

El aporte de Germán J. Bidart Campos a las ciencias sociales argentinas y su teoría de la operatividad de las cláusulas de los tratados internacionales sobre derechos humanos

por DANIEL ALBERTO SABSAY

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. – II. LA OPERATIVIDAD DE LAS CLÁUSULAS DE LOS TRATADOS SOBRE DERECHOS HUMANOS. – III. DERECHO INTERNACIONAL Y DERECHO INTERNO. III.1. LAS SOLUCIONES A LA LUZ DEL DERECHO COMPARADO. III.2. LA CUESTIÓN EN NUESTRA CONSTITUCIÓN HISTÓRICA. III.3. EL PENSAMIENTO DE BIDART CAMPOS. III.4. LA EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA. – IV. LA REFORMA DEL '94. IV.1. ORDEN DE PRELACIÓN DE LAS NORMAS. IV.2. RANGO ESPECIAL RESERVADO PARA CIERTOS TRATADOS ATINENTES A DERECHOS HUMANOS. – V. LA OPINIÓN DE BIDART CAMPOS.

I. Introducción

Bidart Campos es, sin lugar a duda, una de las figuras más importantes del derecho público de habla castellana. Su trayectoria se ubica en los campos de la docencia, la investigación, la elaboración doctrinaria y del ejercicio profesional en temas de su especialidad. De su labor como auténtico maestro del derecho constitucional pueden brindar testimonio las numerosas “camadas” de egresados de las facultades de derecho, tanto de universidades públicas como privadas, argentinas y extranjeras. La sola mención del nombre de Bidart Campos es suficiente para que toda persona que actúe en el ámbito de las ciencias jurídicas recuerde a la figura determinante de su carrera o al menos de algún aspecto del derecho público, asociado con sus enseñanzas e indisolublemente vinculado con la trayectoria de quien ha sido interrogado. Ello es así, se trate de un ex-discípulo, de un asistente a los numerosísimos cursos, seminarios y conferencias que a lo largo de los años nuestro autor ha dictado, o simplemente de un lector de su obra.

La misma se haya repartida en numerosísimos libros, la mayoría de los cuales son de su exclusiva autoría. Sus tratados, entre los cuales queremos destacar el *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino* (6 tomos); los manuales, a los que se agregan una gran cantidad de libros dedicados al estudio sistemático de los derechos humanos, a la interpretación jurisprudencial, a la filosofía e historia del derecho constitucional, entre muchos otros tópicos, dan cuenta de nuestras afirmaciones. Asimismo, ha escrito otros valiosos manuales de estudio, no solo del

derecho constitucional, sino también de teoría del Estado y de historia política. Su producción supera los 50 títulos, lo que de por sí solo habla –sin temor a equivocación alguna– de un prodigio de la pluma, únicamente comparable a lo que fue Lope de Vega para la literatura española en pleno “Siglo de Oro”.

Nuestro repaso a “vuelo de pájaro” sobre la producción de Bidart Campos no puede dejar de mencionar los artículos de doctrina que ha producido y publicado por centenares en las más prestigiosas revistas especializadas del país y del extranjero. Su paso por la dirección de EL DERECHO le permitió –durante 16 años– el comentario casi diario de los más importantes fallos, no solo de nuestro Máximo Tribunal, sino también de sentencias emanadas de los diferentes fueros, tanto a nivel continental, como nacional y provincial.

Esta tarea –sin pausa y sin prisa– lo llevó a abordar, con una visión aguda y sutil, todos los temas del derecho público, estimulando su estudio sistemático. Tan valiosa interpretación se ha reflejado –como tal vez ningún otro doctrinario de nuestro medio lo ha conseguido– en la cita obligada, contenida en la fundamentación de toda pieza de legislación vinculada con el derecho público. Asimismo, los magistrados encuentran en sus enseñanzas una fuente inagotable de apoyo para nutrir sus argumentaciones y para encontrar siempre el comentario apropiado e indiscutible a los ojos de terceros, dado el prestigio y el respeto infinitos que recibe nuestro autor por parte de la comunidad toda.

Tan monumental producción ha redundado en una serie de principios, nociones, corolarios que en conjunto importan un inestimable aporte a la evolución permanente del derecho constitucional argentino e hispanoamericano y que nosotros nos permitimos englobar en la expresión “pensamiento bidartiano”. Entre ellos, queremos destacar a los que consideramos como los “faros” de su trascendente construcción. Estimamos preponderante su inagotable esfuerzo por revalorizar los contenidos dogmáticos de la constitución. Ello, a través de una extensión del catálogo de derechos, la profundización de las garantías y la limitación del poder estatal.

