

# **SOBRE DERECHOS FUNDAMENTALES Y SU PROTECCIÓN EN EL ÁMBITO SUPRAESTATAL**

GUSTAVO ALEJANDRO SZARANGOWICZ

*“Los derechos declarados en los tratados están destinados en virtud de los pactos mismos –o sea, del derecho internacional de los derechos humanos- a gozarse, a ejercerse, a hacerse efectivos y a tener vigencia sociológica en el derecho interno de los estados”<sup>1</sup>*

*“Si tanto venimos afirmando que la parte dogmática de la constitución (...) es la más vulnerable y, por ende, la que necesita recibir mayor vigor operacional (...) parece excelente que se le acople, en coadyuvancia, una fuerza análoga proveniente del derecho internacional (...) nada podemos propiciar mejor que un sistema de derechos humanos con doble fuente: la del derecho interno, y la del derecho internacional de los derechos humanos”<sup>2</sup>*

## **§ PLANTEO**

En esta contribución se toma posición en favor de la aplicabilidad directa e inmediata de los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos, en vistas a lograr que la fuerza normativa que revisten se traduzca en su efectiva vigencia en el plano sociológico.<sup>3</sup>

Se propone abordar el tema de la garantía de acceso a la jurisdicción supraestatal como mecanismo de tutela y defensa de tales derechos, de carácter complementario al sistema constitucional interno.<sup>4</sup>

El desarrollo comienza recorriendo el sendero transitado por el derecho internacional de los derechos humanos desde su relativamente reciente nacimiento hasta nuestros días, la relación entre derecho interno y derecho internacional, y el ya en buena medida superado conflicto entre las posturas monistas y dualistas.

La Segunda Parte aborda el clásico dualismo entre los derechos operativos y los programáticos, la distinción entre vigencia y validez desde la perspectiva del garantismo

---

<sup>1</sup> BIDART CAMPOS, Germán J.: Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1995, Tomo III, p.292.

<sup>2</sup> BIDART CAMPOS, Germán J.: El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1995, p.457.

<sup>3</sup> BIDART CAMPOS, Germán J.: El Derecho de la Constitución..., op.cit., p.66.

<sup>4</sup> En relación con este carácter complementario -explícitamente consagrado en el art. 75, inc. 22 de la CN-, enseña Bidart Campos: “(...) lo que “complementa” a algo, se le adiciona como una sumatoria que jamás puede quedar desprovista de efecto; si no lo surtiera, dejaría de complementar, que es tanto como decir: de dar completitud”. BIDART CAMPOS, Germán J.: Tratado Elemental de Derecho..., op.cit., p.283.

y las características propias del constitucionalismo formal y del constitucionalismo sustancial.

Finalmente, la Tercera Parte analiza la relación del derecho constitucional argentino y del derecho internacional de los derechos humanos desde la reforma constitucional de 1994, la garantía supranacional de acceso a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a nivel regional en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, y el grado de eficacia real de tal mecanismo de tutela.

## **§ PRIMERA PARTE**

### **§ I. Los derechos fundamentales en el sistema jurídico internacional.**

#### **1. Tres momentos históricos relevantes.**

Poco después de finalizada la Segunda Guerra Mundial, se firmó en San Francisco la Carta de las Naciones Unidas, que, pese a sus falencias evidentes, es “el intento más logrado hasta ahora de organización de la comunidad internacional”<sup>5</sup>.

La Carta de la ONU fue el puntapié inicial del proceso de internacionalización<sup>6</sup>, entendido éste como el esfuerzo realizado por los estados para la construcción de un sistema de protección de los derechos humanos a nivel mundial.<sup>7</sup>

El segundo de los acontecimientos históricos de singular importancia que, con la discrecionalidad apuntada más arriba, me permito subrayar, es la celebración de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, incorporada al sistema jurídico nacional en 1980 mediante la ley 19.895.

La característica sobresaliente de este instrumento que mayor interés reviste a los fines expositivos puede sintetizarse en la positivización de los siguientes principios del derecho internacional público, hasta entonces reservados al ámbito de la costumbre internacional: a) el reconocimiento expreso del carácter particular de las normas de *ius cogens* (arts. 53, 64 y 66), dentro de las cuales se cuentan las relacionadas con los derechos fundamentales<sup>8</sup>; b) la regla de *pacta sunt servanda* que rige entre las partes del acuerdo (art.26); c) la prohibición de alegar el derecho interno para justificar el incumplimiento de

---

<sup>5</sup> BARBOZA, Julio: Derecho Internacional Público, Zavalia, Buenos Aires, 1999, p.34.

<sup>6</sup> En este sentido, Bidart Campos distingue entre la universalización y la internacionalización de los derechos humanos, utilizando como línea divisoria entre una y otra el carácter interno o internacional de las normas que declaran y tutelan los derechos fundamentales. BIDART CAMPOS, Germán J.: Constitución Nacional y Derechos Humanos, su reciprocidad simétrica, Ediar, Buenos Aires, 1991, p.75.

<sup>7</sup> TRAVIESO, Juan Antonio: Historia de los Derechos Humanos y Garantías, Heliasta, Buenos Aires, 1993, p.235.

