

PABLO MARCELO CORRADINI

LA EXPRESIÓN “NO DEROGAN ARTÍCULO ALGUNO DE LA PRIMERA PARTE DE ESTA CONSTITUCIÓN”, CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 75, INCISO 22 DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL: ¿UN POSIBLE FRENO AL AVANCE DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA ARGENTINA?

Introducción

A partir del golpe de Estado del 6 de septiembre de 1930 (aunque en rigor de verdad deberíamos remontarnos por lo menos a los tiempos del yanaconazgo y la mita), la plena vigencia de los derechos humanos se dio esporádicamente y por períodos cortos, circunstancia que en perspectiva se torna aún más evidente en comparación con los períodos de falta de vigencia de los mismos.

Al estado de sitio se sumaron a veces la ley marcial, el estado de guerra interno, etc.

Se fue generando un *crescendo* de violencia institucional que tuvo su clímax en la dictadura militar ocurrida entre 1976 y 1983. Pero esta violencia no se dio ante una sociedad pasiva e indiferente, aunque muchos integrantes de la sociedad lo hayan sido. Desde siempre, sectores postergados del país, tales como los trabajadores o las mujeres, han reclamado sus derechos, y las veces que accedieron a algunos de ellos no ha sido de manera gratuita ni sencilla.

El “proceso de reorganización nacional” no reprimió tan salvajemente en un mero ejercicio de perversión, sino que, en realidad, se trató -en mi opinión y en la de muchos y muchas- de un plan sistemático tendiente a lograr el disciplinamiento sociocultural y hasta político destinado a neutralizar y eliminar, no ya las guerrillas, por entonces prácticamente neutralizadas, sino todo atisbo de resistencia social e intelectual que pudiera oponerse a la redefinición económica y financiera del país; redefinición económica y financiera que implicaba e implicó la neutralización o eliminación de derechos humanos, especialmente derechos sociales.

Fueron los sectores económicos más poderosos del país y algunas otras instituciones las que fomentaron y sostuvieron este esquema, que además imposibilitó a las personas afectadas -los familiares de los desaparecidos- obtener alguna respuesta a sus demandas dentro del país.

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos se convirtió, entonces, en el mecanismo que hizo saber al mundo qué estaba ocurriendo en Argentina.

Debido a las relaciones de poder antes descritas, se mantuvo la convicción de que sería imposible lograr el restablecimiento de la vigencia de los derechos humanos sin el apoyo de la comunidad internacional.

En 1994 se logra, después de arduas negociaciones, la jerarquía constitucional de algunos instrumentos internacionales de derechos humanos y se establece un mecanismo para que el resto de los tratados sobre derechos humanos pueda alcanzar la misma jerarquía.

Pero la democratización no había logrado transformaciones significativas en la definición de las relaciones de poder al interior de la sociedad. No parece un desatino entonces pensar que a los sectores que se beneficiaron de las políticas de la dictadura o que fueron sus propagandistas les iba a molestar –y de hecho les molesta– la plena vigencia de los derechos humanos, sobre todo los de contenido económico o social, o algunas manifestaciones de la libertad de expresión, tales como el derecho de rectificación o respuesta consagrado en el artículo 14 del Pacto de San José de Costa Rica.

La integración de la Argentina al “Nuevo Orden Internacional” tan proclamada entonces, convertía en un gran desatino político resistir abiertamente la aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La manera fue, por lo tanto, lograr insertar una frase tal como la que será objeto de análisis en el presente trabajo, la cual resultó aceptable, tanto para los partidarios de la asunción constitucional de los derechos humanos como para sus detractores. Los primeros la leen como una expresión de afirmación de la validez constitucional de los tratados jerarquizados; y los segundos, como una expresión que determina un condicionamiento de la jerarquía constitucional de tales instrumentos internacionales a una verificación en cada caso para, luego de su cotejo con la primera parte de la Constitución, determinar si derogan o no algún artículo de la misma.

Si se concluyera que derogan algún artículo de la primera parte de la Constitución, no tendrían la misma jerarquía que ésta y, por lo tanto, estas normas de origen internacional podrían ser declaradas inconstitucionales.