Como resultado de esta incesante preocupación, aparecen las que –a nuestro juicio– son sus dos construcciones doctrinarias trascendentes. Por un lado, la judicialización de todas las relaciones y conflictos susceptibles de ser originados por ellas y, por el otro, la internacionalización del espacio de protección de los derechos humanos. Creemos que, de este modo, se concreta el diseño de todo un sistema; gracias, por una parte, al fortalecimiento de los derechos y de sus garantías y por la otra, al retaceo de zonas de reserva para la administración susceptibles de justificar la razón de Estado. Ello, juntamente con la jerarquización de los tratados internacionales, en aras de lograr como principal objetivo un espacio común de libertades producto de las elaboraciones más avanzadas del liberalismo político-jurídico.

II. La operatividad de las cláusulas de los tratados sobre derechos humanos

Es precisamente bajo el título con que iniciamos el presente acápite donde, a nuestro criterio, se encuentra gran parte de la riqueza de la construcción “bidartiana”. Ella se funda en una incesante búsqueda de la vigencia del valor justicia como objetivo primordial de toda interpretación jurídica y, por ende, de toda aplicación normativa. Bidart trabaja sobre dos fuentes fundamentales de pensamiento: el catolicismo y el liberalismo en su vertiente más avanzada en tanto vinculada con el constitucionalismo social. Sobre esta visión necesariamente universalista dan cuenta las siguientes ideas tomadas al azar del prólogo de uno de sus libros⁽¹⁾. El repaso del “mundo de 1990” le permite a

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *El nuevo Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, por ROLANDO E. GIALDINO, ED, 200-903; *Los tratados internacionales de Derechos Humanos y la Constitución Nacional*, por HORACIO A. GARCÍA BELSUNCE, EDCO, 2006-330; *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 agotamiento de los recursos internos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (1981-2006)*, por SEBASTIÁN ALEJANDRO REY, ED, 217-608; *Conversación sobre la jurisprudencia actual de la Corte Suprema y el control de constitucionalidad*, por MIRTHA ABAD, EDCO, 2015-539; *La Corte Suprema, guardiana de la Constitución: división de poderes, independencia judicial y protección de los derechos constitucionales*, por JUAN SANTIAGO YARRI, EDCO, 2015-601; *El derecho al recurso contra la sentencia absolutoria revocada. Nuevo panorama a partir de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos “Mohamed vs. Argentina” y “Mendoza vs. Argentina”*, por LAURA ISABEL AYALA, EDPE, 02/2015-5; *¿Puede válidamente la Corte Interamericana obligar a que una Corte Suprema nacional deje sin efecto una sentencia suya?*, por NÉSTOR PEDRO SAGÜÉS, ED, 272-437; *El rol de la Corte Suprema en el cumplimiento de las obligaciones internacionales por parte del Estado argentino*, por MARÍA DEL ROSARIO DE LA FUENTE, ED, 271-651; *Ejecutando sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: una contestación de oficio muy especial*, por ESTELA B. SACRISTÁN, EDCO, 2017-58; *COVID-19 y derechos humanos. La respuesta de los órganos interamericanos de protección de derechos humanos frente a la pandemia*, por LUCÍA BELOCCHIO, Revista de Derecho Administrativo, mayo 2020, n° 5; *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 JAULI, ED, 284-919; *El derecho internacional de los derechos humanos y el constitucionalismo argentino: balance, debates y propuestas*, por MARÍA GABRIELA ÁBALOS, *El Derecho Constitucional, Edición Especial “A 30 Años de la Reforma Constitucional”*. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

(1) BIDART CAMPOS, Germán J. y HERRENDORF, Daniel E., *Principios de Derechos Humanos y Garantías*, EDIAR, Buenos Aires, 1991, págs. 12/13.