<sup>8</sup> TRAVIESO, Juan A.: Derechos Humanos y Derecho Internacional, Heliasta, Buenos Aires, 1996, p.244.

un tratado (art.27), salvo la excepción prevista en el art.46<sup>9</sup>; y d) la interpretación de buena fe (art.31) de las cláusulas del mismo<sup>10</sup>.

La entrada en vigor de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) es el tercer acontecimiento que me permito calificar de esencial.

Las características del sistema de protección de los derechos fundamentales implementado a nivel regional por el Pacto de San José de Costa Rica serán desarrolladas oportunamente en la Tercera Parte.

No obstante, por lo que representó -y representa- la Convención Americana, en relación a nuestro sistema jurídico constitucional, la breve reseña planteada al principio de esta Primera Parte quedaría groseramente incompleta si no la incluyera entre los sucesos históricos más trascendentes en materia de derecho internacional de los derechos humanos.

## **2. Un clásico: la relación entre el derecho interno y el derecho internacional.**

En su *Teoría General del Derecho y del Estado*, Hans Kelsen –máximo exponente de las teorías monistas- analizando la relación entre derecho interno y derecho internacional y el problema de la soberanía como cualidad de los ordenamientos jurídicos nacionales, afirmó que el derecho internacional, a través de su principio de efectividad<sup>11</sup>, determina el ámbito y la razón de validez del derecho nacional por lo cual la superioridad del primero sobre este último se desprende del contenido del derecho mismo.<sup>12</sup>

El debate doctrinario entre monistas y dualistas ha quedado zanjado, en buena medida, por las propias disposiciones del derecho internacional positivo, el cual, expresamente, ha postulado su supremacía por sobre los sistemas jurídicos internos.<sup>13</sup> En efecto, al *derecho de gentes* le resulta indiferente la forma en que los estados, internamente, resuelven el problema de la articulación de sus normas, siempre que el resultado sea compatible con los compromisos contraídos internacionalmente (art. 27, Convención de

---

<sup>9</sup> BARBOZA, Julio: Derecho Internacional Público, op.cit. p.71.

<sup>10</sup> BARBOZA, Julio: Derecho Internacional Público, op.cit. p.124.

<sup>11</sup> "De acuerdo con este principio internacional, una autoridad realmente establecida constituye el gobierno legítimo; el orden coercitivo establecido por este gobierno es un orden jurídico, y la comunidad integrada por tal orden es un Estado en sentido internacional, sólo en cuanto dicho orden tiene, en su totalidad eficacia", KELSEN, H.: *Teoría General del Derecho y del Estado*, Trad. de Eduardo García Maynes, Imprenta Universitaria, México, 1949, p.125

<sup>12</sup> KELSEN, H.: *Teoría General del Derecho y del Estado*, op.cit., p.405.

<sup>13</sup> Ver lo apuntado en el acápite 1, de esta Primera Parte. En igual sentido, BIDART CAMPOS, Germán J.: *El Derecho de la Constitución...*, op.cit, p.457; *Tratado Elemental de Derecho...*, op.cit., Tomo III, p.287; MONCAYO, VINUESA, GUTIÉRREZ POSSE, *Derecho Internacional Público*, Zavallía, Buenos Aires, 1994, Tomo I., p.57; ALBANESE, Susana: *Promoción y Protección Internacional de los Derechos Humanos*, La Rocca, Buenos Aires, 1992, p.134.

Viena sobre el Derecho de los Tratados). Esto reviste singular importancia para el pleno desarrollo de un sistema supranacional de protección de los derechos fundamentales porque, a decir de Bidart Campos: “un estado que, en acatamiento a una jurisdicción supraestatal, está prevenido de que violaciones internas a los derechos son susceptibles de derivarse a control y enjuiciamiento de una instancia internacional mediante acusación de incumplimiento de tratados sobre derechos humanos, seguramente se esmerará más en preservar los derechos de quienes están sometidos a su jurisdicción interna”<sup>14</sup>. Dicho autor afirma que los derechos fundamentales, por ser los más vulnerables, requieren un mayor vigor operacional para alcanzar efectiva vigencia sociológica, por ende, en el plano interno -que es en el que se los materializa en última instancia- se fortalece la fuerza normativa de la constitución que los alberga, cuando el Derecho Internacional “acude en su auxilio a título de cobertura subsidiaria”<sup>15</sup>.

Actualmente, se verifica en la comunidad internacional una clara tendencia hacia la integridad del derecho<sup>16</sup>, exteriorizada no sólo en las normas positivas del ordenamiento internacional, sino también en las disposiciones constitucionales de los diferentes estados.<sup>17</sup> En esta línea, ya difícilmente pueda concebirse que un estado democrático, en los albores del siglo XXI, pueda “(...) ser reacio ni egoísta a las aperturas internacionales y comunitarias. Es casi hasta irrisorio que para cautelar su poder constituyente y la supremacía de la constitución incurra en posturas aislacionistas de hipersuficiencia interna o en ensimismamientos análogos, desconociendo los principios de buena fe y lealtad internacional y desconfiando del derecho internacional de los derechos humanos (...)”<sup>18</sup>. Negarse a reconocer que los tratados internacionales sobre derechos fundamentales armonizan perfectamente con la constitución es “detener a destiempo los avances más valiosos que, lentamente desde 1945 a la fecha, se vienen produciendo en procura de dignificar la existencia de los seres humanos y de afianzar sus derechos en dimensión universal”<sup>19</sup>.

