

HOMENAJE AL VIGÉSIMO ANIVERSARIO DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 1994

La reforma de la Constitución Argentina de 1994 y los tratados sobre Derechos Humanos a 20 años de su vigencia

POR JUAN CARLOS HITTERS (*)

Sumario: I. La reforma de 1994. Generalidades. A. Introducción. B. Los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos. 1) Generalidades. 2) Particularidades. C. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos. 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 artículo 75 inciso 22. C. Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos aprobados con posterioridad a la reforma de 1994. — 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. — IV. Conclusiones. Un avance de la Reforma del 1994 y el Control de Convencionalidad.

I. La reforma de 1994. Generalidades*A. Introducción*

De conformidad con lo que edicta el art. 30 de la Constitución Nacional que permite la reforma de dicha norma fundamental, el 29 de diciembre de 1993 se dictó la Ley 24.309 que justamente declaró la necesidad de la reforma parcial de la Carta Magna de 1853 (que ya ha habido 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 instrumento. Por ello el art. 3º de la Ley antes nombrada puso sobre el tapete el debate sobre diversos puntos, entre esos, 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 1º, el Capítulo 4º (Atribuciones del Congreso), el art. 67 inc. 19 de la vieja Constitución, se transformó en el nuevo art. 75 inc. 22; que enclavó entre las potestades de ambas Cámaras Legislativas la responsabilidad de aprobar o desechar tratados. (1)

Puntualizó que estos documentos tienen jerarquía superior a las leyes. Mas en paralelo enumeró una serie de instrumentos sobre ‘Derechos Humanos’ (aquí está uno de sus puntos vertebrales) otorgándole 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 le dio vigencia entonces por una vía constitucional privilegiada a los Convenios y tratados sobre Derechos Humanos, fenómeno global que para el

(*) Convencional Constituyente y Vicepresidente Primero de la Comisión de Redacción (Reforma de la Constitución Nacional de 1994). Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales (UNLP) y Profesor Emérito (UNLP). Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires.

(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”.

jurista Mauro Cappelletti ha sido uno de los movimientos mundiales más importantes en el ámbito de la política internacional, de la última mitad del siglo pasado.

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 estos 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 “Pacto de Olivos” fue seguido por dos acuerdos políticos más amplios, los del 1 y el 15 de diciembre de ese año donde se fijaron las pautas fundamentales, por un lado el contenido del Núcleo de Coincidencias Básicas y, 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 (GARCÍA LEMA, 2014: 1).

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 (2) 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, por 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 —como su nombre lo dice— son verdaderas ‘Declaraciones’ que originalmente sólo enumeraban derechos y potestades del individuo, aunque con el tiempo se les fue otorgando cierta obligatoriedad y jerarquía.

2) Particularidades

Los tratados sobre derechos humanos que tuvieron un desarrollo progresivo a partir de la puesta en marcha de la ONU, y que han proliferado en los últimos años, tanto los de tipo universal, como los regionales, conforman ciertas características que en alguna medida los diferencia de los clásicos (HITTERS y FAPPIANO, 2007-2011: 416 y ss.). 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 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” (RÉSERVES Á LA CONVENTION SUR LE GÉNOCIDE, 1951: 23).

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,

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

y las que nacen frente a otro estado. Con referencia a los primeros, agregó ese órgano jurisdiccional, 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” (la bastardilla no resulta del texto original). (3)

Otra de las originalidades de las convenciones sobre derechos humanos —referidos 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” (DE LA GUARDIA y DELPECH, 1970: 43).

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 N° 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...” (4)

No olvidemos que en la siguiente Opinión Consultiva (OC-3/83), ese Tribunal 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 materia de reservas de los mismos, no tienen valimiento en el campo de los derechos humanos. (5)

El carácter especial de ellos ha sido reconocido también por la Comisión Europea de Derechos Humanos (CEDH) (6); 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...” (7)

(3) Caso relativo a la Barcelona Traction, Light and Power Company Limited (Excepciones Preliminares), Fallo de 24 de julio de 1964, ídem Caso relativo a la Barcelona Traction, Light and Power Company Limited (Segunda Fase), Fallo de 5 de febrero de 1970. Ver también su Advisory Opinion on Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (1951, CIJ, N° 15).

(4) 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). Serie A, Fallos y Opinión N° 2, párr. 29.

