

Los tratados internacionales de derechos humanos en el derecho interno

Reflexiones a partir de los ordenamientos jurídicos de España y Argentina⁽¹⁾

por **NADIA SOLANGE AGUAYO**⁽²⁾

“La morfología del ordenamiento jurídico, inferida de la concepción kelseniana, evocaba la imagen de una pirámide (...) el actual significado de los sistemas jurídicos (...) se aproxima más a una bóveda (...) la confluencia e interacción de un conjunto de arcos o cubiertas esféricas, que cierran el espacio comprendido entre muros o columnas. Los actuales desplazamientos desde la unidad al pluralismo, desde la plenitud a la apertura jurisdiccional y desde la coherencia a la argumentación (...) en la esfera del sistema de libertades, inducen y avalan ese nuevo enfoque”.

Antonio E. Pérez Luño

(1) Trabajo presentado en los XXV Cursos de Especialización en Derecho “La tutela de los Derechos Constitucionales en las Democracias Actuales”, Universidad de Salamanca, España, enero de 2014.

(2) Abogada (UBA). Secretaria en el JCont., Adm. y Tribut. N° 23, CABA. Docente (UBA y UP). Cursa la Especialización en Magistratura de la Escuela del Servicio de Justicia, UNLaM.

I | Introducción

I.I | La internacionalización de la protección de los derechos humanos

La creciente incorporación de los Estados a los distintos sistemas internacionales de protección de los derechos humanos y el consecuente desarrollo de la rama del derecho internacional dedicada a su protección ha significado una enorme transformación en las relaciones que se suscitan entre el derecho internacional y los ordenamientos jurídicos internos de los Estados partes en esos tratados. Los compromisos asumidos en relación a la extensa nómina de derechos y garantías que esos sistemas consagran pueden derivar en la responsabilidad internacional de los Estados.

En efecto, la protección de los derechos humanos ha dejado de ser una tarea exclusiva de los tribunales locales para transformarse en una incumbencia concurrente o compartida entre las jurisdicciones estatales e internacional.⁽³⁾

A nivel normativo, los primeros antecedentes de esta extensión de la tutela al ámbito supranacional se hallan en la Carta de Naciones Unidas y en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948,⁽⁴⁾ que establecieron por primera vez una nómina de los derechos y libertades fundamentales que atañen a todas las personas, determinando al mismo tiempo el nacimiento de una nueva rama del derecho internacional y el final del esquema clásico.⁽⁵⁾

(3) Este proceso tiene su origen en los esfuerzos de los Estados por encontrar un régimen jurídico basado en el respeto a los derechos humanos. La trágica experiencia de la II Guerra Mundial evidenció la insuficiencia de los regímenes internos en la protección de los derechos y el pleno respeto de la dignidad humana. En consecuencia, los Estados avanzaron en la adopción de acuerdos sobre cuestiones específicas, autolimitando sus potestades legislativas y administrativas en ciertos campos. La necesidad de la existencia de un marco protectorio internacional se transformó en un interés común de los Estados y en uno de los objetivos de la comunidad internacional.

(4) Aprobada por Resolución de la Asamblea General 217 A (III), 10/12/1948.

(5) Amplíese en PINTO, MÓNICA, *Temas de derechos humanos*, 2ª ed., Bs. As., Del Puerto, 2009.

De esta forma, la consagración de los derechos humanos en la Declaración⁽⁶⁾ y luego en los Pactos Internacionales de 1966⁽⁷⁾ les otorgó el carácter de “superestatales”. A partir de entonces —y hasta nuestros días— se ha ido desarrollando un conjunto de instrumentos internacionales, tanto bajo los auspicios de Naciones Unidas como de las respectivas organizaciones de estados de las distintas regiones.

Ahora bien, es común que se afirme, en relación con el sistema que se ha desarrollado en el marco de la ONU, que la creación de un prolífico conjunto normativo tuitivo no ha sido acompañado con la instrumentación de los correlativos mecanismos de control. Concretamente, se cuestiona la inexistencia —en el marco de esa Organización— de un órgano con facultades jurisdiccionales con competencia para juzgar y, en su caso, decidir con fuerza vinculante una eventual condena, a los Estados partes en los tratados con vocación de aplicación universal.⁽⁸⁾

En este aspecto, y en contraste, los sistemas regionales de protección de los derechos humanos presentan una evidente fortaleza. En efecto, tanto en el ámbito americano como en el europeo se han establecido tribunales supraestatales cuyas decisiones, como se verá *infra*, producen efectos jurídicos directos en el ámbito internacional.

No obstante, dada su naturaleza internacional, los sistemas regionales de protección de los derechos humanos comparten ciertas “debilidades” que hacen que su eficacia dependa, en última instancia, de la conducta que en particular adopte cada Estado parte. Nos referimos a tres aspectos que, en conjunto, pueden determinar —en buena medida— la efectiva

(6) A pesar de no constituir un “tratado Internacional” en el sentido de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), la Declaración ha sido considerada como tal en algunos ordenamientos jurídicos internos. Así ocurre, por caso, con la Constitución Argentina de 1994, que le otorgó jerarquía constitucional junto a otros nueve tratados de derechos humanos y a la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre (art. 75, inc. 22).

(7) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A, 16/12/1966, en vigor a partir del 23/03/1976) y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A del 16/12/1966, en vigor desde el 03/01/1976).

(8) Existen, sin embargo, diversos mecanismos de monitoreo y control que consisten, fundamentalmente, en la presentación de informes periódicos que culminan en una recomendación, y si bien carecen de fuerza jurídica vinculante, operan en el plano diplomático como mecanismo de presión.

vigencia de los derechos protegidos por los tratados internacionales y cuyo análisis refleja la relación —más o menos estrecha— entre el orden interno y el internacional de los derechos humanos en cada Estado: la incorporación de los tratados al ordenamiento jurídico estatal, su jerarquización al lado de las restantes fuentes de origen interno, y la fuerza ejecutiva de las decisiones judiciales internacionales.

En todos los casos, el **derecho de gentes** prevé una respuesta. Existen, en efecto, reglas generales —consuetudinarias y convencionales— y particulares que reglamentan las cuestiones relativas tanto a la forma de entrada en vigor como a la preeminencia de los tratados por sobre el derecho interno.⁽⁹⁾ De acuerdo con ellas, los tratados obligan a los Estados desde su entrada en vigor y su aplicación debe prevalecer por sobre cualquier norma de derecho interno.

Sin embargo, tales reglas no resuelven las consecuencias que, en la praxis comparada, resultan de la presencia de una duplicidad de fuentes normativas. En efecto, se trata de reglas internacionales⁽¹⁰⁾ que, como tales, tienen validez en ese ámbito, mas carecen —en principio— de eficacia en los ordenamientos jurídicos estatales. Si bien es cierto que su incumplimiento podría acarrear un ilícito internacional por parte del Estado que incumpliese un tratado en vigor o dejase de lado la disposición de un tratado para hacer prevalecer una norma de origen interno,⁽¹¹⁾ lo cierto y concreto es que los Estados poseen, por definición, discrecionalidad para decidir cuándo aplica una fuente internacional a su sistema normativo (y cuándo no), para estable-

(9) Lo relativo a los tratados celebrados por escrito entre Estados se encuentra regulado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en vigor desde el 27/01/1980.

(10) De conformidad con tales disposiciones, los tratados celebrados “en buena y debida forma” —por oposición a los acuerdos en forma simplificada que se concluyen con la negociación y la firma—, atraviesan distintas etapas: negociación, adopción del texto, autenticación y manifestación del consentimiento en obligarse. Concluidos estos pasos, y una vez que entra en vigor, el tratado adquiere fuerza obligatoria, y las partes que lo ratificaron o adhirieron deben cumplirlo “de buena fe” (arts. 26 y 18, Convención de Viena).