Bidart expresar que “la atmósfera democratizadora que oxigena al aire contaminado hasta hace poco por el totalitarismo ha conducido a muchos pensadores a explicar el fenómeno desde el reduccionismo dualista de ‘comunismo versus capitalismo’. De ahí en más, el ocaso totalitario se ha reputado –erróneamente– como la victoria universal del sistema económico capitalista liberal. La agudeza del Papa Juan Pablo II hace, por lo menos, dudar de ese supuesto triunfo, o de festejarlo. En su viaje a México (...), el Pontífice manifestó con palabras clarísimas que la derrota de los sistemas comunistas no implica un juicio positivo sobre el capitalismo liberal. Parecería, entonces, que las estructuras económicas que se tienen como consustanciales con ese llamado capitalismo liberal, o capitalismo individualista, no son el remedio sustitutivo –y menos el único– de los totalitarismos armados en Europa a tenor de su modelo soviético. Esto da mucho que pensar y cavilar, para no caer en la tentación de una creencia falaz que nos llevara a congelar las estructuras de la pobreza en nuestra América so pretexto de que el capitalismo liberal ha vencido al comunismo en Europa. Lo repetimos de nuevo: no es el capitalismo –o su sistema económico– el que, como contraste exclusivo del totalitarismo, ha minado a los sistemas políticos comunistas. Hay que anunciar, más bien, que es la valoración social de la democracia con su esencial ingrediente de libertad la que horadó a los totalitarismos. Pero no para hacer proliferar la pobreza, la mala distribución de las riquezas, el acaparamiento elitista de los bienes, la hegemonía del poder económico, la marginalidad social, (...) La mayor parte de las sociedades latinoamericanas no tuvo que soportar regímenes comunistas, y sin embargo en ellas se engendró y se mantiene la pobreza. Todo esto tiene un horizonte que no abarcan los ojos de muchos. Ese horizonte es el de los derechos humanos, pero no unos derechos humanos que solamente computen la libertad de prensa y de expresión, la libertad de comercio y de industria, la propiedad privada, el derecho de reunión y de asociación, etc., sino unos derechos humanos que incluyan realmente a los llamados derechos sociales”.

Más adelante, arriba a su gran conclusión cuando sostiene “que el sistema económico y el sistema cultural –por ejemplo– tienen que asistir al sistema político democrático de modo favorable para que el plexo total de los derechos humanos quede abastecido y a disposición de todos, en especial de los menos favorecidos. Es útil repasar y repensar estas nociones cuando nos congratulamos de que en el este y el centro de Europa se estén produciendo las transformaciones democráticas por todos conocidas”.

Esta visión aguda y no complaciente de la realidad internacional y de las diferentes corrientes de ideas que la alimentan, le aportan la inquietud –presente en su obra desde larga data– de lograr que en un espacio lo más amplio posible de la comunidad internacional rijan, de manera efectiva, los derechos reconocidos en las grandes declaraciones, convenciones y protocolos internacionales. Estos instrumentos han sido celebrados, sobre todo, a partir de la segunda postguerra mundial, dentro del sistema de las Naciones Unidas, como así también, a nivel continental, en el interior de los subsistemas supranacionales que aparecen en el mundo bajo el impulso del primero.

En lo relativo a nuestro país, se trata de dar cabida a una interpretación que jerarquice a dichas libertades, a nivel interno, de modo de que ellas prevalezcan por sobre la ley común y que se ubiquen inclusive en punto equivalente al de la misma Constitución. La construcción llega hasta el reconocimiento interno de las sentencias dictadas por tribunales internacionales.

En consecuencia, el esfuerzo “bidartiano” comprenderá una interpretación innovadora tendiente a la adopción de un monismo, al menos en el campo de los derechos humanos. Para ello, se impone el logro de un giro copernicano en la interpretación jurisprudencial, sin dejar de lado el estudio de nuevos contenidos para el análisis de una eventual reforma de la ley fundamental en esta materia. El largo trabajo de Bidart Campos se irá reflejando de a poco en todos estos ámbitos y constituirá –a nuestro entender– uno de los logros más espectaculares conseguidos por un jurista en su lucha por la evolución de las instituciones de su país, en pos del logro de la equidad en el ámbito de las relaciones humanas, a través de la ampliación supranacional de la protección de los derechos.

III. Derecho internacional y derecho interno

La problemática que Bidart desarrolla atañe a uno de los aspectos fundamentales del derecho público de un país: el vínculo entre su derecho interno y el derecho internacional. Al respecto, como es bien sabido, se contraponen dos teorías disímiles: el monismo y el dualismo. Hasta el presente, la primera ha sido más una aspiración que una realidad, en la medida que supone la existencia de un único sistema jurídico universal, el derecho internacional, al que los derechos nacionales deben subordinarse. Mientras que la segunda se pronuncia por la autonomía de los derechos nacionales en relación con el derecho internacional, imponiéndose un procedimiento de incorporación específico para que las normas de este último puedan introducirse en los primeros.

III.1. Las soluciones a la luz del derecho comparado

En la actualidad, las soluciones que el derecho de los diferentes países democráticos aporta a nuestra cuestión parecieran situarse en un justo punto medio. Ello como resultado de distintos procesos que han llevado desde las estructuras estatales a una tendencia favorable a la integración de estas en amplios espacios continentales. Este fenómeno ha traído aparejado un debilitamiento de la noción tradicional de soberanía, pues la integración desde la óptica del derecho importa forzosamente la delegación de potestades nacionales a favor de ámbitos supraestatales. Asimismo, el derecho internacional de los derechos humanos, como producto de una sostenida labor convencional que se ha venido acentuando desde la finalización de la segunda Guerra Mundial, ha adquirido tal virtualidad que muchos de sus contenidos son hoy un sustrato común de la gran mayoría de los Estados del planeta.

