

MECANISMOS DE INCORPORACIÓN DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS, AL DERECHO INTERNO

Néstor PEDRO SAGÜÉS*

* Argentino, Abogado, Doctor en Derecho y en Ciencias Sociales, Doctor honoris causa por la Universidad San Martín de Lima, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Buenos Aires y de la Católica Argentina, Catedrático de Ciencias Políticas y Director del Centro Interdisciplinario de Derecho Procesal Constitucional de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Rosario, Juez de la Cámara de Apelaciones de Rosario y Presidente del Centro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional.

MECANISMOS DE INCORPORACIÓN DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS, AL DERECHO INTERNO

Néstor PEDRO SAGÜÉS

I. INTRODUCCIÓN. ALTERNATIVAS

Como es sabido, una de las estrategias que más esperanzas ha suscitado en el siglo XX para lograr la vigencia de los derechos humanos en un país determinado, consiste en proyectar en ese Estado reglas de derecho internacional declarativas de aquellos derechos.

Tal aterrizaje jurídico tiene, en principio, evidentes ventajas. En primer lugar, significa que en el Estado en cuestión ciertos derechos humanos deben regir no solamente por voluntad del mismo, sino también por la voluntad de otros Estados, e incluso de una organización supranacional. En segundo término, advierte que en la vigencia de dichos derechos se encuentra comprometido, además del bien común nacional, el bien común internacional. En tercer lugar, alerta que si los derechos humanos incluidos en un tratado internacional son incumplidos por un Estado, éste puede contraer responsabilidades internacionales. Más todavía: en ciertos casos, la “asimilación” nacional de un documento internacional sobre derechos humanos puede implicar el sometimiento del Estado local a organismos o tribunales supranacionales, ante los cuales deben doblegarse las autoridades nacionales, incluso la Corte suprema de un país (que, por ende, deja en

sentido estricto de ser “suprema”). Por ejemplo, tal es el supuesto, de resultas del Pacto de San José de Costa Rica, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En síntesis, la incorporación al ámbito nacional de derechos humanos enunciados en una convención o tratado internacional da a dichos derechos un fundamento “reforzado” de aplicación, de tipo normativo, axiológico y hasta fáctico.

Ahora bien: en este terreno cabe distinguir tres temas. El primero refiere a los medios de incorporación del tratado internacional al derecho interno, eso es, al “cómo” y al “cuándo” el derecho humano supranacional rige en la esfera local nacional. El segundo alude a la cotización jurídica del tratado, y por ende de los derechos en él enunciados, en relación con el resto de las normas nacionales (en especial, constitución y leyes ordinarias). El tercero se conecta con la operatividad —inmediata o retardada— del derecho humano de fuente internacional, una vez incorporado al derecho local.

En rigor de verdad, no son iguales todas las rutas de inserción de los derechos humanos de fuente internacional en el derecho nacional, ni en todas partes aquellos derechos cuentan con la misma cotización frente al resto de las normas locales. Finalmente, el funcionamiento concreto de uno de aquellos derechos no goza siempre de la misma ejecutividad. Existen variables bien distintas, con efectos jurídicos a su vez muy diferentes.

Este trabajo procura abordar de modo muy elemental y sintético, con discretas aspiraciones didácticas, el amplio e importante complejo de situaciones y problemas que hemos descrito, clasificando esas variables en cuatro alternativas básicas de recepción nacional del tratado internacional sobre derechos humanos, a saber: a) “supraconstitucionalización”; b) “constitucionalización”; c) “subconstitucionalización de primer grado”; d) “equiparación legislativa”. Importará también saber el probable curso de ellas en el constitucionalismo del mañana.

II. JERARQUÍA SUPRACONSTITUCIONAL DEL TRATADO

En esta hipótesis el instrumento internacional posee un *status* jurídico privilegiado: está por sobre cualquier regla del derecho interno, incluso por

encima de la propia constitución local. Dicho de otro modo, debe regir a pesar de que se oponga a algún precepto de la constitución. Indirectamente, ello significa que el tratado sobre derechos humanos puede reformar a la constitución.

En tal sentido, el art. 46 de la Constitución de Guatemala de 1985 dispuso, bajo el título de “Preeminencia del Derecho Internacional”, lo siguiente: “Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala tienen preeminencia sobre el derecho interno”. La cláusula, dentro del concepto de “derecho interno”, no exceptúa siquiera a la misma constitución, razón por la que, interpretada según su letra, ésta queda pospuesta frente al tratado o convención internacional concerniente a derechos humanos.