(11) La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados establece que “[u]na parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado” (art. 27). Esa preeminencia ha sido también receptada en la jurisprudencia internacional. Así, la Corte Internacional de Justicia, al igual que otros tribunales internacionales, han sostenido en numerosos casos la primacía del derecho internacional. Ver, por ejemplo, en el asunto de las pesquerías anglo-noruegas —Reino Unido vs. Noruega, cuestiones de fondo, fallo del 18/12/1951— y caso “LaGrand” —Alemania vs. Estados Unidos, cuestiones de fondo, fallo del 27/06/2001—.

cer cuál es su *status* normativo relativo en la “pirámide” normativa interna, y para adoptar los medios correspondientes para garantizar el cumplimiento de sentencias foráneas.

Tanto es así que, aún en tiempos actuales, la doctrina constitucional comparada se divide entre las posiciones monista y dualista, y los países oscilan en sus ordenamientos internos entre asignar a los tratados internacionales sobre derechos humanos jerarquía constitucional, cuasi-constitucional o infraconstitucional.

Por último, en relación con la tercera dificultad apuntada —la fuerza vinculante de las decisiones de los tribunales internacionales—, naturalmente resultan de obligatorio acatamiento para quien hubiera aceptado su competencia contenciosa. No obstante, son los Estados, una vez más, los encargados de adoptar las medidas necesarias para su ejecución en sede interna.

A la luz de estas tres cuestiones es posible advertir, entonces, que aun cuando la internacionalización de los mecanismos protectorios es creciente y progresiva, no puede soslayarse que el primer y principal escenario en que se dirime la efectiva vigencia de los derechos humanos sigue siendo el ámbito del derecho interno de los Estados.

Lo dicho refleja, naturalmente, la relevancia del rol del legislador constituyente en este ámbito, toda vez que es quien tiene a su cargo el diseño de la “pirámide” normativa interna. Sin embargo, paralela y fundamentalmente, las cuestiones apuntadas dan cuenta de la significativa labor que desempeñan los jueces nacionales,⁽¹²⁾ pues son estos quienes tienen la responsabilidad de determinar, en última instancia, si el accionar estatal es consecuente con las obligaciones impuestas por un tribunal internacional.

En suma, pese a la enorme transformación del derecho internacional que ha significado el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos, toda vez que —dada su naturaleza supraestatal— éste no puede sino dejar librado a la discrecionalidad de los Estados soberanos la elección de la oportunidad y la forma en que sus disposiciones se aplican en los territorios nacionales, la fisonomía que adopte el derecho interno y la dinámica

(12) Sin perjuicio de que la Corte IDH ha señalado que este deber se extiende a todos los órganos que ejercen materialmente funciones jurisdiccionales, tengan el carácter de tribunales judiciales o no (CORTE IDH, “Caso Cabrera García Cabrera y Montiel Flores vs. México” (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), 26/11/2010, Serie C N° 220).

jurisprudencial siguen siendo cruciales a la hora de ponderar la efectiva vigencia del derecho internacional de los derechos humanos en cada territorio nacional.

Intentaremos indagar aquí la incidencia relativa que tienen esas decisiones nacionales en la delimitación de la efectiva vigencia de los tratados sobre derechos humanos en un Estado determinado. Para ello, hemos tomado como casos testigo la situación de España y Argentina partiendo de la base de que —a la luz de todo lo dicho—, ambos países están vinculados por las convenciones sobre derechos humanos que han ratificado, y han aceptado la competencia contenciosa del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos humanos, respectivamente; con lo que resulta evidente que, en caso de incumplimiento, podrán ponerse en marcha los mecanismos de salvaguardia previstos por esas normas y, en su caso, España o Argentina podrían incurrir en responsabilidad internacional. Al mismo tiempo, sin embargo, hemos de admitir que el derecho internacional por sí solo se acaba aquí, ya que no establece el modo de hacer efectiva la aplicación de esos tratados o la ejecución de las condenas en el ordenamiento interno.

Para cumplir con esta tarea, desarrollaremos cada una de estas cuestiones trazando un paralelismo entre ambos ordenamientos. Por último, ensayaremos algunas conclusiones sobre la base de los hallazgos que resulten de la comparación.

2 | Incorporación de los tratados internacionales al ordenamiento jurídico interno

En forma preliminar debe señalarse que, desde la perspectiva del derecho internacional, los tratados son obligatorios a partir de su entrada en vigor. Esta, a su vez, es la etapa final de un largo proceso de celebración⁽¹³⁾ que se lleva a cabo en sede internacional⁽¹⁴⁾ y del que participan múltiples

(13) Que comprende una etapa de negociación, firma (autenticación del texto) y ratificación (o adhesión, en el caso de los Estados que no participaron de la negociación).

(14) Generalmente convocados por una organización internacional que tiene a su cargo la dirección del proceso.

sujetos de conformidad con las reglas de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Esa convención distingue entre **vigor general** y **vigor particular**. La primera es una condición general para la vigencia del tratado en el ámbito internacional, que se produce una vez que se cumplen las condiciones en él previstas (usualmente, se requiere un número determinado de ratificaciones) o, en su defecto, cuando todos los Estados negociadores lo han ratificado. Mientras que la entrada en vigor particular hace referencia al momento a partir del cual cada Estado queda obligado ante la comunidad internacional por el tratado.

Entonces, antes de su entrada en vigor general, el tratado en sí no es obligatorio ni siquiera para los Estados que lo hubieran ratificado.⁽¹⁵⁾ Por el contrario, esa exigibilidad solo se producirá cuando aquel reúna las mencionadas condiciones, generalmente un mínimo de ratificaciones. En cambio, aquellos países que ratifiquen el tratado con posterioridad (cuando ello fuere posible), quedarán obligados a partir de esa ratificación y no, lógicamente, desde que este entró en vigor general. En definitiva, lo que interesa al derecho internacional, es el momento a partir del cual cada país queda obligado por el tratado.

Ahora bien, hemos dicho que los países suelen adicionar otras condiciones para su vigencia en el ámbito doméstico. Señalamos también que existen, en este sentido, dos posturas doctrinarias.

Una primera —la teoría **monista**— considera al derecho internacional y al derecho interno dos subsistemas de un mismo ordenamiento jurídico. Por ende, no requiere ningún acto interno para que un tratado ya en vigor en el ámbito internacional sea aplicable a nivel doméstico. Su incorporación al derecho nacional es directa y su vigencia, automática.

Por oposición, la teoría “dualista” entiende que cada ordenamiento constituye un sistema distinto e independiente. En consecuencia, exige un acto formal del Estado —una ley u otra fuente normativa— que recepte, transforme o integre las normas internacionales para considerarlas vigentes internamente.⁽¹⁶⁾

(15) Ello sin perjuicio de la obligación de no frustrar su objeto y fin a partir del momento de su firma (Convención de Viena, art. 18).

(16) Para un estudio completo del tema, BARBERIS, JULIO, “La relación entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno en la República Argentina”, en *Jornadas sobre los Sistemas*

2.1 | El caso español

El constituyente ha resuelto expresamente lo relativo a la incorporación de los tratados internacionales a través del art. 96.1 de la Constitución Española (CE). De su letra resulta, categóricamente, que estos **forman parte del ordenamiento interno**.⁽¹⁷⁾ La referencia al derecho internacional de los tratados se completa con la alusión a la imposibilidad de que sus disposiciones sean “derogadas, modificadas o suspendidas” si no lo son “en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional”.

