

EL PODER CONSTITUYENTE Y LOS TRATADOS INTERNACIONALES JERARQUIZADOS CONSTITUCIONALMENTE

Ricardo Alberto Muñoz*

INTRODUCCIÓN

La jerarquización de instrumentos internacionales protectores de Derechos Humanos a nivel constitucional que se realizara mediante la Reforma de 1994, produjo un fuerte impacto en la arquitectura de nuestra Constitución Nacional y su imprecisa redacción, origina no pocas divergencias interpretativas; aunque en esta oportunidad me limitaré a reflexionar sobre algunos aspectos que dicha compleja problemática encierra, deteniéndome especialmente en el alcance de la jerarquización y en la delegación de “ poder constituyente” al Congreso Nacional, tanto en la atribución de conceder autorización al Ejecutivo a denunciar tratados jerarquizados como al otorgamiento de dicha jerarquía constitucional¹.

Surgen los interrogantes acerca si existió algún criterio del constituyente reformador para jerarquizar algunos tratados, y concretamente a cuáles podría el Congreso con mayoría agravada de cada Cámara otorgar tal jerarquía: Lleva a reflexionar sobre la “ doble vía” para producir cambios constitucionales: la del art. 30CN mediante el clásico sistema de reforma, y la del art. 75 inc. 22 a través de la jerarquización constitucional de tratados internacionales de derechos humanos, su egreso por decisión congresional y su impacto sobre la clase de nuestra Constitución. Intentaré incursionar sobre la naturaleza y alcance de este nuevo “ poder constituyente reformador delegado” como expresión de la soberanía del pueblo del Estado y también, en alguna medida, de la “ comunidad internacional” como partícipe de su gestación, emergente de una decisión política fundamental de reforzar la protección de tales derechos para determinar la indisponibilidad local de los mismos por parte de los poderes constituidos.

* Profesor Titular de Teoría Política II en la Fac. de Cs. Humanas y Profesor Asociado de Derecho Público en la Fac. de Cs. Económicas, de la Universidad Nacional de Río Cuarto. Conferencia pronunciada en el acto de recepción como académico correspondiente en Río Cuarto, el 11 de agosto de 2004.

¹ Otros aspectos de esta problemática fueron por mi desarrollados en “ Tratados Internacionales con jerarquía constitucional. Según la Reforma de 1994”, pags. 59/102 , en “ Relaciones Internacionales. Viejas cuestiones, nuevos desafíos” (P. Wehbe y R. Ferrero compiladores) CEPRI-FCH-UNRC.2003.

GLOBALIZACIÓN Y ESTADO NACIÓN

El Estado Democrático ha tenido como supuesto central, la existencia de una “relación simétrica y congruente”, como la denomina David Held², entre los que adoptan las decisiones y los receptores de éstas; entre los ciudadanos votantes, que son capaces de hacer responder a quienes toman decisiones. Las teorías de la democracia reconocen como premisa básica, que cada régimen democrático puede ser considerado como una unidad autosuficiente, separado de otros y que los cambios se producen por el juego de las fuerzas inter actantes que operan dentro del Estado Nación. En el centro del sistema democrático rige el “principio de la mayoría” como legitimante de las decisiones políticas, por lo que supuestamente el Estado toma (o no) decisiones a tenor de los compromisos y limitaciones de los actores políticos que operan dentro de sus fronteras.

Pero, el Estado Nación no se encuentra en un vacío, sino en contextos de relacionamiento con otros Estados, sea individualmente o agrupados en organizaciones internacionales y supranacionales, como así también con entidades multilaterales de crédito e incluso empresas multinacionales, de tal modo que se genera una interconexión mundial y regional. Esta creciente “interdependencia” se entronca con un proceso universal de características multidimensionales denominado globalización originado en los profundos cambios tecnológicos y económicos que implican aumento de la vinculariedad, expansión y profundización de relaciones sociales, políticas, financieras e incluso militares³. Este proceso conforma bloques de *países prósperos globalizadores* junto a *países menos prósperos y pobres globalizados*, por lo que la interdependencia creciente entre países adquiere un carácter asimétrico porque implica una limitación importante de la autoridad estatal de los estados en vía de desarrollo.

Tal proceso impacta fuertemente en la teoría de la democracia, toda vez que las decisiones no son enteramente tomadas en el marco de las estructuras representativas nacionales, sino que la interconexión mundial genera redes que implican toma de decisiones externas que repercuten en los estados nacionales, provocando una ruptura en la citada relación antes simétrica y congruente entre electores y elegidos. Paradójicamente, en esta *tercera ola democrática* al decir de Huntington, cuando cada vez son más los estados que se incorporan al

² “*La Democracia y el Orden Global*” Edit. Paidós, Madrid, 1997.

³ García Delgado, Daniel “*Estado-nación y globalización*” Edit. Ariel, Buenos Aires, 1998.

régimen democrático, cada vez más alejadas de la voluntad del electorado se encuentran las decisiones y marginados del control popular los decisores externos.

No obstante, pese a la pretensión homogeneizadora, no se conforma una sociedad global uniformada, ya que como agudamente lo advierte Garretón, hay algunos aspectos de la vida social y ciertos sectores que se globalizan, otros por el contrario se renacionalizan, otros se individualizan y otros quedan al margen de todos estos procesos, viviendo “ *mundos mucho más complejos en que hay globalización y lo contrario a la vez*”⁴; es la denominada por Alberto Spota globalización “ por franjas” en cada uno de los ámbitos de poder económico, tecnológico, financiero, superando no solamente las fronteras territoriales y políticas sino también las limitaciones éticas⁵.