Un antecedente clásico en este mecanismo fue el art. 63 de la Constitución holandesa, según la reforma de 1953, cuando puntualizó que un tratado podía apartarse de los preceptos de la constitución, “cuando lo exija el desarrollo del orden jurídico internacional”, pero en ese caso el tratado necesita aprobarse por los dos tercios de los votos de las cámaras legislativas.

La opción de la preeminencia del tratado de derechos humanos sobre la constitución es una aplicación de la doctrina “monista”, según la cual “la razón de la validez del orden jurídico nacional se encuentra determinada por el derecho internacional” (Kelsen)¹. Además, el asunto de la incorporación del tratado en el derecho interno nacional estaría también reglado por el derecho internacional. Para salvar las apariencias de las atribuciones “soberanas” locales, podría sin embargo decirse que si una regla de la constitución nacional dice que el derecho internacional (y consecuentemente, el tratado sobre derechos humanos) prevalece sobre la constitución, de todos modos ello ocurriría porque la misma constitución así lo quiso disponer (como lo hizo, v. gr., el ya citado art. 46 de la guatemalteca).

Interesa apuntar que algunas veces la superioridad del tratado respecto a la constitución se logra no por una norma expresa de ella, sino por decisión de sus operadores.

1 Kelsen Hans, “Teoría general del derecho y del Estado”, trad. de Eduardo García Maynez, México 1969, 3a. ed., pág. 436.

Un caso paradigmático fue la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia de Argentina en "*Ekmekdjian vs. Sofovich*". en tal acción de amparo se discutía la operatividad en Argentina del derecho de réplica enunciado en el Pacto de San José de Costa Rica, entonces vigente en el país en virtud de la ley 23.054. La Corte consideró que en virtud de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (aprobada en Argentina por la ley 19.865), y por los principios internacionales del *pacta sunt servanda* y de la *bona fide*, Argentina estaba obligada a cumplir lealmente con los tratados que hubiese suscrito, aprobado y ratificado, y que solamente podía eximirse de obedecerlos en los raros supuestos contemplados por los arts. 27 y 46 la aludida Convención de Viena (que no se perfilaban en la causa). La Corte concluyó que en definitiva, esta convención "impone a los órganos del Estado argentino asignar primacía al tratado ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria", y de esa "cualquier norma interna contraria", no exceptuó a la misma constitución nacional ².

III. EFECTOS

Las consecuencias de la tesis de la supremacía del tratado sobre la constitución son dobles, partiendo del supuesto de que el tratado, ya sea entendido "fuera" ó "dentro" del ordenamiento interno nacional, de cualquier manera se halla "superpuesto" jurídicamente a la constitución:

a) **Efecto 1 (o de la invalidez):** De haber conflicto entre la constitución y el tratado, prevalece el tratado. Conviene aclarar que la confrontación entre estos instrumentos puede ser también doble: **oposición normativa** (la regla jurídica del tratado entra en colisión con una regla de la constitución), u **oposición ideológica** (la base filosófico-política del tratado es incompatible

2 La Ley, 1992-C-543. Conviene advertir que poco después, en *Fibraca* (Jurisprudencia Argentina, 1993-IV-471), la Corte Suprema cambió de parecer y declaró que la primacía de los tratados dependía de su conformidad con la constitución. Cabe recordarse de modo especial que la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica había dicho, décadas atrás, que los principios de derecho internacional universalmente reconocidos, contenidos en tratados válidos, son superiores a los preceptos constitucionales. V. Piza Escalante Rodolfo, "Régimen de los tratados internacionales en el derecho de la República de Costa Rica", en "Revista de Ciencias Jurídicas", San José 1967, Núm. 9, págs. 191/8, cit. por Buergenthal Thomas, Norris Robert E. y Shelton Dinah, "La protección de los derechos humanos en las Américas", Madrid 1990, Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Ed. Civitas, pág. 503.

con la base filosófico-política de la constitución. Por ejemplo, un hipotético enfrentamiento entre el substrato individualista del derecho de propiedad enunciado en la constitución, y una concepción afiliada al estado social de derecho, que pueda animar, respecto al mismo derecho, al pacto o tratado internacional).

