

## Capítulo II

# LA CRECIENTE INTERNACIONALIZACIÓN DEL DERECHO \*

### 1. Introducción

Si bien la materia de los derechos humanos es la primera y más importante manifestación de la internacionalización del derecho, no es la única. Este capítulo tiene por finalidad mostrarla en su contexto, antes de pasar al análisis detallado de otros aspectos específicos de la materia.

### 2. *La realidad económica y jurídica supranacional a fines del siglo XX y comienzos del XXI*

Es frecuente que el estudioso del derecho local encuentre dificultades para aceptar el fundamento de la supremacía aquí postulada del derecho supranacional convencional sobre el derecho constitucional interno.<sup>1</sup>

Nuestra propia Constitución peca de ambivalencia cuando ubica a los tratados por encima de las leyes —y no, al menos expresamente, de la Constitución— pero en cambio acepta expresamente la cesión de competencia y jurisdicción a órganos supranacionales (art. 75 inc. 24), que desde luego prevalecerán por sobre la Constitución.

Si bien es difícil que se presente un conflicto interpretativo entre las normas supranacionales y la Constitución, por ser ambas de carácter garantista sobre todo en materia de derechos humanos, en todo caso ya hemos expuesto en otro lugar cómo se resuelve dicha cuestión en materia de derechos fundamentales.<sup>2</sup>

\* Para un mayor desarrollo ver GORDILLO, *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, 8ª ed., 2003, cap. VII y otros.

<sup>2.1</sup> Con el aditamento del denominado derecho de gentes que menta el art. 118 de la Constitución y el art. 21 de la ley 48.

<sup>2.2</sup> Como dijo hace mucho tiempo ZAFFARONI, RAÚL, “La Convención Americana sobre Derechos Humanos y el sistema penal,” *Revista de Derecho Público*, FDA, 2: 61, Buenos Aires, 197, las normas constitucionales “sólo pueden interpretarse en el futuro en el sentido compatible con el texto de la Convención,” por lo demás, en muchos casos, “parece tratarse de consecuencias que también hubiesen

Distinta es la cuestión de los tratados internacionales que imponen limitaciones a derechos de carácter económico. En el caso de las limitaciones internacionales al medio ambiente difícilmente pueda haber conflicto en virtud del art. 41 de nuestra Constitución. En otros temas como patentes, GATT en general, etc., lo más probable es que con el tiempo prevalezca también en los hechos la norma supranacional.

En todo caso, tal vez al lector dubitativo frente a este dilema le resulte reconfortante saber que en el país más importante del mundo existen quienes expresan similares dudas: Estados Unidos, que aplica a sus habitantes la jurisdicción norteamericana incluso por los actos de corrupción cometidos en el extranjero;<sup>3</sup> que no suscribió el Pacto de San José para no quedar sometido a la jurisdicción supranacional de la Corte con sede en Costa Rica,<sup>4</sup> ni todavía la convención sobre el derecho del mar, por razones de contenido y de jurisdicción; sin embargo, ha suscrito y ratificado el NAFTA, que como todo tratado de integración lleva a la creación de normas supranacionales; suscribió igualmente el GATT, en cuyo organismo supranacional de aplicación cuenta con solamente un voto.

La tendencia a la integración jurídica supranacional, aún para Estados Unidos, es pues un buen indicador de qué podemos esperar los demás países acerca del futuro. Agréguese a ello la total interdependencia de los países, la globalización de la economía, el notable incremento en todo el mundo de las empresas transnacionales —incluidas las de capitales argentinos— y nuestra

podido deducirse de una correcta y garantizadora exégesis de nuestros preceptos constitucionales.” Una de las discusiones concretas la explicamos más abajo en el cap. XII, “Los amparos de los arts. 43 y 75 inc. 22,” y como dijo PESCATORE: “Es en el momento de prepararse para ratificar los tratados cuando cada Estado ha debido o deberá considerar y resolver los problemas de tipo constitucional que se le planteen. Cada uno es dueño de la solución que les dé; pero una vez que se ha aceptado el compromiso internacional con toda libertad, hay aquí un hecho histórico sobre el que ya no es posible volver.” “Jurídicamente no hay, pues, vuelta atrás en la Comunidad. No está permitido poner de nuevo en tela de juicio los compromisos una vez asumidos; no está admitido nacionalizar de nuevo los sectores que han pasado ya bajo la autoridad de la Comunidad.” Del mismo modo, el art. 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, aprobada por ley 19.865, establece que “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.”

<sup>2.3</sup> Nuestro art. Comentarios al Proyecto de Ley de Contratos Públicos, *Revista Argentina del Régimen de la Administración pública*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1994, p. 8 y ss.; se trata de la ley sobre prácticas corruptas en el extranjero, *Foreign Corrupt Practices Act*, de 1977, que complementa la ley contra la mafia o ley sobre organizaciones corruptas y negocios ilícitos, ley RICO, *Racketeer Influenced and Corrupt Organizations*, 18. U.S.C. Secs. 1962, *et seq.*; otra ley contempla la confiscación lisa y llana de todos los sobornos (18. U.S.C. Sec. 3666), sin perjuicio de otras figuras penales concurrentes.

Antes de criticar en exceso la solución norteamericana conviene recordar que nuestra propia Constitución libra a una ley especial el juzgamiento de los delitos contra el derecho de gentes cometidos fuera de nuestro territorio. (Art. 118.)

<sup>2.4</sup> HENKIN, LOUIS, “International Human Rights and Rights in the United States,” en MERON, THEODOR (compilador), “Human Rights in International Law.” *Legal and Policy Issues*, Oxford, Clarendon Press, 1992, p. 25 y ss., 50 y ss.

<sup>2.5</sup> Nuestro *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, 8ª ed., caps. IV y cap. XI, § 8.3, p. 34 y sus

condición de deudores crónicos,<sup>5</sup> y se comprenderá que el orden de prelación de las normas supranacionales convencionales escapa en alguna medida a nuestro poder de determinación. Y ello, sobre todo, si queremos movernos dentro de la economía mundial. De todas maneras es la tendencia universal y cada vez que suscribamos un tratado (necesitados, obligados o convencidos), el principio de la buena fe que rige en la materia impide oponer posteriormente la supuesta violación del derecho interno, así sea constitucional. Suscrito un tratado, ratificado y depositado, por definición no le es oponible norma alguna del derecho interno de los países signatarios, inclusive de sus respectivas constituciones.<sup>6</sup> La tendencia a la regulación en materia de fondos marinos, derecho de altamar,<sup>7</sup> protección del medio ambiente, etc.,<sup>8</sup> es inexorable.

### 2.1. *Los derechos individuales en el derecho supranacional*

La Constitución faculta al Congreso a aprobar tratados internacionales con transferencia de jurisdicción a organismos supranacionales, sin la obligación formal de someterlo a consulta popular. (Art. 75 inc. 24.) Tampoco hay derecho de iniciativa popular para los tratados internacionales (art. 39), aunque no se excluye la consulta popular al respecto. (Art. 40.)

Ello hace que el derecho supranacional modifique el orden constitucional sin intervención directa del pueblo, titular de la soberanía en el orden interno, a menos que el Congreso decida someterlo a consulta popular, que es lo que en buenos principios debiera hacer.

En todo caso, cabe destacar que tales tratados internacionales, sean los de derechos humanos o los de integración, por su propia naturaleza tienden a limitar los poderes del Estado en lo interno o externo. Resulta de ello que este mecanismo no puede normalmente resultar en detrimento de los derechos individuales frente al Estado.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió *in re Giroldi*, el 7 de abril de 1995, que las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de San José de Costa Rica son obligatorias en el derecho interno de nuestro país. A su vez, dicha Corte de San José decidió el 16 de julio de 1993, en la opinión consultiva n° 13, que la Comisión es competente para calificar *cualquier* norma del derecho interno de un Estado Parte como violatoria de las remisiones; nuestro cap. *El contrato de crédito externo*, en el libro *Después de la reforma del Estado*, 2ª ed., 1998.