(5) Opinión Consultiva OC-3/83 del 8 de setiembre de 1983, Restricciones a la Pena de Muerte (arts. 4°.2 y 4°.4 CADH), Serie A, Fallos y Opinión N° 3, párr. 62. Sobre la interpretación de los Tratados se dijo también en ese pronunciamiento que juega el principio de la buena fe, y que se deben tener en cuenta criterios objetivos (párrs. 52-52).

(6) 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).

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

Sintetizando, podemos reiterar que se aprecian notables diferencias ente 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, y los estados no tienen un interés propio, ya que apuntan a 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, tiene 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” (NIKKEN, 1987: 92).

Como ya expresamos, la reforma de la Constitución Nacional del año 1994 —a la que venimos haciendo referencia—, le dio a ciertos instrumentos allí enumerados (art. 75, inc. 22) jerarquía constitucional (HITTERS, MARTÍNEZ y TEMPESTA, 1994), 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 (Ibídem, 1994).

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 tratado; y otras son simplemente modificación del derecho internacional general existente, como el caso del sistema de reservas.

Este conjunto de preceptos se aplica sólo 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 tratados celebrados por los estados que no han ratificado dicha normativa, pues como dijo la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su 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 (JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, 1980: 56). Los cuatro artículos que se ocupan de esta cuestión son fruto de la jurisprudencia desplegada por la Corte Internacional de Justicia. (8)

(8) El art. 31.1 impone el principio de la buena fe, que obviamente también opera en el campo comercial privado. Dice esa norma que “un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado con el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto fin”; el párr. 2º dispone que a estos fines se considerará además del texto, el preámbulo y sus anexos. A su vez, párr. 3º aclara que junto con el contexto se deberá considerar también: “a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la interpretación de sus disposiciones; b) toda práctica ulterior seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado; c) toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes”. Por último el apart. 4º del art. 31, dispone que, “se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes”. El art. 32 permite acudir a los medios de interpretación

C. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos

La reforma del 1994 al atribuirle a estos Tratados un valor constitucional privilegiado en el orden normativo argentino, sirvió como una plataforma de lanzamiento para incorporar —con fuerza normativa— a nuestro ámbito el Derecho Internacional de los Derechos Humanos que ya tenía un desarrollo fundamental y progresivo 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 Humanos, 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 generado una serie de pronunciamientos, especialmente la Corte, que le dieron tal altitud a la materia aquí estudiada al punto de haber generado decisiones impensables en los últimos 35 años, 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 (HITTERS y FAPPIANO, 2007-2011: 404) que modernamente ha visto la luz lo que se ha dado en llamar 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 por se ante los órganos metanacionales (Ibídem: 646).

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 (Ibídem: 646).

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 potestades inalienables a través de órganos especializados ya referidos creados a estos efectos.

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 (9), 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 (art. 75 inc. 22).

En este orden de pensamiento no tenemos que perder de vista que la adopción de los Pactos de 1966 impulsó la modalidad de los “informes periódicos”, producidos por los distintos comités de expertos, justamente para asegurar el acatamiento de estas prerrogativas fundamentales (HITTERS y FAPPIANO, 2007-2011: 331).

complementarios, en particular a los trabajos preparatorios y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del art. 31, o para determinar el mismo.

(9) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), aprobados el 16 de diciembre de 1966 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 2200 A (XXI).

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.

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—, y señalamos 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 hoy en día una obligación internacional que deben asumir, respondiendo todo ello a la doctrina de la mediatización del derecho internacional (subsidiariedad), ya que —como antes puntualizamos— 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 (10), 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 (11) 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 *selfexecuting*.

Habiéndose generado a partir de todo ello un nuevo derecho trasnacional 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 darle a los Tratados sobre Derechos Humanos jerarquía constitucional.

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 (12), presidida por el Conventional Juan Pablo Cafiero (13), se ocupó de esta problemática, tanto en el Dictamen de la Mayoría como el Dictamen de la Minoría. (14)

(10) En nuestro ámbito continental la Corte IDH dejó en claro que: “el art. 25.1° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos incorpora el principio reconocido en el derecho internacional de los derechos humanos de la efectividad de los instrumentos o medios procesales destinados a garantizar tales derechos”, Opinión Consultiva OC-9/87, del 6 de octubre de 1987, Garantías judiciales en estados de emergencia, arts. 27.2°, 85 y 8° de la CADH, Revista IIDH, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, julio-diciembre 1987, N° 6, pág. 79.