En cualquiera de estas variables (conflicto estrictamente normativo o conflicto ideológico; o conflicto mixto, normativo-ideológico), debe, en esta posición, triunfar el tratado internacional. La cláusula constitucional contraria al tratado pasa a ser derecho inválido.

b) **Efecto 2 (o de la armonización).** Desde esta perspectiva, como derecho inferior, los preceptos de la constitución tienen que interpretarse según los artículos y la ideología del tratado. Una directriz en tal sentido puede hallarse en el art. 93 de la Constitución de Colombia de 1991, inspirado sin duda en el art. 10 de la española de 1978: "Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia". Vale decir, que entre las múltiples posibilidades exegéticas que puede brindar una norma constitucional, el aplicador de ella debe preferir la alternativa que adecue la constitución al tratado, y no la que la oponga.

Mediante la interpretación "armonizante"³ de la constitución respecto al tratado, pueden "rescatarse" numerosas normas constitucionales, a fin de evitar la declaración de su invalidez y en cambio, tornarlas útiles y acordes con el instrumento internacional.

IV. "CONSTITUCIONALIZACIÓN" DE LOS TRATADOS SOBRE DERECHOS HUMANOS

Este mecanismo funciona así: la constitución da rango o jerarquía de norma constitucional a uno o más pactos internacionales, que por supuesto pasan entonces a formar parte del derecho interno por voluntad del poder constituyente nacional. En sentido estricto, técnicamente hablando, el tratado no forma parte aquí de la constitución, pero sí "vale" como el texto

3 Sobre la doctrina de la interpretación armonizante, nos remitimos a nuestro "Derecho Procesal Constitucional. Recurso extraordinario", 3a. ed. Buenos Aires 1992, ed. Astrea, t. 2, pág. 124.

constitucional. El tipo de asimilación puede planearse de diverso modo, a saber:

- a) Si la constitución menciona explícitamente a los instrumentos internacionales en cuestión. Por ejemplo, art. 75 inc. 22 del actual texto constitucional argentino, que declara con “jerarquía constitucional” a diez documentos (entre los que se encuentra el Pacto de San José de Costa Rica) y un protocolo facultativo, todos ellos concernientes a derechos humanos. Aquí puede hablarse de una “jerarquía constitucional inmediata” del tratado o convención.

En el caso argentino, el mismo art. 75 inc. 22 habilita la “constitucionalización” de otros tratados y convenciones sobre derechos humanos que en el futuro apruebe el Congreso, pero siempre que lo haga con una mayoría calificada de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. En ese caso, es factible divisar una “jerarquía constitucional mediata” (en el mañana, y por voluntad del Congreso) de esos instrumentos sobre derechos humanos⁴.

- b) Otro procedimiento estriba en reconocer a los habitantes “la plena vigencia de los derechos consignados” en determinados tratados o convenciones aludidos explícitamente por la constitución (tal es la ruta elegida por el art. 46 de la nicaragüense). En tal hipótesis la constitución no dice expresamente que los tratados del caso posean rango constitucional, pero de todos modos tienen ese nivel, ya que el texto constitucional los declara vigentes en el país. Si una ley ordinaria se opusiera a alguno de dichos tratados, también se opondría el precepto constitucional que los proclama como obligatorios. los tratados referidos cuentan con jerarquía constitucional “inmediata”.

- c) En otros supuestos se opta por una asimilación genérica de los tratados o convenciones al texto constitucional. Tal fue la opción del art. 105 de la constitución del Perú de 1980⁵, cuando dijo que “Los preceptos

4 Conviene advertir que en el caso argentino, fuera de los tratados “constitucionalizados” del art. 75 inc. 22, hay otros que también versan sobre derechos humanos pero que al no tener rango de norma constitucional, valen más que las leyes comunes, pero menos que la Constitución (art. 75 inc. 22 *in limine*).

5 Cabe pensar que si un tratado internacional sobre derechos humanos entraba en colisión con algún artículo de la constitución, debía ser aprobado por el mismo procedimiento que regulaba la reforma de ella, a tenor del art. 103 de dicha constitución de 1980.

contenidos en los tratados relativos a derechos humanos, tienen jerarquía constitucional". Vemos que en esta variable la constitución involucra tanto a los tratados presentes como a los futuros, esto es, que cubre las hipótesis de "jerarquía constitucional inmediata" y "mediata".