Ahora bien, la norma alude a los tratados “válidamente celebrados”, con lo cual hace una referencia indirecta a la forma de su celebración. Ese proceso, como es sabido, se rige por normas del Derecho Internacional y está a cargo del Poder Ejecutivo,⁽¹⁸⁾ pero las constituciones suelen adicionar como condición de validez interna la participación —en el ámbito doméstico— de otros órganos estatales. En tal sentido, cobra relevancia lo preceptuado en el art. 95.2 CE en cuanto prevé que los tratados allí enumerados deben ser aprobados previamente por las Cortes Generales.⁽¹⁹⁾ Ahora bien, como se advierte, no se trata, en rigor, de un requisito que determine el momento de entrada en vigencia de los tratados, sino de una condición de validez del tratado, que ha de cumplirse durante el proceso de su celebración, esto es, con anterioridad —inclusive— a su entrada en vigor.

internacionales de Protección Jurídica de la Persona Humana, Bs. As., CARI, 1991; BARBOZA, JULIO, *Derecho Internacional Público*, Bs. As., Zavalía, 2008; DE LA GUARDIA, E. Y DELPECH, M., *El derecho de los Tratados y la Convención de Viena de 1969*, Bs. As., La Ley, 1970; DIEZ DE VELASCO, M., *Instituciones de Derecho Internacional*, Madrid, Tecnos, 2007; MONCAYO, GUILLERMO; VINUESA, RAÚL Y GUTIÉRREZ POSSE, HORTENSIA, *Derecho Internacional Público*, t. I., Bs. As., Zavalía, 1987; PASTOR RIDRUEJO, JOSÉ, *Curso de Derecho Internacional Público y organizaciones internacionales*, Madrid, Tecnos, 2001.

(17) “Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional” (art. 96.1 CE).

(18) Según la Convención de Viena, el Jefe de Estado es el representante de los Estados en sede internacional y tiene competencia para obligarse en su nombre y representación (art. 2.a.).

(19) Se incluye a los tratados de carácter político, los que afecten la integridad territorial del Estado o los derechos y deberes fundamentales del Título I de la Constitución, los que impliquen obligaciones financieras para la Hacienda Pública o supongan modificación de alguna ley o exijan medidas legislativas para su ejecución.

Por otra parte, la enumeración allí efectuada no incluye a los tratados sobre derechos humanos, con lo cual debe entenderse que, a su respecto, solo rige la exigencia de la publicación oficial en España.

La metodología escogida resulta sumamente interesante desde el prisma de las clásicas posturas monista-dualista, pues aunque implica adherir a esta última alternativa, se trata de un dualismo menos rígido. En efecto, la Constitución exige que los tratados “sean publicados oficialmente en España”, pero, en rigor, no requiere un “acto normativo” que los incorpore al ordenamiento jurídico español. Es decir, al igual que el dualismo, no considera al tratado directamente aplicable en el orden interno, pero tampoco exige estrictamente —como no lo hace la postura monista— su “transformación en derecho interno” a través de un acto normativo, sino que solo requiere su publicación oficial en el territorio nacional.

2.2 | El caso argentino

El constituyente argentino no ha hecho mención expresa a la forma —directa o indirecta— en que los tratados quedan incorporados al sistema de fuentes interno. No obstante su incorporación automática puede deducirse de una interpretación sistemática del texto constitucional. Asimismo, respecto de los tratados en general, ello se infiere de la particular lectura del texto del art. 31 CN; respecto de los tratados sobre derechos humanos —que son los que aquí nos importan—, del art. 75, inc. 22 CN.

En primer lugar, los tratados internacionales son tratados como fuente autónoma en todo el texto de la Constitución. Esa sola circunstancia lleva a desechar que el constituyente argentino adhiera a la tesis **dualista** pues, si se considerase necesaria la adopción de un acto normativo interno —por ejemplo, una ley del Congreso— para que se perfeccionase la incorporación de los tratados, estos quedarían subsumidos en la categoría correspondiente (ver, por ejemplo, las leyes) y, en consecuencia, no tendría sentido ninguna referencia autónoma a los tratados.⁽²⁰⁾

(20) BARBERIS, JULIO, “La relación...”, *op. cit.*, p. 19.

En este sentido, adquiere singular relevancia el art. 31 CN ubicado en la parte dogmática de la Constitución,⁽²¹⁾ en cuanto los considera, junto con la Constitución y las leyes del Congreso que en su consecuencia se dicten, la “ley suprema de la Nación”.⁽²²⁾ A su respecto, ha dicho la doctrina constitucional y *iuspublicista* argentinas⁽²³⁾ que, para una posición dualista, la mención a los tratados hubiera sido superflua, pues al legislador constituyente le hubiera bastado con referirse a “las leyes del Congreso”.

En segundo lugar —siempre en referencia a los tratados en general— al igual que la Constitución española, en su parte orgánica, el texto constitucional prevé una condición de validez relativa al proceso de celebración de los tratados. En conjunto, los arts. 99, inc. 11 y 75, inc. 22 CN⁽²⁴⁾ relativos —respectivamente— a las atribuciones del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo, regulan el trámite⁽²⁵⁾ que debe cumplirse desde el punto de vista interno: el Ejecutivo, en su carácter de representante natural del Estado

(21) “Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto de 11 de noviembre de 1859” (art. 31 CN).

(22) Debe aclararse que la “supremacía” aludida en este artículo no guarda relación con la posición jerárquica de los tratados en el orden nacional, sino que refiere en conjunto a la supremacía del “orden federal” en relación a los ordenamientos jurídicos provinciales. Al respecto, Gros Espiell señala “La expresión ‘Ley Suprema’ en estas constituciones de Estados Federales, como son México y la Argentina, no significa que tengan los tratados una jerarquía superior a las leyes federales, sino que la Constitución, las leyes federales y los tratados ratificados y en vigor, forman el conjunto normativo que asegura la supremacía federal respecto de las constituciones y legislaciones de los estados federados o de las Provincias.” GROS ESPIELL, HÉCTOR, “Los Tratados sobre Derechos Humanos y el Derecho Interno”, en Vinueza (ed.), *Temas de Derecho Internacional en Homenaje a Frida M. Pfirter de Armas Barea*, Bs. As., Fundación del Centro de Estudios Internacionales de Buenos Aires, 1989, p. 62.

(23) Amplíese en GONZÁLEZ NAPOLITANO, SILVINA, “Las relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno, a partir de la reforma constitucional de 1994”, en *Prudentia Iuris*, n° 37, abril 1995, pp. 131/144.

(24) “El Presidente de la Nación tiene las siguientes atribuciones: (...) 11. Concluye y firma tratados, concordatos y otras negociaciones requeridas para el mantenimiento de buenas relaciones con las organizaciones internacionales y las naciones extranjeras (...)” (art 99, inc. 11 CN). “Corresponde al Congreso: (...) 22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede” (art. 75, inc. 22 CN).

(25) Fue calificado por la doctrina jurisprudencial como “acto federal complejo” precisamente porque implica la intervención de ambos órganos representativos de gobierno. CSJN,

frente a la comunidad internacional, tiene a su cargo la “conclusión”⁽²⁶⁾ y “firma” de los tratados⁽²⁷⁾ en sede externa; mientras que la Legislatura “aprueba o desecha” —en sede interna— el texto del tratado que le sea sometido a consideración.