La reforma de 1994 en relación con la frase en análisis

La frase “No derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución” debe ser analizada junto a su continuación: “y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías en ella reconocidos”.

Afirmar esto implica una toma de posición, por lo menos por parte de quien suscribe estas líneas, pues lo que complementa no puede contradecir.

La reforma constitucional de 1994 se dio en un contexto histórico al que nos hemos referido más arriba, pero vale la pena formular algunas aclaraciones.

Recuperada la institucionalidad democrática a fines de 1983, las autoridades legítimamente constituidas necesitaban recuperar “la democracia”, es decir, reconcientizar a la población en relación a la existencia de un Estado representativo, republicano y federal. No había ya un estatuto orgánico en la cúspide del ordenamiento jurídico, sino que prevalecía nuevamente la Constitución Nacional con sus tres poderes independientes el uno del otro, y Estados de distinto orden: por un lado, el Estado federal y por el otro, las provincias, etc. Esto implicaba, fundamentalmente, un cambio educativo y cultural (de allí que por entonces se convocara a un Congreso Pedagógico Nacional con amplia participación popular).

La democratización del país que, al igual que un niño pequeño, gateaba e intentaba erguirse, tropezaba entre otras cosas con alzamientos militares y organismos multilaterales de crédito que, aferrados neciamente a sus dogmas, no comprendieron las necesidades de las renacientes democracias de la región.

En este contexto, el Consejo para la Consolidación de la Democracia formuló un planteo de reforma constitucional, e incluso hubo algunas reuniones entre el gobierno de entonces y los dos partidos mayoritarios.

Pero la reforma constitucional llegaría más de un lustro después y en otras circunstancias.

Este proceso histórico se va perfilando con un desarrollo de reformas constitucionales a nivel de las provincias.

En relación con el tema que nos ocupa, debe destacarse que en muchas de estas constituciones provinciales reformadas se consagró el derecho de rectificación o respuesta, normalmente conocido como “derecho de réplica”, que fue objeto de la mayor fuerza argumentativa por parte de los convencionales que se oponían a la jerarquización constitucional de los tratados de derechos humanos.

En 1989 se da comienzo al segundo período institucional en el que el

gobierno inicia una serie de reformas estructurales, colocando a la Argentina en sintonía con la tendencia del “nuevo orden internacional” que se consolidó con el colapso de los países que formaban el denominado bloque socialista.

En aquel tiempo se comenzó a hablar de “mundo unipolar” y de “globalización”, y la comunidad internacional proclamó el Derecho Internacional de los Derechos Humanos como un aspecto de esa globalización.

A partir de 1984, la Argentina se había constituido en parte de la casi totalidad de los tratados internacionales sobre derechos humanos, tanto del ámbito interamericano como del ámbito de la Organización de las Naciones Unidas. Con base en estos tratados fue que las organizaciones de derechos humanos cuestionaron la normativa interna que desincriminaba a personas condenadas o procesadas por crímenes cometidos durante la dictadura militar.

Es importante destacar que la Argentina ya era por entonces parte de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, cuyo artículo 27 prohíbe a los Estados partes alegar disposiciones de su derecho interno para dejar de cumplir alguna disposición contenida en un tratado. Apoyándose básicamente en este criterio, si bien no fue el único, la Corte Suprema de Justicia de la Nación falla en 1992 el caso Ekmekdjian contra Sofovich, en el que establece la primacía de los tratados internacionales sobre las leyes, aunque debemos tener presente que las sentencias tienen efecto para las partes (más adelante nos referiremos brevemente a la situación de los tratados internacionales en relación con las leyes antes de la reforma constitucional de 1994).

Quien resultó electo presidente por entonces culminaba su mandato en 1995, pero consideraba que para completar este proceso de reformas estructurales se hacía necesaria su permanencia en el gobierno por un período más. Se requería, entonces, una reforma constitucional, ya que la Constitución histórica no admitía la reelección inmediata del presidente de la Nación.

