

# **A veinticinco años de la reforma constitucional de 1994: la incorporación de los tratados internacionales con jerarquía constitucional. Constitucionalidad y convencionalidad**

**Camila Brugnoli**

Nota aclaratoria: El presente trabajo fue presentado en el marco del concurso monográfico titulado "A 25 años de la reforma constitucional de 1994" realizada por la Comisión de Asuntos Constitucionales del Honorable Senado en el 2019 y en el que se obtuvo el primer puesto en el eje temático "Tratados con jerarquía constitucional. Constitucionalidad y Convencionalidad"<sup>1</sup>.

## **I. Introducción**

En 2018 se cumplieron cuarenta años desde la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y setenta años de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y de la Declaración Universal de los Derechos Humanos<sup>2</sup>. En 2019 se cumplen treinta años desde la adopción de la Convención sobre los Derechos del Niño. Al hacer una mirada en retrospectiva, coincido con Alfonso Santiago (h) en que puede apreciarse que Argentina ha sido tal vez uno de los países con mayor apertura al derecho internacional de los derechos humanos desde la restauración democrática de 1983<sup>3</sup>.

En ocasión de conmemorarse el vigésimo quinto aniversario de la última reforma constitucional argentina, cabe preguntarse cuáles fueron los motivos y fundamentos de los constituyentes para incluir en la Constitución Nacional ciertos tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional; cuál es el balance del funcionamiento de estos

---

<sup>1</sup> <https://www.senado.gob.ar/prensa/18136/noticias>

<sup>2</sup> Santiago A. y Ferrari G. (2018). Los derechos humanos en la tradición jurídica americana. A cuarenta años de la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. *El Derecho Constitucional*, 411.

<sup>3</sup> Santiago A. (2012). La relación jerárquica entre la constitución nacional y los tratados internacionales sobre derechos humanos. *Supremacía constitucional y primacía normativa*. En Palazzo E. L. (Dir.). *Estudios de derecho constitucional con motivo del bicentenario* (p. 64). Buenos Aires: El Derecho.

tratados en la actualidad; cuáles son los beneficios de su incorporación; si su actual regulación legal es eficiente para el cumplimiento de los motivos y propósitos que llevaron al constituyente de 1994 a incluirlos y qué reforma legal podría ser propuesta a los fines de cumplimentar o maximizar los objetivos de su incorporación a la Constitución Nacional.

En este trabajo, me propongo abordar estas cuestiones con la premisa de que la interpretación auténtica de la Constitución Nacional no puede olvidar los antecedentes que hicieron de ella una creación viva, impregnada de realidad argentina, a fin de que dentro de su elasticidad y generalidad siga siendo el instrumento de la ordenación política y moral de la Nación<sup>4</sup>.

## **II. La jerarquización de tratados de derechos humanos: motivos y fundamentos del convencional constituyente de 1994**

La Asamblea Nacional Constituyente de 1994 estuvo antecedida por un contexto determinado, a saber: la consolidación de la democracia, el juicio a las juntas militares, el atentado a la embajada de Israel en Argentina, el caso Eichmann, la ley de cupo femenino, la necesidad de modernizar la Constitución luego de varios intentos fallidos de convocar una Convención Constituyente<sup>5</sup>, entre otros.

Estos hitos dieron pie a la incorporación constitucional, en particular, de algunos tratados de derechos humanos ratificados por la República tales como la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio<sup>6</sup> (1948), la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial<sup>7</sup> (1965) y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer<sup>8</sup> (1967).

La enunciación de tratados como los de genocidio, discriminación racial, discriminación de la mujer y derechos del niño, simboliza los valores constitucionales a

---

<sup>4</sup> Fallos: 308: 2268, considerando 16 *in fine*.

<sup>5</sup> Ferrari G. (2018). Constitutional Law. En Basset U. (Ed.), Introduction to the law of Argentina. Wolters Kluwer.

<sup>6</sup> Convención Nacional Constituyente, 1994, p. 2861.

<sup>7</sup> *Ibidem*.

<sup>8</sup> Convención Nacional, 1994, p. 2968.

los que el constituyente de 1994 otorgó prevalencia<sup>9</sup> al emprender el tratamiento de la jerarquización con rango constitucional de los tratados sobre derechos humanos, empresa que vincula a la Constitución Nacional con la tutela del hombre como centro del ordenamiento jurídico<sup>10</sup>.

A decir verdad, los valores que el Congreso General Constituyente de 1853 consagró en el Preámbulo, son los mismos que la Convención Nacional Constituyente de 1994 conservó<sup>11</sup>, pero renovados<sup>12</sup> y ampliados<sup>13</sup>.

A más de ello, podría decirse que la idea de otorgar jerarquía constitucional a ciertos tratados fue la de vincular a la Argentina con el mundo<sup>14</sup>, demostrar la construcción de una sociedad democrática<sup>15</sup>, la especial preocupación por la mujer y por el niño<sup>16</sup>, recuperar credibilidad<sup>17</sup> y posibilitar la dignidad del hombre como tal<sup>18</sup>.