Ahora bien —en forma análoga al ordenamiento jurídico español—, debe concluirse que la Constitución establece un requisito de validez asociado al procedimiento de celebración de los tratados; en este caso, exigiendo que la Legislatura Nacional haya tenido oportunidad de aprobar su texto antes de que el Ejecutivo preste su consentimiento en obligar al Estado por sus disposiciones. De un modo similar al caso español respecto de los tratados enumerados en el 95.2 CE, esa aprobación opera como una “autorización previa”⁽²⁸⁾ (que el Parlamento realiza en su carácter de depositario de la representación soberana) que legitima el contenido del texto del tratado y, en consecuencia, “autoriza” al Ejecutivo para obligar al Estado al cumplimiento de esas disposiciones.

.....

“Ekmekdjian, Miguel A. c/ Sofovich, Gerardo y otros”, 07/07/92, (Fallos: 315:1492), cons. 17 del voto de la mayoría.

(26) El término concluir ha sido empleado por nuestros constituyentes como sinónimo de negociar, ya que no resulta plausible que el Poder Ejecutivo “concluya” un tratado en el sentido de expresar el consentimiento definitivo y luego firme.

(27) Así como los concordatos con la Santa Sede.

(28) Es decir, en el ámbito interno, la Constitución exige que los tratados sean aprobados por el Congreso de la Nación (art. 75, inc. 22 CN). Pero luego el Ejecutivo puede o no ratificarlos, ya que se encuentra dentro de sus facultades. Así también lo ha decidido la CSJN al sostener: “[l]a ratificación de un tratado, considerada como una de las formas de manifestación del consentimiento contempladas en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (arts. 11 y 14), es indudablemente un acto internacional y, como tal, debe ser realizada por el jefe de Estado, jefe de Gobierno, ministro de relaciones exteriores, o sus representantes (art. 7 de dicha Convención). Esta ratificación, como acto internacional vinculante para el Estado, no es la aprobación del Poder Legislativo contemplada en el art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional —a veces confundida con la ratificación— pues esta última solo tiene por efecto autorizar al Poder Ejecutivo Nacional a ratificar el tratado en sede internacional. Que, como ya ha dicho esta Corte, con la aprobación de un tratado el Congreso participa en el acto federal complejo en el cual el Poder Ejecutivo concluye y firma el tratado, el Congreso Nacional lo desecha o aprueba y el Poder Ejecutivo Nacional lo ratifica (art. 75, inc. 22 y art. 99, inc. 11 de la Constitución Nacional). Pero en este acto complejo federal la participación del Congreso, aunque es necesaria, no es definitiva. En nuestro régimen constitucional, es el Poder Ejecutivo, en representación de la Nación, quien ejerce competencias constitucionales exclusivas para asumir obligaciones internacionales por la decisión de ratificar los tratados internacionales (arts. 27 y 99 inc. 1, 11 de la Constitución Nacional)”. CSJN, “Recurso de hecho deducido por los actores en la causa Frites, Eulogio y Alemán, América Angélica c/ Poder Ejecutivo Nacional —Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto—”, 04/12/95, Fallos 318:2513.

La norma —en nuestro caso— no hace distinciones entre tratados, con lo cual esta condición se aplica a todos los tratados internacionales cualquiera sea su objeto, y, al igual que en su similar española, en nada interfiere en su entrada en vigencia, la cual coincide con la entrada en vigor del tratado: producida esta, quedan automáticamente incorporados en el ordenamiento jurídico interno.⁽²⁹⁾

3 | Jerarquía de los tratados sobre derechos humanos en el ordenamiento jurídico interno

El art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados establece que “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”. La Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas 2625/XXV de 1970, por su parte, enuncia un principio consuetudinario esencial: “Todo Estado tiene el deber de cumplir de buena fe las obligaciones contraídas en virtud de los principios y normas de derecho internacional generalmente reconocidos”.

Por último, el Proyecto sobre responsabilidad internacional del Estado elaborado por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas prevé categóricamente que “[e]l Estado responsable no puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de las obligaciones que le incumben en virtud de la presente” (art. 32, titulado “Irrelevancia del derecho interno”).

La aplicación armónica de estas previsiones pone en evidencia que desde la óptica internacional, los tratados internacionales tienen primacía sobre los ordenamientos internos de los Estados.

(29) Por ello, es incorrecta la referencia a esta ley aprobatoria cuando se quiere citar el tratado. Primero porque la ley aprueba un tratado inconcluso, no un tratado en vigor. Segundo, porque el texto puede variar. En efecto, el Ejecutivo puede formular reservas o aceptar u objetar reservas de otros Estados, con lo cual el tratado que efectivamente entre en vigor puede diferir sustancialmente del texto sometido al Congreso (ver los arts. 19 a 21 de la Convención de Viena, relativos a los efectos de las reservas entre Estados).

3.1 | El caso español

Para introducirnos en el estudio de la jerarquía normativa de los tratados en el ordenamiento jurídico español, conviene comenzar efectuando una precisión terminológica: en España los derechos fundamentales son los consagrados en el texto de la Constitución. Si bien ambos países emplean la locución en el mismo sentido, esto es, como una categoría específica de derechos que se caracteriza por su consagración constitucional, en Argentina —como se verá— la clasificación resulta, a los efectos que aquí interesan, irrelevante; mientras que en España se vuelve esencial.⁽³⁰⁾

Si bien suele existir una correspondencia sustancial entre los derechos fundamentales y los derechos humanos protegidos por los tratados internacionales, la Constitución española solo considera supremos a los primeros.⁽³¹⁾ Como explica Corchete Martín, el elemento relevante que los distingue y los dota de naturaleza jurídica reside en su “positivación constitucional”; y “por más prestigio que tengan ciertas declaraciones, por más impulso internacionalizador, el punto de partida inexcusable es la realidad propia y original del derecho español”.⁽³²⁾

Al igual que en la mayoría de los Estados constitucionales, en España rige estrictamente el principio de primacía de la Constitución, de modo tal que ocupa en forma exclusiva la cúspide de la pirámide legal interna.

En el orden infraconstitucional, sin embargo, la cuestión no ha sido explicitada. En efecto, nada dice el texto constitucional respecto de la fuerza normativa de los tratados frente a las leyes nacionales. En tal escenario, resultarían aplicables los principios generales del derecho referidos al analizar la situación argentina anterior a la reforma constitucional.

.....

(30) Es más, aunque la denominación de derechos fundamentales, en un sentido jurídico estricto, se reserva para los contenidos en la sección del Título I CE denominada “De los derechos fundamentales y de las libertades públicas”, la acepción más generalizada es la que refiere a todos los derechos establecidos en el Título I de la Constitución.

(31) Para un análisis más profundo de las categorías conceptuales esbozadas, DíEZ PICAZO, LUIS MARÍA, *Sistema de Derechos Fundamentales*, 4ª ed., Madrid, Civitas, 2013.

(32) CORCHETE MARTÍN, MARÍA JOSÉ, “Los nuevos derechos”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, n° 20, Madrid, 2007.

Sin embargo, respecto a esta cuestión, se han formulado hipótesis en distintos sentidos. Una primera concede superioridad a todos los tratados internacionales, con sustento en el art. 96.1 CE, toda vez que —de acuerdo con esa norma—, estos solo pueden ser derogados o en la forma por ellos prevista o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional, con lo cual una ley posterior no podría modificar el contenido de un tratado y menos derogarlo.

Se ha sostenido por ello que gozan de una fuerza pasiva, entendida como resistencia a la derogación, superior a la de las leyes. La ley contraria al tratado, en consecuencia, resultaría inaplicable y suscitaría la aplicación preferente de este.