<sup>2.6</sup> Es “la irreversibilidad de los compromisos comunitarios;” “Jurídicamente no hay, pues, vuelta atrás en la Comunidad. No está permitido poner de nuevo en tela de juicio los compromisos una vez asumidos; no está admitido nacionalizar de nuevo los sectores que han pasado ya bajo la autoridad de la Comunidad,” PESCATORE, PIERRE, “Aspectos judiciales del «acervo comunitario»,” *Revista de Instituciones Europeas*, Madrid, 1981, p. 331 y ss., p. 336.

<sup>2.7</sup> Ver ROZAKIS, CHRISTOS L., y STEPHANOU, CONSTANTINE A., *The New Law of the Sea*, North-Holland, Amsterdam, 1983; nuestro *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, 8ª ed., cap. IV.

<sup>2.8</sup> AMAN JR., ALFRED C., *Administrative Law in a Global Area*, Ithaca, Nueva York, Cornell University Press, 1992.

<sup>2.9</sup> *Dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación*, 21-VIII-56, t. 58, p. 222.

obligaciones que éste ha asumido al ratificar o adherirse a la Convención.

De este modo, ya no basta con que la administración esté sometida a la ley y ésta a la Constitución, sino que todo el derecho interno está sometido a un derecho supranacional en materia de derechos humanos y libertades públicas.

Por tales razones los derechos individuales preexisten a todo acto estatal: a la Constitución, a las sentencias, a las leyes y a los actos y reglamentos administrativos. Las leyes pueden regular los derechos de los individuos, fijando sus alcances y límites; pero aunque ninguna ley sea dictada, el derecho individual existe no obstante, por imperio de la Constitución, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y demás pactos internacionales de derechos humanos previstos en el inc. 22 del art. 75 de la Constitución.

## 2.2. *La articulación de la legislación nacional con la internacional*

De acuerdo con el art. 31 de la Constitución, “Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación...” En consecuencia, “puede afirmarse que, en principio, la sola aprobación de los tratados internacionales, de acuerdo con el procedimiento que establece la misma Constitución, incorpora a éstos al derecho interno de la Nación.”<sup>9</sup> La Constitución de 1853/60 establecía un orden jerárquico dentro del ámbito de su competencia territorial y en consonancia a los tiempos de su dictado; esa norma, más de un siglo después, debe ser entendida en consonancia con la jerarquía actualmente vigente de normas.

Lo relativo a determinar si el contenido normativo del tratado pasa a ser legislación interna sin otro requisito que el de la aprobación por el Congreso, había dado lugar a soluciones diversas<sup>10</sup> según las particularidades que presenta la convención e incluso la ley de aprobación. Demás está decir que cuando una ley ratifica un tratado por el cual se establecen reglas de derecho que se refieren exclusivamente a seres humanos individuales (derecho del trabajo, derechos humanos, etc.) carece de asidero pretender que la ratificación vale sólo frente a los demás Estados y no para los habitantes del país respectivo; la ley de ratificación transforma a esas proposiciones en normas jurídicas que también son internas.<sup>11</sup>

El tema de los tratados se vincula íntimamente con la cuestión de la existencia y alcances de un derecho comunitario latinoamericano. La integración económica usualmente no formaba parte de las estrategias nacionales reales<sup>12</sup> y era común acordar a estos pactos el carácter de un tratado—marco, faltándole el más claro

<sup>2.10</sup> Dictamen citado, y Corte Suprema, *Fallos*, t. 150, p. 84 y t. 186, p. 258.

<sup>2.11</sup> *Supra*, § 1. Ha seguido las afirmaciones precedentes ALTAMIRA, PEDRO GUILLERMO, *Curso de derecho administrativo*, op. cit., p. 63.

<sup>2.12</sup> INTAL, *La integración económica de América Latina*, Buenos Aires, 1968, p. 172; Instituto de Estudios Políticos para América Latina, serie “*Estudios de actualidad*,” 9: 19, Montevideo, ALALC, 1964; DELL SYDNEY, *Apreciaciones sobre el funcionamiento del Tratado de Montevideo*, en el libro dirigido por WIONCZEK, MIGUEL, *Integración de América Latina*, México, 1964, p. 96.

sentido dinámico que se atribuye desde antaño a los tratados de la comunidad europea.<sup>13</sup> Se sigue de ello que la Corte Suprema haya interpretado en el pasado que un tratado posterior de esta índole no prevalecía sobre leyes nacionales anteriores.<sup>14</sup> Algunos instrumentos jurídicos latinoamericanos comunitarios carecían entonces de la vigencia jurídica que algunos estudios intentaban darle.<sup>15</sup>

La discusión europea<sup>16</sup> entre los partidarios de los derechos nacionales soberanos<sup>17</sup> y los sostenedores de la tesis del cuasi-federalismo<sup>18</sup> llega a nosotros resuelta de antemano, como luego veremos, pero fluye también naturalmente de la aceptación en 1983 del Pacto de San José de Costa Rica y de los progresos en materia de integración,<sup>19</sup> como es el caso del MERCOSUR.

### 2.3. *La creciente regulación internacional*

Ya vimos que el sistema de derechos humanos es hoy en día claramente supranacional, y que existen algunos sectores de la economía que están virtualmente internacionalizados, como el sistema financiero;<sup>20</sup> hay otros en que la regulación internacional es creciente. Así, la protección de los recursos naturales,<sup>21</sup> en que

<sup>2.13</sup> OPHÜLS, CARL FRIEDRICH, *Die Europäischen Gemeinschaftsverträge als Planungsverfassungen*, en el libro *Planung I*, dirigido por J. H. KAISER, Baden-Baden, 1965, p. 229 y ss.

<sup>2.14</sup> Fallos, t. 254, p. 500, caso *La República*, año 1962. En cambio, en Francia se les reconoce correctamente un carácter “superior a la ley” y obligatorio para la administración: RIVERO, *op. cit.*, pp. 53 y 54.

<sup>2.15</sup> Así ocurre con la Declaración de los Presidentes de América, el Acta de Negociaciones, el Acuerdo de Complementación, los Protocolos del Acuerdo de Complementación, las Resoluciones de la Conferencia de Ministros, del Comité Ejecutivo Permanente, etcétera. Ampliar en *Instituto Interamericano de Estudios Jurídicos Internacionales, Derecho de la integración latinoamericana*, Buenos Aires, Depalma, 1969, pp. 1047-48, 1054-55, etc.; CÁRDENAS, EMILIO S., *Hacia un derecho comunitario latinoamericano*, “Derecho de la Integración,” Buenos Aires, 1967, 1: 32 y ss.; y demás bibliografía del § 4.1.3. del cap. II de nuestro t. 1, 5ª ed., 1998.

<sup>2.16</sup> Se decía en Europa que “estas tesis e hipótesis dejan reconocer que se está aún lejos de un juicio uniforme. Esto tiene su fundamento en el presente estado de fluctuación en que se encuentran no solamente el derecho comunitario, sino las comunidades mismas. En esta incertidumbre es comprensible que aún persista el forcejeo entre los ‘eurofóricos’, los partidarios de los derechos soberanos y los ‘realistas’. La opinión jurídica dependerá de si la presente época de estancamiento en la cuestión de la integración europea se orienta hacia un retroceso o un desarrollo mayor. Con este alcance tienen poco valor nuevos intentos de interpretación y debería dejarse la multiplicidad de construcciones hasta hoy transitadas.” EBERHARD MENZEL, comentario aparecido en la revista “Die öffentliche Verwaltung”, Stuttgart, 1969, cuaderno 15/6, pp. 579 y 580.

<sup>2.17</sup> GRABITZ, *Gemeinschaftsrecht bricht nationales Recht*, Hamburgo, 1966.