## II. 1. El *loop* del debate en torno al derecho a la vida

A casi un año de que el Honorable Senado de la Nación Argentina rechazare el proyecto de ley de legalización del aborto, que había sido aprobado por la Cámara de Diputados de la Nación, resulta interesante señalar que, en el marco de la ley 24.309<sup>19</sup>, que habilitó a debatir la jerarquía de los tratados internacionales (artículo 3 inciso I), en el seno de la Convención Constituyente de 1994, se ha hecho referencia a esta cuestión.

---

<sup>9</sup> Convención Nacional, 1994, p. 3135.

<sup>10</sup> Convención Nacional, 1994, p. 2828.

<sup>11</sup> Recalde de Villar, M. C. (2003). Hoy como ayer: los 150 años de los objetivos del Preámbulo. *El Derecho Constitucional*, 302.

<sup>12</sup> Vigo, R. L. Presente de los derechos humanos y algunos desafíos (con motivo de la reforma de la Constitución Nacional de 1994). *El Derecho*, 180-1408.

<sup>13</sup> Bidart Campos, G. J. *Manual de la constitución reformada*. Buenos Aires: Ediar, p. 295, tomo I.

<sup>14</sup> Convención Nacional, 1994, p. 2834.

<sup>15</sup> Convención Nacional, 1994, p. 2861.

<sup>16</sup> Convención Nacional, 1994, p. 2839.

<sup>17</sup> Convención Nacional, 1994, p. 3095.

<sup>18</sup> Convención Nacional, 1994, pp. 2913, 3143, 3148.

<sup>19</sup> B.O. 13/12/1993.

Antes de la última reforma constitucional, el derecho a la vida constituía un derecho implícito comprendido en el artículo 33 de la Constitución Nacional. A partir de 1994, se le reconoce expresamente a toda persona desde la concepción, aún fuera del seno materno<sup>20</sup>, hasta la muerte natural<sup>21</sup>, el derecho a la vida merced a la incorporación al texto constitucional de los tratados de derechos humanos.

Más allá del planteo acerca de si se trataba de un tema habilitado o no por la ley 24.309, en mi opinión, es destacable la asociación que hizo el convencional constituyente de 1994 de los tratados de derecho humanos con la vida, ya no solamente con la muerte.

### **III. Tiempo de balance: el funcionamiento de los tratados con jerarquía constitucional en la actualidad**

En el dictamen de la Comisión de Integración y Tratados Internacionales se enunció que se incorporaría a la Constitución, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su protocolo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención contra la Tortura y Otros tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes y la Convención sobre los Derechos del Niño.

La jerarquización constitucional de estos tratados de derechos humanos posicionaría a la Argentina a la vanguardia de los pueblos del mundo en esta materia<sup>22</sup> al expresar los derechos básicos o naturales, es decir, los que toda persona posee, por el hecho de ser tal, por el hecho de ser humano<sup>23</sup>.

Igualmente, se previó la inclusión de futuros tratados, en aquel entonces vigentes pero no enumerados, como también que los tratados futuros que quisiera incorporar la Argentina podrían adquirir jerarquía constitucional.

---

<sup>20</sup> Convención Nacional, 1994, p. 2947.

<sup>21</sup> Convención Nacional, 1994, p. 2957, 2985, 3095.

<sup>22</sup> Convención Nacional, 1994, p. 2879.

<sup>23</sup> Convención Nacional, 1994, p. 2837.

Con posterioridad a la reforma constitucional de 1994, y conforme al último párrafo del artículo 75 inciso 22, se otorgó jerarquía constitucional a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas<sup>24</sup>, a la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad<sup>25</sup> y a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad<sup>26</sup>.

Desde 2002 hasta el corriente año se han presentado proyectos de ley para otorgar jerarquía constitucional, en los términos del artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional a la Convención Interamericana contra la Corrupción (aprobada por la ley 24759)<sup>27</sup>, al convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes (aprobado por la ley 24071)<sup>28</sup>, a la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (aprobada por la ley 24632)<sup>29</sup>, a la Convención para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas (aprobada por la ley 26298)<sup>30</sup>, a la Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia y a la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores.

El convencional constituyente de 1994, incorporó los tratados a la Constitución especificando que lo hacía en las condiciones de su vigencia, que estos no derogan artículo alguno de la primera parte del texto constitucional y que los derechos que se incorporan a través de ellos, deben entenderse complementarios de los derechos y garantías reconocidos por la Constitución<sup>31</sup>.

Algunos constitucionalistas aunque han planteado que la redacción de esta

---

<sup>24</sup> B.O. 29/5/1997.

<sup>25</sup> B.O. 3/9/2003.

<sup>26</sup> B.O. 22/123/2014.

<sup>27</sup> B.O. 17/1/1997.

<sup>28</sup> B.O. 20/4/1992.

<sup>29</sup> B.O. 9/4/1996.

<sup>30</sup> B.O. 30/11/2007.

<sup>31</sup> Sagüés, N. P. (1994). Los Tratados Internacionales en la Reforma Constitucional Argentina de 1994. La Ley, 1036, Doctrinas Esenciales Tomo IV, 01/01/2008, 247.