## § SEGUNDA PARTE

---

<sup>14</sup> BIDART CAMPOS, Germán J.: El Derecho de la Constitución..., op.cit., p.458.

<sup>15</sup> BIDART CAMPOS, Germán J.: El Derecho de la Constitución..., op.cit., p.456.

<sup>16</sup> Múltiples constituciones recientes reconocen jerarquía constitucional, y hasta supraconstitucional, a los tratados relativos a derechos humanos. Ver BARBOZA, Julio: Derecho Internacional Público, op.cit., p. 59 y ss. ALBANESE, Susana: Promoción y Protección..., op.cit., p.128 y ss. BIDART CAMPOS, Germán J.: El Derecho de la Constitución..., op.cit., p.461 y ss.

<sup>17</sup> ALBANESE, Susana: Promoción y Protección..., op.cit., p.126.

<sup>18</sup> BIDART CAMPOS, Germán J.: El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa, op.cit., p.458.

<sup>19</sup> Idem.

## **§ I. El Derecho Constitucional desde una perspectiva garantista.**

### **1. Garantismo constitucional. Validez y vigencia de las normas jurídicas en el nuevo paradigma.**

El garantismo enfatiza el rol de los “instrumentos de naturaleza defensora”<sup>20</sup> del sistema jurídico constitucional.

Esta corriente doctrinaria rompió con el paradigma jurídico dominante durante la primera mitad del siglo XX<sup>21</sup> al postular lo que Ferrajoli denominó “una segunda revolución”<sup>22</sup> en la teoría del Derecho.

Según Ferrajoli, el carácter “revolucionario” consistiría en el abandono del criterio clásico de validez, incorporando al sistema de producción de normas jurídicas el elemento sustancial que obliga a los poderes públicos a respetar los contenidos impuestos por los derechos fundamentales de rango constitucional, lo que implica adoptar un modelo de estado constitucional de derecho que reemplace al tradicional estado legislativo de derecho, añadiéndole a la democracia formal, que regula quien toma las decisiones y como debe tomarlas, una dimensión material que establece también qué es lo que puede y qué es lo que debe decidirse.<sup>23</sup>

Para la teoría garantista la vigencia guarda relación con la forma de los actos normativos, siendo una cuestión de subsunción o correspondencia de las formas de los actos productivos de disposiciones normativas, con las previstas por las normas formales sobre su producción, en particular, la constitución. La validez, al referirse al significado, es por el contrario una cuestión de coherencia o compatibilidad de las normas producidas con las de carácter sustancial sobre su producción.<sup>24</sup>

Para que los derechos fundamentales que la Constitución federal alberga en su seno alcancen vigencia en el plano sociológico, resulta imprescindible poner en

---

<sup>20</sup> FERREYRA, Raúl Gustavo: Notas sobre Derecho Constitucional y Garantías, Ediar, Buenos Aires, 2001, p.130

<sup>21</sup> FERRAJOLI, Luigi: Derechos y Garantías. La ley del más débil, Trotta, Madrid, 2001, p.67, FERREYRA, Raúl Gustavo: Notas sobre Derecho Constitucional y Garantías, op.cit., p.128.

<sup>22</sup> FERRAJOLI, Luigi: Derechos y Garantías..., op.cit., p.66.

<sup>23</sup> FERRAJOLI, Luigi: Los fundamentos de los derechos fundamentales, Trotta, Madrid, 2001, p.36. “Todos los derechos fundamentales- no sólo los derechos sociales y las obligaciones positivas que imponen al Estado, sino también los derechos de libertad y los correspondientes deberes negativos que limitan sus intervenciones- equivalen a vínculos de sustancia y no de forma, que condicionan la validez sustancial de las normas producidas y expresan al mismo tiempo, los fines a que está orientado ese moderno artificio que es el Estado constitucional de derecho” FERRAJOLI, Luigi: Derechos y Garantías..., op.cit., pp.22 y 23.