La segunda postura —coincidente con la doctrina que mantiene el Consejo de Estado—⁽³³⁾ solo concede jerarquía supralegal a los tratados que requieren aprobación parlamentaria. Así, se afirma que la distinción constitucional del art. 95.2 CE se basa en la materia sobre la cual versan: cuando se trata de materia de reserva legal, requieren —por tal motivo— de la autorización de las Cortes Generales y, por ello también se les reconoce una jerarquía superior a las leyes.⁽³⁴⁾ En tal caso, cabría sostener que los tratados sobre derechos humanos —no comprendidos en esta categoría— ostentarían una jerarquía equivalente a la de las leyes.

Sin embargo, a su respecto, rige lo preceptuado por el art. 10.2 CE, que prevé: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

Como puede advertirse de la transcripción efectuada, la norma no concede una determinada jerarquía a los tratados, sino que introduce una cláusula interpretativa que se traduce en una directriz para el órgano encargado de aplicar los derechos fundamentales, es decir, los consagrados en la Constitución. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha dicho que:

.....

(33) Dictamen 46.901 de 07/03/1985.

(34) Al igual que las normas dictadas en ejecución de un tratado autorizadas por las Cortes.

... la norma se limita a establecer una conexión entre nuestro propio sistema de derechos fundamentales y libertades, de un lado, y los Convenios y Tratados internacionales sobre las mismas materias en los que sea parte España, de otro. No da rango constitucional a los derechos y libertades internacionalmente proclamados en cuanto no estén también consagrados por nuestra propia Constitución, pero obliga a interpretar los correspondientes preceptos de esta de acuerdo con el contenido de dichos Tratados o Convenios, de modo que en la práctica este contenido se convierte en cierto modo en el contenido constitucionalmente declarado de los derechos y libertades que enuncia el capítulo segundo del título I de nuestra Constitución.⁽³⁵⁾

... aunque los textos y acuerdos internacionales del art. 10.2 constituyen una fuente interpretativa que contribuye a la mejor identificación del contenido de los derechos cuya tutela se pide a este Tribunal Constitucional, la interpretación a que alude el citado art. 10.2 del texto constitucional no los convierte en canon autónomo de validez de las normas y actos de los poderes públicos desde la perspectiva de los derechos fundamentales, es decir, no los convierte en canon autónomo de constitucionalidad. Si así fuera, sobraría la proclamación constitucional de tales derechos, bastando con que el constituyente hubiera efectuado una remisión a las Declaraciones internacionales de Derechos Humanos o, en general, a los tratados que suscriba el Estado español sobre derechos fundamentales y libertades públicas".⁽³⁶⁾

Es decir, conforme la propia interpretación que ha realizado el Tribunal Constitucional, los tratados internacionales sobre derechos humanos solo poseen en el ordenamiento español un valor interpretativo, no un valor normativo en sentido estricto. Por ello, si un derecho reconocido convencionalmente carece de equivalente constitucional, no puede determinar la

(35) STC 36/1991, 14/02/1991.

(36) STC 64/1991, 22/03/1991 (fundamento jurídico 4); STC 372/1993, 13/12/1993, (fundamento jurídico 7), STC 41/2002, 25/02/2002 (fundamento jurídico 2) y STC 236/2007, 07/11/2007 (fundamento jurídico 5).

inaplicación de la ley que se le oponga.⁽³⁷⁾ Según esta tesis, el art. 10.2 CE no sería tanto una verdadera cláusula de apertura al derecho internacional de los derechos humanos como una *lex specialis* respecto del art. 96 CE que, como vimos, los considera **parte del ordenamiento interno**.⁽³⁸⁾

Así, en relación a la actual jurisprudencia constitucional sobre el art. 10.2 CE, se ha sostenido que aunque esté predominantemente orientada por consideraciones relativas al sistema de fuentes en concreto, nada autoriza a concluir que, en materia de derechos fundamentales, la relación que la Constitución mantiene con los tratados sea equiparable a la que mantiene con la ley.⁽³⁹⁾

En suma, en el orden español, la clave para determinar el valor concreto de las disposiciones de los tratados radica en lo que el órgano llamado a proteger los derechos fundamentales —que como se ha dicho, son los consagrados en el texto constitucional— entienda por la expresión “interpretar de conformidad”⁽⁴⁰⁾ con la **Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias**.

Aunque parte de la doctrina constitucional española⁽⁴¹⁾ sostiene que esta construcción jurisprudencial, apoyada en una interpretación literal del art. 10.2 CE, restringe la potencialidad del precepto constitucional,⁽⁴²⁾ lo

(37) Para el Tribunal Constitucional, la vulneración de un derecho reconocido solo mediante un tratado internacional, sin equivalente en la Constitución española, no solo no determina la inconstitucionalidad de las leyes, ni puede ser objeto de recurso de amparo (STC 84/1989 y 28/1991, entre muchas otras).

(38) DIEZ PICAZO, *Sistema...*, op. cit., pp. 155/157.

(39) *Ibid.*, p. 158.

(40) *Ibid.*, p. 153.

(41) *Ibid.*, p. 153.

(42) De aquí que esté expuesta a críticas, tanto de naturaleza formal como sustantiva. Desde un punto de vista formal, se ha dicho que la mencionada construcción jurisprudencial no tiene suficientemente en cuenta la posición que, cualquiera sea la materia que regulen, los tratados válidamente celebrados y publicados forman parte del ordenamiento español y que “sus disposiciones solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas del Derecho Internacional”. Desde un punto de vista sustantivo, se señala que sería más razonable concebir los tratados internacionales sobre derechos humanos como normas que, de alguna manera, desarrollan materialmente el Título I de la Constitución.

cierto es que representa el criterio predominante en la doctrina del Tribunal Constitucional. De acuerdo con ella, los tratados sobre derechos humanos poseen una jerarquía inferior a las leyes ordinarias por cuanto, en rigor, la Constitución no les confiere valor normativo sino solo interpretativo. En consecuencia, los derechos por ellos reconocidos tienen un estatus menor que el de los derechos fundamentales.

3.2 | El caso argentino

Hasta la Reforma de 1994, también en Argentina la Constitución Nacional ocupaba en forma exclusiva la cúspide de la pirámide interna.⁽⁴³⁾ No obstante, existía un vacío normativo en cuanto a la relación jerárquica que vinculaba a los tratados internacionales con las leyes del Congreso de la Nación. El texto de la Constitución guardaba silencio en este sentido. Tal circunstancia motivó que —durante años— la jurisprudencia y la doctrina se inclinasen en distintos sentidos. Por diversos argumentos, había quienes concedían primacía a los tratados o a las leyes. En las décadas previas a la Reforma Constitucional, las respuestas —frente a la ausencia de un reconocimiento expreso a favor de alguna de tales fuentes— convergían en torno a la igualdad de rango y, en consecuencia, cada vez que se suscitaba la cuestión, se acudía a dos principios generales de derecho: **ley posterior deroga ley anterior** y **ley especial deroga ley general**.

Para 1992, sin embargo, en un giro pretoriano favorable a la preeminencia del derecho internacional, la CSJN resolvió finalmente el debate y declaró expresamente la supremacía de los tratados por sobre las leyes nacionales.⁽⁴⁴⁾ Dos años más tarde, la Reforma Constitucional recogió el criterio

(43) En particular, tal conclusión podía encontrarse en lo preceptuado por los art. 30 y 27 CN. La primera de esas normas establecía —y no ha tenido cambios— el procedimiento de reforma constitucional: “La Constitución puede reformarse en el todo o en cualquiera de sus partes. La necesidad de reforma debe ser declarada por el Congreso con el voto de dos terceras partes, al menos, de sus miembros; pero no se efectuará sino por una Convención convocada al efecto”. La segunda, como se señaló, preveía una condición de validez para los tratados: su adecuación a los principios constitucionales. De allí que, en conjunto, ambas disposiciones permitían concluir la superioridad de la Constitución por sobre los tratados y respecto de las restantes fuentes de origen interno.