Constitución supera a la de 1853<sup>32</sup>, señalan que existe una tensión entre los “nuevos” derechos y los “viejos” derechos<sup>33</sup>.

Al fin y al cabo, serán los jueces quienes deban decidir cuál derecho está realmente presente en el caso en lugar de unos derechos en aras de otros<sup>34</sup>.

De acuerdo con mi modo de ver, la inclusión de tratados con jerarquía constitucional posteriormente a la reforma de 1994, la creación de proyectos de leyes para otorgar este estatus a otros tratados y la abstención del Poder Ejecutivo Nacional de denunciar tratados en estos veinticinco años —que, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara<sup>35</sup>, derivaría de acuerdo con Sabsay en una reforma del sistema de derechos<sup>36</sup>— marca el camino a seguir en pos del respeto a los derechos fundamentales en Argentina.

---

<sup>32</sup> Gargarella, Roberto. (2014). Un breve balance de la reforma constitucional de 1994, 20 años después. Recuperado el 16 de junio de 2019, de <http://repositorio.utdt.edu/handle/utdt/10517>

<sup>33</sup> *Ibidem*.

<sup>34</sup> Toller, F. M. (2011). Los derechos in concert. Metodologías para tomar decisiones armonizadores en casos entre derechos y bienes constitucionales. *Jurisprudencia Argentina*.

<sup>35</sup> Nótese que la mayoría agravada se requiere tanto para denunciar esta clase de tratados como para concederles jerarquía constitucional. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional (artículo 75 inciso 22, último párrafo).

<sup>36</sup> Sabsay, D. A. y Onaindia J. M. (2009). *La constitución de los argentinos: análisis y comentario de su texto luego de la reforma de 1994*. Buenos Aires: Errepar, p. 115. En consonancia con Sabsay, Sagüés plantea la posibilidad de que tenga lugar la “reforma indirecta” —como la denomina él— por adición, cuando se añade un nuevo derecho a la Constitución, y por sustracción, hipótesis contemplada en el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional. Sagüés, N. P. (1994). Los Tratados Internacionales en la Reforma Constitucional Argentina de 1994. *La Ley*, 1036, Doctrinas Esenciales Tomo IV, 01/01/2008, 247.

Entiendo que el balance es positivo. En primer lugar, coincido con Eugenio Luis Palazzo en que se avanzó en el reconocimiento expreso de derechos y garantías que actualizaron el texto<sup>37</sup>. En segundo lugar, destaco que el impacto de la reforma constitucional de 1994 logró el objetivo que el convencional constituyente tuvo en mente en aquella oportunidad: el de modernizar, colocar a nuestras instituciones a la altura del derecho internacional<sup>38</sup>, ser recordada por haber sido la que permitió lograr el máximo reconocimiento jurídico a los derechos humanos<sup>39</sup> y por el espíritu de diálogo y consensos políticos que dieron origen a su fundación<sup>40</sup> y que persistió en la Convención Constituyente en el entendimiento de que la incorporación de los derechos humanos es un aspecto central<sup>41</sup>.

#### **IV. Una visión personal respecto de los beneficios de la incorporación a la Constitución Nacional de los tratados con jerarquía constitucional: su regulación legal actual, ¿es eficiente para el cumplimiento de los motivos y propósitos que llevaron a su inclusión en 1994?**

A partir de 1994, la jerarquización constitucional de los tratados ha dado lugar a la ampliación de derechos de los que somos titulares los argentinos y todos los hombres y mujeres del mundo que quieran habitar nuestro suelo.

La doctrina suele referirse a los derechos que ha consagrado la última reforma constitucional<sup>42</sup> como “nuevos” derechos. Ahora bien, ¿cuán nuevos son estos derechos

---

<sup>37</sup> Palazzo, E. L. (2004). La Reforma Constitucional de 1994, los Convenios Internacionales y las provincias. *El Derecho Constitucional*, 625.

<sup>38</sup> Convención Nacional, 1994, p. 2840.

<sup>39</sup> Convención Nacional, 1994, p. 3002.

<sup>40</sup> García Lema, A. M. (2014). La reforma constitucional de 1994 a 20 años de su sanción. *Reflexiones y testimonios de política constitucional*. SJA, 4 y Hitters, J. C. (2014). La reforma de la Constitución Argentina de 1994 y los tratados sobre Derechos Humanos a 20 años de su vigencia. UNLP 2014-44, 02/12/2014, 1.

<sup>41</sup> Convención Nacional, 1994, p. 2828. Hernández, A. M. (2009). Balance de la reforma constitucional de 1994. *La Ley*, 895.

<sup>42</sup> La Convención Constituyente ha señalado que los derechos que se incorporan a la Constitución con los tratados son el derecho a la vida, a las condiciones de vida; la

en la Constitución Nacional? Podría decirse que lo que han hecho los tratados ha sido explicitar derechos que de manera implícita ya estaban tutelados en la Constitución Nacional, como el derecho a la vida, el derecho de profesar el culto y a la libertad de conciencia, el derecho a la intimidad o privacidad, el derecho de pensar y expresar el pensamiento<sup>43</sup>, solo por mencionar algunos de ellos.