V. EFECTOS Y CONFLICTOS

La variante de la "constitucionalización" de un tratado de derechos humanos genera puntos de contacto del tratado tanto con la constitución local como con el resto de las leyes de un Estado.

A. Aproximaciones con la constitución nacional

Suponiendo que no haya oposiciones entre la constitución y el tratado, el intérprete-operator se encontrará con documentos de la misma categoría jurídica. Eso genera ya un problema de "entendimiento" ó de "comprensión" de los derechos humanos en juego, esto es, si se los interpreta con "sintonía nacional" o con "sintonía internacional", vale decir, según las pautas ideológicas y las creencias de la constitución y de la comunidad local, o con las del tratado internacional.

Esta grave cuestión ha sido enfrentada alguna vez sosteniéndose, v. gr. por la Corte Suprema de Justicia de Argentina, que los derechos constitucionales que son también contemplados por el Pacto de San José de Costa Rica tienen que ser interpretados según las pautas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los pronunciamientos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, cuyas directrices deben servir en tales temas de guía para los jueces argentinos⁶. Es una buena solución, que en el fondo prioriza al derecho internacional sobre el nacional.

Pero también es correcto sostener que en la aplicación local de los derechos de fuente internacional "constitucionalizados", puede y debe haber un cierto "margen nacional" en su entendimiento y efectivización atendiendo razonablemente las particularidades nacionales (creencias, valoraciones, idiosincrasia, posibilidades, normas constitucionales conexas,

6 Corte Suprema de Justicia de la Nación, La Ley Buenos Aires 1995-D-461 (caso *Giroldi*) y La Ley Buenos Aires 1996-E-409 (caso *Bramajo*).

etc.), siempre que ellas no desvirtúen la esencia de lo que el tratado internacional quiere asegurar. Con esto quiere significarse que el mismo derecho enunciado en un tratado puede tener algunas variantes justificadas de aplicación en distintos Estados.

Un dilema muy especial se presenta cuando alguna cláusula de un tratado "constitucionalizado" resulta opuesta a alguna regla de la constitución. La cuestión no es meramente teórica: En Argentina, por ejemplo, fue muy discutida la compatibilidad del art. 14 del Pacto de San José de Costa Rica, constitucionalizado según el art. 75 inc. 22 de la constitución, y que garantiza el derecho de "réplica" (o de rectificación y respuesta), con el art. 14 de la constitución, que al proclamar el derecho de publicar las ideas sin censura previa, implicaba, para algunos, la imposibilidad de obligar a alguien a publicar algo, aunque fuera a título de "réplica"⁷.

El tema da lugar a varias opciones. Una, paradójicamente, es negarlo. Recientemente, por ejemplo, la Corte Suprema argentina dijo que si el constituyente dio a algunos tratados sobre derechos humanos alcurnia constitucional, eso significa que previamente los estudió y consideró compatibles con la constitución, razón por la que los poderes constituidos (léase Corte Suprema, por ejemplo), no podían descalificar el juicio de armonización que ya había hecho el poder constituyente⁸.

Otra vía es reconocer que el conflicto puede existir, y que el operador del caso debe primero procurar por todo medio razonable posible "compatibilizar hasta la incompatibilizable". Después, si esto es en el caso concreto una suerte de misión imposible, podrá recurrir a una regla cada vez

7 El problema en el texto argentino es muy complejo, ya que el art. 75 inc. 22 de la constitución puntualiza que los tratados, convenciones y declaraciones que allí menciona, "...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..." Ello permitió conjeturar que esos documentos internacionales, de haber conflicto, debían ceder ante los artículos de la primera parte de la constitución, pero prevalecían sobre los de la segunda. Otros juzgaron que siempre había que priorizar al artículo que más garantizase a las personas el derecho en cuestión. Una tercer postura privilegiaba en todo caso al texto constitucional sobre los instrumentos internacionales. V. Sagüés Néstor Pedro, "Los tratados internacionales en la reforma constitucional argentina de 1994", en La Ley 1994-E-1036.