III.2. La cuestión en nuestra constitución histórica

Así las cosas, la Constitución argentina, en su versión histórica, presentaba una típica concepción decimonónica, respetuosa de una noción de soberanía estatal propia de aquella época. Sin embargo, el transcurrir del tiempo sin que se produjeran modificaciones formales había provocado un importante esfuerzo jurisprudencial que, haciendo pie en una interpretación dinámica de la ley fundamental, había intentado *aggiornar* su texto, pero no sin contradecir –de hecho– algunas de sus disposiciones. La temática en juego –como ya quedara dicho– encierra la necesidad de definir aspectos básicos de la organización estatal y de su derecho. Son ellos la determinación del orden de prelación interno de las normas y actos de gobierno, la responsabilidad internacional del Estado, y la recepción de la evolución que ha sufrido el concepto de soberanía en el marco de las nuevas relaciones internacionales que llevan a cabo los diferentes gobiernos, entre otros.

La cuestión relativa a tratados internacionales estaba prevista principalmente en los arts. 31 y 27. El primero dispone el orden de prelación de las normas cuando expresa que: “Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación...”, para luego determinar la preeminencia del derecho federal por sobre el de las provincias. El art. 27, por su parte, establece que “El Gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras, por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución”.

III.3. El pensamiento de Bidart Campos

El pensamiento de Bidart constituye la visión más renovadora y acorde con la evolución que se estaba produciendo en el interior de las naciones más democráticas del planeta, como asimismo a nivel de las estructuras supraestatales. Luego de alertar sobre los distintos comportamientos que puede observar el Estado luego de haber ratificado un tratado internacional sobre derechos humanos, advierte que: “con las cláusulas de los tratados ocurre lo mismo que con las de la constitución: unas pueden ser operativas, otras ser programáticas. Las primeras son autoaplicativas (*self executing*) y no precisan de ninguna otra norma complementaria para funcionar. Las programáticas, en cambio, reclaman otra norma ulterior para su aplicación. Esto en términos muy simples y generales. Una cláusula operativa en un tratado puede ser la que dice –por ejemplo–: toda persona tiene derecho a tal cosa; o

bien: nadie puede ser sometido a esclavitud. Basta que la norma diga eso en su formulación gramatical para que resulte aplicable sin más. Una cláusula programática puede ser la que enuncia: la ley debe igualar la filiación extramatrimonial y la matrimonial. En este segundo caso, es menester que se dicte la ley de igualación, porque la cláusula no iguala por sí misma, sino que obliga a igualar mediante ley ulterior”⁽²⁾.

Más adelante –y a modo de conclusión– sostiene, refiriéndose a los tratados sobre derechos humanos, que “ellos no pueden ser, después de ratificados, una vestimenta con la que internacionalmente un Estado que se ha hecho parte luce ante la comunidad internacional un ropaje ficticio que esconde, en lo interno, el desconocimiento o la inaplicación del tratado. Los tratados ingresados al derecho interno revisten, en materia de derechos humanos, una enorme trascendencia, y hay que destacarla con énfasis. No pueden quedar bloqueados por desinterés ni por inercia. La obligación interna e internacional de cumplirlos en beneficio de los hombres cuyos derechos reconocen es una obligación constitucional ineludible”⁽³⁾.

Asimismo, observa lo siguiente en relación con la constitución en su versión de 1853: “a) Disuadir de la tendencia a considerar a los tratados sobre derechos humanos como declaraciones simbólicas o, en el mejor de los casos, como manojo de normas programáticas, las más de las veces inocuas para la decisión judicial; b) Afirmar que, al modo como lo hizo nuestra Corte en el caso ‘Siri’, de 1957, en torno de lo que llamó garantías constitucionales, se debe partir, en la interpretación judicial de los tratados que nos ocupan, de una presunción a favor de la operatividad de sus normas, salvo cuando el obstáculo –normativo o fáctico– para dicha operatividad resulte insuperable; pero aún en esta hipótesis se ha de conferir a las normas no operativas o programáticas el carácter y valor que como tales siempre revisten para la decisión de las causas judiciales; c) Tomar muy en cuenta que, siendo la declaración de inconstitucionalidad una *ratio ultima* que debe ser evitada por los jueces, la interpretación de derechos, libertades y garantías ha de llevarse a cabo coordinando de modo compatible las normas de la constitución y las de los tratados, al modo como lo ha prescripto la constitución de España en una pauta que estimamos perfectamente trasladable al derecho argentino; d) Este haz de principios se endereza a remover especialmente en el ámbito de la administración de justicia la tendencia apuntada en el inc. a), y a formar conciencia sobre una línea interpretativa diametralmente opuesta”⁽⁴⁾.