Los derechos humanos —que de acuerdo con John Finnis son el componente fundamental del bien común<sup>44</sup>— incorporados en 1994 a través de los tratados, han visibilizado a los colectivos sociales hasta ese momento un tanto invisibilizados: los

---

abolición de la esclavitud y la servidumbre; la abolición de la tortura en su grado de tentativa; la responsabilidad del Estado frente a la extradición de torturadores; el auxilio del Estado; la educación a las fuerzas de seguridad; las acciones judiciales y la indemnización en su caso; el reconocimiento de la personalidad jurídica; la lucha contra la discriminación, la discriminación racial, la discriminación de la mujer; los recursos ante la Justicia; la libertad personal, la integridad de la persona, la vida privada, la familia, el domicilio, la correspondencia, la honra y reputación; la libertad para entrar, salir y fijar residencia, el asilo; el derecho a la nacionalidad; el derecho a casarse y fundar una familia; a la propiedad; a la libertad de pensamiento, conciencia y religión; a la libertad de opinión y expresión; a la libertad de reunión y asociación; a la participación; al voto libre; al acceso igual a los cargos públicos; a la seguridad social; al trabajo; el salario; a la sindicalización; al nivel de vida; a la protección social de la vejez; a la educación; a la cultura; al progreso científico; a la protección de la ciencia, la literatura y el arte; a los deberes del individuo hacia la comunidad; a los derechos de la mujer en estado de lactancia; a los niños, a la salud, vestimenta, alimentación, vivienda y asistencia médica; a la libre determinación de los pueblos; a la libre disposición de las riquezas naturales; a abolir para siempre la pena de muerte, al régimen de cárceles, a la indemnización por error judicial, a prohibir y castigar la propaganda en favor de la guerra o a favor del odio racial o el terrorismo mundial, el derecho a reunión, a la asociación, a la lucha contra el genocidio, a la identidad contra los malos tratos y en favor de las personas impedidas. Convención Nacional, 1994, p. 2832.

<sup>43</sup> Palacios M. (2014). Los derechos no enumerados. Apuntes para una relectura del artículo 33 de la Constitución Nacional. *El Derecho*, 268.

<sup>44</sup> Finnis, J. (1980). *Natural Law and natural rights*. Oxford University Press, p. 218.



niños, las mujeres y, posteriormente a la reforma, a las personas con discapacidad y los adultos mayores<sup>45</sup>.

Asimismo, podría decirse que han sido fuente de inspiración para la elaboración de normas locales tendientes a su protección. A modo de ejemplo, pueden citarse las leyes 26.061<sup>46</sup>, 26.485<sup>47</sup> y 27.269<sup>48</sup>.

En mi opinión, la regulación de los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional responde de manera positiva a las expectativas que el convencional constituyente tenía en mente en 1994: lograr que la persona humana en todas las etapas de su vida, desde la concepción dentro o fuera del seno materno hasta la muerte natural, sea el centro del ordenamiento normativo argentino, se posibilite su dignidad, se expanda el catálogo de derechos y garantías que tutela al hombre, en términos generales, y en particular, a los colectivos invisibilizados, cuestión que empezó a efectuarse en aquel entonces con la incorporación de tratados referentes a la mujer y a los niños y posteriormente con aquellos relativos a personas con discapacidades. Veremos cómo avanza la tutela de estos sectores a través de la posible incorporación de más tratados de derechos humanos.

#### **IV. 1. La “ley de las leyes”, el control de constitucionalidad y de convencionalidad**

En el seno de la Convención Constituyente se ha mencionado la expresión “ley de las leyes”<sup>49</sup> con la que entiendo que se ha querido hacer referencia a la Constitución Nacional y al principio de supremacía constitucional, el que, tal como sostiene Marina Prada, implica reconocer a la Constitución como norma fundamental de un Estado,

---

<sup>45</sup> Santagati, C. J. (2013). Las personas con discapacidad como sujetos políticos. De la invisibilidad del colectivo social al sujeto de derecho. *El Derecho*, 254-548.

<sup>46</sup> B.O. 26/4/2005.

<sup>47</sup> B.O. 14/4/2009.

<sup>48</sup> B.O. 31/8/2016.

<sup>49</sup> Convención Nacional, 1994, p.2847.

otorgándole valor de ley suprema y colocándola por encima de las demás normas que conforman el ordenamiento jurídico, de las cuales constituye su fuente primaria<sup>50</sup>.

Al igual que Prada, concibo al control de constitucionalidad como una herramienta<sup>51</sup> para mantener la supremacía de la Constitución Nacional. Todos los jueces argentinos, cualquiera sea la jurisdicción y el fuero en el que se desempeñen, pueden y deben ejercer este control y declarar la inconstitucionalidad para el caso concreto del acto legislativo y de otros emanados del Estado en caso de que —en los términos de que se emplean en el *leading case* “Marbury v. Madison”<sup>52</sup>, cuya doctrina fue seguida por la jurisprudencia argentina a partir del caso “Sojo”<sup>53</sup> — resulte repugnante a la Constitución. Dado a que este sistema resulta extensible a todos los jueces, recibe el nombre de “difuso” y se contrapone con el sistema concentrado creado por el jurista vienés Hans Kelsen en el que un solo órgano del Estado puede declarar la nulidad por inconstitucionalidad de un acto legislativo y de otros actos del Estado.