<sup>24</sup> FERRAJOLI, Luigi: Derechos y Garantías..., op.cit., p.21, FERREYRA, Raúl Gustavo: Notas sobre Derecho Constitucional y Garantías, op.cit., p.129; SERRANO, José Luis: Validez y vigencia. La aportación garantista a la teoría de la norma jurídica, Trotta, Madrid, 1999, pp.24, 51, 54.

funcionamiento instrumentos garantistas que operen eficazmente frente a cualquier intento de violación a sus prescripciones<sup>25</sup>, tanto “en la esfera privada contra los poderes públicos como en la esfera pública contra los poderes privados”<sup>26</sup>. La ausencia de estas garantías tiraría por la borda la fuerza normativa que se atribuye a la Constitución, impidiendo la concretización material del proyecto político-jurídico que persigue.<sup>27</sup>

Las garantías de los derechos fundamentales reconocidos por el sistema constitucional y por los instrumentos internacionales de derechos humanos actualmente continúan siendo a todas luces inoperantes. Sin embargo, como paradigma de la democracia constitucional en estado embrionario, el garantismo puede y debe ser ampliado, en una triple dirección: en primer lugar, garantizando todos los derechos, tanto los de primera como los de segunda y tercera generación; en segundo lugar, en relación con todos los poderes, ya sean públicos, como los estatales, o privados, como los del mercado; y en tercer lugar, a todos los niveles, no sólo en el derecho interno sino también en el internacional.<sup>28</sup>

## **§ TERCERA PARTE**

### **§ I . El derecho internacional de los derechos humanos y el derecho constitucional argentino desde la reforma de 1994.**

#### **1. La nueva jerarquía normativa en el sistema jurídico interno.<sup>29</sup>**

Uno de los temas más trascendentes de la reforma constitucional de 1994 ha sido la modificación del esquema tradicional de jerarquía normativa de nuestro derecho interno. En efecto, la incorporación del art 75 inc.22 en la Constitución federal no sólo despejó

---

<sup>25</sup> “Frente a la tesis de la confusión entre los derechos y sus garantías, que quiere decir negar la existencia de los primeros en ausencia de las segundas, sostendré la tesis de su distinción, en virtud de la cual la ausencia de las correspondientes garantías, equivale, en cambio, a una inobservancia de los derechos positivamente estipulados, por lo que consiste en una indebida laguna que debe ser colmada por la legislación” FERRAJOLI, Luigi: *Derechos y Garantías...*, op.cit., p.43; *Los fundamentos de los derechos...*, op.cit., p.26.

<sup>26</sup> FERRAJOLI, Luigi: “Garantías Constitucionales”, en *Revista Argentina de Derecho Constitucional*, Año I, Número 2, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2000, p.42

<sup>27</sup> FERREYRA, Raúl Gustavo: *Notas sobre Derecho Constitucional y Garantías*, op.cit., p.121

<sup>28</sup> FERRAJOLI, Luigi: “Garantías constitucionales”, en *Revista Argentina...*, op.cit., p.52.

<sup>29</sup> Ver entre otros: BIDART CAMPOS, Germán J.; *Tratado Elemental de Derecho...*, op.cit., Tomo III, p.273, 276; *El Derecho de la Constitución...*, op.cit., p.459; BARBOZA, Julio: *Derecho Internacional Público*, op.cit., pp. 76 y ss.; GORDILLO, Agustín: *Derechos Humanos*, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1999, Cap. III, p.19; TRAVIESO, Juan A.: *Derechos Humanos y Derecho Internacional*, op.cit., p.200 y ss.; ALBANESE, Susana: *Promoción y Protección...*, op.cit., p.134; MONCAYO, Guillermo: *Reforma constitucional, derechos humanos y jurisprudencia de la Corte Suprema*, en AA.VV., *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Del Puerto, Buenos Aires, 1997, p.91; ABREGÚ, Martín: *La aplicación del derecho internacional de los derechos humanos por los tribunales locales: una introducción*, en AA.VV., *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Del Puerto, Buenos Aires, 1997, p.14.

dudas respecto del orden de prelación entre los tratados y las leyes, sino que elevó expresamente a algunos de ellos a su mismo rango.

En su segundo párrafo, la norma citada reconoce expresamente jerarquía constitucional a once instrumentos internacionales de derechos humanos, situándolos en el vértice mismo del sistema jurídico nacional.<sup>30</sup> Asimismo se deja abierta la posibilidad de que otros tratados sobre derechos humanos no incluidos en el listado de los revestidos con jerarquía constitucional puedan alcanzarla, si se cumple con el procedimiento establecido en el tercer párrafo de la norma en cuestión. En cuanto a los demás tratados, sean o no de derechos humanos, la reforma les ha otorgado jerarquía superior a las leyes, poniendo punto final al problema de la interpretación del art. 31 de la Constitución federal. Con este nuevo texto, entonces, todos los tratados están por encima de las leyes, tal como lo estableció la Corte Suprema (CSJN) en el fallo "*Ekmekdjian c/Sofovich*"<sup>31</sup>, pero algunos de ellos gozan de jerarquía constitucional.<sup>32</sup>

Concretamente, los tratados de derechos humanos constitucionalmente jerarquizados no pierden por ello su naturaleza de normas internacionales. Si bien se incorporan al derecho interno con el rango privilegiado que les confiere el art 75, inc.22, no por ello se incorporan a la Constitución federal, es decir a su texto documental, sino que pasan a formar parte del "bloque de constitucionalidad"<sup>33</sup> que, desde fuera de ella, la complementa congruentemente en vistas a reforzar y legitimar su fuerza normativa.<sup>34</sup>

La vigencia normológica del nuevo orden jerárquico constitucionalmente establecido por la reforma de 1994, persigue conferir completitud al sistema de derechos fundamentales de la Constitución a través de una doble fuente: la interna y la internacional, con miras a alcanzar su fin último y, por cierto, el más difícil: la vigencia sociológica imprescindible para evitar que queden esterilizados por falta de sustento material.<sup>35</sup>

---

<sup>30</sup> Se trata de 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 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 Crueles, Inhumanos o Degradantes y la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 75, inc.22 de la Constitución Nacional).