No obstante lo anterior, corresponde distinguir la “ideología de la globalización” del “ proceso de globalización”, entendiéndolo por aquella a la interpretación realizada por estados y actores beneficiados por dicho proceso que racionaliza sus propios intereses como universales y válidos para todos en una suerte de “ pensamiento único” que descalifica tanto al Estado Nación – globalizado – como al intento de éste de regular los mercados, pretendiendo justificar la extensión de capital a distintos ámbitos geográficos, lo que permite diferenciar dentro del “ proceso de globalización”, las *amenazas* al Estado Nación y a sus sociedades civiles, de las *oportunidades* que emergen para realizar opciones políticas que promuevan el Bien Común, desafiando las actitudes acríicas de la globalización⁶.

Precisamente en esta línea de pensamiento, Scannone reconoce que aunque la globalización sea un hecho insoslayable, la misma puede ir dándose en forma *deshumanizante* o *humanizante*, y si se toman en cuenta las dimensiones de la misma: económica (de los mercados), social (de la sociedad civil) y jurídica-política (del Estado y de las relaciones entre estos), el proceso se puede dar con lógicas y finalidades diferentes. En este sentido, advierte *gérmenes humanizantes* en los procesos de integración regional y, básicamente, en la democratización y *ethos* de los Derechos Humanos; a la opción social y cultural por la democracia, corresponde- dice Scannone – un *ethos* de los derechos humanos tanto en el ámbito universal como regional y nacional, que no puede agotarse con la defensa de los derechos

⁴ Garretón, Manuel Gregorio. “ *Transformaciones sociales y reconstrucción de los estados nacionales: hacia una nueva matriz socio política*”, pag. 136, en Bayardo, R y M. Lacarrieu (comps) “La dinámica global-local. Cultura y Comunicación. Nuevos desafíos” Ediciones Ciccus. La Crujía. Buenos Aires. 1999.

⁵ Spota, Alberto “ *Globalización y gobernabilidad en el Estado de Derecho ¿Hay posibilidad de controlar los efectos de la globalización?*”, pag.137 y ss, en Durante, Alfredo (coord.) “La constitución real. Enfoques multidisciplinarios” Edit. La Ley Buenos Aires 2001.

⁶ García Delgado, op. cit, pag. 36 y ss.

civiles y políticos, sino que se hace cada vez más sensibles a los sociales, económicos, culturales y ambientales⁷, pero no entendidos estos como meras expectativas programáticas o “derechos debilitados” sino como garantías de libertad real sin los cuales resulta imposible alcanzar los niveles necesarios para disfrutar de los primeros, conjugando los principios de indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos⁸. Esta “globalización en solidaridad”, se enlaza con las Declaraciones, Pactos y Convenios Internacionales de Derechos Humanos, universales y regionales y contribuyen a precisar el núcleo duro de estos derechos humanos inderogables, consolidando nociones de *ius cogens* y obligaciones *erga omnes*.

SOBERANIA Y PODER CONSTITUYENTE

Limitación de la soberanía en función de la defensa y garantía de los derechos humanos institucionalizada por el constitucionalismo y la existencia de Convenios Internacionales, no implica necesariamente haberla vaciado de contenido, ni menos revelarla como una categoría anti jurídica, sino una reformulación de la misma eliminándole los alcances absolutos. No es destruirla y ponerla al servicio del mercado libre irrestricto sino reformularla para que potencie éticamente al Estado a fin de respetar la dignidad de la persona humana.

El poder constituyente, cuyo titular es el pueblo, se prolonga temporalmente con su manifestación como poder derivado, renovable generacionalmente. Expresa las fuerzas, las necesidades y las convicciones colectivas en un determinado momento histórico, que pueden traducirse en normas constitucionales, que no son solamente la descripción de cierto *status* como pretensión de durabilidad presencial de generaciones pasadas. Sino que también expresan el orden político, social, económico y cultural deseable de las generaciones presentes y para las futuras conformando un acuerdo intergeneracional.

La generación que en 1994 ejerció el poder constituyente derivado, tuvo en cuenta los padecimientos de la comunidad argentina en cuanto a violaciones a los derechos humanos, por parte de poderes fácticos o no, por acción u omisión. Recuperada la vigencia del orden constitucional, aprobadas y ratificadas la Convención Americana de Derechos Humanos (C.A.D.H.) y los Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y de Derechos Civiles y Políticos que incorporaron nuestro país al sistema internacional protectorio

⁷ Scannone, Juan Carlos. “La globalización como hecho y como ideología. Emergencia de la sociedad civil, doctrina social de la Iglesia y globalización de la solidaridad”, pags. 253 y ss, en AAVV “*Argentina: alternativas frente a la globalización*” Ediciones San Paulo. Bs.As. 1999.

⁸ Fappiano, Oscar “*El derecho de los derechos humanos*”, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma. Bs. As. 1997, pags.42 y ss; Gutiérrez Posse, Hortensia “*Principios generales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*” E.D.163-893 .

de derechos humanos; con la jurisprudencia de la Corte Suprema en el caso “ *Ekmekdjian c/ Sofovich*”, ratificada luego en “ *Fibraca c/ Comisión Técnica Mixta de Salto Grande*” se jerarquizaban los tratados sobre las leyes, pero se consideró necesario reforzar dicha protección, sustrayendo el alcanzado posicionamiento tanto de la voluntad de circunstanciales mayorías legislativas como de determinadas integraciones de nuestro Alto Tribunal, de tal modo que alcancen los derechos fundamentales al reconocerles jerarquía constitucional, el carácter de indisponibles para todos los poderes constituidos.

Esta jerarquización no fue una decisión externa impuesta unilateralmente a nuestro Estado, ni tampoco una extralimitación de atribuciones por parte de la Convención, sino una libre y voluntaria decisión del poder constituyente, habilitado por la ley declarativa de la necesidad de reforma, quien dispuso equiparar determinados tratados a la Constitución Nacional, siendo ésta la que definió el orden de prelación, cediendo la exclusividad del escalón superior y compartiendo el mismo, completándose de este modo el sistema de derechos con dualidad de fuentes provocando una retroalimentación entre la interna y la internacional⁹.