En función de enriquecer el derecho vigente y ante la eventualidad de una reforma de la ley fundamental, en varias oportunidades, nuestro autor se pronunció sobre cuáles debían ser los principales aspectos para contemplar en la ley fundamental. Nosotros acudimos a los conceptos vertidos en una conferencia que tuvo lugar en el Consejo para la Consolidación de la Democracia y cuya versión escrita fuera incorporada entre los comentarios al segundo dictamen del mencionado organismo. En dicha oportunidad, Bidart Campos aconsejó como contenido de la enmienda: “a) Prever que los tratados internacionales sobre derechos humanos y garantías que se incorporen al derecho argentino tengan primacía sobre la Constitución, en atención a la materia que regulan, y a la compatibilidad que, como principio, guarda dicha materia con el capítulo dogmático que les es correspondiente en nuestra Constitución; b) Habilitar expresamente a nuestro Estado para acatar la jurisdicción supraestatal de tribunales internacionales con competencia interpretativa y fiscalizadora de los tratados antes aludidos; c) Consignar expresamente que todos los tratados, cualquiera sea la materia que regulen, prevalecerán siempre sobre las leyes internas, anteriores o posteriores; d) Incluir en la constitución una fórmula nor-

mativa conforme a la cual ninguna norma de un tratado incorporado a nuestro derecho interno podrá ser contrariada, mientras esté en vigencia, por una posterior reforma de la constitución; e) Establecer que, sin perjuicio de lo aconsejado en el inc. a), las normas de la Constitución que se refieren a derechos, libertades y garantías personales, se interpretarán de conformidad con los tratados que, sobre la misma materia, estén incorporados a nuestro derecho interno”⁽⁵⁾.

Más adelante, Bidart profundiza en la consideración de otros elementos como el análisis de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados y sobre el *ius cogens*.

III.4. La evolución de la jurisprudencia

La jurisprudencia, por su parte, también sufrió una importante evolución. En una primera etapa, aplicó a rajatabla los principios sostenidos por la doctrina mayoritaria de conformidad con lo expresado anteriormente. Como *leading case* de la aplicación del principio de igualdad entre leyes y tratados, podemos citar el caso “S.A. Martín y Cía. Ltda. v. Nación Argentina” (Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, 202-356). Allí, la Corte dijo que las leyes y los tratados son calificados en la constitución como “ley suprema de la Nación y no existe fundamento normativo para acordar prioridad de rango a ninguno (...) que rige, respecto de ambas clases de normas, en cuanto integrantes del ordenamiento jurídico interno de la República, el principio con arreglo al cual las posteriores derogan a las anteriores...”.

Pero, en 1992, la jurisprudencia del máximo tribunal da un gran vuelco al decidir la primacía de los tratados por sobre las leyes de derecho interno. Es acá donde se refleja el “pensamiento bidartiano”, el que es objeto de múltiples citas en el cuerpo de la sentencia sobre la que a continuación hacemos referencia. Se trató del hoy célebre fallo “Ekmekdjian c/Sofovich” (ED, 148-338). Entre otros considerados, la Corte establece que “... la violación de un tratado internacional puede acaecer tanto por el establecimiento de normas internas que prescriban una conducta manifiestamente contraria, cuanto por la omisión de establecer disposiciones que hagan posible su cumplimiento. Ambas situaciones resultarían contradictorias con la previa ratificación internacional del tratado; dicho de otro modo, significarían el incumplimiento o repulsa del tratado, con las consecuencias perjudiciales que de ello pudieran derivarse”. Luego se expresa que “la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados –aprobada por ley 19.865– confiere primacía al derecho internacional convencional sobre el derecho interno. Ahora esta prioridad de rango integra el ordenamiento jurídico argentino. La convención es un tratado internacional, constitucionalmente válido, que asigna prioridad a los tratados internacionales frente a la ley interna en el ámbito del derecho interno, esto es, un reconocimiento de la primacía del derecho internacional por el propio derecho interno. Esta convención ha alterado la situación que el ordenamiento jurídico argentino contempla en los precedentes (...), pues ya no es exacta la proposición jurídica según la cual no existe fundamento normativo para acordar prioridad al tratado frente a la ley. Tal fundamento normativo radica en el art. 27 de la Convención de Viena...”.