(44) CSJN, “Ekmekdjian c/ Sofovich”, fallo cit. Allí la Corte sostuvo que “la derogación de un tratado internacional por una ley del Congreso violenta la distribución de competencias impuesta por la misma Constitución nacional, porque mediante una ley se podría derogar el acto complejo federal de la celebración de un tratado”, que “la Convención de Viena

sentado por el Máximo Tribunal de la Nación y proclamó, sin margen para disquisiciones, que todos los tratados poseen "jerarquía superior a las leyes" (art 75, inc. 22 CN).⁽⁴⁵⁾

Ahora bien, en lo que aquí nos interesa, el nuevo texto constitucional superó incluso la postura de la Corte, pues adicionalmente estableció la superioridad de los tratados de derechos humanos que enumeró otorgándoles estatus constitucional (art. 75, inc. 22, segundo párrafo CN).⁽⁴⁶⁾⁽⁴⁷⁾

Es decir que, aun prescindiendo de los argumentos que desde el plano internacional obligan a los Estados a cumplir preferentemente con las

.....

sobre el derecho de los tratados (...) confiere primacía al derecho internacional convencional sobre el derecho interno. Ahora esta prioridad de rango integra el ordenamiento jurídico argentino. La convención es un tratado internacional, constitucionalmente válido, que asigna prioridad a los tratados internacionales frente a la ley interna en el ámbito del derecho interno, esto es, un reconocimiento de la primacía del derecho internacional por el propio derecho interno". Esta postura fue reiterada en fallos posteriores: CSJN, "Servini de Cubría, M. c/ Arte Radiotelevisivo Arg. SA y Borensztein, Mauricio", 08/09/1992, Fallos 315:1943; "Fibraca Constructora S.C.A. c/ Comisión Técnica Mixta de Salto Grande s/ recurso de hecho", 07/07/1993, Fallos 316:1669; "Serra, Fernando Horacio y otro c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires s/ recurso de hecho", 26/10/1993, Fallos 316:2454; "Hagelin, Ragnar c/ P.E.N. s/ juicio de conocimiento", 22/12/1993, Fallos 316:3176; "Artigue, Sergio Pablo s/ incidente de restitución de detenido", 25/03/1994, Fallos 317:247, entre otros.

(45) El nuevo texto constitucional distingue entre tratados según su objeto (sobre derechos humanos, sobre integración, para fines de administración de justicia, de intereses económicos y trabajos de utilidad común, de carácter político) y según los sujetos contratantes (Estados de Latinoamérica, otros Estados, organizaciones internacionales y la Santa Sede).

(46) Y a los demás que adquieran esa jerarquía mediante el procedimiento previsto en el último párrafo. En la actualidad, han adquirido también ese estatus la Convención Internacional sobre Desaparición Forzada de Personas (1997) y la Convención sobre Imprescriptibilidad sobre crímenes de Guerra y Lesa Humanidad (2004).

(47) "La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Solo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional".

normas de ese sistema, de todos modos la propia lógica interna de ordenación de las fuentes a nivel nacional asegura a los tratados la máxima jerarquía normativa.

Por su parte, a tenor de tales disposiciones, la CSJN ha reafirmado, desde sus primeros pronunciamientos posteriores a la reforma, la preeminencia de los tratados señalando que “la armonía o concordancia entre los tratados y la Constitución es un juicio constituyente”, y que, por ello “... los tratados complementan las normas constitucionales sobre derechos y garantías (...) [debiendo interpretarse] que las cláusulas constitucionales y las de los tratados tienen la misma jerarquía, son complementarias y, por lo tanto, no pueden desplazarse o destruirse recíprocamente”.⁽⁴⁸⁾

4 | Acatamiento de las decisiones de los tribunales internacionales de derechos humanos por parte de los tribunales superiores

Una vez más, la obligatoriedad de las decisiones de los tribunales internacionales con competencia para juzgar a los Estados español y argentino en materia de derechos humanos —esto es, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) y la Corte IDH respectivamente—, tiene su fuente en actos de naturaleza internacional —la ratificación por parte de esos Estados al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH) y de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) más la aceptación expresa de su competencia contenciosa por parte de esos Estados— que, como tales, obligan a los Estados en ese ámbito. Sin embargo, también en razón de su naturaleza, estos resultan insuficientes a la hora de asegurar su debido acatamiento. En última instancia, la eficacia y el valor de legitimidad que se asigne a esas sentencias en el plano interno es el resultado de las decisiones que adopten las autoridades nacionales, muy especialmente de las que adoptan los superiores tribunales de cada sistema judicial.

(48) CSJN, “Monges Analía M. c/ Universidad de Buenos Aires,” 26/12/1996, Fallos: 319:3148.

4.1 | El caso español

Al abordar por primera vez la cuestión de la eficacia de las sentencias del TEDH, el Tribunal Constitucional español afirmó su carácter de órgano calificado para interpretar la CEDH, reivindicando la obligatoriedad de sus decisiones.⁽⁴⁹⁾ No obstante, a partir del caso Ruiz-Mateos c. España⁽⁵⁰⁾ y hasta la actualidad⁽⁵¹⁾ su doctrina no ha sido uniforme.

Por un lado, en una postura divergente de la que en general han adoptado otros Estados partes del CEDH —manifestando no ser “un tribunal inferior al Tribunal Europeo de Derechos Humanos”—, ha negado la fuerza ejecutoria a condenas firmes del TEDH; mientras que, por otro lado, ha admitido su eficacia *erga omnes* en virtud del art. 10.2 CE.⁽⁵²⁾

Inclusive, el STC español ha concedido carácter vinculante a la jurisprudencia del TEDH en general, al conjunto de sus decisiones aun cuando estas no involucren a España, y ha sostenido que “no solo ha de servir de criterio interpretativo en la aplicación de los preceptos constitucionales tuteladores de los derechos fundamentales, sino que también resulta de aplicación inmediata en nuestro ordenamiento”.⁽⁵³⁾

Es decir, aunque en general, la jurisprudencia del STC en este punto ha sido rica, no puede decirse que sea homogénea o unívoca. Por el contrario, sus vaivenes han sido objeto de permanentes estudios y críticas pues ha fluctuado entre, por un lado, resistir la fuerza vinculante de las condenas firmes y,

(49) Asunto Barberá, Messenger u Fajardo, BOE n° 13, 15/01/1992.

(50) *Ruiz-Mateos c. España* (n° 12952/87), 23/01/1993.

(51) STC 96/2001, 21/04/2001; STC 313/2005, 12/12/2005; STC 197/2006, 03/07/2006.

(52) STC 37/88, 03/03/1988. Allí, el tribunal Constitucional sostuvo: “Este Tribunal, cuya jurisprudencia ha estado siempre orientada por el principio de que los textos constitucionales que reconocen derechos fundamentales no contienen palabras vanas, sino garantías jurídicas inviolables por los poderes públicos, ha de interpretar el derecho a la defensa y a la asistencia letrada del art. 24-2 CE en el mismo sentido que lo hizo el TEDH, en especial cuando tal derecho se enmarca en un proceso penal como le ocurrió al recurrente en este proceso de amparo constitucional”. También resulta de interés la sentencia 145/1988, 12/07/1988, en la que el STC español declaró la inconstitucionalidad del art. 2.1 la Ley Orgánica 10/1980, que atribuía al juez instructor competencia para decidir sobre determinados delitos. Para fundamentar su decisión, invocó la doctrina del TEDH en el caso De Cubber y Piersack (respecto de la separación de las funciones de instrucción y de juzgar en el procedimiento penal para asegurar la imparcialidad del juez). Dicha sentencia condujo a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, mediante Ley Orgánica 7/1988, en cuyo Preámbulo se refiere expresamente a la doctrina del TEDH.