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

(12) Integrada por Presidente Juan Pablo Cafiero, Vicepresidente Enrique De Vedia, Vicepresidente 1° Zelmira Mireya Regazzoli, Vicepresidente 2° Hugo Rodríguez Sañudo, Vicepresidente 3° Hilario Muruzabal, Vicepresidente 4° Ana María Pando, Secretarios Jorge Daniel Aena y Esteban Miguel Llamosas; quién escribe este artículo intervino como Miembro de dicha Comisión.

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

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

En la Sesión 3ª Reunión 22A (del 2 de agosto de 1994) y en la Sesión 3º Reunión 23A (del 3 de agosto de 1994) (15), referidas al inc. I del art. 3º de la ley 24309, 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. Sólo 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 consagradas 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” (16) (énfasis añadido).

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 la Comisión de marras 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, particularmente en sus últimos fallos donde se señaló que estos instrumentos supranacionales desde la perspectiva hermenéutica deben estar acordes con la jurisprudencia de ese órgano jurisdiccional interamericano (17), en la medida en que el derecho interno no sea más favorecedor. (18)

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

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

El art. 75 inc. 22 elencó los siguientes documentos: 1) Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (19); 2) Declaración Universal de Derechos Humanos (20); 3) Convención Americana sobre Derechos Humanos (21); 4) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y su Protocolo Facultativo (22); 5) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (23); 6) Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (24); 7) Convención Interna-

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

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

(17) 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.

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

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

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

(21) 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.

(22) 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.

(23) 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.

(24) 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.

cional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (25); 8) Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (26); 9) Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (27) y 10) Convención sobre los Derechos del Niño. (28)

C. Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos aprobados con posterioridad a la reforma de 1994

A posteriori se aprobaron los siguientes documentos, todos ellos con rango constitucional: 1) Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (29), y 2) Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad. (30)

III. Los Derechos Humanos y los órganos interamericanos

A. Obligación de los Estados de cumplir los Tratados y los fallos de la Corte Interamericana

La constitucionalización de los Tratados 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 sólo en nuestro ámbito sino en todo el modelo del Pacto de San José de Costa Rica ya que los decisorios de los dos órganos citados han generado una verdadera casación interamericana, uniformando las pautas de interpretación para más de 500 millones de personas.

Se parte de la base que en principio ninguna actuación de cualquiera de los tres poderes del Estado puede resultar contraria a lo expresado en los Tratados 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 (HITTERS, 2007: 875).

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 (31), ya que como es por demás sabido, el derecho internacional es sub-

(25) 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).

(26) 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.

(27) 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.

(28) 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.

(29) Aprobada durante la 24a. Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, el 9 de junio de 1994, en Belém do Pará, República Federativa del Brasil. Aprobada por la República Argentina por Ley 24.556. Jerarquía Constitucional por Ley 24.820. Sancionada el 30 de abril de 1997. Promulgada el 26 de mayo de 1997.

(30) Adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, el 26 de noviembre de 1968. Aprobada por la República Argentina por Ley 24584. Jerarquía constitucional Ley 25778. Sancionada el 20 de agosto de 2003. Promulgada el 2 de septiembre de 2003.

(31) Como bien apunta el 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 y CANÇADO TRINDADE, 1998; 584).

siديوario, lo que significa que sólo actúa en la medida 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.” (32) En ese mismo sentido ha añadido que sólo circunstancias excepcionales pueden conducir a que el cuerpo supranacional “...deba ocuparse de examinar los respectivos procesos internos”. (33)

B. Efectos de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Hemos querido adelantar a modo propedéutico 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´ que deja sin efecto las leyes domésticas. También importa considerar en este raconto 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. Convengamos 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. 31.1º 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 (GOZAÍNI, 2008: 307). Aunque lo cierto es 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. Surge —a nuestro modo de ver—, de tal análisis —como plataforma general— que en principio existe por lo menos una vincularidad 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 (art. 1º.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, 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”, especialmente en “La Cantuta” (entre otros) (34),

(32) Corte IDH, Caso Acevedo Jaramillo y otros c. Perú, Sentencia de 7 de febrero de 2006, Serie C 144, Párr. 167.