Hacia la primavera de 1993, la situación era de una tensión política muy difícil de sostener, pues el partido justicialista, por entonces en el gobierno, contaba con una holgada mayoría en el Congreso, pero no contaba con dos tercios de sus miembros. Cabe recordar aquí que nuestra Constitución Nacional es de las que la doctrina clasifica como “rígida”, es decir que prevé un procedimiento específico para su reforma. En nuestro caso, el artículo 30 es el que prevé el procedimiento para reformar la Constitución.

Dice el artículo 30:

“La Constitución puede reformarse en el todo o en cualquiera de sus partes. La necesidad de reforma debe ser declarada por el Congreso con el voto de dos terceras partes, al menos, de sus miembros; pero no se efectuará sino por una Convención convocada al efecto”.

Tal como nos recuerda el Dr. Bidart Campos en el Tomo VI de su “Tratado Elemental de Derecho Constitucional”, la costumbre ha hecho que la declaración de la necesidad de la reforma constitucional se haga por medio de una ley; aunque el artículo 30 CN no lo prevea expresamente. En este marco, y con el argumento de que el artículo 30 CN no especifica si se trata de dos tercios de los miembros presentes o si se trata de dos tercios de la totalidad de los miembros, el Senado aprobó como cámara de origen un proyecto de ley declarativa de la necesidad de la reforma constitucional. Esto determinó un notable aumento de la tensión política, pero la sangre no llegó al río, pues surgió el “Pacto de Olivos”, un acuerdo entre el partido justicialista en el gobierno y la Unión Cívica Radical, por entonces principal fuerza de oposición.

En virtud de este acuerdo político, la UCR se avenía a prestar consenso para la reforma constitucional, siempre que se cumplieran determinadas condiciones, es decir, que se modificaran algunos artículos en determinado sentido y no en otro, y que no se modificaran algunos otros (los de la primera parte de la Constitución).

Lo dicho en último término resulta crucial para analizar toda la reforma de 1994, pero muy especialmente, para analizar el segundo párrafo del actual artículo 75, inciso 22 de la CN.

El Pacto de Olivos se plasmó en la Ley 24309, que declaró la necesidad de la reforma de la Constitución. La ley reconocía tres aspectos relevantes: el núcleo de coincidencias básicas, la prohibición de modificar ningún artículo de la parte dogmática de la Constitución, y los temas habilitados para el debate.

El núcleo de coincidencias básicas, previsto en el artículo 2 de la ley 24309, versaba sobre trece cuestiones que debían votarse en un conjunto cerrado, por la afirmativa o por la negativa, e incluía textos predefinidos.

El artículo 7 de la Ley 24309 prohibía modificar ningún artículo de la primera parte de la Constitución.

En tercer término, la Ley 24309 autorizaba el debate de ciertos temas, entre los cuales se permitía discutir la cuestión de la relación jerárquica entre tratados y leyes, así como la cuestión de los tratados de integración.

El inciso 22 del artículo 75

Los días 2 y 3 de agosto de 1994 se trató en el plenario de la Convención Constituyente reformadora la cuestión de la jerarquía de los tratados, la cuestión de los tratados de integración, y la incorporación de otro nuevo inciso al –por entonces– artículo 67, inciso que debía incorporar acciones positivas a favor de los grupos que podríamos denominar “vulnerables”, a saber: niños, mujeres, ancianos y personas con discapacidad.

Renumerado por la reforma constitucional de 1994, el viejo artículo 67 pasó a ser el actual artículo 75 y se refiere a las atribuciones del Congreso.

La cuestión abordada por el inciso 19 del artículo 67 de la Constitución quedó renumerada como artículo 75, inciso 22. Se agregaron a continuación los incisos 23 y 24 que consagran respectivamente la atribución del Congreso de dictar medidas de acción positiva, que respeten la igualdad real de oportunidades y de trato a favor de niños, ancianos, mujeres y personas con discapacidad; y el inciso 24, que se refiere a los tratados de integración y a la normativa emanada de los órganos creados por ellos.