<sup>2.18</sup> OPHÜLS, C. F., *Quelle und Aufbau des Europäischen Gemeinschaftsrecht*, revista “Neue juristische Wochenschrift,” Munich-Berlín-Frankfurt a.M., 1963, cuaderno número 38, p. 1697 y ss.; SATTLER, ANDREAS, *Das Prinzip der “funktionellen Integration” und die Einigung Europas*, Göttingen, 1967.

<sup>2.19</sup> Ver INTAL, *Proyectos multinacionales de infraestructura física*, Buenos Aires, 1970; KAPLAN, MARCOS, *Corporaciones públicas multinacionales para el desarrollo y la integración*, Estudios Internacionales, Chile, julio-septiembre de 1969, p. 186 y ss.

<sup>2.20</sup> Algo de esto explicamos en el cap. IV de la 8ª ed. del t. 1 de nuestro *Tratado de derecho administrativo*, 2003.

<sup>2.21</sup> Puede verse ROZAKIS, CHRISTOS L., y STEPHANOU, CONSTANTINE A., *The New Law of the Sea*, North-Holland, Amsterdam, 1983; AMAN JR., ALFRED C., *Administrative Law in a Global Area*, Ithaca, Nueva York, Cornell University Press, 1992. En una perspectiva ideológica ubicada en otra

hay progresos respecto a la regulación de los fondos marinos, el derecho del mar y diversas cuestiones de medio ambiente.<sup>22</sup>

Pero es posible que haya todavía más desarrollo regulatorio internacional. En efecto, hay actividades que se desarrollan actualmente en los mares internacionales, fuera de la jurisdicción de todos los países. Los casos más antiguos y conocidos fueron los casinos flotantes, allende las cuatro millas de las aguas jurisdiccionales de Estados Unidos. Le siguieron las radios instaladas fuera de la jurisdicción marítima, por ejemplo de Inglaterra, para escapar a las regulaciones nacionales.

Al mismo tiempo la pesca en aguas internacionales se abarató con los buques factorías, que realizan todo el proceso fabril en aguas internacionales y fuera de la jurisdicción de Estado alguno, no siempre respetando los convenios internacionales sobre límites racionales a la explotación de los recursos marinos.

Existen también al presente buques factorías que, bajo bandera de conveniencia (*convenience flag*), constituyen fábricas que producen otros productos en altamar, sin sujeción a las normas impositivas o laborales locales, obteniendo así costos más bajos y que ni siquiera tocan puerto. Otras naves se acercan a retirar la producción, hacer los recambios de personal, etc. Todo este sistema de creciente actividad en aguas internacionales puede llegar a tener suficiente importancia económica como para que las naciones quieran regularlo, controlarlo y por qué no, tributarlo.

Cabe pues, en general, esperar un lento pero progresivo avance de la regulación internacional al cual nuestro país como otros estarán también sometidos.

### 3. *Distintas fuentes supranacionales*

realidad nacional e internacional, ya antes se hablaba también de *Le nouvel ordre économique international e l'administration publique*, libro coordinado por GÉRARD TMSIT, Francia, Unesco-IISA, Aire-sur-la-LYs, 1983.

<sup>2.22</sup> Algunos ejemplos: ley 15.802, Tratado Antártico; ley 18.590, Tratado de la Cuenca del Plata entre Argentina, Bolivia, Brasil, Paraguay y Uruguay; ley 21.836, Convención para la protección del patrimonio mundial, cultural y natural; ley 21.947, Convenio sobre la prevención de la contaminación del mar por vertimiento de desechos y otras materias (en su forma enmendada); ley 22.344, Convención sobre el comercio internacional de especies amenazadas de fauna y flora silvestres CITES; ley 22.502, Protocolo de Londres sobre la seguridad de la vida en el mar; ley 23.456, Convenio internacional relativo a la intervención en alta mar en casos de accidentes que causen una contaminación por hidrocarburos; ley 23.778, Protocolo de Montreal relativo a las sustancias que agotan la capa de ozono; ley 23.815, Convención sobre el comercio internacional de especies amenazadas de fauna y flora silvestre; ley 24.089, Convenio internacional para prevenir la contaminación por los buques; ley 24.126, Protocolo al Tratado sobre Protección al Medio Ambiente; prohibición de actividades; evaluación del impacto ambiental; ley 24.216, Protocolo al Tratado Antártico sobre protección del medio ambiente; ley 24.375, Convenio sobre la diversidad biológica.

<sup>3.1</sup> TREJOS, GERARDO, *Órganos y procedimientos de protección de los derechos humanos en la Convención Americana*, en HERNÁNDEZ, RUBÉN y TREJOS, GERARDO, *La tutela de los derechos humanos*, Juricentro, San José, Costa Rica, 1977, p. 59 y ss.

<sup>3.2</sup> Ver de ABRANCHES, C. A. DUNSHEE, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, en O.E.A.,

### 3.1. *Tratados en general*

Nuestro país se halla sometido a varios tipos de orden jurídico supranacional. Por ahora puede distinguirse:

a) aquellos ordenamientos que tienen un órgano judicial supranacional de aplicación, como es el Pacto de San José de Costa Rica.

b) los demás tratados de derecho humanos incorporados por el art. 75 inc. 22 de la Constitución pero que carecen de tribunal supranacional.

c) Los incipientes tratados de integración autorizados por el inc. 24 del mismo art. pero que tampoco tienen tribunal supranacional. Es posible que con el correr del tiempo los tratados de integración tengan tales tribunales, como ya ocurre en Europa, con lo cual podrán ser clasificados junto al de San José como un derecho comunitario más efectivo por la existencia de tribunales de aplicación; esos tribunales seguramente extenderán su competencia en el siglo XXI.

d) Las demás normas supranacionales, de las cuales el medio ambiente es una buena muestra, con 69 convenciones suscriptas por nuestro país.

### 3.2. *El caso específico de la Convención Americana*

En 1983 el Congreso argentino sancionó por ley 23.054 la sumisión del país a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y sus procedimientos supranacionales,<sup>1</sup> en especial el sometimiento a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con sede en San José de Costa Rica,<sup>2</sup> y luego realizó el acto formal de su depósito internacional.<sup>3</sup> Posteriormente la Constitución de 1994 les dio “jerarquía constitucional,” al igual que a otros tratados.

Daremos aquí especial énfasis a dicho pacto, por ahora, por ser el único que cuenta con un tribunal supranacional. Ello no cambia la obligatoriedad que todos tienen en el derecho interno, pero fuerza es reconocer que desde un punto de vista práctico no es lo mismo que la interpretación del tratado termine en el propio país o pueda continuarse ante un tribunal internacional o supranacional.

No es lo mismo introducir el caso federal para ocurrir en su oportunidad por ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sea por violación a la Constitución o a los tratados, que introducir también el caso supranacional para ocurrir en su oportunidad por ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En cualquier caso y así como nuestra Constitución, en una lectura no excesivamente atada al pasado, ya permitía leer en ella lo que el Pacto de San José se

*La Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Washington, 1980, pp. 91-143; TREJOS, *Órganos y procedimientos de protección de los derechos humanos en la Convención Americana*, op. loc. cit.

<sup>3.3</sup> Publicado en la “Revista de Derecho Público”, n° 2, Buenos Aires, F.D.A., 1987.

<sup>3.4</sup> Ampliándolos, no reduciéndolos, por lo que no existe en tal aspecto conflicto normativo alguno. Incluso puede sostenerse que la Convención meramente explicita lo que ya está implícito en la Constitución.

<sup>3.5</sup> A pesar del “filtro” de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (arts. 44, 57, 61, inc. 1°), en la práctica nuestro gobierno prefiere transar casos ante ella antes que comprometerse a una

limita a explicitar, lo mismo ocurre con los demás pactos de derechos humanos: pueden y deben ser aplicados por nuestros tribunales, solo que no hay recurso ante otros. En cuanto a los de integración, pareciera evidente que la negociación no es suficiente medio de resolución de diferendos. De avanzarse en la integración, la creación de tribunales independientes deviene un complemento indispensable para su funcionamiento y aplicación eficaces.