<sup>31</sup> CSJN 315:1492

<sup>32</sup> ABREGÚ, Martín: "La aplicación del derecho internacional...", op.cit., p.14.

<sup>33</sup> Desde la perspectiva trialista de Bidart Campos: "Por tal puede entenderse un conjunto normativo que contiene disposiciones, principios o valores materialmente constitucionales, fuera del texto de la constitución documental." BIDART CAMPOS, Germán J.: El Derecho de la Constitución..., op.cit., p.264

<sup>34</sup> BIDART CAMPOS, Germán J.: Tratado Elemental de Derecho..., op.cit., Tomo III, p. 278, 285.

<sup>35</sup> Ver BIDART CAMPOS, Germán J.: Tratado Elemental de Derecho..., op.cit., Tomo III, p. 274.

## **2. Operatividad y programaticidad en relación con los tratados de derechos humanos de jerarquía constitucional.**

Puede resultar ilustrativo para iniciar este apartado, transcribir textualmente el criterio amplio sentado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (COIDH) -a cuya jurisdicción nuestro país se sometió expresamente “por tiempo indefinido y bajo condición de estricta reciprocidad”<sup>36</sup>-en su Opinión Consultiva N°2/82: “Los tratados modernos sobre derechos humanos en general, y en particular la Convención Americana (actualmente de jerarquía constitucional) no son tratados multilaterales del tipo tradicional concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal, dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción”<sup>37</sup>.

En el mismo sentido, en la OC N°11/90, dicho Tribunal precisó el alcance del art.1 de la Convención, afirmando que los estados parte deben no solamente “respetar los derechos y libertades reconocidos en ella”, sino además “garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción”, entendiendo que el término “garantizar” incluye el deber del estado de remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que el mencionado instrumento les reconoce. Por consiguiente, la tolerancia del estado a circunstancias o condiciones que impidan a los individuos acceder a los recursos internos adecuados para efectivizar sus derechos constituye una violación del art. 1.1 del Pacto de San José.

Dado que en el ámbito del derecho interno, tanto constitucional como legal, se verifica la existencia de normas programáticas, no resulta extraño encontrarlas también en los instrumentos internacionales. Sin embargo, “reconocer que las normas programáticas (de un tratado, de una constitución o de una ley) reclaman el complemento de otra norma

---

<sup>36</sup> Ley 23.054 del 01/03/1984, promulgada el 19/03/1984, publicada en el Boletín Oficial el 27/03/1984, presentado el instrumento de ratificación de fecha 14/08/1984 ante la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos el 05/09/1984.

<sup>37</sup> OC N°2/82



que especifique y lleve a término el “programa” es radicalmente distinto a negarles fuerza normativa directa.<sup>38</sup>

Lo expuesto hasta aquí permite enarbolar el principio de operatividad de las normas de derechos humanos y la responsabilidad internacional que corresponde al estado que incumple –ya sea por acción o por omisión- las prescripciones de los instrumentos que los consagran.

Para concluir este acápite siguiendo la línea trazada al comenzarlo, me remito nuevamente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos y a uno de los principios sentados en la OC N°7/86, que bien puede aplicarse a la totalidad de los tratados internacionales de derechos fundamentales: “el sistema mismo de la Convención está dirigido a reconocer derechos y libertades a las personas y no a facultar a los Estados para hacerlo”.

## **§ II. La jurisdicción supraestatal en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos.**

### **1. Aclaraciones preliminares**

Si bien es cierto que el problema de las garantías constitucionales -en el sentido amplio al que adhiero<sup>39</sup>- no se limita, ni mucho menos, a perseguir únicamente una finalidad de naturaleza u orden jurisdiccional que reestablezca el derecho individual, grupal o colectivo vulnerado<sup>40</sup>, no menos cierto es que uno de los pilares más sólidos de la teoría garantista es el rol que se confiere a los jueces como garantes de los derechos fundamentales.

No cabe duda del papel trascendente que desempeñan los órganos jurisdiccionales – cuando efectivamente son independientes e imparciales-, en la consolidación de un verdadero estado constitucional de derecho.

### **2. La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Características, funciones y requisitos para acceder a ella.**

La Corte tiene expresamente otorgadas funciones contenciosas (arts. 61 a 63 de la CADH) y funciones consultivas (art. 64 CADH)<sup>41</sup>. Al respecto, en la OC N°3/83, ella

---

<sup>38</sup> BIDART CAMPOS, Germán J.: Tratado Elemental de Derecho..., op.cit., Tomo III, p. 302.

<sup>39</sup> FERREYRA, Raúl Gustavo : Notas sobre Derecho Constitucional y Garantías, op.cit., p.130.