DERECHOS HUMANOS Y TRATADOS JERARQUIZADOS CONSTITUCIONALMENTE

Declaraciones y Tratados. Razones de su inclusión.

El inc. 22 del art. 75 jerarquizó once instrumentos internacionales consistentes en dos Declaraciones y nueve Tratados y Convenciones, siendo estos últimos derecho positivo en nuestro país aunque sin alcanzar la jerarquía constitucional. La equiparación de Declaraciones y Tratados es criticada atento no tener igual naturaleza jurídica, siendo las primeras instrumentos solemnes fruto de una primera etapa de consagración de derechos humanos, estimados no vinculantes, aunque importantes como normas consuetudinarias¹⁰. En lo que respecta a los Tratados, no se siguió el dictamen de la Comisión de Integración y Tratados internacionales que se refería a los “ de derechos humanos” en general, prefiriendo la Comisión de Redacción jerarquizar a algunos, sin que quedara claro él o los criterios de inclusión y de exclusión, lo

⁹ Bidart Campos, Germán. “*El sistema de derechos en el Derecho de la Constitución*”, pag. 97, en AAVV *La reforma de la Constitución Argentina en perspectiva comparada*. Cuadernos y Debates N° 64, Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1996.

¹⁰ Ver Rey Caro, Ernesto; Salas, G y Z.Drnas de Clement “ *Los Tratados Internacionales y la Constitución Nacional*” Edit. Lerner. Córdoba. 1995. Para Ariel Dulitzky, se trató de un error jurídico del constituyente (“*La jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos en la nueva Constitución Argentina*” E.D. 163-936).

que también motivó críticas¹¹. No obstante tales acertadas observaciones, lo cierto es que al quedar habilitado el Congreso para jerarquizar constitucionalmente a otros tratados de derechos humanos, con un quórum agravado, permite a otros cuya entidad justifique tal jerarquía cimera.

Alcance de la jerarquización constitucional.

Para aquellos que, como Carlos Colautti consideran que los tratados se han incorporado a la Constitución y forman parte de su texto, tienen la misma jerarquía que las normas constitucionales, debiendo realizarse una interpretación integrativa y no pudiendo realizar control judicial de constitucionalidad de tales tratados¹². Mientras que para quienes sostienen que “jerarquización” no significa incorporación al texto, se desprenden dos líneas al respecto. Una, que significa darles jerarquía superior a los restantes tratados e incluso leyes pero tienen un rango inferior a la C.N. La otra, que las normas de los tratados jerarquizados y las constitucionales tienen igual jerarquía. La primera lleva al control jurisdiccional de los tratados para garantizar tal gradación, siendo la posición- aunque con variantes – de Ramírez Calvo, Recalde de Villar, Badeni, Sagüés, entre otros, aunque para Vanossi y Dalla Vía quienes sitúan a los tratados en el vértice de la pirámide pero en un escalón inferior, no podría declararse la inconstitucionalidad¹³. La segunda postura, de la cual el profesor German Bidart Campos resulta su abanderado, al tener igual jerarquía que la Constitución, integran el bloque de constitucionalidad federal, debiendo articularse entre sí e interpretarse en forma armonizante de tal modo de aplicar la fuente de derechos más favorable a la persona humana¹⁴.

A mérito de ello corresponde aplicar las pautas interpretativas del Derecho de los Derechos Humanos, consistente en realizar una *interpretación extensiva y progresiva* que

¹¹ Para J.P. Cafiero y M. Graham se incluyeron algunos por su universalidad, otros por su trascendencia en la historia reciente y a otros por contemplar sectores humanos postergados (“*Tratados sobre Derechos Humanos*”, pag.37, en Vega, J.C. y M. Graham (dir) “Jerarquía constitucional de los tratados internacionales”, Edit. Astrea, Bs. As. 1996); para Rodolfo Barra los mencionados conformaban “el núcleo duro de los derechos que la conciencia jurídica de la humanidad garante a cada persona por el hecho de serlo” (“*Declaraciones, Convenciones y tratados jerarquizados*”, pag. 169, AAVV “La Reforma de la Constitución. Rubinzal-Culzoni, Sta. Fe. 1994). Rey Caro, op. cit 48 y Carlos Colautti (“*Los Tratados internacionales y la Constitución Nacional*” Edit. La Ley. Bs. As. 1999, pag.69) manifiestan su disconformidad con la inclusión del Protocolo Facultativo del P.D.C.yP. ya que se trata de un instrumento que establece un mecanismo para asegurar el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el Pacto o ser una normativa procesal. Vanossi y Dalla Vía, entre otros, señalan que existen otros instrumentos internacionales ya ratificados, de similar importancia que los jerarquizados (“*Régimen Constitucional de los Tratados*” Edit. Abeledo Perrot, Bs. As., 2da. edición, 2000, pag. 307).

¹² “*Los Tratados Internacionales y la Constitución Nacional*”, Edit. La Ley, pag.71.

¹³ Recalde de Villar, María C. “*Tratados Internacionales. Jerarquía normativa*” *Diario La Ley del 1 de agosto de 1995*; Ramírez Calvo, Ricardo. “*La Constitución Reformada y los Tratados Internacionales*”, *Diario La Ley del 20 de marzo de 1995*; Badeni, Gregorio “*Reforma Constitucional e Instituciones Políticas*” Edit. Ad Hoc, Bs.As., pags. 139 y ss; Vanossi y Dalla Vía, op. cit, pag.322.