La Convención contiene una importante enumeración de garantías individuales y libertades públicas, que en su gran mayoría constituyen un avance sobre el estado previo de nuestra legislación, y que además definen con mayor amplitud que nuestra Constitución muchos derechos individuales;<sup>4</sup> ella tiene en primer lugar una importancia práctica como propósito normativo de acrecentamiento material del ámbito de libertad y de la esfera de derechos de los individuos.

Desde este primer punto de vista práctico, y con independencia de cuán eficaces<sup>5</sup> sean o dejen de ser sus procedimientos de contralor jurisdiccional internacional atento el procedimiento previo ante la Comisión,<sup>6</sup> el carácter excluyente de la legitimación de éste respecto de los individuos lesionados,<sup>7</sup> lo cierto es que al constituir un avance en materia de derechos individuales, toda persona deseosa de ver mejorar sus derechos debe necesariamente advertir que ella constituye un importante progreso de nuestro ordenamiento jurídico, e interpretarla y aplicarla en consecuencia.

### 3.3. Otras convenciones de derechos humanos

En 1990 precedimos a la Constitución, en el orden de prelación de las fuentes, por la Convención Americana de Derechos Humanos.<sup>8</sup> En 1992 la Corte Suprema de Justicia de la Nación inició un importante camino,<sup>9</sup> que continúa desarrollando,<sup>10</sup> de reconocimiento del orden supranacional en el derecho interno. En 1994 la Constitución lo introduce claramente, aunque no emplea expresamente el orden

sentencia pública de la Corte. Se ha comenzado a dar aplicación imperativa en el derecho interno a tales compromisos internacionales, como surge del noveno voto de la Corte Suprema *in re Birt*, 30-V-95, publicado en *LL*, Suplemento de Jurisprudencia de Derecho Administrativo, 4-IX-95, p. 41, con nota.

<sup>3.6</sup> Art. 44.: “Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados Miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta convención por un Estado parte.”

<sup>3.7</sup> Art. 57: “La Comisión comparecerá en todos los casos ante la Corte.” Y el 61, inc. 1, concluye el ritual restrictivo: “Sólo los Estados Partes y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte.”

<sup>3.8</sup> Nuestro art. “La supranacionalidad operativa de los derechos humanos en el derecho interno”, en *La Ley Actualidad*, 17-IV-90.

<sup>3.9</sup> *Ekmejdjian*, 7-VII-92, *LL*, 1992-C, 543; ED, 148: 354.

<sup>3.10</sup> *Fibracca*, 7-VII-92, *Hagelin*, 22-XII-93, *Cafés La Virginia*, 10-X-94, *Giroldi*, 7-IV-95.

<sup>3.11</sup> Lo cual plantea dudas interpretativas a muchos autores. Una de las tantas discusiones la explicamos en *Los amparos de los arts. 43 y 75 inc. 22, infra*, cap. XII. Ver también el t. 1 de nuestro *Tratado de derecho administrativo*, 8ª ed. 2003, caps. VI y VII.

<sup>3.12</sup> *Dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación*, 21-VIII-56, t. 58, p. 222.

<sup>3.13</sup> Dictamen citado, y Corte Suprema, *Fallos*, t. 150, p. 84 y t. 186, p. 258.

de jerarquía de las normas que nosotros utilizamos.<sup>11</sup>

La pregunta que el lector se formula de inmediato es ¿por qué supranacionalidad? ¿No es acaso la Constitución la primera y más importante de las fuentes, la cúspide del ordenamiento jurídico? Es una pregunta que se responde de a poco, y satisfará solamente con el correr del tiempo. De acuerdo con el art. 31 de la Constitución, “Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación ...” En consecuencia, “puede afirmarse que, en principio, la sola aprobación de los tratados internacionales, de acuerdo con el procedimiento que establece la misma Constitución, incorpora a éstos al derecho interno de la Nación.”<sup>12</sup> La Constitución de 1853/60 establecía un orden jerárquico dentro del ámbito de su competencia territorial y en consonancia a los tiempos de su dictado. Lo relativo a determinar si el contenido normativo del tratado pasaba a ser, sin otro requisito que el de la aprobación por el Congreso, legislación interna, había dado lugar a soluciones diversas <sup>13</sup> según las particularidades que presenta la convención e incluso la ley de aprobación. Cuando una ley ratifica un tratado por el cual se establecen reglas de derecho que se refieren exclusivamente a seres humanos individuales (derechos humanos) carece de asidero pretender que la ratificación vale sólo frente a los demás Estados y no para los habitantes del país respectivo; la ley de ratificación transforma a esas proposiciones en normas jurídicas que también son internas.<sup>14</sup> Pero es más, a partir de allí son ya derecho supranacional.

#### 3.4. *Los tratados de integración económica.*

El tema de los tratados se vincula íntimamente con la cuestión de la existencia y alcances de un derecho comunitario latinoamericano, pero también con la observación de qué pasa en la Unión Europea, pues ello nos muestra, como otras veces, un seguro camino. La integración económica no formaba parte de las estrategias nacionales reales<sup>15</sup> y era común acordar a estos pactos el carácter de un tratado—marco, faltándole el sentido dinámico de los tratados de la comunidad europea.<sup>16</sup> Se sigue de ello que la Corte Suprema haya interpretado que un tratado posterior no prevalecía sobre leyes nacionales anteriores.<sup>17</sup>

<sup>3.14</sup> Había seguido este criterio ALTAMIRA, PEDRO GUILLERMO, *Curso de derecho administrativo*, op. cit., p. 63. Pero ya el derecho internacional de los derechos humanos es indubitable: HITTERS, JUAN CARLOS, *Derecho internacional de los derechos humanos*, Buenos Aires, Ediar, 1991; LILICH, RICHARD B., y NEWMAN, FRANK C., *International Human Rights*, Little, Brown and Co., Boston, 1979; BUERGENTHAL, THOMAS, *International Human Rights*, West Publishing Company, St. Paul, Minnesota, 1988, y sus referencias.

<sup>3.15</sup> INTAL, *La integración económica de América Latina*, Buenos Aires, 1968, p. 172; Instituto de Estudios Políticos para América Latina, serie “*Estudios de actualidad*,” 9: 19, Montevideo, ALALC, 1964; DELL SYDNEY, *Apreciaciones sobre el funcionamiento del Tratado de Montevideo*, en el libro dirigido por WIONCZEK, MIGUEL, *Integración de América Latina*, México, 1964, p. 96.

<sup>3.16</sup> OPHÜLS, CARL FRIEDRICH, *Die Europäischen Gemeinschaftsverträge als Planungsverfassungen*, en el libro *Planung I*, dirigido por J. H. KAISER, Baden-Baden, 1965, p. 229 y ss.; GONZÁLEZ, FLORENCIA, *Solución de conflictos en un sistema de integración: los casos del Mercosur y la CEE*, en

Los instrumentos jurídicos latinoamericanos comunitarios carecían pues de la vigencia jurídica que algunos intentaban darle.<sup>18</sup>

Ciertamente, el paso de mayor significación ha sido el reconocimiento constitucional en 1994 tanto de los tratados de derechos humanos como de los de integración. Pero ya empiezan a nacer las voces interpretativas que quieren poner el derecho supranacional por debajo de la Constitución, y en caso de mayor garantía en el derecho supranacional, optar por la interpretación que de menor garantía a la luz de alguna cláusula constitucional.<sup>19</sup>

### 3.5. *Jurisprudencia y opiniones consultivas supranacionales.*

Nuestra Corte Suprema ha dicho que la interpretación de la Convención Americana debe efectuarse “tal como la Convención citada rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación;” “De ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana (confr. arts. 75 de la Constitución Nacional, 62 y 64 Convención Americana, art. 2º ley 23.054),” incluyendo las opiniones consultivas del tribunal.<sup>20</sup> Sobre esto volveremos más adelante.