(53) STC 303/1993, de 25 de octubre.

por otro, conceder valor interpretativo obligatorio a decisiones que no son vinculantes conforme las directrices del derecho internacional.

4.2 | El caso argentino

La CSJN, además de haberse hecho eco de la voluntad constituyente sosteniendo invariablemente la superioridad de los tratados sobre derechos humanos con jerarquía constitucional,⁽⁵⁴⁾ también ha dado un paso significativo en torno a la fuerza vinculante de las decisiones de los órganos internacionales de control, aun cuando no se trate de sentencias que directamente comprometan al Estado argentino o inclusive cuando esas decisiones no constituyen pronunciamientos judiciales.

Así, ya desde 1995, el Tribunal federal viene expresando que la jerarquía constitucional de los tratados enumerados en el art. 75, inc. 22 CN, “en las condiciones de su vigencia”, implica que estos deben ser interpretados “tal como efectivamente rigen en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales competentes⁽⁵⁵⁾ para su interpretación y aplicación”.⁽⁵⁶⁾ Poco tiempo después, la CSJN se refirió en similar sentido a las interpretaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos,⁽⁵⁷⁾ admitiendo que su opinión debe servir de guía o jurisprudencia para los tribunales internos en lo que hace a la interpretación de los preceptos del mismo Pacto “en la medida en que el Estado argentino reconoció la competencia de aquella para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la convención”.⁽⁵⁸⁾

Por último, la CSJN ha reconocido expresamente que tales directrices constituyen un **deber** de los tribunales argentinos cuando tienen que resolver sobre materias incluidas en tratados internacionales de derechos humanos,

(54) CSJN, Fallos 323:3229, 324:3527, 329:2552, entre muchos otros.

(55) La Corte Suprema ya había expresado —con anterioridad a la reforma constitucional de 1994 y a estas sentencias del Tribunal Interamericano— que la regla hermenéutica central a partir de la cual debe realizarse su exégesis es, precisamente, la que considera la propia interpretación que emana de la jurisprudencia de los órganos supranacionales (CSJN, “Ekmekdjian, Miguel A. c/Sofovich, Gerardo y otros”, fallo cit., consid. 21).

(56) CSJN, “Giroldi, Horacio D. y otro”, 07/04/1995, Fallos 318:554.

(57) Es decir, un órgano que carece de facultades jurisdiccionales.

(58) CSJN, “Bramajo Hernán Javier s/incidente de excarcelación”, 12/09/96, Fallos 319:1840. En similares términos, la CSJN se refirió a la doctrina de la Corte IDH en la causa “Portal de

esto es, están obligados a tomar en consideración, además de la normativa internacional, las interpretaciones desarrolladas por los organismos internacionales de aplicación,⁽⁵⁹⁾ así como también ha establecido⁽⁶⁰⁾ la obligación de los jueces de efectuar el referido control “de oficio”.⁽⁶¹⁾ Así, la adecuación de la normativa interna a las obligaciones asumidas en la esfera internacional no solo requiere la consideración de la letra de los tratados, sino también la valoración de las interpretaciones que de ella hubieran efectuado los órganos internacionales que tienen a cargo su vigilancia y control.

Puede decirse entonces, con certeza, que el máximo tribunal ha concebido, de la mano de la Corte IDH, que la tarea interpretativa⁽⁶²⁾ de los tratados

.....

Belén”, 05/03/2002, Fallos 325:292. Y en relación con ambos órganos, indicó que “la jurisprudencia de la CIDH y la práctica de la comisión constituyen una imprescindible pauta de interpretación de los deberes y obligaciones derivadas de la Convención [Americana]”.

(59) En similar sentido, al referirse la CSJN a la obligación de los jueces de ejercer “una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre DH”, explicitó que para ello “debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte IDH, intérprete último de la Convención” (CSJN, “Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ rec. de casación e inconstitucionalidad”, 13/07/2007 Fallos 330:3248). En términos concordantes, también reconoció el valor jurídico de las interpretaciones del Comité DESC afirmando que “constituye el intérprete autorizado por el PIDESC en el plano internacional y actúa, en los términos de su vigencia, por recordar los términos del 75 inc. 22 CN (CSJN, Aquino, Isacio v. Cargo Servicios Eficientes SA Maccidentc- Ley 9688”, 21/09/2004, Fallos 327:3753, voto de los Dres. Petracchi y Zaffaroni). Y más recientemente, la mayoría del tribunal reiteró que el Comité DESC constituye el intérprete autorizado del Pacto homónimo en el plano internacional y que su interpretación debe ser tenida en cuenta por comprender las “condiciones de vigencia” (CSJN, “Q. C., S. Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo”, 24/04/2012, Fallos 335:452, voto de los Dres. Lorenzetti, Highton de Nolasco, Fayt, Maqueda y Zaffaroni).

(60) Siguiendo la evolución de la jurisprudencia de la propia Corte IDH en torno al control interno de convencionalidad, a cuyos precedentes permanente remite.

(61) El tribunal americano ha sentenciado: “[c]uando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no solo 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. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones” (CORTE IDH, “Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú”, 24/11/2006, Serie C N° 158, párr. 128).

(62) Propia y de los demás jueces de la Nación, sean éstos de jurisdicción federal, nacional o local.

sobre derechos humanos con jerarquía constitucional se asimila a la vigilancia del propio texto de la Constitución; con lo cual ha establecido la obligatoriedad —al lado del control de constitucionalidad— de efectuar un “control de convencionalidad”,⁽⁶³⁾ tal como lo ha concebido la Corte Interamericana de Derechos Humanos.⁽⁶⁴⁾

Un reciente precedente del Tribunal argentino resume la concepción jurisprudencial vigente en torno al control interno de convencionalidad: “[l]os órganos judiciales de los países (...) están obligados a ejercer, de oficio, el control de convencionalidad, descalificando las normas internas que se opongan a dicho tratado (...) con el fin de salvaguardar su supremacía frente a normas locales de menor rango”.⁽⁶⁵⁾

En otras palabras, los jueces argentinos están obligados a efectuar, de oficio, un control de convencionalidad respecto de los pactos internacionales de derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional en el orden interno. En su caso, deben declarar la inaplicabilidad por inconvencionalidad de la norma o acto estatal que se les opusiere. A los efectos de

(63) Aunque —como se verá— el término fue acuñado por la jurisprudencia interamericana en relación a la Convención Americana, de donde lo ha tomado la CSJN, denota la tarea hermenéutica que cabe aplicar a todas las convenciones de derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional en el ordenamiento argentino.