Luego manifiesta que “la necesaria aplicación del art. 27 de la Convención de Viena impone a los órganos del Estado argentino asignar primacía al tratado ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria o con la omisión de dictar disposiciones que, en sus efectos, equivalgan al incumplimiento del tratado internacional en los términos del citado art. 27”.

Luego del anterior, se dictan tres nuevas sentencias que no hacen sino confirmar el cambio operado en la doctrina de la Corte Suprema. Ellos son los casos “Fibraca Constructora...” (ED, 154-161) y “Hagelin...” (ED, 158-130). Por último, ya con posterioridad a la reforma, se dicta la sentencia caratulada “Cafés La Virginia S.A.” (13/12/94).

IV. La reforma del ‘94

Las modificaciones producidas en la convención constituyente del ‘94 consagran en el texto constitucional la señalada evolución ocurrida en la jurisprudencia que, como hemos visto, acusa la clara influencia del “pensamien-

(2) BIDART CAMPOS, Germán J., *Constitución y Derechos Humanos*, EDIAR, Buenos Aires, 1991, págs. 100/101.

(3) Las opiniones vertidas en el presente acápite pueden consultarse en las siguientes obras: LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, Tomo II, Ed. Alfa, Buenos Aires, 1953; SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos, *Manual de Derecho Constitucional*, Ed. Kapelusz, Buenos Aires, 1959; BIDART CAMPOS, Germán J., *Manual de Derecho Constitucional*, Ediar, Buenos Aires, 1974; VANOSSI, Jorge Reinaldo A., *Régimen Constitucional de los tratados*, El Coloquio, Buenos Aires, 1969; RAMELLA, Pablo, *La Convención de Viena sobre el derecho de los tratados y la Constitución nacional*, en: “*El régimen constitucional argentino*”, Idearium, Mendoza, 1977.

(4) BIDART CAMPOS, Germán J., *Constitución y Derechos Humanos*, EDIAR, Buenos Aires, 1991, págs. 100/101.

(5) Ob. cit. en nota 3, págs. 109 y 110. Ver también sobre el mismo tema: *Tratado Elemental de Derecho Constitucional*, Tomo III, EDIAR, Buenos Aires, 1989.

to bidartiano”. Para ello se reforma el orden de prelación de las normas y se les da una jerarquía particular a ciertos tratados sobre derechos humanos. A continuación desarrollamos los nuevos contenidos en dos puntos separados:

IV.1. Orden de prelación de las normas

Consideramos que se produce un importante cambio en nuestra “pirámide jurídica” a partir de la modificación que sufre el rango que en la misma ocupan los tratados internacionales. Se trata de los nuevos textos contenidos en dos incisos del art. 75, consagrado a las atribuciones del Poder Legislativo. En efecto, una primera prescripción establece el principio general en la materia cuando expresa que “los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes”. Es evidente que esta disposición se contradice con el ya citado art. 31 y, en particular, con el art. 27. Ello en razón de que en estos dos últimos artículos –como viéramos– el constituyente se pronuncia por una aplicación lisa y llana del dualismo.

Esta dicotomía que hoy exhibe nuestra ley fundamental ha sido la resultante de un proceso de reforma que, desde su punto de partida, exhibió una notable contradicción sobre la suerte que correría la parte dogmática. Así, en la ley declaratoria de la necesidad de la reforma, dictada por el Congreso como paso previo a la reunión de la convención constituyente, determinaba que serían nulas de nulidad absoluta todas las reformas de que pudiese ser objeto la parte dogmática (arts. 1 a 35). No obstante ello, entre los puntos habilitados para la reforma, se señalaban una serie de cuestiones propias a dicha parte, como el reconocimiento de nuevos derechos, de partidos políticos y por último, lo relativo a la jerarquización de tratados.

Frente a esta suerte de directivas cruzadas, el constituyente se ocupó de la mayor parte de los puntos señalados, pero al momento de volcarlos al texto constitucional utilizó una singular técnica legislativa. Entendió que la incorporación lisa y llana en la parte donde correspondía hacerlo, la doctrinaria, no era posible pues a ello se oponía la ya mencionada prohibición. Por lo tanto, se decidió a concretarlas en la parte orgánica, entre las atribuciones del Poder Legislativo. Así, a partir de la facultad que siempre tuvo el Congreso de aprobar o desechar tratados, se establecieron las nuevas características de los mismos, en relación con las restantes normas del ordenamiento jurídico nacional. Ahora bien, como tampoco fue posible compatibilizar los artículos pertinentes de la parte dogmática con los que estamos comentando, ello lleva a una abierta contradicción entre unos y otros. Si nos atenemos a la disposición citada en este acápite, la cuestión de saber quién es superior, una ley o un tratado, queda zanjada. En tal sentido, creemos que la solución radica en considerar que este nuevo contenido completa la redacción del art. 31, de modo que hoy se deben intercalar a los tratados entre la Constitución y las leyes para determinar la jerarquía de los mismos.