Por ahora no son fuente cuantitativamente importante los fallos y opiniones consultivas de la Corte Interamericana, pero ya se ha reconocido su carácter de fuente en nuestro país, incluidas las opiniones consultivas. Es un paso cualitativamente fundamental.

INTAL, *Integración Latinoamericana*, año 17, 1992, p. 33 y ss.; “Legislación y administración en un sistema de integración: el caso de la Comunidad Europea”, *Revista de Derecho Administrativo*, 14: 455 y ss., Buenos Aires, 1994.

<sup>3.17</sup> Fallos, t. 254, p. 500, *La República*, 1962. En cambio, en Europa de antaño se les reconoce un carácter “superior a la ley.”

<sup>3.18</sup> *Instituto Interamericano de Estudios Jurídicos Internacionales, Derecho de la integración latinoamericana*, Depalma, 1969, pp. 1047-48, 1054-55, etc.; CÁRDENAS, EMILIO S., *Hacia un derecho comunitario latinoamericano*, “Derecho de la Integración,” 1967, nº 1, p. 32 y ss.

<sup>3.19</sup> Una discusión ilustrativa es la que se ha hecho en torno al tema que hemos denominado *Los amparos de los arts. 43 y 75 inc. 22, infra*, cap. XII.

<sup>3.20</sup> *In re Girolodi*, 7 de abril de 1995; BUERGENTHAL, THOMAS, *International Human Rights*, West Publishing Company, St. Paul, Minnesota, 1988, p. 166.

<sup>3.21</sup> El plazo previsto para reclamar las indemnizaciones de la ley 24.043 fue ampliado por la ley 24.436 en ciento ochenta días a partir de su propia promulgación (el 11-I-95); la ley 24.321 de desaparición forzada de personas ocurrida hasta el 10 de diciembre de 1983 no tiene plazo para el ejercicio de sus acciones y tal vez no pueda considerarse limitada por la ley 24.447. La indemnización de la ley 24.411 por la desaparición forzada de personas tenía como plazo ciento ochenta días desde su entrada en vigencia (se publicó el 3-I-95); la ley 24.499 (B.O. 13-VII-95) amplió a cinco años este último plazo. Esto da un adicional fundamento de analogía para extender también el plazo para reclamar la indemnización de la ley 24.043 y para el ejercicio de las acciones de la ley 24.321.

<sup>3.22</sup> *Codici Iuris Canonici*, art. 17.

Del mismo modo pueden llegar a aparecer otros órganos judiciales supranacionales y, de progresar los tratados de integración y otros multilaterales, pueden aparecer normas reglamentarias o de segundo rango dentro del orden jurídico supranacional. Es el camino que tomó la integración europea, es el camino que seguiremos nosotros si avanzamos en el proceso de integración.

Es por ahora prematuro preguntarse en detalle cómo se insertarán respecto al ordenamiento local, pero parece *prima facie* claro que el derecho interno, leyes incluidas, deberán ceder ante el derecho supranacional creado por los organismos a los que el país suscriba, y que corresponderá a los jueces locales aplicar dicho derecho supranacional de manera inmediatamente operativa y en base a la jurisprudencia internacional.

### 3.6. *Transacciones y compromisos internacionales*

No debe descuidarse la importancia práctica y jurídica de los compromisos y transacciones que el país realiza ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, para evitar ser llevada a los estrados de la Corte Interamericana, y que luego debe honrar como los propios fallos. Lamentablemente no son compromisos públicos, pero siempre se termina conociéndolos cuando la parte actora invoca el incumplimiento estatal. Seguramente es una materia que evolucionará con el paso de las décadas, a medida que siga avanzando el derecho supranacional.

Un ejemplo lo vemos en el caso *Birt*, en que la Corte Suprema se refiere al cómputo de la indemnización conferida por el decreto 70/91, modificado por la ley 24.043.<sup>21</sup> La mayoría de cinco votos rechaza el recurso extraordinario y confirma la sentencia apelada; la disidencia de tres de sus miembros admite el recurso extraordinario y también confirma la sentencia apelada. Los análisis de ambos pronunciamientos, referidos al cómputo escalafonario, SINAPA, etc., parecieran referirse a un tema de función pública.

Sin embargo, la disidencia del noveno miembro de la Corte, que también admite el recurso extraordinario y confirma la sentencia apelada (hay, pues, *unanimidad total en mantener la sentencia apelada*) se funda, en definitiva, en exponer el contexto del problema —*in textu et contextu consideratam*—,<sup>22</sup> que no es un cálculo escalafonario en la función pública.

Esa última disidencia es la que explica, en su cons. 9º, que esas normas “procuraron reparar económicamente los daños sufridos por quienes —en un

<sup>3.23</sup> Tal situación fue analizada en 1979 por parte de la doctrina en los siguientes términos: “Al considerar un acto particular de violencia o intimidación dentro de un contexto político general, se torna también menos nítido el problema de la prescripción de la acción o en su caso de la caducidad: Pensamos que la prescripción o la caducidad no pueden comenzar a computarse sino a partir del momento en que la intimidación o violencia han cesado. Ahora bien, puede ocurrir que cese el acto particular de intimidación, pero subsista el clima general de inseguridad. En ese caso entendemos que debe adoptarse un criterio amplio, y aceptar la acción o el recurso cualquiera sea el tiempo transcurrido desde el acto concreto de intimidación o violencia”: GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de derecho administrativo*, t. 3, *El acto administrativo*, 4ª ed., cap. IX, pp. 55-56, Buenos Aires, FDA, 1999.

<sup>3.24</sup> Cuando hace poco en el país asomó su cabeza un proyecto restrictivo de la libertad de prensa, nos

período difícil de nuestra historia— fueron privados de su libertad, sin importar que las acciones por responsabilidad extracontractual estuvieran prescriptas,” para “superar situaciones” en que “se había producido la prescripción de dicha acción,” pues “aunque las soluciones dadas al respecto en el ámbito judicial se ajustaban al derecho positivo, no alcanzaban, empero, a dar equitativa solución, ello, en orden a lograr la plenitud del derecho y la justicia.”<sup>23</sup>

Lo importante de la disidencia de fundamentos es destacar la incidencia de los acuerdos y transacciones celebrados por el país ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, como derecho interno de nuestro país. “Al mismo tiempo se intentó... dar cumplimiento a la promesa dada por el Gobierno Argentino a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, referentes al dictado de una norma que reconociera dichos beneficios a las víctimas, cuestión ésta que importaba no sólo hacer honor a un compromiso asumido, sino también una forma de evitar las sanciones internacionales que podría haber sufrido la Nación.”

Otros casos no han tenido repercusión judicial directa, pero sí periodística, y es posible que las transacciones sean más de las que conozcamos.<sup>24</sup>

#### 4. Caracteres generales

Una interpretación *a)* realista y sensata, *b)* valiosa o justa, *c)* teleológica o finalista, *d)* que tome cuenta de la circunstancia fáctica<sup>1</sup> que determinó nuestra adhesión,<sup>2</sup> no puede sino buscar aquellos métodos de interpretación que en cada caso mejor aseguren la efectividad y vigencia de tales normas y principios.

No se trata entonces de hacer una suerte de “neutra” orfebrería o albañilería jurídica, un trabajo de dogmática o de lenguaje formal de textos positivos en el

enteramos por los diarios que un conocido periodista, condenado hace algún tiempo por desacato periodístico a un miembro de nuestra Corte, había tiempo antes transado su reclamo en Washington a cambio del compromiso formal del gobierno argentino de derogar la figura del desacato. Visto el proyecto de ley de prensa el periodista se presentó nuevamente en Washington, alegando que el proyecto de ley violaba el texto y el espíritu de la transacción internacional. Ante la fuerza obligatoria de la transacción, el proyecto de ley fue debidamente abandonado. Esto implicaría que los mecanismos supranacionales de transacción están funcionando más eficazmente.