(33) Corte IDH, Caso de la Masacre de Mapiripán c. Colombia, Sentencia de 15 de septiembre de 2005, Serie C No. 13, párr. 198; Corte IDH, Caso Palamara Iribarne c. Chile, Sentencia de 22 de noviembre de 2005, Serie C No. 135, párr. 121.

(34) Corte IDH, Casos: Barrios Altos c. Perú (Sentencia de 14 de marzo de 2001, Serie C N° 75); La Cantuta c. Perú (Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162) y Tribunal Constitucional c. Perú (Sentencia de 31

había parado mientes en señalar los efectos *erga omnes* de sus fallos no sólo para el asunto concreto sino para todo el derecho interno de un país, aún fuera del asunto juzgado. (35)

El Tribunal Constitucional peruano tomó nota de los efectos atrapantes de los decisorios de marras diciendo que: “... La vinculatoriedad de las sentencias de la Corte Interamericana no se agota en su parte resolutive (la cual, ciertamente, alcanza sólo 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 efecto, la capacidad interpretativa y aplicativa de la Convención que tiene la Corte Interamericana, reconocida en el art. 62.3 de dicho tratado, aunada al mandato de la CDFT de la Constitución, hace que la interpretación de las disposiciones de la Convención que se realiza en todo proceso, sea vinculante para todos los poderes públicos internos, incluyendo, desde luego, a este Tribunal [...] La cualidad constitucional de esta vinculación derivada directamente de la CDFT de la Constitución, tiene una doble vertiente en cada caso concreto: a) reparadora, pues interpretado el derecho fundamental vulnerado a la luz de las decisiones de la Corte, queda optimizada la posibilidad de dispensársele una adecuada y eficaz protección; y, b) preventiva, pues mediante su observancia se evitan las nefastas consecuencias institucionales que acarrearán las sentencias condenatorias de la Corte Interamericana, de las que, lamentablemente, nuestro Estado conoce en demasía. Es deber de este Tribunal y, en general, de todo poder público, evitar que este negativo fenómeno se reitere” (36) [énfasis añadido].

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.” (37)

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, la Corte IDH se comportó como un Tribunal Constitucional anulando —indirectamente— las leyes de amnistía, con efecto *erga omnes*. (38)

Obsérvese cómo dicho Tribunal 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 (HITTERS, 2009: 1169).

Ya dijimos que las sentencias de la Corte IDH son obligatorias para el caso concreto, y en algunas circunstancias para los demás asuntos de la misma esencia (como en Perú) que tramiten en una nación determinada.

de enero de 2001, Serie C No. 71). Ídem Corte IDH, Caso Baena Ricardo y otros c. Panamá (Sentencia de 28 de noviembre de 2003. Serie C No. 104).

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

(36) Tribunal Constitucional en el caso Arturo Castillo Chirinos, Expediente N° 2730-06-PA/TC, del 21 de julio de 2006, párrs. 12 y 13.

(37) Caso La Cantuta c. Perú (cit.), párr. 186, citando el caso Barrios Altos c. Perú (cit.). Dichas pautas fueron aplicadas 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.

(38) 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-junio-2005, (LA LEY, 2005-C, 845), comentado por Gregorio Badeni.

La duda aparece —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 Estados signatarios del Pacto de San José.

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 (arts. 1º.1 y 2 de la CADH) (GOZÁÑI, 2008: 307).

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 decisorios 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.

La Corte IDH en tiempos cercanos ha abordado nuevamente la problemática del efecto vinculante —*erga omnes*— de sus pronunciamientos. 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, llegando 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 (39) 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 (HITTERS, 2013: 1), 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 sólo el principio convencional —que surge del Tratado—, sino la norma convencional interpretada (*res interpretata*). (40) 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 2 CADH).

Además, el citado sufragio habla de la “efectividad mínima” como piso de marcha del modelo, ya que del 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. (41)

(39) 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.

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

(41) Para ello no debe omitirse que “El carácter evolutivo de la jurisprudencia interamericana ha permitido interpretar el contenido obligacional derivado del art. 2º de la Convención Americana de adoptar disposiciones de derecho interno sean medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades. Esto ha motivado una jurisprudencia interamericana amplia sobre diversas temáticas; por ejemplo, pueblos indígenas o tribales, libertad de expresión y acceso a la información, derecho del inculpado a recurrir el fallo ante juez o tribunal superior en materia penal, pena de muerte, fuero militar, derecho laboral, estabilidad e inamovilidad de jueces, y sobre leyes de amnistía. En esta última línea jurisprudencial sobre la incom-

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 sólo 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.