IV.2. Rango especial reservado para ciertos tratados atinentes a derechos humanos

El constituyente ha seguido una corriente que se impone en el derecho constitucional comparado, tendiente a la internacionalización de los derechos humanos y que en nuestro medio ha sido expuesta de manera anticipatoria y adaptada a las características de nuestro derecho público interno por Bidart Campos. Se trata del fenómeno que Capeletti ha considerado como la “dimensión transnacional del derecho y la justicia”. En tal sentido, el ya citado inc. 22 del art. 75 se continúa con una lista de dos declaraciones y nueve convenciones internacionales, todos ellos referentes a cuestiones relativas a derechos humanos. Así, entre otras, encontramos a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, etc. Pues bien, todos ellos “tienen jerarquía constitucional”.

Estos tratados solo podrán ser denunciados por medio de un procedimiento particular. Al respecto, el mismo inciso dispone que “solo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara”. Asimismo, el constituyente establece la posibilidad de que otros tratados sobre derechos humanos puedan adquirir el mismo rango constitucional que los que especialmente enumera. Para ello se impone que, una vez que sean “aprobados por el Congreso”, se

los someta a una nueva votación en la cual será necesario el “voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional”. Esta última cláusula plantea una situación paradójica que ha sido observada por la mayoría de los comentaristas. En adelante, en materia de derechos humanos, la Constitución Nacional podrá ser reformada de manera incidental y a través de un procedimiento menos rígido que el previsto para su reforma en el art. 30 de la ley fundamental. Allí se prevé un proceso reformador, que se inicia en el Congreso con el dictado de una ley declarativa de la necesidad de la reforma, con el voto de por lo menos los dos tercios de miembros de dicho órgano. Luego de lo cual, la reforma es realizada por una convención constituyente especialmente convocada y elegida por el voto popular.

Lo expuesto nos lleva a emitir la siguiente reflexión: en adelante, será más fácil modificar la parte orgánica que la parte dogmática pues, para llevar a cabo una enmienda de la primera resulta indefectible el paso por el mecanismo del art. 30, en tanto que para llevarla a cabo sobre la segunda se puede acudir a dos procedimientos distintos. En primer lugar, recurrir a la aplicación de la mencionada cláusula, o bien incorporar un nuevo tratado internacional sobre jerarquía constitucional, o bien denunciar un tratado sobre derechos humanos. Cualquiera de estos dos últimos actos traerá necesariamente aparejada una modificación en el plexo de derechos y garantías contemplados en el articulado constitucional.

Sobre el tema Reforma Constitucional y Derechos Humanos han aparecido numerosos trabajos⁽⁶⁾; en todos ellos existe un denominador común, independientemente del ángulo desde donde se efectúe el análisis: las ideas de Bidart Campos siempre están presentes. Ellas actúan como una suerte de punto de partida o de elemento de referencia para llevar a cabo las diferentes interpretaciones. Nuestro autor, sin haberlo querido –dada su natural modestia– se convierte así en el eje de una escuela de derecho constitucional en la cual una de sus bases se asienta sobre la teoría que hemos tomado para nuestro análisis⁽⁷⁾.

V. La opinión de Bidart Campos

Bidart considera que “si ya con la constitución anterior sosteníamos insistentemente que un sistema de derechos humanos, para ser completo, necesita actualmente abastecerse con dos fuentes, la interna y la internacional, ahora lo debemos recalcar con énfasis a raíz de la reforma. Añadir la fuente internacional, lejos de ser destructivo, es enriquecedor. El nuevo texto lo ha asumido a su manera, no con la cláusula que hubiéramos preferido, pero sin lastimarnos en nuestros principios fundamentales”⁽⁸⁾.

Más adelante, expone la esencia de su ideario en la materia: “lo que queremos dejar bien en claro es que la tradicional parte dogmática de nuestra constitución no ha

(6) BIDART CAMPOS, Germán J., *Reforma Constitucional - Segundo dictamen del Consejo para la Consolidación de la Democracia*, Buenos Aires, 1987, pág. 212.