<sup>4.1</sup> O arcóntica, rectora, determinante, que fue “causa” en suma de la sanción legislativa.

<sup>4.2</sup> Que no es otra que la insuficiencia previa de tales derechos en su funcionamiento o aplicación práctica.

<sup>4.3</sup> Algunas de las dificultades concretas de interpretación pueden verse en este mismo libro en el cap. *Los amparos de los arts. 43 y 75 inc. 22*.

<sup>4.4</sup> Ver HYNES, LUISA MARÍA, *La operatividad de los derechos reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, en *Revista de Derecho Público*, n° 2, Buenos Aires, FDA, 1987.

<sup>4.5</sup> Art. 2°: “Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el art. 1° no estuvieren ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.” Es claro que la Corte de San José no es el único intérprete que aplica la convención, sino el último en los casos sometidos a su jurisdicción.

<sup>4.6</sup> Nuestro *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, *op. cit.*, cap. VI.

<sup>4.7</sup> Creemos haber probado el error de tales concepciones a partir de la 1° ed. de nuestra *Introducción al derecho administrativo*, Buenos Aires, Perrot, 1962, y estimamos ahora oportuno formular

cual busquemos de qué modo interpretar cada art. para llevarlo a su inexigibilidad, no vigencia o inaplicabilidad.

La única interpretación finalista congruente con la circunstancia rectora del sometimiento a la Convención y al derecho internacional de derechos humanos y comunitario en general, será aquella que busque construir soluciones en el sentido de afirmar la vigencia, garantía y aplicabilidad o exigibilidad inmediata de los derechos individuales y la integración regional, y no a la inversa, la indefensión de los individuos y su sometimiento a la autoridad o gobierno de turno, para más aislado del contexto internacional.<sup>3</sup>

Es claro por lo demás que la globalidad del mundo, en las comunicaciones y la economía, incluso en las políticas e ideologías dominantes, no deja lugar para países que elijan quedar como parias de la comunidad internacional... el precio es demasiado caro.

#### 4.1. *Derecho interno*

Una de las primeras y mínimas afirmaciones que parece así inevitable hacer es que estas normas constituyen no solamente derecho supranacional sino *también* y cuanto menos, al propio tiempo, derecho interno, vigente, operativo, aplicable de pleno derecho a toda situación que quepa encuadrar en sus normas, en tanto éstas tengan un contenido que no sea manifiesta e indiscutiblemente programático.<sup>4</sup> Esa adicional nota de derecho interno es ahora de nivel constitucional.

La Convención y otras normas supranacionales tienen así el doble carácter señalado, que implica la obligación de las autoridades nacionales de aplicarlas, sin perjuicio de la aplicación que también harán de ellas las autoridades judiciales supranacionales existentes según el caso.

#### 4.2. *Derogación ipso jure*

De lo expuesto surge que toda norma contraria preexistente ha cesado automáticamente en su vigencia. Es obvio que toda otra norma legislativa anterior que se oponga directa o indirectamente a estas normas ha quedado inmediatamente derogada o carente de vigencia, por incompatibilidad con la legislación posterior.

Una interpretación que pretendiera que estos pactos supranacionales o al menos de rango constitucional no son sino una expresión de deseos (salvo, claro está, su única norma claramente programática), insusceptible de aplicación directa por los jueces, no invocable por los individuos, constituiría una burla al orden jurídico y a las libertades y garantías públicas.

Es cierto que hubo doctrina y fallos que inexplicablemente sostuvieron el carácter la subsiguiente hipótesis de progreso jurídico.

<sup>4.8</sup> ORTIZ PELLEGRINI, MIGUEL ANGEL, *Introducción a los derechos humanos*, Buenos Aires, Abaco de Rodolfo Depalma, 1984, p. 63.

<sup>4.9</sup> ORTIZ PELLEGRINI, *op. cit.*, p. 63, quien cita en tal sentido *Gaudium et Spes*, p. II, c. 5, n° 78.

programático de toda la Convención, pero fueron los primeros tiempos de aplicación del Pacto y era todavía muy reciente el retorno a la democracia. La jurisprudencia y doctrina actuales han iniciado lo que parece una tendencia segura de cambio.

Una norma legislativa posterior sería igualmente ineficaz para apartarse de sus normas, en tanto el país no retire su adhesión y sometimiento al derecho supranacional. Si el Congreso quiere apartarse de las normas supranacionales a que válidamente se sometió, debe previamente retirarse de esa comunidad jurídica internacional, conforme al procedimiento allí establecido. Sería un paso atrás hacia la barbarie, muy difícil de realizar por nuestro país en el actual contexto internacional.

#### 4.3. *Aplicación legislativa y jurisdiccional.*

En el caso de la Convención los Estados signatarios se han obligado *ipso jure* “a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella” (art. 1º, inc. 1º), y a “garantizar su libre y pleno ejercicio” a través de la tutela jurisdiccional y por aplicación directa de la Convención y sus principios; ello, sin perjuicio de la obligación que también tienen de instrumentarlos con los mecanismos complementarios que fueren convenientes,<sup>5</sup> sin poder mientras tanto pretender negarles operatividad y aplicación directa e inmediata. Esa obligación alcanza a los órganos jurisdiccionales, que deben aplicar tales normas en forma directa e inmediata.

No todos los juristas han aceptado o receptado esta conclusión, entre ellos algunos legisladores, que a veces prohijan leyes dando a entender que están “creando” determinados derechos que ya están consagrados en la Convención. En ello ha de verse nada más que una búsqueda de mejor instrumentación y más efectiva operatividad de la cláusula, pero no la afirmación de que ella carecía de existencia o vigencia antes de la ley reglamentaria pertinente.

En defecto de ley reglamentaria del Congreso, corresponde —lo mismo que en materia constitucional— la aplicación directa de la Convención por los jueces.

#### 4.4. *Carácter supranacional*

La Convención y demás actos similares, como derecho supranacional eliminan, obviamente, el dogma del poder interno de cada país —o gobierno— como poder incondicionado e ilimitado. El precio de ser parte de la comunidad civilizada es reconocer el respeto a sus mínimas normas de convivencia y comportamiento en el plano *interno*. Incluso los países con suficiente poder como para pretender ais-

<sup>4.10</sup> En tal sentido, GORDILLO, 8ª ed. del t. 1 del *Tratado*, Buenos Aires, FDA, 2003, Prólogo y caps. VI y VII.

<sup>5.1</sup> Nuestro art. *La supranacionalidad operativa de los derechos humanos en el derecho interno*, LL, 17-IV-90, e *infra*, cap. III.

<sup>5.2</sup> *Ekmekdjian, Miguel Ángel c. Sofovich, Gerardo y otros, Fallos*, 308: 647: “El Derecho,” 148: 338; *Fibracca (7-VII-93)*, *Hagelin (22-XII-93)*, *Cafés La Virginia (10-X-94)*. Ampliar en BOGGIANO,

larse del mundo terminan reconociendo que no está en su propio interés hacerlo.

No hay más poderes nacionales ilimitados en un mundo tan estrechamente interconectado como el actual, y menos aún los habrá en el futuro. En nuestro caso particular, es obvio que el rol que nos cabe es harto menor.

El país ha reconocido pues en forma expresa la jurisdicción de un tribunal internacional de justicia, con competencia para dictar sentencias en su contra en caso de desconocimiento por éste de las garantías individuales mínimas de sus propios habitantes. Ello se ha hecho extensivo a las opiniones consultivas, y pronto tomará también inevitablemente la jurisprudencia de otros tribunales, en especial el europeo de derechos humanos.