8 Corte Suprema de Justicia de la Nación en *Chocobar* (27/12/96), considerando 12.

más preferida en la doctrina contemporánea: dar prioridad al precepto (constitucional o del tratado) que mejor proteja al derecho personal en cuestión⁹. De no hallarse pese a todos estos intentos una respuesta jurídica razonable, habrá que ocurrir a los complejos y siempre opinables procedimientos de solución de las “incoherencias” o “inconsistencias” normativas entre normas de igual nivel, que serán resueltas en la experiencia jurídica, habitualmente, según las bases ideológicas del operador del caso¹⁰.

B. Aproximaciones de un tratado con otro tratado

Pero con esto no terminan todos los problemas. bien puede ocurrir que una regla de un tratado “constitucionalizado”, entre en colisión con la norma de otro tratado igualmente “constitucionalizado”. Es una situación parecida a la oposición descrita en el párrafo anterior, y donde pueden aplicarse las mismas fórmulas iniciales de solución.

C. Aproximaciones entre el tratado constitucionalizado y las leyes ordinarias

El otorgamiento de rango constitucional a un tratado sobre derechos humanos coloca sin dudas al tratado por sobre la ley ordinaria. Esto provoca dos consecuencias:

a) **Efecto 1 (o de la invalidez).** La ley opuesta al tratado en cuestión es aquí inconstitucional.

9 Cfr. Albanese Susana, “La primacía de la cláusula más favorable a las personas”, en La Ley 1996-C-518.

10 V. Sagüés Néstor Pedro, “Derecho Procesal Constitucional. Recurso Extraordinario”, *op. cit.*, pág. 96 y sigts. Entre algunos recursos de compatibilización, pueden usarse el de dar prioridad a la norma más nueva (aplicando analógicamente la tesis *lex posterior derogat priori*), de tratarse de preceptos aprobados en distinto momento; o entender que las dos reglas jurídicas, de ser totalmente contrapuestas, se neutralizan entre sí y por ende, nada disponen, etc. Cfr. sobre el tema Kelsen Hans, “Teoría pura del derecho”, trad. de Moisés Silva, 12a. ed., Buenos Aires 1974, ed. Eudeba, pág. 164/9; Ross Alf, “Sobre el derecho y la justicia”, 3a. ed. Buenos Aires 1974, ed. Eudeba, pág. 124 y sigts. En definitiva, y de haber conflicto entre la constitución y un tratado “constitucionalizado”, es muy probable que el adscrito a una posición “monista” (v. *supra*, parágrafo 2) prefiera al tratado, y un simpatizante de la postura “dualista” (v. *infra*, parágrafo 6), a la constitución. En esta última hipótesis, la constitución es tradicionalmente valorada como jurídica y políticamente “sagrada”, pero no es sentido como “sagrado” el tratado con valor de texto constitucional.

- b) Efecto 2 (o de la armonización).** Toda ley debe interpretarse conforme, y no contra, el tratado de derechos humanos del caso. Se repite aquí la necesidad, cuando se realiza la inteligencia de un texto legal, de optar por la interpretación que concuerde con el tratado, y de desechar la que se le oponga. Y prevenir que la concordancia entre la ley el tratado debe ser tanto normativa como ideológica. La ley debe ser pensada según el espíritu y la filosofía jurídico-política del tratado.

Como observación general, para cualquiera de las hipótesis precedentes, resta alertar sobre un grave riesgo que puede sufrir el tratado “constitucionalizado”. Es factible que, aplicado por los jueces nacionales, resulte desvirtuado por interpretaciones anómalas. Se ha dado el caso, v. gr., de tribunales o de opiniones judiciales locales del más alto nivel que han entendido que el Pacto de San José de Costa Rica, en aras de tutelar el derecho a la privacidad o al honor, justifica hipótesis de censura judicial previa a libros o programas de televisión, cuando estas posibilidades están precisamente excluidas por el art. 13 del Pacto¹¹. Tales desviaciones —que de vez en cuando pueden configurar verdaderas perversiones— son posibles de remediar si existe un salto de la jurisdicción nacional a la supranacional, para que ésta las corrija (tal es el caso de, por ejemplo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para el caso del Pacto de San José de Costa Rica). Pero si tal sistema recursivo no existe, es probable que la interpretación desnaturalizadora local quede firme e impune.