El viejo artículo 67 de la Constitución histórica decía en su inciso 19:

“Aprobar o desechar los tratados concluidos con las demás naciones y los concordatos con la Silla Apostólica; y arreglar el ejercicio del patronato en toda la Nación”.

El actual artículo 75, inciso 22 reza:

Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos ter-

ceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.

A efectos de comprender la discusión dada en el seno del pleno de la Convención, es necesario reparar en la normativa constitucional con la que se contaba entonces.

Se invocaron los artículos 27 y 31. También se hizo mención del artículo 33. Veamos sus textos:

“Artículo 27.- El Gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución”.

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

“Artículo 33.- Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”.

El artículo 27 establecía la superioridad de la CN sobre los tratados, ya que el Estado sólo puede celebrar los que estén de acuerdo con los principios de derecho público establecidos en ella.

El artículo 31 establece la supremacía del derecho federal sobre el provincial, pero hasta 1994 no se determinaba a nivel constitucional la relación jerárquica entre tratados y leyes.

Tal como hemos referido *supra*, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso *Ekmekdjian C/ Sofovich* había establecido la operatividad del derecho consagrado en el artículo 14 del Pacto de San José de Costa Rica, aunque no hubiese una ley interna que lo pusiera en operatividad, ya que el Estado argentino no puede dejar de cumplir las obligaciones emergentes de un tratado del que es parte, alegando disposiciones de su derecho interno (argumento del artículo 27 Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados).

En las sesiones de los días 2 y 3 de agosto de 1994, la Convención Cons-

tituyente reformadora, al tratar la atribución del Congreso de aprobar o desechar tratados, aprovechó la circunstancia para resolver la cuestión de la prelación jerárquica entre tratados y leyes.

La comisión de Relaciones Exteriores e Integración, presidida por el convencional por Buenos Aires Juan Pablo Cafiero, elevó al pleno de la Convención dos proyectos: uno por la mayoría y uno por la minoría.

En cuanto al dictamen de mayoría, el convencional Juan Pablo Cafiero, miembro informante por la comisión de Integración y Tratados Internacionales, expresó que la comisión proponía los siguientes puntos:

“La jerarquización con rango constitucional de tratados sobre derechos humanos, la atribución del Congreso –en un nuevo inciso del artículo 67- para dictar medidas de acción positiva vinculadas con la discriminación y con la desigualdad, en particular referidas al derecho de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con alguna discapacidad... un nuevo inciso, vinculado a los procesos de integración...”.

Si bien el primer despacho de la comisión que no llegó al pleno planteaba la jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos y su operatividad, esto no pudo lograrse dentro de la propia comisión y, finalmente, se logró un dictamen de mayoría cuyo texto es el mismo que puede leerse en la Constitución vigente, excepto que no incluía la frase que nos interesa, es decir: “No derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución”.

Vale decir que en su parte pertinente el texto decía: “...en las condiciones de su vigencia tienen jerarquía constitucional, y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías en ella reconocidos...”.

Resulta muy difícil y –según creo– le quita realismo al análisis intentar prescindir completamente de toda alusión propia del pensamiento político, para ceñirlo a una mera descripción normativa. Muy por el contrario, me parece necesario mencionar que a favor del proyecto de mayoría, elevado por la comisión, votaron los convencionales del Partido Justicialista, de la Unión Cívica Radical, del Frente Grande y Socialistas, entre otros; y votaron en contra del proyecto los convencionales del Modín y Fuerza Republicana; también votaron en contra los convencionales de la UCD, el Pacto Autonomista Liberal de Corrientes y el Partido Demócrata de Mendoza, entre otros.

En definitiva, el proyecto proponía tres cuestiones en relación con el inciso 19 del viejo artículo 67:

- Resolver la cuestión de la prelación jerárquica entre tratados internacionales y leyes, estableciendo que los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

En materia de derechos humanos:

- Por un lado, establecer que once instrumentos internacionales sobre dicha materia tendrán jerarquía constitucional, entendiéndose complementarios de los derechos y garantías reconocidos en la Constitución. A renglón seguido, se preveía un mecanismo para denunciar tales tratados.
- Por otra parte, en relación con los demás tratados sobre derechos humanos, se preveía un mecanismo para otorgarles jerarquía constitucional.