Lo menos que se puede decir entonces, en una perspectiva teleológica y de razonable futuro, es que tenemos allí un verdadero derecho supranacional, con todas las notas propias de un orden jurídico supremo.

Las características que explicamos en su lugar<sup>6</sup> para la Constitución como orden jurídico superior en el derecho interno, son así en un todo aplicables a las normas de la Convención en cuanto orden jurídico superior supranacional.

Muchos autores e intérpretes se resistirán a considerarlo derecho *supranacional*. Quizás más que los que ya se negaban antes de la reforma constitucional a considerarlo *derecho interno*, o *derecho a secas*.

También están los que negaban a ultranza a la misma Constitución como derecho,<sup>7</sup> y no faltaron los que de igual modo razonaron con las leyes. Pero son éstas conjeturas falsas que no pueden entorpecer el razonamiento científico y político del jurista que busque interpretar el mejor orden jurídico con el cual asegurar la paz, la justicia, el orden, etc., en su país.

El camino del futuro está a nuestro juicio claramente señalado: por encima de las vacilaciones, contradicciones, y hasta negaciones formales que este nuevo orden jurídico supranacional tenga que sufrir, no serán en suma sino como la misma negación que hasta la Constitución debió padecer. Ello no cambia el curso del destino, al menos en el largo plazo.

El camino de la evolución europea en materia de derechos humanos, que también avanzó lenta pero seguramente en el sentido de la vigencia de un orden jurídico supranacional, marca también el derrotero.

Por lo demás, parece obvio que en los casos aberrantes ya no existe lugar para el retorno a la barbarie nacional, por lo menos a la barbarie bajo pretendido color de legalidad. Pase lo que pase en los hechos en determinada comunidad nacional, ya no podrá más en derecho decirse “que el genocidio, la tortura o el delito cesáreo de un déspota constituyan asuntos exclusivamente internos, *de jurisdicción doméstica*.”<sup>8</sup> Los demás países y la propia Organización de las

ANTONIO, *Introducción al derecho internacional*, Buenos Aires, LL, 1995.

<sup>5.3</sup> PESCATORE, PIERRE, *Aspectos judiciales del “acervo comunitario,” Revista de Instituciones Europeas*, Madrid, 1981, p. 331 y ss., p. 336.

<sup>5.4</sup> PESCATORE, *op. cit.*, p. 348.

Naciones Unidas podrán no siempre tener la voluntad política de intervención multilateral en las masacres internas, pero nadie podrá pretender reconocer el carácter de jurídicas a tales aberraciones.

En efecto, “hace al bien común de la humanidad salvaguardar al hombre en todas las partes del globo, cualquiera sea la soberanía del Estado bajo la cual se encuentre. En última instancia, la paz mundial no es la mera ausencia de guerras, ni se reduce al solo equilibrio de fuerzas adversarias, sino que es obra de la justicia.”<sup>9</sup>

#### 4.5. *No denuncia unilateral*

En el caso *Cafés la Virginia* del 13 de octubre de 1994, la Corte Suprema recordó que por el principio de la buena fe en la interpretación de los tratados no es coherente sostener que un tratado “sólo consagra un compromiso ético pero no jurídico”, sino que crea auténticos “derechos y obligaciones” (cons. 6°), con lo cual “La aplicación por los órganos del Estado argentino de una norma interna que transgrede un tratado —además de constituir el incumplimiento de una obligación internacional— vulnera el principio de la supremacía de los tratados internacionales sobre las leyes internas” (cons. 8°); “una ley que prescribiese disposiciones contrarias a un tratado o que hiciese imposible su cumplimiento... sería un acto constitucionalmente inválido”. (Cons. 10.)

En ese fallo, el voto de BOGGIANO avanza en recordar a JOHN JAY en cuanto a que un tratado no puede ser alterado o cancelado unilateralmente, sino que debe serlo de común acuerdo (cons. 21 y 22) y niega *a fortiori* competencia al Congreso a derogarlo por ley (cons. 23); por lo demás “los pactos se hacen para ser cumplidos; *pacta sunt servanda*,” con lo cual “carece de sentido postular, como principio general, la posibilidad de su revocación unilateral. Esta entraña incumplimiento del acuerdo” (cons. 26); también invoca la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. (Cons. 29.)

En su conjunto, el fallo sigue la inevitable tendencia de aplicar el nuevo orden jurídico y económico mundial, y el voto comentado avanza un paso más; aunque la terminología cueste, hay un orden jurídico supranacional.<sup>10</sup> Poco a poco deberemos acostumbrarnos a consultar las colecciones de jurisprudencia supranacionales, y no debemos tampoco olvidar que las opiniones consultivas de la Corte de San José son igualmente obligatorias en el plano interno.

### 5. *La articulación de la justicia nacional con la justicia supranacional*

<sup>5.5</sup> La Constitución emplea en el 1° párr. del art. 75 inc. 22 la frase “jerarquía superior a las leyes” y en el tercero “jerarquía constitucional.” La primera elección semántica podría indicar una jerarquía intermedia entre la ley y la constitución, la segunda alternativa es aceptar como mínimo el nivel constitucional del tratado. La Corte es explícita en elegir la segunda variante. Pensamos que con el tiempo reconocerá también la supraconstitucionalidad de tales normas y principios, según lo

### 5.1. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos.*

El país ya se había sometido válidamente a la jurisdicción supranacional y supraconstitucional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>1</sup> y la Corte Suprema había declarado en 1993 la operatividad de sus cláusulas aún en ausencia de regulación legislativa.<sup>2</sup>

No obstante ello, el art. 75 inc. 22 perfecciona el punto al prever un mecanismo muy estricto de denuncia de los tratados de derechos humanos, más severo que el que establece para los tratados de integración en el inc. 24.

Ello implica claramente que la subordinación al organismo supranacional y supraconstitucional de control de derechos humanos es virtualmente irrevocable en el derecho interno, sin perjuicio de que es irrevocable en el derecho supranacional.

No ha de olvidarse el principio de “la irreversibilidad de los compromisos comunitarios;” “Jurídicamente no hay, pues, vuelta atrás en la Comunidad. No está permitido poner de nuevo en tela de juicio los compromisos una vez asumidos; no está admitido nacionalizar de nuevo los sectores que han pasado ya bajo la autoridad de la Comunidad.”<sup>3</sup>

Del mismo modo, el art. 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, aprobada por ley 19.865, establece que “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado,” lo cual no puede razonablemente pretenderse aplicable sólo en las relaciones internacionales del Estado, pues ello importaría una duplicidad de interpretación contraria a la indispensable unidad del orden jurídico; es igualmente evidente que al referirse al derecho interno como inoponible al tratado incluye la Constitución. “Es en el momento de prepararse para ratificar los tratados cuando cada Estado ha debido o deberá considerar y resolver los problemas de tipo constitucional que se le planteen. Cada uno es dueño de la solución que les dé; pero una vez que se ha aceptado el compromiso internacional con toda libertad, hay aquí un hecho histórico sobre el que ya no es posible volver.”<sup>4</sup> Por ello carece de sentido procurar, peor aún, interpretar la constitución de 1994 en cualquier sentido que la haga supuestamente menos garantista que el derecho supranacional.

### 5.2. *Las “condiciones de vigencia” de los tratados*

expusimos en *La supranacionalidad operativa de los derechos humanos en el derecho interno*, LL, 17-IV-90 e *infra*, cap. III.

<sup>5.6</sup> Art. 75, inc. 22, 2º párr.

<sup>5.7</sup> Cons. 11, 2º párr.

<sup>5.8</sup> Cons. 12.