<sup>40</sup> FERREYRA, Raúl Gustavo: Notas sobre Derecho Constitucional y Garantías, op.cit., p.150.

<sup>41</sup> En relación con las funciones contenciosas y consultivas puede verse, entre otros: ALBANESE, Susana y BIDART CAMPOS, Germán, J: Derecho Internacional, Derechos Humanos y Derecho Comunitario, op.cit.,

misma especificó que “en materia contenciosa el ejercicio de la competencia de la Corte depende normalmente de una cuestión previa y fundamental, como es el consentimiento de los Estados para someterse a su jurisdicción. Si ese consentimiento ha sido otorgado, los Estados que participan en el proceso toman técnicamente el carácter de partes en el mismo y se comprometen a cumplir con la decisión de la Corte (art.68.1, convención)”, agregando posteriormente que “ninguna de estas consideraciones está presente en los procedimientos consultivos. No hay partes pues no hay demandados o actores, ningún Estado es requerido a defenderse contra cargos formales ya que el procedimiento no los contempla: ninguna sanción judicial está prevista ni puede ser decretada” dado que la finalidad de dicho procedimiento no es otra que “facilitar a los Estados miembros y a los órganos de la OEA la obtención de una interpretación judicial sobre una disposición de la convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos”<sup>42</sup>.

El art. 61 de la CADH taxativamente limita a los estados partes del tratado y a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) la facultad de someter un caso a la Corte, vedando a las personas, tanto físicas como jurídicas, la posibilidad de actuar en la jurisdicción contenciosa. Asimismo, para que la COIDH pueda entender en un caso es necesario que se hayan agotado los procedimientos ante la CIDH (art.61, 2º párrafo), lo cual complica aún más el acceso a los estrados del mencionado tribunal.<sup>43</sup>

Otro de los requisitos para que el ejercicio de las funciones contenciosas sea viable lo impone el art. 62, párrafo 3º, cuando dispone que los estados partes deben haber reconocido en forma expresa –ya sea incondicionalmente, bajo condición de reciprocidad, por un plazo determinado, o para casos específicos- la competencia de la Corte para que esta pueda serles aplicada. La ausencia de dicho reconocimiento impide juzgar al estado ante el tribunal interamericano, negando, lisa y llanamente, la garantía de acceso a la jurisdicción supranacional a las personas cuyos derechos fundamentales se hayan lesionado.

La COIDH puede disponer la adopción de medidas provisionales cuando considere que en aquellos asuntos que esté conociendo pudiera ocasionarse un daño irreparable

---

p.33; TRAVIESO, Juan Antonio: Derechos Humanos y Jurisprudencia, Ed. Eudeba, Buenos Aires, 1998, p.23; Derechos Humanos y Derecho Internacional, op.cit., p.428; GORDILLO, Agustín: Derechos Humanos, op.cit., Cap. III, p.20, BARBOZA, Julio: Derecho Internacional Público, op.cit., p.667, MONCAYO, Guillermo: “Reforma constitucional...”, op.cit.,p.94.

<sup>42</sup> ALBANESE, Susana: Promoción y Protección..., op.cit., p.117.

<sup>43</sup> BARBOZA, Julio: Derecho Internacional Público, op.cit., p.666.

(art.63, segundo párrafo). Puede también tomar este tipo de medidas en los asuntos que aún no estuvieren sometidos a su conocimiento si así lo solicita la CIDH.

En cuanto a las sentencias de la Corte, la CADH en su art.68, párrafo 1º dispone que deberán ser acatadas por los Estados miembros de la Convención en todo caso en que sean parte.

Hasta aquí se han enunciado algunos de los elementos esenciales que caracterizan tanto a las funciones de la COIDH como al procedimiento dispuesto para poner en funcionamiento esta única garantía jurisdiccional de carácter supranacional que, por el momento, existe en el ámbito regional como protección de los derechos fundamentales amparados por el sistema jurídico argentino.

Los obstáculos a un pleno, sencillo y expedito acceso al órgano judicial interamericano - livianamente mencionados más arriba- son evidentes. La efectiva protección que exigen los derechos humanos para materializarse en el plano sociológico, a lo largo y a lo ancho del continente, demandan con urgencia la implementación de mecanismos garantistas supraestatales de carácter jurisdiccional más dinámicos, simples y accesibles para las personas, tanto individuales como grupales, que vean mancillados los derechos y libertades fundamentales que la constitución y los pactos les reconocen.

Frente a esto, resulta imposible negar, pese a todas sus imperfecciones, el gigantesco avance que significó a nivel regional, en materia de derechos humanos, el Pacto de San José de Costa Rica y la creación de la COIDH.

### **3. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Corte Suprema de Justicia de la Nación.**

El 7 de abril de 1995, en el conocido caso "*Gioldi*"<sup>44</sup>, la CSJN ha dicho que la interpretación de la Convención Americana debe efectuarse "tal como la Convención citada rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación"; "De ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana (confr.

---

<sup>44</sup> "Gioldi, H. s/recurso de casación", CS, sentencia del 7 de abril de 1995; JA, Tomo 1995-III.

arts. 75 de la Constitución Nacional, 62 y 64 Convención Americana (artículo 2º ley 23.054)”, incluyendo las opiniones consultivas del tribunal”<sup>45</sup>.