Como señalé anteriormente, mientras que en Argentina el sistema de control de constitucionalidad continúa siendo el difuso, otros países latinoamericanos adoptaron un sistema mixto, es decir, combinan ambos sistemas, el difuso y el concentrado<sup>54</sup>.

Si bien Argentina no adoptó el *stare decisis* o regla del precedente, Elena Highton de Nolasco señala que cuando la Corte Suprema de Justicia de la Nación ejerce este control, adquiere una dimensión diferente en razón de que lo hace en su carácter de órgano supremo del Poder Judicial argentino<sup>55</sup>, de intérprete final de la Constitución, cuyas decisiones tienen autoridad moral sobre los tribunales inferiores en grado.

---

<sup>50</sup> Prada, M. (2012). Ventajas y experiencias del control concentrado y del control difuso de constitucionalidad. En Palazzo E. L. (Dir.). Estudios de derecho constitucional con motivo del bicentenario (p. 358.). Buenos Aires: El Derecho.

<sup>51</sup> *Ibidem*.

<sup>52</sup> 1 Cranch 137, 2 L. Ed. 60 (1803).

<sup>53</sup> Fallos: 32:120.

<sup>54</sup> Highton Elena I., “Sistemas concentrado y difuso de control de constitucionalidad”. Recuperado el 3 de agosto de 2019 de, <https://www.juridicas.unam.mx/>

<sup>55</sup> La Corte Suprema de Justicia de la Nación en 2017, desestimó la presentación de la Dirección de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto por la cual se solicitaba que, como consecuencia del fallo de la Corte Interamericana de

Con respecto a los efectos de sus decisiones, la jueza aclara que éstas trascienden a las partes del litigio por el carácter institucional de la cuestión involucrada y de que en términos generales, si vuelve el tema a la Corte Suprema, se resuelve de acuerdo al precedente. Ello se debe a que los tribunales no pueden apartarse sin nuevos argumentos que no haya considerado la Corte Suprema de Justicia de la Nación<sup>56</sup>. Lo que sostiene Highton de Nolasco se remonta al caso “Pastorino, Bernardo capitán de la barca ‘Nuovo Principio’ c/ Ronillon Marini y Cía.”. En dicho fallo, se fundó el deber moral de los jueces a conformar sus decisiones como la Corte en la presunción de verdad y justicia que da a sus doctrinas la sabiduría e integridad que caracteriza a los magistrados que la componen y tiene por objeto evitar recursos inútiles<sup>57</sup>. Este caso es el antecedente de “Cerámica San Lorenzo” cuya doctrina puede ser definida como la doctrina oficial del tribunal acerca de la obligatoriedad de sus precedentes, según Santiago Legarre<sup>58</sup>.

María Sofía Sagüés considera que el control de constitucionalidad se presenta como coordinado con el control de convencionalidad<sup>59</sup>. En consonancia con ello, en el acuerdo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que mencioné previamente, el juez Horacio Rosatti en su voto alude a un contexto de “diálogo jurisprudencial” y señala que así como la Corte Interamericana de Derechos Humanos es la máxima intérprete de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Corte Suprema de Justicia de la Nación lo es de la Constitución Nacional, por lo que hay que lograr que sus criterios se complementen<sup>60</sup>.

---

Derechos Humanos dictado en la causa “Fontevicchia y otros c/ República Argentina”, se dejara sin efecto una sentencia firme del Máximo Tribunal argentino. Fallos: 340:47.

<sup>56</sup> *Ibidem*.

<sup>57</sup> Fallos: 25:364, considerando 9º.

<sup>58</sup> Legarre, S. (2012). El precedente judicial en el derecho constitucional argentino. En Palazzo E. L. (Dir.). Estudios de derecho constitucional con motivo del bicentenario (p. 358.). Buenos Aires: El Derecho

<sup>59</sup> Sagüés, María S. (2012). Desafíos del derecho procesal constitucional ante el derecho procesal, el derecho constitucional y el derecho internacional: retroalimentación entre el control de convencionalidad y el control de constitucionalidad. En Palazzo E. L. (Dir.). Estudios de derecho constitucional con motivo del bicentenario (p. 358.). Buenos Aires: El Derecho.

<sup>60</sup> Fallos: 340:47, considerando 8º del voto del juez Rosatti.

A propósito, en la causa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos “Almonacid Arellano y otros vs. Gobierno de Chile”, puede decirse que tiene su origen el control de convencionalidad. Allí se estableció que los jueces del Estado que ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, deben ejercer este control entre las normas internas que aplican a los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al igual que dispuso que en el ejercicio de ese control, los jueces tienen que tener en cuenta el tratado y la interpretación que del mismo ha hecho la Corte IDH<sup>61</sup>. Sus postulados en esta causa fueron repetidos en el caso “Mazzeo”<sup>62</sup>, “Videla”<sup>63</sup>. Vale mencionar que en el plano local, la Corte Suprema Justicia de la Nación en el caso “Ekmekdjian”<sup>64</sup> había planteado con anterioridad que la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte IDH, criterio que permanece vigente.