VI. EL TRATADO, “SUBCONSTITUCIONAL” PERO “SUPRALEGAL”

Según esta postura un tratado (ya sea de derechos humanos, ya de otra índole) se encuentra “bajo” la Constitución, aunque “sobre” la ley ordinaria. En una palabra, se halla en un escalón intermedio entre la Constitución y las

11 Sobre el criterio de la Corte Suprema de Justicia de Chile y su desestimación por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (informe 11/96), v. *La Ley*, Buenos Aires 1996-D-1687, y Dulitzky Ariel, “La censura previa en la Convención Americana sobre derechos humanos. El caso Martorell”, en *La Ley*, Buenos Aires 1986-D-1677. En cuanto el criterio de los jueces de la Corte Suprema de Justicia de Argentina Barra y Boggiano, que admiten en ciertos casos la censura judicial en pro de la tutela del honor e intimidad, aun dentro del Pacto de San José de Costa Rica, v. el caso “Servini de Cubría”, en Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Fallos” 315:1943; y Sagüés Néstor Pedro, “The Judicial Censorship to the Press in Argentina”, en “Southwestern University Journal of Law and Trade in the Americas”, en prensa.

leyes comunes. Podría entonces llamárselo el método de “subconstitucionalización de primer grado” (la ley también es subconstitucional, pero en un segundo grado: después del tratado).

Un texto que refleja claramente tal variable es el art. 137 de la Constitución del Paraguay de 1992: “La ley suprema de la República es la Constitución. Ésta, los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía, sancionadas en su consecuencia, integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado”.

Las consecuencias de esta modalidad son importantes. en cuanto la incorporación del tratado al derecho interno, el asunto en principio estaría regido por la constitución local, que regula el “cómo” y el “cuándo” de tal asimilación. Respecto a la cotización jurídica del tratado, y de los derechos humanos en él descritos, cabe concluir:

- a) Puesto que el tratado está subordinado a la constitución, puede ser reputado judicialmente inconstitucional si la viola (“efecto invalidez”, en favor de la constitución). Esta situación puede incluso darse si al momento de ratificarse el tratado éste era compatible con la constitución, pero después deja de serlo a raíz de una reforma constitucional que establece algo opuesto a una cláusula del tratado.
- b) Los derechos humanos enunciados por el tratado deben interpretarse de conformidad con las regla constitucionales (interpretación “armonizante”, en beneficio de la constitución).

Antes de seguir adelante corresponde subrayar que la postura que comentamos no respeta (en las dos hipótesis precedentes, a) y b) los principios internacionales del *pacta sunt servanda* y de la *bona fide*, ya que autoriza evasiones al cumplimiento del tratado internacional, so pretexto de la supremacía de la constitución.

- c) Una ley común no puede derogar ni modificar a un tratado, aunque fuera posterior al mismo. Si una ley es opuesta a un tratado, es una ley inconstitucional (“efecto invalidez” en favor del tratado).
- d) Las leyes nacionales deben interpretarse de acuerdo con los tratados

internacionales sobre derechos humanos (interpretación “armonizante” en pro del tratado).

En las consecuencias c) y d), existe plena compatibilidad con los postulados internacionalistas del *pacta sunt servanda* y de la *bona fide*, al obligarse el Estado a cumplir con el tratado digan lo que digan las leyes locales.

VII. EL TRATADO, EQUIPARADO A LA LEY

Para esta postura, obviamente, el tratado está bajo la Constitución. Además, dice, no hay razón –salvo que la constitución lo disponga para dar prioridad al tratado sobre una ley.

La argumentación es compleja. Generalmente se parte de la idea de que el orden jurídico nacional y el internacional son intrínsecamente distintos e independientes (posición “dualista”). Por ende, el tratado internacional sobre derechos humanos valdrá en el ámbito internacional según él lo diga, pero en la esfera interna del Estado su vigencia está condicionada primero a la constitución y después a una ley de ese Estado que lo declare aplicable, y en la medida y con los alcances y salvedades que dicha ley establezca.

Dicho de otro modo, la “fuente jurídica” de validez local del tratado, es aquí, además de la constitución, la ley que lo inserta en el derecho interno nacional. En las corrientes más duras de esta posición, se ha dicho, por ejemplo, que los tribunales de un Estado no se ocupan en verdad de tratados internacionales, sino solamente de las leyes nacionales que han transformado a esos tratados en derecho interno¹².