Es por ello que la norma interpretada en la decisión, no puede ser controvertida en el ámbito doméstico, y que de serlo, tolera el control de convencionalidad secundario (subsidiario) (42) por vía de la Corte IDH, que debe declararla “inaplicable”, es decir “inconvenional”. (43)

Con respecto al control de convencionalidad secundario en los Estados Unidos de México la Corte Interamericana, en el caso Radilla Pacheco (44), condenó a ese país por la violación de varios derechos consignados en la CADH (45), ordenando 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). (46) Y posteriormente, cuando llevó a cabo la Supervisión de Cumplimiento de la Sentencia (47), insistió en la necesidad de concluir las modificaciones legislativas ordenadas. (48) Tal apertura ha implicado que esa Nación

patibilidad de las leyes de amnistías, como sucedió en la Sentencia del Caso Gelman, expresamente se concluye en el Resolutivo 6 que ‘El Estado ha incumplido la obligación de adecuar su derecho interno a la Convención Americana’ y específicamente dentro de la motivación, se expresa: ‘En particular, debido a la interpretación y a la aplicación que se ha dado a la Ley de Caducidad, la cual carece de efectos jurídicos respecto de graves violaciones de derechos humanos en los términos antes indicados, ha incumplido su obligación de adecuar su derecho interno a la Convención, contenida en el art. 2º de la misma, en relación con los arts. 8º.1, 25 y 1.1 del mismo tratado y los arts. I.b, III, IV y V de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas’; Voto Razonado del Juez Eduardo Ferrer Mac-GregorPoisot, Caso Gelman c. Uruguay, cit., párr. 46.

(42) Voto Razonado del Juez Eduardo Ferrer Mac-GregorPoisot, Caso Gelman c. Uruguay, cit., párrs. 67 a 71.

(43) Voto Razonado del Juez Eduardo Ferrer Mac-GregorPoisot, Caso Gelman c. Uruguay, cit., párr. 67.

(44) Corte IDH, Caso Radilla Pacheco c. México, Sentencia de 23 de noviembre de 2009, Serie C No. 209.

(45) El señor Radilla Pacheco fue detenido y desaparecido el 25 de agosto de 1974 por un retén militar en el Estado de Guerrero. Se trataba de un ex presidente municipal de Atoyak de Álvarez, a quien se lo había involucrado en la guerrilla. Por ese caso se responsabilizó en el 2005 a un alto jefe del ejército que fue llevado a la justicia militar, y en el 2006 se dispuso el cierre del mismo.

(46) Podemos citar, en concordancia con lo dicho: a) en el caso Rosendo Cantú y otra Vs. México (Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Resolución del 25 de noviembre de 2010), donde la Corte IDH, que había condenado a dicho país por la investigación insuficiente del delito de violación sexual, sostuvo que “...el Estado deberá conducir en el fuero ordinario, eficazmente y dentro de un plazo razonable, la investigación...”, añadiendo que ese cuerpo supranacional seguirá supervisando, y b) en el caso Fernández Ortega y otros Vs. México (Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Resolución del 25 de noviembre de 2010), también por violación sexual, donde la Corte IDH llegó a la misma conclusión. Otro asunto de índole similar lo tenemos en el caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya c. Paraguay (Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Resolución del 20 de mayo de 2009), aquí el Estado pagó como indemnización más de 380.000 dólares (a cuenta) a los familiares de varias víctimas, que habitaban en el Chaco paraguayo, por violación de sus derechos fundamentales (por falta de atención estatal).

(47) Corte IDH, Caso Radilla Pacheco c. México, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 19 de mayo de 2011.