En 2017 se presentó un proyecto de ley sobre un régimen de ejecución y cumplimiento de fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>65</sup> que establece que los fallos firmes dictados por la Corte IDH en procesos contenciosos contra la República Argentina son de cumplimiento obligatorio y tienen la misma validez y fuerza ejecutoria que los dictados por órganos judiciales argentinos (art. 1). Asimismo, dispone que la Corte Suprema de Justicia de la Nación deberá revocar toda decisión judicial dictada en el ámbito argentino que un fallo firme dictado por la Corte IDH determine dejar sin efecto (art. 8) y que la víctima de la violación de derechos o libertades podrá interponer un recurso de revisión ante el órgano judicial argentino que hubiere dictado una sentencia que un fallo firme dictado por la Corte IDH determine dejar sin efecto (art. 11).

A tenor de ello, un pronunciamiento similar al que hizo la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Fontevicchia”, y que traté con anterioridad, se vería imposibilitado si el proyecto de ley se sancionara.

---

<sup>61</sup> Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros v. Chile, sentencia del 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.

<sup>62</sup> Fallos: 330:3248.

<sup>63</sup> Fallos: 333:1657.

<sup>64</sup> Fallos: 315:1492.

<sup>65</sup> Obtenido de <https://www.diputados.gov.ar/proyectos/proyecto.jsp?exp=3445-D-2017> (consultado por última vez el 3 de agosto de 2019).

## **V. Una reflexión sobre una propuesta de reforma: poner en valor la Constitución Nacional es la tarea**

Comparto la reflexión que hizo en una oportunidad Carlos Gabriel Arnossi<sup>66</sup> al citar a Santo Tomás de Aquino, quien enseñaba que “las leyes deben ser modificadas, pero no por cualquier mejora, sino en caso de una gran utilidad o necesidad”<sup>67</sup>, al igual que coincido con María Cecilia Recalde en que quizá la solución a los problemas que aquejan a la sociedad argentina, lejos de resolverse con una nueva reforma constitucional<sup>68</sup>, se trata de poner en valor la Constitución vigente y velar porque los derechos y garantías consagrados en ella, efectivamente se ejerzan en la vida cotidiana.

No obstante ello, es cierto aquello que Gregorio Badeni mencionó en una oportunidad, a saber, que “[l]a obra del constituyente, como toda obra humana, es esencialmente imperfecta”<sup>69</sup>. Por tanto, la obra del convencional constituyente de 1994 no escapa a ello.

### **V. 1. La jerarquía de los acuerdos ejecutivos en el ordenamiento jurídico argentino**

Comparto con Alberto Bianchi la inquietud acerca de si el artículo 75 inciso 22 también comprende los acuerdos ejecutivos o si están excluidos. Es decir, si el convencional constituyente de 1994 le concedió carácter suprallegal o si están contemplados en el artículo 31 de la Constitución Nacional<sup>70</sup>. María Angélica Gelli

---

<sup>66</sup> Arnossi, C. G. (2012). El ejecutivo legislador. En Palazzo E. L. (Dir.). Estudios de derecho constitucional con motivo del bicentenario (p. 314). Buenos Aires: El Derecho.

<sup>67</sup> Suma teológica, I-II, q. 97, a. 2.

<sup>68</sup> Recalde, M. C. (2004). A diez años de la reforma, una propuesta de Reforma. El Derecho Constitucional, 633.

<sup>69</sup> Badeni, G. (2003). La Constitución Nacional en su 150º aniversario. La Ley, Tomo I, 29.

<sup>70</sup> Bianchi, A. B. (1999). Status constitucional de los acuerdos ejecutivos luego de la reforma constitucional. La Ley, 197.

también se pregunta por la ubicación jerárquica que ocupan los acuerdos ejecutivos en el ordenamiento jurídico argentino<sup>71</sup>.

A diferencia de los tratados, cuya celebración comienza con la negociación a cargo del Poder Ejecutivo, prosigue con la firma a cargo del Poder Ejecutivo, luego con la aprobación a cargo del Congreso Nacional y culmina con la ratificación a cargo del Poder Ejecutivo<sup>72</sup>, los acuerdos ejecutivos son aquellos acuerdos internacionales que se perfeccionan sin la intervención del Congreso Nacional<sup>73</sup>. Los primeros están contemplados en el artículo 75 inciso 22 mientras que, con respecto a los segundos, la doctrina ha encontrado una referencia sobre ellos en el artículo 99 inciso 11<sup>74</sup>.

A sabiendas de que uno de los contenidos del Núcleo de Coincidencias Básicas era la atenuación del sistema presidencialista, ¿habrá sido adecuado haber incluido a estos acuerdos dentro de las atribuciones del Poder Ejecutivo en lugar de incluirlos en las atribuciones del Congreso? ¿Cuál es el límite en la flexibilización en la interpretación constitucional en pos del mantenimiento de buenas relaciones con las organizaciones internacionales y las naciones extranjeras?