En definitiva, pues, en esta tesis el tratado tiene la misma cotización jurídica que una ley. Por tanto,

12 Consúltese sobre el tema Casiello Juan P., “Derecho Constitucional argentino”, Buenos Aires 1954, ed. Perrot, pág. 132; y en especial, Barberis Julio A., “La convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y la Constitución Argentina”, en “Prudentia Juris”, Buenos Aires 1985/6, vols. XVII-XVIII, pág. 178, con mención de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación registradas en “Fallos” 150:86 y 165:145.

- a) el tratado está bajo la constitución, puede ser reputado inconstitucional si entra en colisión con ella, y debe interpretarse bajo las pautas de la constitución;
- b) el tratado aprobado por una ley deroga a una ley anterior que se le oponga (*lex posterior derogat priori*);
- c) una ley posterior al tratado puede derogarlo o modificarlo, también según el adagio jurídico señalado en el párrafo precedente;
- d) el tratado debe hacérselo funcionar, en última instancia, según la ideología jurídica imperante en el derecho local, dada su “conversión” de derecho externo (internacional) a derecho interno (nacional).

Por supuesto, en esta tesis tampoco son satisfechos los postulados internacionales del *pacta sunt servanda* y de la *bona fide*, al posibilitar — más que ninguna otra— las evasiones nacionales al cumplimiento del tratado internacional.

VIII. OPERATIVIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS DE FUENTE INTERNACIONAL

El problema de la ejecutividad de estos derechos se conecta, por supuesto, con la cuestión de los mecanismos de incorporación y con la categoría jurídica que se dé al tratado que los enuncie. Por ejemplo, para la tesis de la supremacía del tratado por sobre la constitución, hay que sortear una sola valla: las reglas del derecho internacional. En la posición extrema de la equiparación del tratado a una ley común, para comenzar a ser operativo un tratado sobre derechos humanos debe satisfacer las reglas del derecho internacional, y —muy especialmente— las normas nacionales de incorporación, como de subordinación, previstas por la constitución local. Asimismo, no tendrá que haber sido afectado por una ley posterior a él.

Supóngase ahora que un tratado ha satisfecho todos esos condicionamientos, y que merced a una doctrina, o a otra, está ya incorporado al derecho nacional, y que no ofrece problemas de compatibilidad con la constitución ni con las leyes locales. Aún así, su ejecución puede estar impedida.

Cabe diferenciar, como habitualmente se hace, entre tratados autoaplicativos y no autoaplicativos. Los primeros no necesitan de otras

normas para cumplir al derecho humano que enuncian. Por ejemplo, el art. 4º inc. 3º del Pacto de San José de Costa Rica indica que “no se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido”, y eso no necesita de reglamentación alguna para ser cumplido. Pero cuando el art. 10 del mismo Pacto declara el derecho de toda persona a ser indemnizada en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial, agrega que ello ocurre “conforme a la ley”.

En estos últimos supuestos la ejecutoriedad de un derecho humano de fuente internacional puede verse congelada si la ley reglamentaria no se dicta. Es cierto que un Estado puede encontrarse compelido por el mismo tratado o convención a adoptar las disposiciones legislativas o de otro carácter para efectivizar al derecho en cuestión (así lo impone, v. gr. el art. 2º del Pacto de San José de Costa Rica), pero de hecho la mora legislativa nacional perjudica seriamente la vigencia del mismo.

Bien puede ocurrir, sin embargo, que pese a requerirse por un instrumento internacional una ley nacional para efectivizar un derecho enunciado en aquél, los operadores del sistema jurídico lo hagan operable pese a que dicha ley no se dicte. Un caso paradigmático es el art. 14 inc. 1º del Pacto de San José de Costa Rica, que establece que el ejercicio del derecho de réplica (también llamado de rectificación o respuesta), debe realizarse “en las condiciones que establezca la ley”. Pese a ello, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por mayoría, entendió exigible el ejercicio del referido derecho, aunque no hubiere ley reglamentaria nacional¹³.

Otro tema harto importante es el de la vigencia sociológica de los derechos humanos emergentes de un tratado internacional, por más que éste fuese formalmente vigente y autoejecutivo o autoaplicativo. Las restricciones de hecho, emergentes de la falta de conocimiento de tales derechos por la comunidad, de las carencias económicas para contar con un adecuado asesoramiento jurídico a fin de defenderlos, de las múltiples hipótesis de privaciones de justicia, o de inexistencia de justicia imparcial, o de la renuencia de las autoridades públicas en cumplirlos (cuando no de su franca violación), implican circunstancias fácticas que en numerosos casos diluyen la eficacia del documento internacional en cuestión.