(48) 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)”.

reformara recientemente su propia Carta Magna Nacional (V. MAC GREGOR y SILVA GARCÍA, 2009), incluyendo en su artículo 1 la problemática de los Derechos Humanos. (49)

A su vez la Suprema Corte de ese país al analizar el pronunciamiento condenatorio, aceptó el control difuso de “constitucionalidad” y de paso también la inspección difusa de “convencionalidad” (50), siguiendo las pautas tenidas en cuenta en el voto Razonado del Juez ad-hoc Ferrer Mac-Gregor (51) en el caso Cabrera García y Montiel Flores. (52)

En el caso Radilla Pacheco el Pleno de ese Tribunal determinó en definitiva que los integrantes de las fuerzas armadas que mancillen las garantías individuales de la población deben ser juzgados en el fuero común y no en el federal; y por ende no podrá intervenir la justicia castrense. Vale la pena tener presente que como corolario de todo esto la Corte doméstica decidió que la sentencia interamericana aludida es obligatoria para el Estado mexicano. (53) Lo cierto es que el Tribunal regional sigue super-visitando el caso y en su pronunciamiento del 19 de mayo, dispuso no archivarlo por ahora. (54)

Enfocada esta problemática desde el punto de vista del Derecho Interno Mexicano no será baladí remarcar que el fallo local —tomado por siete votos contra tres— autorizó esa inspección de Constitucionalidad y Convencionalidad por parte de cualquier juez (control difuso) para asegurar que los magistrados judiciales no contradigan el sentido de las disposiciones del Pacto de San José de Costa

(49) En su art. 1º dispone: “En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece [...] Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia [...] Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley [...] Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes [...] Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas” (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 5 de febrero de 1917, modificada el 10 de junio de 2011, publicada en el DOF el 10 de junio de 2011).

(50) 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.

(51) Además de las modificaciones a la Carta Magna, en junio de 2011, se aprobó otra reforma Constitucional en materia de amparo, de gran importancia, donde se incorpora la posibilidad de que las sentencias tengan efectos erga omnes, admitiendo los casos de interés legítimo, etc.

(52) Corte IDH, Caso Cabrera García y Montiel Flores c. México, Sentencia de 26 de noviembre de 2010, Serie C No. 220.

(53) El propio gobierno reconoció la responsabilidad internacional del Estado. A través de un mensaje emitido el 2 de agosto de 2011, el Secretario de la Gobernación dijo “...que ese pronunciamiento da muestra de la clara apertura y transparencia con la que hoy se conduce el gobierno de México...”

(54) En el párr. 58.2, Resolutivo 1 y 2 decidió “...De conformidad con lo señalado en los Considerandos pertinentes de la presente Resolución, se encuentran pendientes de cumplimiento los siguientes puntos resolutivos de la Sentencia: [...] Resuelve: 1. Requerir a los Estados Unidos Mexicanos que adopte todas las medidas que sean necesarias para dar efectivo y pronto acatamiento a los puntos pendientes de cumplimiento, señalados en el punto declarativo segundo supra, de conformidad con lo estipulado en el art. 68.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. 2. Solicitar a los Estados Unidos Mexicanos que, a más tardar el 29 de agosto de 2011, presenten un informe detallado sobre las medidas adoptadas para cumplir con las reparaciones ordenadas que se encuentran pendientes de cumplimiento, en los términos establecidos en los Considerandos 7 a 56 de esta Resolución. Posteriormente, el Estado mexicano debe continuar presentando un informe de cumplimiento cada tres meses”.

Rica. Conviene aclarar que para que una decisión del Tribunal en pleno sea obligatoria se requieren ocho votos por lo menos. (55)

En suma, la Suprema Corte de dicho país el 14 de julio de 2011, al analizar el cumplimiento de la sentencia condenatoria de la Corte IDH (Radilla Pacheco), amplió la posibilidad de control por parte de los judicantes. (56)

IV. Conclusiones. Un avance de la Reforma del 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 puesto que la Corte regional con sede en Costa Rica en un desarrollo progresivo ha llegado a la conclusión de que ella debe efectuar aún de oficio (57) 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 (58), 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. (59)

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.

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 norma 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 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados que no permite invocar ninguna regla nacional para incumplir un Tratado.

La actual redacción modifica 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 (PIZZOLO, 2006; 1023), y de esa forma entran en

(55) En efecto la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación menciona tal circunstancia. Con estos guarismos el pronunciamiento aludido tiene un gran valor como criterio orientador.

(56) Resolución del 14 de julio de 2011. El engrose se publicó el 4 de octubre de ese año, en el Diario Oficial de la Federación.

(57) Véase Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros c. Chile, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C No. 154, supra nota 3, párr. 124. V. Gialdino [2008:1295]; Albar y Cañado Trindade [1998: 584].

(58) Véase Corte IDH, Caso Cantos c. Argentina, Sentencia de 28 de Noviembre de 2002, Serie C No. 97; Corte IDH. Caso Forneron e hija c. Argentina, Sentencia de 27 de abril de 2012, Serie C No. 242, entre otros.