Bianchi ha esbozado una posible solución a la cuestión de la relación entre estos acuerdos y las leyes: solo si los acuerdos ejecutivos se celebran por delegación, se equiparan a los tratados, dado a que en su celebración interviene el Congreso Nacional<sup>75</sup>.

Queda planteado el desafío a que la práctica habitual de las relaciones internacionales se desarrolle conforme a lo que prescribe la Constitución Nacional, ni más ni menos.

---

<sup>71</sup> Gelli, M. A. (2015). *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada*. Buenos Aires: La Ley, p. 403, tomo II.

<sup>72</sup> Legarre, S. (2009). Diferencias terminológicas y conceptuales en materia de tratados internacionales. *El Derecho*, 235-766.

<sup>73</sup> Op. Cit. Bianchi, A. B. (1999). Status constitucional de los acuerdos ejecutivos luego de la reforma constitucional.

<sup>74</sup> Gelli, M. A. (2015). *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada*. Buenos Aires: La Ley, p. 402 tomo II.

<sup>75</sup> Op. Cit. Bianchi, A. B. (1999). Status constitucional de los acuerdos ejecutivos luego de la reforma constitucional.

## **VI. Reflexiones finales**

Tal como mencioné al inicio de este trabajo, es un momento especial para el derecho internacional de los derechos humanos al conmemorarse los aniversarios de ciertos instrumentos internacionales, que oportunamente recepcionó el ordenamiento normativo argentino, como también lo es para el derecho constitucional y la política local, al cumplirse este año, veinticinco años de la reforma constitucional de 1994 y treinta y seis años del retorno a la democracia.

En este contexto, me propuse volver a las bases, a los diarios de sesiones de la Convención Nacional Constituyente de 1994, a fin de estudiar la propuesta de la jerarquización con rango constitucional de tratados sobre derechos humanos, de la que derivó la inclusión de once instrumentos tratados de ese estatus y, posteriormente, de tres tratados más.

Entonces, a través de los discursos de los convencionales constituyentes, extraje el contexto en el que se enmarcaron los albores de los debates de la Convención Constituyente, como también los motivos y fundamentos de los convencionales constituyentes, para incluir en el texto constitucional aquellos tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional.

La persona humana es el centro de la Constitución Nacional —entendiendo esta como una creación viva— y del ordenamiento jurídico argentino. En particular, son sujetos de especial tutela determinados colectivos sociales que han cobrado visibilidad a partir de 1994.

La jerarquización constitucional de estos tratados le habría permitido a la Argentina estar adelantado a los demás Estados en materia de derechos humanos, positivizar el derecho natural, expandir el catálogo de derechos y garantías al igual que avanzar en el reconocimiento de los mismos y actualizar la Constitución Nacional.

Por todo lo mencionado previamente, considero que el balance de estos veinticinco años de vigencia de la constitución reformada en 1994, es positivo.

No puede esperarse que la reforma de la Constitución Nacional subsane los problemas de la sociedad argentina, en cambio, propongo poner en valor la Constitución vigente y velar porque los derechos y garantías consagrados en ella, efectivamente se ejerzan en la vida cotidiana.

Me permití reflexionar acerca de si el artículo 75 inciso 22 también comprende los acuerdos ejecutivos o si están excluidos. Bianchi plantea una posible solución, aunque

considero que no debería descartarse una revisión, a modo de dar cumplimiento a la idea que tuvo el legislador al momento de redactar la ley que declaró en 1993, la necesidad de la reforma de la Constitución Nacional argentina.

¿Se planteará una nueva reforma constitucional para atenuar aun más el sistema presidencialista? ¿Sería adecuado que ello sucediera?

Asimismo, propuse el análisis del control de constitucionalidad como una herramienta para mantener la supremacía de la Constitución Nacional y mencioné en qué caso se debe declarar la inconstitucionalidad de un acto legislativo y de otros actos del Estado según un *leading case* de la jurisprudencia norteamericana, que influyó en la jurisprudencia argentina.

También me referí a la nueva tendencia de algunos países latinoamericanos de combinar el sistema difuso con el concentrado y a la regla del precedente a partir de algunos casos fundacionales de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como también a su más reciente pronunciamiento sobre su relación con la Corte IDH.

A más de ello, estudié el control de convencionalidad, en sus orígenes en la jurisprudencia y el reciente proyecto de ley sobre régimen de ejecución y cumplimiento de fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Considero necesaria la sanción de una ley que reglamente la ejecución y el cumplimiento de los fallos de la Corte IDH, ahora bien, ¿cómo se conjugaría el “diálogo jurisprudencial”, que propuso el juez Rosatti, con este proyecto de ley? ¿Permitiría este proyecto robustecer efectivamente la eficacia del sistema de protección de derechos humanos?

En lo inmediato, el desafío por delante es que la vida diaria de toda persona que quiera habitar el suelo argentino se desarrolle conforme a lo que prescribe la Constitución Nacional.

## **Bibliografía**

Santiago A. y Ferrari G. (2018). Los derechos humanos en la tradición jurídica americana. A cuarenta años de la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. *El Derecho Constitucional*, 411.