¹⁴ Bidart Campos, German. “*Tratado Elemental de Derecho constitucional Argentino*”, *Ediar, Bs. As., tomo IV, pags. 555 y ss.*

indican interpretar extensivamente las normas que consagran o amplían derechos y restrictivamente las que los limiten; *pro hominis* que obliga al interprete a buscar y aplicar las normas más favorable a la persona y a su libertad, sea de fuente interna o internacional y por ello la *interacción entre derechos interno e internacional o de la doble fuente* en el sentido que ambas se abastecen y retroalimentan. Asimismo, las propias pautas emergentes de las Convenciones Internacionales jerarquizadas, tal como el art. 29 de la C.A.D.H., aclaran que ninguna disposición de la Convención puede entenderse que permite la supresión del goce y ejercicio de derechos o limitarlos en mayor medida que el Pacto o limitarlos en mayor grado que el que ya pudieran estar gozando en el derecho interno ni que se excluyan otros inherentes al ser humano o que deriven de la forma democrática representativa de gobierno. Todo lo cual indica la fuerte incardinación entre las fuentes interna e internacional de tal modo que no pueda existir oposición o contradicciones insalvables entre el texto constitucional y las normas emergentes de los tratados constitucionalmente jerarquizados¹⁵.

Para Quiroga Lavié, el superior peldaño de la escala normativa lo integran la C.N. y los tratados jerarquizados, aclarando que el orden dado por el inc. 22 a la enumeración de Declaraciones y Tratados no implica preeminencia jerárquica alguna entre dichos instrumentos internacionales ya que todas sus normas gozan de igual rango dentro del bloque de constitucionalidad¹⁶. No obstante, Zlata Drnas de Clement advierte que el Derecho Internacional señala la existencia de diversas jerarquías entre los tratados y que, entre otros, corresponde señalar en lo que hace a la organización del sistema internacional, la Carta de las Naciones Unidas se encuentra en la cúspide del orden jerárquico de tratados¹⁷, lo que lleva a N. Hillar a afirmar que esta Carta sería un tratado materialmente constitucional¹⁸.

¹⁵ No obstante lo expresado, la Corte Suprema en la causa “*Chocobar*” en 1996, con el argumento de intentar armonizar las pautas del art. 14 bis CN “*jubilaciones y pensiones móviles*” con los del art. 22 de la Declaración y 26 de la C.A.D.H. de lograr la plena efectividad de los derechos económicos y sociales “...en la medida de los recursos disponibles”, interrumpe una línea jurisprudencial iniciada en “*Ejmekdjanc/ Sofovich*”, reiterada en “*Fibraca c/ Comisión Salto Grande*”, “*Cafés La Virginia*” y “*Giroldi*” en los que había privilegiado la directriz protectora ajustada a los fines tutelares que animan a los instrumentos internacionales, trocándola por un retroceso al postergar la mejor realización de un derecho fundamental, condicionándolo a la existencia de recursos financieros, pero omitiendo la aclaración sustancial de los documentos internacionales, que imponen que tales recursos sean “*indispensables a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad*”. En otras palabras, inaplicó adecuadamente los principios de *progresividad* y *pro homine*.

¹⁶ Quiroga Lavie, H; Benedetti, M.A. y Cenicacelaya, M “*Derecho Constitucional Argentino*”, op. cit, tomo I, pags. 526,535

¹⁷ Drnas de Clement, Zlata “*Constitución Nacional y Jerarquía de los Tratados Internacionales*”, pags. 307/324 en “*Homenaje al Sesquicentenario de la Constitución Nacional (1853-1860)*”. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, tomo II, Córdoba, 2003.

¹⁸ Hillar, N. Alejandro José “*La jerarquía normativa de los tratados internacionales en la Constitución Nacional posreforma*” en *Semanario Jurídico*-tomo 73-1995-B-pags. 485/6. Comercio y Justicia Editores. Córdoba.

Por otra parte la expresión “*no derogan artículo alguno de la Primera Parte de esta Constitución*”, debe entenderse como que los constitucionalmente jerarquizados en 1994 *no han derogado* normas constitucionales, compartiendo la línea argumental de Bidart Campos en el sentido que C.N. e instrumentos internacionales forman un mismo orden de prelación de tal modo que ninguna norma puede cancelar a otra por tener igual jerarquía; asimismo determinados votos de integrantes de la Corte Suprema señalaron que el constituyente de 1994 ya ha realizado el juicio de compatibilización entre los tratados a los cuales confirió jerarquía constitucional y la propia C.N. y ha verificado que no se produjo derogación alguna¹⁹. Se puede agregar, que en “*Arce*” (F 320:2145) se afirmó que los tratados jerarquizados forman un bloque único de legalidad cuyo objeto y fin es la protección de los derechos fundamentales (consid.7) y que deben entenderse en función de esta protección al ser humano y no en beneficio de los Estados (consid. 6)²⁰.

La jerarquía constitucional lo es “ *en las condiciones de su vigencia*”, que se refiere a las condiciones impuestas por el Estado argentino al momento de obligarse internacionalmente a cumplir el tratado, esto es con las reservas y declaraciones interpretativas, tal la opinión de Travieso, Gelli, Bidart Campos y Haro, entre otros²¹. Asimismo, la Corte Suprema en “*Girolodi*” sostuvo que la jerarquización de la C.A.D.H. ha sido establecida por voluntad del constituyente, “ en las condiciones de su vigencia”, esto 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*” (consid.11), agregando que la jurisprudencia de la Corte Interamericana debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales²². Posteriormente en “*Gramajo*” reitera la doctrina de “*Girolodi*” y agrega que la

¹⁹ “*Chocobar*”, “*Monges*”, “*Petric*”, “*S.V.c/M.D.*” y “*Cancela*”. En cambio para el ministro Belluscio, consid. 17 de su voto en “*Petric*”, se “ *trata de normas constitucionales de segundo grado*” El Dictamen del Procurador en “*Mignone*” del 09/04/2002 y el consid. 9 del voto de Boggiano en “*Alianza Frente para la Unidad*” del 27/09/2001 expresan la realización de tal juicio de compatibilización de parte del constituyente de 1994.

²⁰ También, el consid. 8 del voto de los ministros Belluscio y Bossert en “*Alianza Frente*” del 27/09/2001.