(59) 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.

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. (60)

A ello se fue acoplando el formidable instrumento del control de convencionalidad, que permitió —e impuso— a los organismos del Estado a llevar a cabo una “inspección” comparativa entre los Tratados y las normas domésticas a los fines de darle prioridad al derecho internacional de los derechos humanos y a la jurisprudencia de la Corte IDH. (61)

Este contralor —como ya lo pusimos de relieve— debe ser hecho primero por los órganos domésticos (control primario) y luego en caso de que permanezca la inconvencionalidad, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (control secundario). Aunque conviene aclarar que si bien este Tribunal no anula ninguna regla interna, al achacarle la inconvencionalidad, obliga al país a tomar medidas para evitar una condena internacional (arts. 1º.1 y 2 de la CADH).

Conviene repetir que el ámbito del control de convencionalidad se ha ido ampliando progresivamente en la jurisprudencia de la Corte IDH, pues esta tarea no solo corresponde a los judicantes —como antes se decía—, sino a “todas las autoridades públicas y en todos sus órganos, incluidas las instancias democráticas, jueves y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles”. (62)

Para finalizar no será baladí reiterar que el art. 75 inc. 22 y los posteriores Tratados sobre Derechos Humanos a los que nos hemos ido plegando, han producido una valiosa `dilatación´ de la tutela del hombre que se han reafirmado a través del control de convencionalidad. Podemos hablar de “Constitución Internacionalizada”.

La constitucionalización de los Derechos Humanos y la interpretación de los órganos interamericanos ha 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 (63) sobre la libertar de

(60) El ex presidente de la Corte IDH, Sergio García Ramírez [2014: 486], siguiendo a Abramovich, (ABRAMOVICH, BOVINO y COURTIS, 2007: 421) destaca las bondades de la Reforma Argentina: “incorporó nuevos derechos y garantías al sistema constitucional; contribuyó a insertar plenamente al país en un sistema de justicia internacional de los derechos humanos, impuso cambios en la administración de justicia, determinó la necesidad de repensar la organización federal, favoreció la creación de una nueva institucionalidad pública encargada de diseñar e implementar políticas de gobierno específicas de derechos humanos; y contribuyó a la consolidación de una disciplina académica que discutió y favoreció la aplicación de esos estándares y principios en los distintos campos del derecho público y privado”.

(61) Por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación aplicó esta doctrina —entre otros— en el caso “Videla”. Allí señaló en que “...Concordemente, la sentencia dictada por la Corte IDH en el caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) c. Perú, del 30 de noviembre de 2007, ha subrayado que los órganos del Poder Judicial debían ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de `convencionalidad´ ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. También aclaró que esta función no debía quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implicaba que ese control debía ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos procesales formales y materiales de admisibilidad y procedencia de este tipo de acciones...” (CSJN. Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo s/ recurso de casación. V.281.XLV. 31 de agosto de 2010).

(62) Corte IDH, Caso Gelman c. Uruguay, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia (cit). Véase HITTERS, Juan Carlos, Un avance en el Control de Convencionalidad (cit.).

(63) Corte IDH, Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) c. Chile, Sentencia de 5 de febrero de 2001, Serie C No. 73.

expresión (art. 13 CADH), y recientemente 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. (64) Tal apertura ha implicado que esa Nación reformara recientemente su propia Carta Magna Nacional (FERRER MAC GREGOR, SILVA GARCÍA, 2009), 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”. (65)

V. Bibliografía

ABRAMOVICH, Víctor, BOVINO, Alberto y COURTIS, Christian, 2007. *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*. Buenos Aires: Ed. del Puerto.

ALBAR, Germán y CANÇADO TRINDADE, Antonio, 1998. “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.

DE LA GUARDIA, Ernesto y DELPECH, Marcelo, 1970. “El derecho de los tratados y la Convención de Viena”, EN: *Revista La Ley*, Buenos Aires, pp. 543.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y SILVA GARCÍA, Fernando, 2009. *El caso Castañeda Gutman ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. México: UNAM-Porrúa.

