile Santiago, Chile, entre otros.

(62) Véase Corte IDH, Caso Gelman c. Uruguay, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 20 de marzo de 2013, cit., párr. 46, 59, 95. Ídem Hitters, Juan Carlos, “Un avance en el Control de Convencionalidad. El efecto *erga omnes* de las sentencias de la Corte Interamericana”, ob. cit.

(63) El art. 75 inc. 22 menciona los tratados y declaraciones de derechos humanos que tienen jerarquía constitucional, y que solo pueden ser denunciados previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Es decir, al mismo tiempo que les brinda la misma jerarquía que la Constitución, prevé que mayorías especiales de las Cámaras pueden habilitar que el Poder Ejecutivo los denuncie y, por ende, que pierden dicha jerarquía (véase Ibarlucía, Emilio, *Reflexiones sobre el sistema de la reforma constitucional argentino*, La Ley 13/9/2017).

(64) Pizzolo, Calogero, *La validez jurídica en el ordenamiento argentino. El Bloque de Constitucionalidad Federal*, en La Ley, Buenos Aires, 2006 D, p. 1023.

(65) Corte IDH, Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) c. Chile, Sentencia de 5 de febrero de 2001.

(66) Corte IDH, Caso Radilla Pacheco c. México. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia (cit.). Resolución de 19 de mayo de 2011, párr. 58. 2. c), dijo allí que el país debía “adoptar, en un plazo razonable, las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar el art. 57 del Código de Justicia Militar con los estándares internacionales en la materia y con la Convención Americana sobre Derechos Humanos (punto resolutivo décimo y Considerandos 20 a 22)”.

(67) Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Silva García, Fernando, *El caso Castañeda Gutman ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, 2009, UNAM-Porrúa.

(68) De ello resulta –según lo entiendo– que ahora todos los jueces de México deben inspeccionar la compatibilidad de las leyes internas, con las de la CADH en los asuntos en los que están involucrados.