²¹ Travieso, Juan Antonio “*Los Derechos Humanos en la Constitución de la República Argentina*”, EUDEBA, 1996, pag. 32; Gelli, María Angélica “*Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada*” Ira. edición, Edit. La Ley, Bs. As. 2001, pag.518; Bidart Campos, G, op. cit, tomo VI, pags. 557/558; Haro, Ricardo “*Los tratados internacionales en la Constitución de 1853*”, pag. 345, en “*Homenaje al Sesquicentenario de la Constitución Nacional (1853-1860)*”, tomo II, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2003.

²² LL 1995-D-461; aunque el consid. 21 del voto de mayoría integrado por los ministros Cavagna Martínez, Fayt, Barra, Nazareno y Boggiano en “*Ekmekdjian c/ Sofovich*”, la Corte había sostenido que la interpretación del Pacto debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Colautti, critica el fallo en “*Girolodi*” porque a su juicio, luego que los tratados se incorporaron a la C.N. dejan de ser preceptos convencionales para pasar a

opinión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos también debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales²³, aunque ulteriormente en “Acosta” aclara que si bien las opiniones de la Comisión deben servir de guía y que el Estado debe realizar los esfuerzos para dar respuesta favorable a sus recomendaciones, ello no equivale a consagrar como deber jurídico para los jueces el de dar cumplimiento a ellas por no ser decisiones vinculantes para el Poder Judicial²⁴.

EL CONGRESO NACIONAL Y SUS ATRIBUCIONES DE PODER CONSTITUYENTE DERIVADO DELEGADO

Denuncia de tratados jerarquizados constitucionalmente.

El segundo párrafo *in fine* del inc. 22 del art. 75 CN, establece la posibilidad que los tratados jerarquizados constitucionalmente por dicha norma, sean denunciados por parte del Poder Ejecutivo, pero previa aprobación del Congreso Nacional por el voto favorable de las dos terceras partes de la totalidad de sus miembros. Vanossi y Dalla Vía califican a esta atribución como de “ paralelismo de las competencias” ya que si el Congreso debe participar en la aprobación del tratado también debe hacerlo en la denuncia²⁵. Aunque en realidad, estimo, que este “ paralelismo de competencias” se da en el supuesto de los tratados que llegare a futuro el Congreso a jerarquizar por imperio del tercer párrafo del inc. 22, y en cuyo caso la denuncia autorizada por este órgano tendría tal carácter, pero estrictamente ello no ocurre con los expresamente mencionados en el 2do párrafo del inc. 22, ya que la jerarquización lo fue por decisión del constituyente, mientras que la “ desjerarquización” por denuncia es por decisión de los poderes constituidos, lo que ha llevado a Menem y Dromi a sostener que la única variante formal entre los derechos consagrados en los tratados y en la Constitución, está en la “*eventualidad de la desconstitucionalización de un tratado por vía de denuncia (art. 75 inc. 22, 2do párrafo in fine) que es similar en entidad jurídica, a la propia reforma de la Constitución* (

formar parte de la Constitución , por lo que la interpretación final corresponde a nuestra Corte Suprema (“*Los Tratados Internacionales...*”, *op. cit*, pag. 80)

²³ J.A. 1996-IV-439; el voto en mayoría se integró con los ministros Nazareno, Moliné O’Connor, Boggiano, López y Vázquez. Ver la crítica en Néstor Sagües “ El valor de los pronunciamientos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos” J.A. 1997-745.

²⁴ Semanario de J.A. del 30 de junio de 1999. Ver la opinión de N. Sagües “ *Nuevamente sobre el valor, para los jueces argentinos, de los pronunciamientos de la Corte Interamericana y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en materia de interpretación de derechos humanos*” en este semanario.

²⁵ “Régimen constitucional de los Tratados”, *op. cit*, pag.306.

*art. 30), pues las mayorías declarativas son análogas, aunque para la desconstitucionalización de los tratados no haga falta Convención Constituyente”*²⁶.

Ramírez Calvo sostiene que el único efecto de la denuncia es la desobligación de nuestro país frente a los restantes Estados que lo subscribieron, pero continua teniendo vigencia en el derecho interno hasta tanto una Convención Reformadora disponga lo contrario²⁷. No comparto este criterio, toda vez que ha sido el propio constituyente quien delegó en los poderes constituidos la posibilidad de denunciar un tratado jerarquizado, que constituye el primer paso para que cumplidos luego los requisitos previstos por el propio tratado y la Convención de Viena, se desvincule internacionalmente, por lo que el tratado en cuestión al perder la jerarquía que poseía por imperio constitucional “ en las condiciones de su vigencia” y haber sido denunciado, no tiene vigencia interna e internacional en tanto norma convencional. Pero no sería obstáculo para que, de acuerdo al carácter de irreversible y progresivo de los derechos humanos, los derechos puedan mantener dicho “ status” constitucional como derechos y garantías del art. 33 CN²⁸. La intención del constituyente fue perfeccionar un sistema de protección de derechos humanos y evitar que el Ejecutivo pudiera, por si solo, denunciar un tratado con el fin de eludir responsabilidad internacional que pudiera ser atribuida por supuesto incumplimiento de las normas convencionales jerarquizadas.

La exigencia de previa aprobación del Congreso, se extiende a los que en el futuro obtengan tal jerarquía y que se encuentran previstos en el 3er. Párrafo del inc. 22 del art. 75, no obstante encontrarse tal exigencia en el 2do párrafo *in fine* del citado inciso, ya que al compartir ambos igual jerarquía, corresponde aplicar lo que Bidart Campos denomina igual paralelismo de procedimiento para su denuncia y que, así como para alcanzar dicha jerarquía los tratados de derechos humanos requieren una mayoría agravada para alcanzarlo, también debería requerirse la misma para ser denunciados²⁹ Asimismo, la aprobación congresional para que el Ejecutivo denuncie un tratado jerarquizado debe ser mediante forma de ley.