(64) Tal como lo ha destacado Pablo Mántaras, “al pronunciarse —por primera vez en forma mayoritaria— sobre el modo en que los jueces de los Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos deben determinar en la esfera local el cumplimiento de las garantías y deberes establecidos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que [l]os jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a ‘aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. [...] En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CORTE IDH, “Caso Almonacid Arellano vs. Chile, 26/09/2006, Serie C N° 154). Asimismo, en posteriores oportunidades la Corte IDH aplicó este control en una importante cantidad de casos, afianzando sus caracteres y delimitando con claridad su núcleo dogmático esencial (CORTE IDH, “Caso La Cantuta vs. Perú”, 29/11/2006, Serie C N° 162, párr. 173; “Caso Boyce y otros vs. Barbados”, 20/11/2007, serie C N° 169, párr. 79; “Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá”, 12/08/2008, Serie C N° 186, párr. 180; entre muchos otros). MÁNTARAS, PABLO C. *El control de convencionalidad en el ámbito del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Perspectivas actuales y desafíos futuros*, en imprenta.

(65) CSJN, “Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c. Ejército Argentino s/daños y perjuicios”, 27/11/2012.

fijar el alcance y contenido de las disposiciones internacionales, los magistrados deben prestar especial atención a las interpretaciones que de ellos hubieren efectuado sus órganos de vigilancia y control, cuyas decisiones constituyen estándares infranqueables. A este contralor se lo denomina frecuentemente **control interno de convencionalidad**, por oposición al **control externo de convencionalidad**, que es ejercido por los tribunales supranacionales con la misma finalidad y comparte las notas típicas del control de constitucionalidad del modelo argentino, en la medida en que ha sido concebido como una porción de aquel.⁽⁶⁶⁾

5 | Conclusiones

La forma esquemática en que hemos formulado el paralelismo propuesto nos exime de tener que sintetizar las diferencias que presentan los sistemas español y argentino. En su lugar, podemos reflexionar acerca de las equivalencias implícitas que nos sugieren: la multiplicidad de herramientas argumentativas y hermenéuticas que el sistema protectorio concede a los magistrados.

En efecto, podemos sostener que, pese a las diferencias encontradas en las distintas formas de articular la incorporación⁽⁶⁷⁾ y jerarquía del derecho internacional de los derechos humanos,⁽⁶⁸⁾ hemos visto también, cómo, por una u otra vía, ambos sistemas sostienen “la supremacía de los derechos humanos” en la tarea de los jueces.

Ello, lejos de señalar las limitaciones de uno u otro modelo, nos informa acerca de la potencialidad que encierra el rol de los magistrados; y al mismo tiempo, nos advierte que la cuestión medular no gira en torno a la prevalencia del orden internacional o del ordenamiento interno, sino en torno a la supremacía del derecho de los derechos humanos. Una filosofía realista y finalista de ese subsistema y del derecho en general conlleva la relativización de términos y la flexibilización de reglas que, aunque poseen un fuerte

.....
(66) MANTARAS, *op. cit.*

(67) Mientras que España adhiere a una tesis dualista, la Argentina se identifica con el modelo monista.

(68) Mientras España concede una jerarquía normativa menor a la de las leyes, la Constitución argentina les reconoce su mismo estatus de superioridad.

contenido emotivo para los juristas, llegado el caso no siempre resultan tan determinantes. Más allá de los usos lingüísticos, que varían de un país a otro y de un idioma a otro, lo importante es la existencia de valores compartidos entre el derecho interno y el derecho internacional.

Es que en general, la doctrina ha analizado las relaciones entre los sistemas desde la perspectiva clásica de la recepción y del cumplimiento de las obligaciones internacionales, y no tanto considerando la integración de las normas internacionales a los ordenamientos internos. En este sentido, es vasta la jurisprudencia que remite a tratados que no han entrado en vigor y que, sin embargo, sirven de guía para las interpretaciones *pro homine*.

La integración jurídica supone que las concepciones y resoluciones de unos jueces son aceptadas por otros en un proceso de interacción, de influencias cruzadas. Esta tendencia se ha ido desarrollando entre tribunales. Ha habido inclusive una “viva interacción” entre la Corte IDH y el TEDH. La jurisprudencia interamericana ha servido de guía en la interpretación de los derechos humanos por los tribunales nacionales, y pese a que en ocasiones el Tribunal Constitucional español se niegue a reconocer una superioridad formal al TEDH, lo cierto es que ha aplicado muchas veces sus directrices. En términos sustantivos, puede advertirse una identidad de conceptos.

Lo menos visible parece ser la apertura formal de algunos sistemas. Quizá, un modelo jerárquico que se sitúe a los tribunales internacionales en la cúspide de la pirámide interpretativa de los derechos humanos, como bloque de convencionalidad (o constitucionalidad), sea más difícil de asumir en algunas tradiciones, pero ello no ha obstado a que España y otros países de Europa permeabilizaran sus ordenamientos al derecho internacional de los derechos humanos.

De allí que —para cierto sector de la doctrina— el enfoque kelseniano clásico resulte obsoleto, y se requiera de nuevas categorías elaboradas desde una comprensión dinámica que algunos autores han denominado proceso de “integración funcional”, “constitucionalismo en red” y “escenario de pluralismo constitucional”. Se busca, de este modo, profundizar la vía del diálogo jurisdiccional, de la comunicación entre sistemas con cierta ambigüedad y ductilidad que —lejos de constituir un déficit—, pueda suponer una perspectiva de armonización hacia un pluralismo jurídico y cultural.

En cualquier caso, estos avances han permitido un diálogo intersistémico. Es que los sistemas regionales arrancan, como indica el García Roca, de un tronco común y universal que opera como contexto, y que ha llevado a la formación de lo que se ha denominado “sistema euroamericano de derechos fundamentales”.

A los órganos internacionales, por su parte, no puede negárseles el rol que cumplen en la orientación de la acción estatal; pues si bien están llamados a intervenir en casos concretos en ocasión de juzgar el comportamiento de los Estados frente a sus nacionales, también la doctrina y jurisprudencia que van elaborando sirve de guía a los Estados para dar cabal cumplimiento a sus obligaciones. Estas reglas doctrinarias o jurisprudenciales —aun cuando no posean carácter vinculante— establecen cuáles son los estándares mínimos que los Estados deben cumplir para que su conducta se considere adecuada al sistema protectorio. A su vez, estos presupuestos definen el contenido concreto de los derechos de las personas y las concomitantes obligaciones a cargo de los Estados en el ámbito interno, razón por la cual terminan condicionando —de manera directa— el comportamiento de los partícipes del sistema.

Es así que advertimos que, en definitiva, las condiciones están dadas, en uno y otro modelo, para que los jueces, a través de la práctica concreta y eficaz del “control interno de convencionalidad” o de la “interpretación conforme”, reconozcan y apliquen a los casos bajo su jurisdicción la potencia imperativa del derecho internacional de los derechos humanos.

Para terminar, afirmaremos con Pérez Luño que —como consecuencia de todo lo dicho— “[l]os ordenamientos jurídicos y, en especial su sistema de fuentes, se han visto directamente afectados por el fenómeno del pluralismo. La superación del ámbito de referencia estatal, producto del nuevo orden de relaciones internacionales, se ha traducido en fuentes que expresan una supra estatalidad normativa.”⁽⁶⁹⁾

.....

(69) Aunque, advierte el autor, “el desplazamiento del centro de gravedad en el proceso de determinación de las fuentes jurídicas no solo se ha producido por la aparición de poderes normativos superiores al Estado. De forma paralela, se ha producido una ampliación de competencias normativas por parte de los entes sociales intermedios, situados entre el ciudadano y el poder estatal. Hoy se asiste a un fenómeno de infra estatalidad normativa manifestado en el pluralismo de determinación de fuentes jurídicas”. PÉREZ LUÑO, ANTONIO E., “Dogmática de los derechos fundamentales y transformaciones del sistema constitucional”, en *Teoría y Realidad Constitucional*, n° 20, 2007, pp. 495/511.