En los casos “*Cafés la Virginia*”<sup>46</sup> y “*Fibraca*”<sup>47</sup>, la Corte sostuvo expresamente la primacía de los tratados sobre las leyes internas, argumentando lo dispuesto por el art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. En este sentido, sentenció que: “La necesaria aplicación de este artículo impone a los órganos del Estado argentino -una vez asegurados los principios de derecho público constitucionales<sup>48</sup>- asignar primacía a los tratados ante un eventual conflicto con cualquier norma contraria”. Esta postura resulta coherente con la adoptada por la COIDH, en su OC N°6/86, al pronunciarse acerca del alcance del término “leyes” en el marco del art. 30 de la Convención. En esa oportunidad el Tribunal Interamericano, por unanimidad, opinó que una ley es una “norma jurídica general, ceñida al bien común emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados partes para la formación de las leyes”<sup>49</sup>.

En el *leading case* “*Ekmedjian c/ Sofovich*”<sup>50</sup>, la CSJN ya había establecido el principio señalado en el párrafo anterior pero, además, tomó clara posición respecto al clásico problema de la operatividad de las normas de los tratados en el derecho interno, valiéndose para ello de la interpretación que la Corte Interamericana de Derechos Humanos realizara del art. 14.1 del Pacto de San José en su OC N°7/86.<sup>51</sup> En esa ocasión, la COIDH había considerado directamente operativo el derecho de rectificación o respuesta por entender que cuando el mencionado artículo de la Convención lo supedita a “las condiciones que establezca la ley”, el término “ley” es empleado en sentido amplio, siendo su propósito determinar las cuestiones accesorias vinculadas con el ejercicio de ese derecho, cuyos elementos esenciales se desprenden del mismo tratado.

---

<sup>45</sup> MONCAYO, Guillermo: “Reforma constitucional...”, op.cit., p.92; TRAVIESO, Juan Antonio: Derechos Humanos y Jurisprudencia, op.cit., p.194; GORDILLO, Agustín: Derechos Humanos, op.cit., Cap. II, p.15; ABREGÚ, Martín: “La aplicación del derecho internacional...”, op.cit., p.20

<sup>46</sup> “*Cafés la Virginia, S.A. s/apelación*”, 13/10/1994, ED: t. 160, p.252.

<sup>47</sup> “*Fibraca Constructora, S.C.A. c/ Comisión Técnica Mixta de Salto Grande*”, 07/07/1993, ED: t. 154, p.164.

<sup>48</sup> Si bien la expresión “una vez asegurados los principios de derecho público constitucionales” se ajusta a los art. 31 y 27 de la CN, desde el punto de vista exterior implican una violación a Convención de Viena –la cual no distingue entre Constitución y leyes al referirse al “derecho interno” en su art.27-, que generará eventualmente responsabilidad internacional de nuestro país. Ver BARBOZA, Julio, Derecho Internacional Público, op.cit., p.73.

<sup>49</sup> OC-N°6/86.

<sup>50</sup> CSJN 315:1492, ED:148:338.

<sup>51</sup> OC-N°7/86. Ver MONCAYO, Guillermo: “Reforma constitucional...”, op.cit., p.90

Otro de los puntos neurálgicos que la CSJN aborda en el fallo “*Ekmedjian*”, siguiendo las pautas interpretativas de la Corte Interamericana, es el de las medidas “de otro carácter” que, según el art. 2º del Pacto de San José de Costa Rica, los estados partes se comprometen a adoptar para garantizar el ejercicio de los derechos y libertades individuales que no estuvieren ya garantizados.<sup>52</sup> Ante la falencia de las medidas legislativas apropiadas y recogiendo “el lejano principio rector de *Kot*<sup>53</sup> y *Siri*<sup>54,55</sup>”, el Máximo Tribunal de Justicia de la Nación expresó que “la obligación es también de los jueces, no solamente del legislador”.

### § A MODO DE CONCLUSIÓN

De lo expuesto se desprenden las siguientes conclusiones:

1. Desde fines del siglo XX se verifica, a nivel mundial, una irreversible tendencia a la integración política, económica, social y también jurídica en los estados que conforman la comunidad internacional.

2. En el plano normativo, el derecho internacional público (DIP) ha postulado su supremacía en relación a los sistemas jurídicos internos de los distintos estados.

3. El derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) forma parte del *ius cogens* del DIP, lo cual lo ubica a la cabeza de la pirámide normativa del sistema jurídico internacional.<sup>56</sup>

4. El fin último de los derechos fundamentales positivizados en los diferentes instrumentos normativos del DIDH, no es otro que alcanzar la materialización efectiva en el plano sociológico.

5. Los órganos jurisdiccionales internacionales, a los que les compete aclarar el alcance de los principios recogidos por las normas del *derecho de gentes*, han interpretado que los derechos y libertades fundamentales del DIDH, en virtud de la finalidad intrínseca que persiguen, revisten, por regla general, carácter operativo.