Santiago A. (2012). La relación jerárquica entre la constitución nacional y los tratados internacionales sobre derechos humanos. *Supremacía constitucional y primacía*



normativa. En Palazzo E. L. (Dir.). Estudios de derecho constitucional con motivo del bicentenario (p. 64). Buenos Aires: El Derecho.

Ferrari G. (2018). Constitutional Law. En Basset U. (Ed.), Introduction to the law of Argentina. Wolters Kluwer.

Convención Nacional Constituyente (1994), *Diario de sesiones de la Convención* de <http://www1.hcdn.gov.ar/dependencias/dip/Debate-constituyente.htm>

Recalde de Villar, M. C. (2003). Hoy como ayer: los 150 años de los objetivos del Preámbulo. *El Derecho Constitucional*, 302.

Vigo, R. L. Presente de los derechos humanos y algunos desafíos (con motivo de la reforma de la Constitución Nacional de 1994). *El Derecho*, 180-1408.

Bidart Campos, G. J. *Manual de la constitución reformada*. Buenos Aires: Ediar, p. 295, tomo I.

Sagüés, N. P. (1994). Los Tratados Internacionales en la Reforma Constitucional Argentina de 1994. *La Ley*, 1036, Doctrinas Esenciales Tomo IV, 01/01/2008, 247.

Gargarella, Roberto. (2014). Un breve balance de la reforma constitucional de 1994, 20 años después. Recuperado el 16 de junio de 2019, de <http://repositorio.utdt.edu/handle/utdt/10517>

Toller, F. M. (2011). Los derechos in concert. Metodologías para tomar decisiones armonizadores en casos entre derechos y bienes constitucionales. *Jurisprudencia Argentina*.

Sabsay, D. A. y Onaindia J. M. (2009). *La constitución de los argentinos: análisis y comentario de su texto luego de la reforma de 1994*. Buenos Aires: Errepar, p. 115.

Sagüés, N. P. (1994). Los Tratados Internacionales en la Reforma Constitucional Argentina de 1994. *La Ley*, 1036, Doctrinas Esenciales Tomo IV, 01/01/2008, 247.

García Lema, A. M. (2014). La reforma constitucional de 1994 a 20 años de su sanción. *Reflexiones y testimonios de política constitucional*. SJA, 4.

Hitters, J. C. (2014). La reforma de la Constitución Argentina de 1994 y los tratados sobre Derechos Humanos a 20 años de su vigencia. *UNLP 2014-44*, 02/12/2014, 1.

Hernández, A. M. (2009). Balance de la reforma constitucional de 1994. *La Ley*, 895.

Palazzo, E. L. (2004). La Reforma Constitucional de 1994, los Convenios Internacionales y las provincias. *El Derecho Constitucional*, 625.

Palacios M. (2014). Los derechos no enumerados. Apuntes para una relectura del artículo 33 de la Constitución Nacional. *El Derecho*, 268.

Finnis, J. (1980). *Natural Law and natural rights*. Oxford University Press, p. 218.

Santagati, C. J. (2013). Las personas con discapacidad como sujetos políticos. De la invisibilidad del colectivo social al sujeto de derecho. *El Derecho*, 254-548.

Arnossi, C. G. (2012). El ejecutivo legislador. En Palazzo E. L. (Dir.). *Estudios de derecho constitucional con motivo del bicentenario* (p. 314). Buenos Aires: El Derecho. *Suma teológica*, I-II, q. 97, a. 2.

Recalde, M. C. (2004). A diez años de la reforma, una propuesta de Reforma. *El Derecho Constitucional*, 633.

Badeni, G. (2003). La Constitución Nacional en su 150º aniversario. *La Ley*, Tomo I, 29.

Bianchi, A. B. (1999). Status constitucional de los acuerdos ejecutivos luego de la reforma constitucional. *La Ley*, 197.

Gelli, M. A. (2015). *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada*. Buenos Aires: La Ley, pp. 402- 403, tomo II.

Legarre, S. (2009). Diferencias terminológicas y conceptuales en materia de tratados internacionales. *El Derecho*, 235-766.

Prada, M. (2012). Ventajas y experiencias del control concentrado y del control difuso de constitucionalidad. En Palazzo E. L. (Dir.). *Estudios de derecho constitucional con motivo del bicentenario* (p. 358.). Buenos Aires: El Derecho.

1 Cranch 137, 2 L. Ed. 60 (1803).

Highton Elena I., “Sistemas concentrado y difuso de control de constitucionalidad”. Recuperado el 3 de agosto de 2019 de, <https://www.juridicas.unam.mx/>

Legarre, S. (2012). El precedente judicial en el derecho constitucional argentino. En Palazzo E. L. (Dir.). *Estudios de derecho constitucional con motivo del bicentenario* (p. 358.). Buenos Aires: El Derecho

Sagüés, María S. (2012). Desafíos del derecho procesal constitucional ante el derecho procesal, el derecho constitucional y el derecho internacional: retroalimentación entre el control de convencionalidad y el control de constitucionalidad. En Palazzo E. L. (Dir.). *Estudios de derecho constitucional con motivo del bicentenario* (p. 358.). Buenos Aires: El Derecho.