La discusión

El proyecto arriba mencionado fue sometido a un arduo debate que se extendió por dos días. Los sectores que se opusieron formularon objeciones desde varios puntos de vista. Con respecto a la relación entre tratados y leyes, manifestaron que la prohibición de modificar artículos de la primera parte de la Constitución tornaba nula la disposición propuesta, ya que implicaba una modificación de lo dispuesto en el artículo 31 de la CN.

Uno de los dictámenes de minoría -el suscripto por los convencionales Maeder, Pando y Peltier- sostenía que los tratados debían tener la misma jerarquía que las leyes.

Mayores aún y de diversa índole fueron las objeciones a la jerarquización constitucional de los instrumentos de derechos humanos.

Por un lado, se planteó nuevamente la imposibilidad de modificar la primera parte de la Constitución y, a criterio de los convencionales que estaban en contra del proyecto, dar jerarquía constitucional a cualquier tratado resultaba contrario al artículo 27 de la Constitución.

Por otra parte, también sostuvieron que esta posibilidad de dar jerarquía constitucional a los tratados sobre derechos humanos, junto con la posibilidad de denunciarlos, implicaba una manera de incorporar o quitar artículos de la Constitución en violación de lo dispuesto en el artículo 30 de la misma, lesionando así la rigidez de la Constitución, rigidez que era vista por ellos como garantía de la democracia, pero sobre todo, de la seguridad jurídica.

Plantearon, además, que no era necesario incorporar los tratados de derechos humanos, porque los derechos reconocidos en los mismos, ya se hallaban contemplados como derechos no enumerados en el artículo 33 de la Constitución.

En cuanto a los instrumentos internacionales en materia de derechos hu-

manos a los que se les otorgaba jerarquía constitucional, la mayoría de las objeciones fueron formuladas contra el Pacto de San José de Costa Rica.

Quienes votaban en contra del dictamen de mayoría planteaban que el artículo 14 del Pacto de San José de Costa Rica deroga el artículo 32 de la Constitución Nacional, y que también implica una forma indirecta de censura previa, prohibida por el artículo 14 de la Constitución Nacional. Este derecho en particular, el derecho de rectificación o respuesta, fue el más resistido por quienes se opusieron al proyecto de mayoría.

También entre los “opositores” hubo quien planteó que el artículo 21 del Pacto de San José de Costa Rica contradecía –derogaba– al artículo 17 de la CN.

Párrafo aparte merecen los opositores al proyecto que, alegando convicciones religiosas, se oponían expresando que no resultaba claro que el artículo 4 del Pacto de San José de Costa Rica prohibiera el aborto, en tanto reconoce el “derecho a la vida en general a partir de la concepción”. En igual sentido, formulaban reparos respecto del artículo 1 de la Convención Internacional Sobre los Derechos del Niño. Llegaron a proponer la inserción en el texto constitucional de una frase que garantizara el derecho a la vida desde la concepción.

A título de curiosidad, es dable aclarar que ha sido enorme el esfuerzo de los convencionales que adherían a la propuesta de mayoría para tratar de hacer comprender a sus colegas que la penalización o despenalización del aborto no era un tema sujeto a debate en la Convención.

Otra curiosidad digna de mención es que quienes se opusieron, tanto a la suprallegalidad de los tratados como a la jerarquía constitucional de los derechos humanos, recargaron sus exposiciones con abundantes citas de profesores de Derecho Constitucional, algunos de los cuales se hallaban presentes en el recinto en calidad de convencionales, integrando las bancadas que apoyaban el proyecto de mayoría, y que se ocuparon personalmente de hacer notar a los convencionales de la minoría que malinterpretaban lo dicho en sus libros.

Independientemente de las intervenciones vinculadas al aborto, los argumentos reseñados fueron largamente refutados por los convencionales que adherían al proyecto de mayoría.