---

<sup>52</sup> “Entre las medidas “de otro carácter” nosotros advertimos claramente la inclusión de las sentencias: los estados parte se obligan a que sus sentencias -como medidas de “otro carácter” diferente al de las leyes- provean a la aplicación de los pactos, reconociendo, garantizando y facilitando el ejercicio y goce de los derechos que ellos declaran (...) si acaso un estado no adopta las medidas legislativas necesarias a que queda obligado, otras medidas de “otro carácter”, como las sentencias, tendrán que remediar la omisión, suplir la ausencia de la ley, o conferir funcionamiento por sí mismas a las normas de los tratados.” BIDART CAMPOS, Germán J.: Tratado Elemental de Derecho..., op.cit., Tomo III, p.305.

<sup>53</sup> CSJN 241:291

<sup>54</sup> CSJN 239:459

<sup>55</sup> GORDILLO, Agustín: Derechos Humanos, op.cit., Cap. II, p.28

<sup>56</sup> En relación con la gradación intra jerárquica dentro del Derecho Internacional puede verse ALBANESE, Susana y BIDART CAMPOS, Germán, J.: Derecho Internacional, Derechos Humanos y Derecho Comunitario, op.cit., p.159, 208.

6. La mayoría de las constituciones actuales, siguiendo la tendencia internacional imperante, han jerarquizado expresamente los derechos humanos, otorgándoles el máximo rango dentro del ordenamiento constitucional interno.

7. La reforma constitucional de 1994 otorgó jerarquía constitucional a los tratados sobre derechos humanos enumerados en el art. 75, inc.22.

8. Los tratados sobre derechos humanos constitucionalmente jerarquizados complementan a la Constitución federal, en vistas a lograr, por esta doble fuente, interna e internacional, alcanzar la mayor completitud normativa posible para la protección de los derechos fundamentales.

9. La Convención Americana sobre Derechos Humanos reviste jerarquía constitucional en el sistema jurídico argentino, ubicándose en la cúspide de la pirámide normativa nacional.

10. Su máximo órgano de aplicación e interpretación, la Corte Interamericana de Derechos Humanos –a cuya competencia nuestro país se ha sometido-, expresamente ha determinado que los derechos tutelados en la Convención deben considerarse, en principio, operativos.

11. Las acciones u omisiones de los estados partes del Pacto que contraríen sus disposiciones generan responsabilidad internacional por incumplimiento.

12. El ámbito en el que los derechos humanos están destinados a hacerse efectivos es el interno de cada uno de los estados miembros.

13. Por esto, además de las obligaciones legislativas y administrativas que garanticen el pleno disfrute de los derechos y libertades amparados por la Convención, removiendo los obstáculos que impidan su ejercicio, el estado tiene el deber de tomar todas las “medidas de otro carácter” que sean necesarias para proteger los derechos humanos de los individuos sometidos a su jurisdicción.

14. Más allá de la vigencia normativa del DIDH -desde una perspectiva garantista basada en la distinción entre legitimidad formal y legitimidad sustancial de las normas- todo estado sustancialmente democrático debería velar por el cumplimiento de la meta última de los derechos fundamentales: su efectiva vigencia en el plano sociológico.

15. La falta de cumplimiento efectivo de los derechos fundamentales que se verifica en la práctica, obliga a articular los mecanismos garantistas necesarios para alcanzar la aludida vigencia sociológica.

16. Dentro del conjunto de esos mecanismos, reviste particular trascendencia la garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales constitucionalmente amparados.

17. Por ello, entre las “medidas de otro carácter” anteriormente señaladas, el lugar más importante lo ocupan las sentencias judiciales, llamadas a colmar el vacío dejado por los otros poderes estatales en materia de derechos humanos, sea cual fuere la razón de ese vacío.

18. Los órganos jurisdiccionales supranacionales -pese a las falencias propias de todo sistema embrionario- son una garantía extra que, en los hechos, viene demostrando una importancia creciente para la protección y el respeto de los derechos y libertades fundamentales a nivel interno.

19. Las decisiones jurisprudenciales, tanto contenciosas como consultivas, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos han generado un notable efecto homogeneizante y estabilizante de las resoluciones judiciales en todos los estados partes del Pacto.

20. Resulta esencial perfeccionar y multiplicar las garantías de acceso a la jurisdicción supraestatal, a nivel regional, continental y mundial para lograr alcanzar el efectivo goce de los derechos humanos en el plano sociológico.

Para finalizar, resumo la idea principal contenida en este trabajo citando textualmente una proposición de Ferrajoli: “No pienso en absoluto en un improbable y no deseable gobierno mundial. Sino, de forma mucho más simple, en la perspectiva de una efectiva limitación de la soberanía de los Estados mediante el establecimiento de garantías jurisdiccionales contra las violaciones de la paz en el exterior y de los derechos humanos en el interior, avanzada por Kelsen hace exactamente cincuenta años en su libro *La paz por medio del derecho*<sup>57</sup> .

---

<sup>57</sup> FERRAJOLI, Luigi: Derechos Garantías... op.cit., p. 153.