²⁶ “La Constitución Reformada” Ediciones Ciudad Argentina. Bs. As. 1994, pag.257.

²⁷ Ramírez Calvo, Ricardo “ *La Constitución reformada...*”, *op. cit.*,

²⁸ Para Bidart Campos, en cambio, los tratados que se extinguen o denuncian dejan subsistente su normativa en nuestro derecho interno, lo que lleva a afirmar que la jerarquía constitucional le fue otorgada por la propia Constitución, no es susceptible de cancelarse aun cuando carezca de fuente internacional, además porque la adquirió “ en las condiciones de su vigencia” imperantes al 24 de agosto de 1994 siendo inalterables en el futuro (“*Tratado Elemental...*”, tomo VI, pag.576 y 577); me permito discrepar con el distinguido profesor, ya que ello implicaría petrificar el texto constitucional y al mismo tiempo evitar interpretaciones dinámicas toda vez que “ las condiciones de su vigencia” pueden ir variando con el transcurso del tiempo, tal el retiro o renuncia de reservas existentes al momento de su jerarquización o incluso con nuevas interpretaciones que, por ejemplo, sobre la C.A.D.H. podría realizar la Corte Interamericana.

²⁹ Bidart Campos, “ *Tratado Elemental...*”, *op. cit.*, tomo VI, pag. 574 y 575.

Jerarquización constitucional de otros tratados sobre derechos humanos.

El tercer párrafo del inc. 22, realiza una importante apertura hacia la futura jerarquización constitucional de otros tratados sobre derechos humanos, distintos a los expresamente enumerados en el párrafo anterior. La norma prescribe que “*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*”. Se trata de una atribución de poder constituyente delegado por el constituyente reformador a los poderes constituidos en materia de jerarquización de derechos humanos, lo que ha sido calificado por Travieso³⁰ como un “procedimiento indirecto de reforma constitucional”, aunque en realidad se trata de una mutación constitucional por adición toda vez que el texto de la C.N. permanece inalterable aunque con cambios en el “bloque de constitucionalidad federal”

La primera cuestión radica en determinar cuales tratados son pasibles de jerarquización constitucional. Bidart Campos se detiene en el supuesto de tratados que contengan algunas normas sobre derechos humanos pero que globalmente no fuera de derechos humanos; no sin margen de duda, se inclina por hacer prevalecer la “verdad material” de la naturaleza de cada norma al margen de la “verdad formal” o contexto en el que forma parte³¹. Pero, mayor envergadura lo da la duda si los tratados de Derecho Penal Internacional pueden ser jerarquizados constitucionalmente. Al respecto, para Susana Albanese los Tratados de Derechos Humanos reconocen derechos y establecen órganos de control para velar por su observancia y proteger a las víctimas; en cambio la finalidad del Derecho Penal Internacional es crear tribunales, investigar, juzgar y castigar violaciones a los que resulten culpables, aunque con convergencias en torno al respeto de los derechos humanos³².

Surgen dudas sobre si es necesario el cumplimiento de una doble aprobación congresional para jerarquizar constitucionalmente un tratado. Bidart Campos, es de la opinión

³⁰ “*Los Derechos Humanos en la Constitución...*”, op.cit, pag. 35.

³¹ Bidart Campos, op. cit, tomo VI, pag. 572.

³² “*El Estatuto de Roma de 1998 y los tratados sobre Derechos Humanos*”,pags. 121/142 en “*Defensa de la Constitución. Garantismo y Controles. Libro en Reconocimiento al Dr. German Bidart Campos*”,Edit. Ediar, Bs.As, 2003. Esto lleva a la autora a sostener que, por no tratarse estrictamente de un tratado de derechos humanos, no correspondería jerarquizar constitucionalmente al Tratado de Roma de 1998, especialmente por las divergencias jurisprudenciales entre los tribunales de derechos humanos y penales internacionales. Ver, asimismo “*Algunas consideraciones sobre las Diferencias entre Jurisdicción Penal Internacional y Protección Internacional de Derechos Humanos*” de Zlata Drnas de Clement. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, en <http://www.acader.unc.edu.ar>

que al momento de sancionarse la Reforma de 1994 ya existían tratados de derechos humanos aprobados por el Congreso, que constituían derecho vigente por lo que restaba solamente la decisión congresional de dotarlos de la suprema jerarquía en cuyo caso resulta entendible el cumplimiento de las dos etapas; pero cuando se trata de tratados todavía no incorporados a nuestro derecho interno, el Congreso podría obviar los dos pasos y con solamente una aprobación con quórum agravado en el mismo acto se disponga la aprobación y jerarquización constitucional³³. Sin embargo, la intención del constituyente parece ser la del desdoblamiento del procedimiento, tal la opinión de Rodolfo Barra³⁴ y que doctrinariamente concuerda Susana Albanese estimando que deben cumplirse ambas etapas y en forma independiente, correspondiendo la primera la negociación y firma por parte del Ejecutivo, aprobación por el Congreso y ratificación en sede internacional, mientras que la segunda, ya incorporado el tratado al derecho interno, mediante el quórum de votos agravado corresponde la jerarquización constitucional³⁵. Personalmente estimo conveniente el desdoblamiento en dos procedimientos, uno para aprobar y otro para jerarquizar, la que debería realizarse mediante ley, previo cumplimiento del quórum de votos exigido para el caso y posterior promulgación por parte del Poder Ejecutivo, quien podrá ejercer derecho de veto³⁶. Lo que significa que la delegación de atribuciones constituyentes realizada por la Convención lo fue tanto al Congreso Nacional en forma expresa, como al Poder Ejecutivo implícitamente ya que tiene la atribución de promulgar u observar las leyes que jerarquizan constitucionalmente un tratado de derechos humanos.