Los argumentos a favor de la jerarquización constitucional de los derechos humanos fueron desarrollados a partir de las posturas filosóficas más variadas.

Se hizo notar que la jerarquización constitucional de los instrumentos internacionales de derechos humanos sería un mecanismo que permitiría

que la Argentina fuese más confiable para el mundo en materia de respeto a tales derechos.

En este sentido, los convencionales hicieron hincapié en que la sociedad argentina necesitó de la comunidad internacional, en primer término, para poner en evidencia ante el mundo los crímenes cometidos por la dictadura entre 1976 y 1983, luego, para juzgar tales crímenes, y más tarde, para tratar de resistir los intentos –por entonces exitosos– de desincriminación de sus autores.

El argumento de la reforma indirecta de la Constitución vinculado al artículo 30 fue contestado diciendo que, en realidad, dar jerarquía constitucional a los tratados no implicaba hacerlos parte de la Constitución, sino ponerlos a la par de ésta, de manera que las cláusulas contenidas en ellos no puedan ser declaradas inconstitucionales.

El artículo 27 CN obliga al Estado argentino “...a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución”.

En la convención, se afirmó que los derechos reconocidos por los tratados sobre derechos humanos no hacen más que precisar el alcance y contenido actual de derechos que ya están reconocidos como no enumerados por el artículo 33 de la CN.

En cuanto a las objeciones referidas a las supuestas contradicciones existentes entre algunos artículos del Pacto de San José de Costa Rica y la Constitución Nacional, se argumentó vigorosamente, a fin de probar que, no sólo no contradicen la Constitución, sino que amplían tales garantías. En este sentido, el mismo proyecto decía que los instrumentos de derechos humanos “...tienen jerarquía constitucional y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías en ella reconocidos...”.

Resulta interesante comentar aquí la diferencia de criterios respecto de la complementariedad existente entre el convencional Barra y el convencional Barcesat. Mientras que para el convencional Barra “complementario” debe entenderse como accesorio, el convencional Barcesat considera que algo complementario es algo que completa, algo que agrega y no algo que accede.

Personalmente, quien suscribe comparte el criterio del Dr. Barcesat.

Durante el debate se sucedían los oradores argumentando en uno y otro sentido, pero el antagonismo irreductible sostenido por la minoría hacía difícil pensar que pudiera resolverse la situación de una manera consensuada.

A raíz de un comentario de referencia histórica, se generó un tumulto

que motivó el paso a un cuarto intermedio de unos minutos para que los presidentes de los bloques se reunieran, de modo de acordar la continuación de la sesión.

Recomenzada la sesión y ante el temor cierto de que fracasase, se propuso votar el proyecto de mayoría a mano alzada, y así se hizo. Se decidió asimismo, que los 40 oradores restantes, si deseaban hacer uso de la palabra, lo hicieran ya en relación con los puntos sometidos a consideración en particular.

Entonces, el convencional Juan Pablo Cafiero en su carácter de presidente de la comisión de Integración y Tratados habla en nombre de ésta y manifiesta que en su seno se ha decidido proponer que se incorpore al texto que se acababa de votar a mano alzada, la frase: “no derogan ningún artículo de la primera parte de esta Constitución” e insertarla entre las expresiones: “...tienen jerarquía constitucional” y “y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”.

Durante el debate en particular, un convencional manifestó que decir “no derogan ningún artículo” implicaba incluir dos negaciones en una misma frase, con lo que propuso reemplazar la expresión “ningún artículo” por la expresión “artículo alguno de la primera parte de esta Constitución”. Esta propuesta fue aceptada y así fue modificado el proyecto.

El argumento central de la minoría –sobre todo de quienes apoyaban el dictamen de los convencionales Maeder, Pando y Peltier– era que los tratados sobre derechos humanos, especialmente el Pacto de San José de Costa Rica, contenían cláusulas que, según ellos, derogaban otras de la primera parte de la Constitución Nacional.