13 Cfr. Ventura Manuel E. y Zovatto Daniel, “La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Madrid 1989, Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Editorial Civitas, págs. 393 y sigts.

Resta agregar que por parte del Poder Judicial existen a menudo defectos que perjudican la aplicación de los derechos humanos de fuente internacional. No puede olvidarse que la mayor parte de los jueces no han tenido en su currículum universitario información sobre el desarrollo de tales derechos, y que la extensión de éstos obliga a una actualización cuantitativamente importante, que no todos están dispuestos a enfrentar. Simultáneamente, entrenados otrora en la perspectiva “dualista”, no todos los magistrados judiciales están dispuestos a comprender y a hacer funcionar a tales derechos también desde una perspectiva internacionalista. Finalmente, no es raro que muchos abogados lucren con estos nuevos derechos y pretendan emplearlos para situaciones distintas para las cuales han sido concebidos, formulando peticiones decididamente inadmisibles, extravagantes o, cuando son pertinentes, muy pobremente fundadas.

IX. EVALUACIÓN. REEXAMEN DE LOS MECANISMOS DE LA “SUPRACONSTITUCIONALIZACIÓN”, DE LA “CONSTITUCIONALIZACIÓN”, DE LA “SUBCONSTITUCIONALIZACIÓN DE PRIMER GRADO” Y DE LA “EQUIPARACIÓN LEGISLATIVA”

Los mecanismos de incorporación de los derechos humanos de fuente internacional al derecho interno nacional, así como el valor de tales derechos en cada Estado, son esencialmente diversos.

- a) La doctrina de la “supraconstitucionalización” afirma la supremacía de los tratados sobre la constitución local, y determina que la validez del tratado y su vigencia en un Estado depende de lo que diga el derecho internacional. Añade que el derecho humano de esta fuente prevalece sobre cualquier regla nacional (incluso la constitución).
- b) El método de la “constitucionalización” opta por declarar con rango constitucional a ciertos documentos internacionales, por voluntad del constituyente, quien así los reconoce también como derecho local supremo. En este caso tales derechos prevalecen sobre el resto del ordenamiento jurídico nacional subconstitucional.
- c) El procedimiento de la “subconstitucionalización de primer grado” indica que los tratados deben subordinarse, tanto en contenido como a

la forma de incorporación al derecho local, a las reglas de la constitución nacional (por ende, pueden pecar de inconstitucionalidad); pero que satisfechos esos recaudos, son “supralegales”, esto es, que se encuentran en un escalón superior sobre las leyes internas, y no pueden ser alterados por ellas.

- d) El mecanismo de la “equiparación legislativa” nivela los tratados internacionales y los derechos de esa fuente, con una ley común. Deben pues conformarse a la Constitución, en forma y contenido. Se incorporan al derecho local como una ley más, y pueden ser modificados por una ley posterior.

El futuro de estas cuatro variables no es del todo predecible. La doctrina de la “supraconstitucionalización” es tal vez la axiológicamente preferible, en aras de sostener la primacía del bien común internacional sobre el bien común nacional. Pero tropieza con serias y hasta hoy casi invencibles resistencias locales, imbuidas de la concepción clásica de la doctrina de la soberanía.

La tesis de la “constitucionalización”, con un promisorio desarrollo actual, intenta satisfacer tanto la necesidad de afianzar los derechos humanos de fuente internacional con un muy alto nivel jurídico (rango constitucional), como los apetitos nacionales de soberanía, ya que esa decisión es adoptada por el constituyente local. Es probable que se afiance en los próximos lustros, como una transacción entre las viejas escuelas “monista” y “dualista”.

La corriente de la “subconstitucionalización de primer grado” es tal vez lo menos que puede ofrecer en nuestros días un constituyente actualizado. Con relación a cinco décadas atrás, este paso importa, no obstante, un significativo avance jurídico en aras de tutelar los derechos humanos de fuente internacional.

Por último, la doctrina de la “equiparación legislativa”, otrora casi inexpugnable, resulta ahora prácticamente inaceptada por la deslegitimación axiológica que ha sufrido, al autorizar, oblicuamente, múltiples evasiones al cumplimiento de los compromisos internacionales contraídos por un Estado.