Para Pérez Guilhou se ha trasladado el ejercicio de poder constituyente desde la Convención hacia el Legislativo y Ejecutivo, quienes pueden modificar jerarquías constitucionales, mientras que para Néstor P. Sagüés y Alberto Zarza Mensaque implica

³³ “*Tratado Elemental...*”, tomo VI, pags. 568 y 569.

³⁴ D.S.C.C., pag. 2833.

³⁵ “*Panorama de los Derechos Humanos...*”, *op. cit.*, pag 934. Ramírez Calvo es de opinión de la doble aprobación, agregando que al no especificar el texto constitucional plazo entre aprobación y jerarquización, por analogía debería aplicarse el de 120 días entre una y otra para la aprobación de tratados de integración con países no latinoamericanos (“*La Constitución reformada...*” *op. cit.*)

³⁶ En contra de la intervención del Ejecutivo para el otorgamiento de jerarquía constitucional ya que la promulgación no resulta constitucionalmente exigible, ver Lorenzo, Víctor R. “*Manual del Derecho de las Convenciones*” Ediciones D&D. Bs. As. 1998, pag. 57. Mi criterio es que si el Congreso aprueba mediante forma de ley, se debe aplicar íntegramente el proceso de formación y sanción de leyes previsto constitucionalmente que, obviamente, incluye la intervención del Poder Ejecutivo, salvo en aquellos casos expresamente vedada su intervención, ej. art. 40 CN

ejercicio de poder constituyente ya que confiere alcurnia constitucional a normas hasta entonces subconstitucionales³⁷

A mi criterio el párrafo 3° constituye una *cláusula abierta* dirigida a un reforzamiento tuitivo de derechos fundamentales no inscriptos en la Constitución o en los tratados jerarquizados por decisión del constituyente reformador de 1994, de tal modo que permite al Congreso y Poder Ejecutivo realizar una tarea que bien puede calificarse como *constituyente derivado y delegado* al otorgar tal jerarquía, cuando adviertan tal necesidad y conveniencia ante instrumentos internacionales que progresivamente brindan mayor y mejor tutela. De tal modo que, al catálogo de Derechos y Garantías previstos en el texto constitucional se lo amplía con los emergentes de las Declaraciones y Tratados jerarquizados en 1994, quedando “abierto” a la espera de nuevas incorporaciones que el progreso de la conciencia jurídica lo exija siguiendo la clara directriz protectora con valor de programa en permanente realización. Corresponde a la prudencia y cuidadoso estudio y análisis del legislador ordinario, devenido por delegación en constituyente, determinar si ello corresponde y vigilar el fiel respeto a los principios del art. 27 CN, que no son otros sino la ideología constitucional, el régimen democrático y republicano, la finalidad personalista y la defensa de los derechos humanos, evitando tentaciones de pretender jerarquizar constitucionalmente todo cuanto aparece en materia de tratados internacionales.

Actualmente dos tratados gozan de jerarquía constitucional. Uno, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas de 1994, aprobada por ley 24556 y adquirido rango constitucional mediante ley 24820, sancionada con las mayorías exigidas constitucionalmente y promulgada en virtud del art. 80 CN³⁸.

El otro, la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, que adoptara la Asamblea General de la ONU en 1968 y que nuestro país aprobara mediante ley 24584 sancionada en 1993 aunque la adhesión a dicha

³⁷ Pérez Guilhou, Dardo “*Sistema y Régimen Político Argentino. ¿ Ha cambiado con la reforma de 1994?*”, pags. 40 y 41, en AAVV “Derecho Constitucional de la Reforma de 1994” Edit. Depalma. Bs.As., 1995; Sagüés, “*Jerarquía constitucional de la ...*” cit,pags. 888 y 889; Zarza Mensaque, Alberto “*La Reforma constitucional de 1994 y el régimen de los tratados internacionales*”, pag.288, en “*Defensa de la Constitución. Garantismo y Controles*” Ediar.2003. Quiroga Lavie, Cenicacelaya y Benedetti la califican como función semiconstituyente, pues sin modificar el texto constitucional, puede producir cambios como si fuera una Convención reformadora (*Derecho Constitucional...*”, op, cit, pag.536).

³⁸ Un comentario sobre el tema, en “*Jerarquía constitucional de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas*” (Néstor Pedro Sagüés, El Derecho 173-888). Este autor estima que, así como el Congreso eligió “ la ruta de la doble ley” por lo que debió cumplir con todo el proceso de formación y sanción de leyes prevista constitucionalmente, lo que permitiría al Ejecutivo vetar la ley, también estima que podría haber escogido otra ruta, menos dependiente del Ejecutivo, tal la declaración o resolución de cada Cámara. Esta última “ruta” no la comparto.

Convención recién se dispuso en 2003³⁹. Asimismo, mediante ley 25778 de dicho año se le otorgó jerarquía constitucional y fue promulgada mediante decreto 688/03.

La Constitución a partir de 1994 ¿ sigue siendo rígida y codificada?

Alberto Bianchi, destaca que con la reforma de 1994 se insinuó un camino hacia la flexibilidad constitucional al permitir al Congreso jerarquizar constitucionalmente tratados internacionales de derechos humanos, y con particular crudeza nos advierte que “ *bajo una constitución formalmente rígida, existe otra constitución real muy diferente y quizás mucho más flexible, incluso, que la de Inglaterra*”⁴⁰, y que Jorge Vanossi expresara que la rigidez de nuestra Constitución ya no va a ser orgánica sino procedimental⁴¹. Para Ekmekdjian y Gelli el inc. 22 implica una flexibilización a la rigidez. mientras que Castorina de Tarquini y Alberto Zarza Mensaque la califican como semiflexible o semirígida al mismo tiempo que para Rey Caro nuestra Constitución dejó de ser rígida.