(7) Entre esos trabajos, nos permitimos recomendar, a mero título indicativo, los siguientes libros: TRAVIESO, Juan A., *Los Derechos Humanos en la Constitución de la República Argentina*, EUDEBA, Buenos Aires, 1996; COLAUTTI, Carlos, *Derechos Humanos*, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1995. Asimismo, han aparecido los siguientes trabajos: DE LA GUARDIA, Ernesto, “El nuevo texto constitucional y los tratados”, *EL DERECHO*, 15 y 17/2/95. SABSAY, Daniel A. y ONAINDIA, José M., *La Constitución de los Argentinos*, Errepar, Buenos Aires, 1995 (libro en el cual comentamos los nuevos contenidos en materia de tratados y derechos humanos). TRAVIESO, Juan A., “La reforma constitucional argentina de 1994 (Relaciones entre Derecho Internacional, Derecho Interno y Derechos Humanos)”, *La Ley*, 12/12/94. COLAUTTI, Carlos, “Los Tratados Internacionales y la reforma de la Constitución”, *La Ley*, 6/10/94. BIDART CAMPOS, Germán J., “Los tratados de derechos humanos y la constitución en una sentencia de Chile”, *EL DERECHO*, 3/3/95. GUTIÉRREZ POSSE, Hortensia D.T., *Principios generales del derecho internacional de los derechos humanos*, *EL DERECHO*, 10/7/95. JIMÉNEZ, Eduardo P., “Las reglas de supremacía constitucional luego de la reforma constitucional de 1994”, *EL DERECHO*, 10/7/95. VICENTE, Daniel E. y RODRÍGUEZ, Jorge L., “Reflexiones sobre la relación de supremacía constitucional tras la reforma de 1994”, *EL DERECHO*, 10/7/95. BARROSO, Fernando, *La supremacía y la reforma constitucional: el problema de los tratados internacionales sobre derechos humanos*, *EL DERECHO*, 10/7/95. ALBANESE, Susana, “Panorama de los derechos humanos en la reforma constitucional”, *EL DERECHO*, 10/7/95. SAGÜÉS, Néstor P., “Los tratados internacionales en la reforma constitucional argentina de 1994”, *La Ley*, 8/11/94. HITTERS, Juan C.; MARTÍNEZ, Oscar J. y TEMPESTA, Guillermo, “Jerarquía de los tratados sobre derechos humanos: fundamentos de la reforma de 1994”, *EL DERECHO*, 31/10/94.

(8) BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Tomo VI, EDIAR, Buenos Aires, 1995, págs. 245/6.

sufrido deterioro ni menoscabo. Aparte de la formalidad de conservar íntegro su texto documental (...), nunca supusimos que hubiera contradicción ni incompatibilidad entre el personalismo humanista de la constitución y el análogo espíritu que nutre desde 1945 –en forma progresiva– al derecho internacional de los derechos humanos. La conciliación entre aquella y este nos condujo a postular un principio implícito que dábamos por cierto en nuestra constitución, dinámicamente interpretada: el de que los derechos contenidos en ella debían interpretarse de conformidad con los tratados internacionales de derechos humanos que hacen parte de nuestro derecho interno”⁽⁹⁾. Luego, explica que hubiese preferido una fórmula similar a la de la constitución española, de acuerdo con lo señalado precedentemente. Asimismo, efectúa la correlación entre los artículos de la antigua parte dogmática y las nuevas disposiciones de la parte orgánica.

Como siempre, su interpretación reposa en un generoso humanismo proclive al más amplio reconocimiento

de los derechos humanos y a la vigencia de las garantías más expeditas y vigorosas que aseguren su pleno goce. En tal sentido, su pensamiento se prolonga a fin de encontrar el sentido correcto de cláusulas de difícil conciliación y cuyo modo de redacción –como hemos visto– no comparte. Valga esta última observación, con la que concluimos nuestro breve ensayo, para poner de manifiesto una vez más el invalorable aporte de la construcción “bidartiana” a la aplicación de la normativa constitucional, con el compromiso de lograr una democracia cada vez más cabal y amplia. En suma, una inestimable participación en la construcción de un Estado de Derecho, cuya consolidación se muestra a veces esquiva en nuestro medio.

VOCES: CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN - DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO - DERECHOS HUMANOS - PERSONA - ORGANISMOS INTERNACIONALES - TRATADOS INTERNACIONALES - SENTENCIA - CONSTITUCIÓN NACIONAL - DERECHO CONSTITUCIONAL - ESTADO NACIONAL - DERECHO POLÍTICO - TRATADOS Y CONVENIOS - PODER JUDICIAL

(9) BIDART CAMPOS, Germán J., ob. cit. en nota 7, pág. 247.