<sup>5.9</sup> Como con acierto lo reclama la doctrina: GONZÁLEZ, FLORENCIA, *Solución de conflictos en un sistema de integración: los casos del Mercosur y la CEE*, Integración Latinoamericana, INTAL, año 17, diciembre de 1992, p. 33 y ss.; “Legislación y administración en un sistema de integración: el caso de la Comunidad Europea”, *Revista de Derecho Administrativo*, 14: 455 y ss., p. 483, Depalma,

Ya vimos que la Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió el 7 de abril de 1995, en el ya recordado caso *Giroldi*, que cuando la Constitución da “jerarquía constitucional”<sup>5</sup> a los tratados y concordatos “en las condiciones de su vigencia,”<sup>6</sup> ello significa que es “*tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación*” (cons. 11, 1º párr.), “De ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana.(Confr. arts. 75 de la Constitución Nacional, 62 y 64 Convención Americana y art. 2º ley 23.054.)”<sup>7</sup>

### 5.3. Vigencia interna de las opiniones consultivas

De lo cual resulta que nuestra Corte debe aplicar los tratados “en los términos anteriormente expuestos, ya que lo contrario podría implicar responsabilidad de la Nación frente a la comunidad internacional.”<sup>8</sup> Nuestro tribunal *integra tales fallos y opiniones consultivas al texto constitucional* por la cláusula según la cual los tratados se han de aplicar “en las condiciones de su vigencia.” Ello incluye precisamente la jurisprudencia actual y futura de los organismos internacionales de aplicación que existieren, en el caso, la Corte de San José.

El mismo criterio resulta aplicable para los tribunales que en el futuro se instituyan para tratados de integración como el MERCOSUR,<sup>9</sup> o los organismos supranacionales de otros tratados internacionales suscriptos y aprobados por el país.

### 5.4. Prevalencia sobre “cualquier” norma de derecho interno

1993; DREYZIN DE KLOR, ADRIANA S., *El sistema de solución de controversias en el Mercosur*, LL, 4-V-95.  
<sup>5.10</sup> 7-IV-1995.

<sup>5.11</sup> OYHANARTE, JULIO, *La visión universalista de la Corte Suprema*, La Nación, 25-VI-95, secc. 7, p. 3.

<sup>5.12</sup> Fallos: 308: 647; LL, 1992-C, 543; ED, 148: 338.

<sup>5.13</sup> Fallo del 7-VII-93.

<sup>5.14</sup> Sentencia del 22-XII-93.

<sup>5.15</sup> Sentencia del 10-X-94. Ampliar en BOGGIANO, ANTONIO, *Introducción al derecho internacional*, Buenos Aires, LL, 1995.

<sup>5.16</sup> Y actos administrativos, en su caso.

<sup>5.17</sup> *Ekmekdjian, Miguel Ángel c. Sofovich, Gerardo y otros*, Fallos, 308:647: “El Derecho,” 148: 338.

<sup>5.18</sup> Fallos, 241: 291; LL, 92: 632.

<sup>5.19</sup> Fallos, 239: 459.

<sup>5.20</sup> Otra particularidad de interés en el fallo es que invoca expresamente no ya una sentencia de la Corte Interamericana sino la opinión consultiva n° 11/90 del 10 de agosto de 1990, a la que además transcribe en cuanto afirma que esa debida garantía importa “el deber de los estados parte de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales

A su vez, dicha Corte de San José decidió el 16 de julio de 1993 en la opinión consultiva n° 13, que la Comisión es competente para calificar *cualquier* norma del derecho interno de un Estado Parte como violatoria de las obligaciones que éste ha asumido al ratificar o adherirse a la Convención, con lo cual ni siquiera una interpretación constitucional local podría oponerse a la jurisprudencia supranacional.

### 5.5. *Su aplicación por la jurisprudencia nacional*

Si se complementa lo aclarado en el citado voto *in re Birt* con el fallo de la Corte *in re Giroldi*<sup>10</sup> y la tendencia internacionalista o universalista<sup>11</sup> que la Corte está adoptando en los últimos tiempos (*Ekmekdjian*,<sup>12</sup> *Fibracca*,<sup>13</sup> *Hagelin*,<sup>14</sup> *Cafés La Virginia*),<sup>15</sup> es claro que nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación queda correctamente incorporada y articulada al sistema internacional que en primer lugar representa la Corte Interamericana de Derechos Humanos de San José de Costa Rica con sus fallos y opiniones consultivas, sin perjuicio de los demás tribunales internacionales; ello, a nivel de organización jerárquica del poder judicial nacional y supranacional. En materia de otras fuentes, ya vimos que además de los tratados tenemos también los acuerdos transaccionales celebrados por el país ante reclamos frente a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: puede ser una fuente creciente de derecho supranacional e interno.

### 5.6. *Medidas “de otro carácter”*

Frente a la clásica cuestión de si los Estados parte, cuando se obligan a adoptar las medidas legislativas “o de otro carácter” (art. 2° de la Convención Americana), se obligan sólo a dictar leyes o también a dictar sentencias<sup>16</sup> que suplan la eventual falencia legislativa, esta Corte ya tiene tomada posición *in re Ekmekdjian*,<sup>17</sup> que recoge el lejano principio rector de *Kot*<sup>18</sup> y *Siri*:<sup>19</sup> *La obligación es también de los jueces, no solamente del legislador*. Es la línea argumental que retoma el cons. 12 de *Giroldi* cuando afirma que “*a esta Corte, como órgano supremo de uno de los poderes del Gobierno Federal, le corresponde —en la medida de su jurisdicción— aplicar los tratados...*” Agrega nuestro tribunal que el art. 1° de se manifiesta el ejercicio del poder público (§ 23 de la opinión consultiva, cons.12 “*in fine*” del fallo aquí comentado). La opinión consultiva viene a adquirir, del modo expuesto, carácter vinculante para nuestro país.

<sup>5.21</sup> Que comentamos en *Emergencia residual en la deuda pública interna (La Ley 24.447 sobre caducidad de créditos contra el Estado previos a 1991)*, LL, 29-V-95; reproducido en *Después de la reforma del Estado*, 2ª ed., 1998.

<sup>5.22</sup> Ver *infra*, cap. VI.

la Convención en cuanto exige que los Estados parte deben no solamente “respetar” los derechos y libertades reconocidos en ella sino además “garantizar” su ejercicio, es interpretado por la Corte Interamericana en el sentido que ello “implica el deber del Estado de tomar *todas las medidas necesarias* para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce.”<sup>20</sup>

### 5.7. *Derecho a sentencia en un plazo razonable*

La cuestión, entonces, es qué hará la Corte Suprema en otros asuntos en que el legislador ha sido remiso, por ejemplo en la creación de más tribunales contencioso administrativos para que no haya una violación al mismo art. 8° en cuanto otorga en su inc. 1° la garantía de tener sentencia “dentro de un plazo razonable.” El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, aplicando igual cláusula de la Convención europea, condenó a Suiza por violación al derecho a tener sentencia en un plazo razonable (en el caso, el proceso administrativo tardó casi tres años y medio), no por negligencia de sus magistrados, sino del legislador en no crear oportunamente los tribunales a medida que aumentaban las causas. Ahora que nuestros tribunales contencioso administrativos se encuentran nuevamente abarrotados de causas, se les han agregado nuevas competencias y se ha obligado a demandar al Estado por la ley 24.447,<sup>21</sup> ya se ven forzados a recurrir a métodos formularios para resolver asuntos. Tal vez deba también nuestra Corte recurrir a la jurisprudencia comparada *européa*, que no ha hecho sino interpretar la *misma* cláusula que también tiene la Convención Americana. No tendría sentido, en verdad, reconocer la obligatoriedad de la jurisprudencia supranacional *americana* como aquí se hace y desconocer luego el precedente de la *européa*, cuando la cláusula es igual y no existe precedente distinto de la Corte Interamericana. Esperamos, pues, la versión nacional de *Zimmerman y Steiner* antes que nos condene expresamente la Corte de San José.<sup>22</sup>