Estimo que el bloque de constitucionalidad federal está parcialmente integrado por normas rígidas, tales las emergentes del texto constitucional de 1853-60 con las reformas de 1866,1898, 1957 y 1994 para cuya reforma es imprescindible el procedimiento del art. 30 CN; y con normas dotadas de rigidez procedimental aunque no orgánica como son declaraciones y tratados jerarquizados constitucionalmente con un procedimiento de modificación flexible en una suerte de mutación constitucional, tanto para disponer el egreso como el ingreso de normas con jerarquía constitucional. De tal modo que, como lo señala Horacio Rosatti existen normas cuyo ingreso y egreso a la jerarquía constitucional se realiza vía el procedimiento de reforma del art. 30 CN; normas ingresadas mediante decisión del poder constituyente derivado pero con posibilidades de egresar de la jerarquía mediante el inc. 22 del art. 75CN y normas cuyo ingreso y egreso a la jerarquía constitucional se dispone mediante el procedimiento de este inciso⁴².

Por otra parte, la codificación como característica de nuestra Constitución ha sufrido un fuerte impacto, ya que se origina una cierta dispersión por las normas jerarquizadas en los

³⁹ Mediante Decreto 579 del 13/08/2003 se dispuso adherir a la Convención e instruir al Ministro de Relaciones Exteriores a adoptar las medidas necesarias para concretar el depósito del instrumento de adhesión en la Secretaría General de la ONU.

⁴⁰ Bianchi, Alberto “*¿Hacia una Constitución formalmente flexible?*” El Derecho Supl. De Derecho Constitucional del 03/11/2003. Pero, tal afirmación obedece esencialmente a la circunstancia de dos fenómenos que tienen la fuerza suficiente para “ sacarnos de la constitución formal y escrita y llevarnos hacia una constitución formalmente flexible”, pero por decisión de los poderes judicial y legislativo, tales fueron la resolución de la Corte Suprema en la causa “ Fayt” de 1999 y el dictado de la ley 25779.

⁴¹ Vanossi, Jorge “ *La Constitución Evanescente*” en diario La Ley del 01/12/94.

instrumentos internacionales de derechos humanos. Al decir, de Jorge Vanossi se ha dejado de tener una constitución codificada para tener una indirectamente dispersa ya que el art. 75 inc. 22 incrusta un catálogo no cerrado de tratados y convenios, lo que es compartido por Sagüés en tanto la considera dispersa y remirigida⁴³.

CONCLUSIONES

He intentado, reflexionar sobre algunos aspectos que hacen a la trascendente reforma introducida a nuestra Constitución en 1994, cuyas derivaciones hasta este momento no han sido, a mi juicio, tal vez suficientemente meritadas en su profunda relevancia. En efecto, el inc. 22 del art. 75 se inscribe en una línea protectora de derechos humanos afianzando con el otorgamiento de jerarquía constitucional a instrumentos internacionales su indisponibilidad, tanto al elevarlos a igual nivel que la propia Constitución como a reconocer la jurisdicción y competencia de órganos supranacionales protectores de los mismos. La supremacía se exterioriza ahora en la clara existencia de un bloque de constitucionalidad federal integrado por la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales que alcanzaron su misma jerarquía. La protección encuentra ahora una doble fuente: interna e internacional que se potencian recíprocamente y donde ninguna de ellas habilita a frustrar la que proporcione mayor y mejor protección en la aplicación de los principios del Derecho de los Derechos Humanos.

Esta “doble fuente” hace, como claramente lo señala Rolando Gialdino, que nuestro ordenamiento jurídico interno comience a acercarse a otros que creíamos más lejanos y a distanciarse de otros, que estimábamos más “ceranos”⁴⁴. El acercamiento o distanciamiento lo da la circunstancia de ratificar o no tratados internacionales de parte de los Estados que impacta en las fuentes mediatas e indirectas de nuestro Derecho Constitucional, y en este sentido es probable que las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos compartan el papel que tradicionalmente tuvieron los fallos de la Suprema Corte estadounidense como elemento interpretativo de nuestro más Alto Tribunal, aunque sin olvidar

⁴² Rosatti, Horacio. “*La jerarquía de los derechos humanos en la Constitución Nacional*”, pag. 276, en AAVV “*Defensa de la Constitución. Libro en reconocimiento al Doctor Germán Bidart Campos*”. Edit. Ediar. Bs.As. 2003.

⁴³ Vanossi, Jorge “*La jurisdicción universal y el principio de territorialidad desde la perspectiva del Derecho Constitucional Argentino*” Diario El Derecho del 28/11/2001; Sagüés, N. “*Jerarquía constitucional de la Convención...*” op. cit, pags. 888 y 889.

⁴⁴ Gialdino, Rolando “*Fuentes comparadas de la Constitución Nacional en materia de Derechos Humanos. Acercamientos. Distanciamientos: el caso de los Estados Unidos de América*” en Diario El Derecho del 23/10/2003.

ka observación de José Manuel Estrada, en la indispensable consulta a la historia de cada nación para apreciar en su significado sustancial la doctrina de las cláusulas constitucionales ya que textos materialmente iguales no tienen el mismo significado ni responden a las mismas necesidades.

La apertura de nuestra Constitución evidencia que ésta ya no está en soledad y por ello no podemos considerarla como un universo cerrado y excluyente, sino como nos lo enseña Pablo Lucas Verdú, como un pluriverso basado en el pluralismo interno, internacional y comunitario⁴⁵, dentro de – como lo afirma Ricardo Haro⁴⁶, un proceso manifiestamente vigoroso de la incesante búsqueda de la humanidad, aunque parezca paradójico, de encontrarse con el hombre, centro de todo el quehacer cultural y de toda civilización.

⁴⁵ “*La Constitución abierta y sus “enemigos”* Universidad Complutense de Madrid. Ediciones Beramar S.A. Madrid, pag. 91.

⁴⁶ “*Los Derechos Humanos y los tratados que los contienen en el Derecho Constitucional y la jurisprudencia argentinos*” Exposición en la Universidad de Talca. Abril de 2003.