GARCÍA LEMA, Alberto, 2014. “Interpretación de la Constitución reformada y el Proyecto de Código”, En: *Revista La Ley*, Buenos Aires, 2014-C.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, 2014. “La “navegación americana” de los derechos humanos: hacia un *ius commune*”, En: Armin Von Bogdandy, Héctor Fix-Fierro y Mariela Morales Antoniazzi (coords.) *Ius Constitutionale commune en América Latina: Rasgos, potencialidades y desafíos*. México: UNAM - Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional - Instituto de Investigaciones Jurídicas.

GIALDINO, Rolando, 2008. “Control de constitucionalidad y de convencionalidad de oficio. Aportes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, En: *Revista La Ley*, Buenos Aires, 2008-C, pp. 1295.

GOZAÍNI, Osvaldo, 2008. “Incidencia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Derecho Interno”, EN: Roberto Berizonce, 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 Editores, p. 307.

HITTERS, Juan Carlos, 2013. “Un avance en el Control de Convencionalidad. El efecto erga omnes de las sentencias de la Corte Interamericana”, EN: *Revista La Ley*, Buenos Aires, 2013-C, pp. 1.

— 2008. “¿Son vinculantes los pronunciamientos de la comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? Control de constitucionalidad y convencionalidad”, En: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, N° 10, noviembre-diciembre 2008, pp. 131-156.

(64) 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)”.

(65) 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.

— 2007. “Responsabilidad del Estado por violación de Tratados Internacionales”, En: *Revista La Ley*, Buenos Aires, 2007-C.

HITTERS, Juan Carlos y FAPPIANO, Oscar, 2007-2011. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Vol. 1. Buenos Aires: Ediar.

HITTERS, Juan Carlos, MARTÍNEZ, TEMPESTA, 1994. “Jerarquía de los Tratados de Derechos Humanos Fundamentos de la Reforma de 1994”, EN: *El Derecho*, Buenos Aires, 31/10/1994.

JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo, 1980. *El derecho internacional contemporáneo*. Madrid: Editorial Tecnos.

NIKKEN, Pedro, 1987. *La protección internacional de los derechos humanos. Su desarrollo progresivo*. Madrid: IIDH.

PIZZOLO, Calogero, 2006. “La validez jurídica en el ordenamiento argentino. El Bloque de Constitucionalidad Federal”, En: *La Ley*, Buenos Aires, D, pp. 1023.

VI. Otros documentos consultados

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). Serie A, Fallos y Opinión N° 2, párr. 29.

Opinión Consultiva OC-3/83 del 8 de setiembre de 1983, Restricciones a la Pena de Muerte (arts. 4°.2 y 4°.4 CADH), Serie A, Fallos y Opinión N° 3, párr. 62. Sobre la interpretación de los Tratados se dijo también en ese pronunciamiento que juega el principio de la buena fe, y que se deben tener en cuenta criterios objetivos (párrs. 52-52).

Opinión Consultiva OC-9/87, del 6 de octubre de 1987, Garantías judiciales en estados de emergencia, arts. 27.2°, 85 y 8° de la CADH, Revista IIDH, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, julio-diciembre 1987, N° 6, pág. 79.

VII. Jurisprudencia consultada

CIDH, 07/02/2006, Acevedo, Jaramillo y otros c. Perú, Serie C, N° 144.

CIDH, 22/11/2005, Palamara Iribarne c. Chile, Serie C, N° 135.

CIDH, 28/11/2003, Baena Ricardo y otros c. Panamá, Serie C, N° 104.

CIDH, 14/03/2001, Barrios Altos c. Perú, Serie C, N° 75.

CIDH, 26/11/2010, Cabrera, García y Montiel, Flores c. México, Serie C No. 220.

CIDH, 28/11/2002, Cantos c. Argentina, Serie C, N° 97.

CIDH, 26/09/2006, Caso Almonacid Arellano y otros c. Chile, Serie C, N° 154.

CIDH, 15/09/2005, Caso de la Masacre de Mapiripán c. Colombia, Serie C, N° 13.

CIDH, 27/04/2012, Forneron e hija c. Argentina, Serie C, N° 242.

CIDH, 05/02/2001, Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) c. Chile, Serie C, N° 73.

CIDH, 29/11/2006, La Cantuta c. Perú, Serie C, N° 162.

CIDH, 23/11/2009, Radilla Pacheco c. México, Serie C, N° 209.

CIDH, 19/05/2011, Radilla Pacheco c. México, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

CSJN, 31/08/2010, Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo s/ recurso de casación. V.281, XLV.