Con el agregado de esta frase, los convencionales Maeder, Pando y Peltier y quienes adherían a su dictamen se plegaron al proyecto de la mayoría, pues, al decir de algunos de ellos, esta frase superaba todo posible inconveniente, ya que constituía una afirmación de la compatibilidad existente entre todos los instrumentos internacionales sobre derechos humanos a los que se les otorgaba jerarquía constitucional, y la primera parte de la Constitución cuya reforma se hallaba prohibida.

Sólo quedaron sosteniendo posturas contrarias al proyecto algunos pocos convencionales, tales como los pertenecientes al Modin.

Algunos convencionales, durante el debate en particular, formularon el planteo de que existiendo el mecanismo de votación en funcionamiento, no era necesario votar a mano alzada, con lo que se propuso como moción anular la votación hecha a mano alzada y volver a realizar la votación en general, esta vez mediante el mecanismo electrónico implementado al efecto por la Convención. La moción fue aprobada y así se hizo.

Cabe destacar que el texto modificatorio del artículo 67, inciso 19 a modificar incluía ahora la frase “no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución”.

El texto así redactado fue sometido a consideración del pleno de la Convención y aprobado por amplísima mayoría; es el texto que actualmente rige, identificado ahora como inciso 22 del artículo 75 de la Constitución Nacional.

La frase en análisis luego de la sanción de la Constitución de 1994

Si bien de la lectura del diario de sesiones de la Convención Constituyente reformadora de 1994 surge clara e indubitablemente que la expresión “no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución” resulta una afirmación (por lo menos así lo han manifestado los autores del despacho de minoría), esto no ha sido tan así en la doctrina.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación tuvo ocasión de referirse al tema en los casos Monges, Analía M.; Chocobar, Sixto Celestino y Petric Domagoj, Antonio.

Haremos mención del caso Petric Domagoj, Antonio C/ Diario Página 12, por ser cronológicamente el último de los tres y por referirse al derecho de rectificación o respuesta, que fue el derecho que más reparos generó por parte de quienes se oponían a la jerarquización constitucional de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

El presente trabajo no pretende analizar el contenido del derecho de rectificación o respuesta, cuya vigencia consideramos un afianzamiento de la libertad de expresión, sino que nos interesa poner de manifiesto que quienes consideramos imprescindible que nuestro país se desarrolle con un marco jurídico que nos permita a todos y a todas concebir, planificar y desarrollar nuestros planes de vida sin interferencias arbitrarias ni de terceros ni del Estado, tomando como punto de partida nuestras diferencias e igualándonos en posibilidades, libres del temor y la miseria, debemos prestar mucha atención a la frase que titula el presente trabajo; sobre todo a partir del voto disidente del Dr. Belluscio en el caso Petric Domagoj C/ Página 12, tal como veremos más adelante.

Nos limitaremos a transcribir los artículos 14 del Pacto de San José de Costa Rica, y 32 de la CN, recordando, asimismo, que el artículo 14 CN consagra entre otros derechos el de expresar ideas por la prensa sin censura previa.

Dice el artículo 14 del Pacto de San José de Costa Rica:

1. Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley.
2. En ningún caso la rectificación o la respuesta eximirán de las otras responsabilidades legales en que se hubiese incurrido.
3. Para la efectiva protección de la honra y la reputación, toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión tendrá una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial.

El artículo 32 de la CN dice:

“El Congreso federal no dictará leyes que restrinjan la libertad de imprenta o establezcan sobre ella la jurisdicción federal”.

En el caso *Petric Domagoj C/ Diario Página 12*, el presentante, Domagoj Antonio Petric, se agravia, pues, en una nota publicada en el diario se expresaba que él era asesor del Presidente de la Nación y, simultáneamente, reclutaba mercenarios para que pelearan para Croacia en la guerra de Bosnia. Exigió entonces que se le permita ejercer su derecho de rectificación o respuesta, lo que no fue aceptado por Página 12.

Resuelto el caso a favor del presentante en primera instancia, la sentencia es apelada por el diario sin éxito. Contra la sentencia de cámara, el diario interpone un recurso extraordinario que es rechazado, lo que motiva que el diario deduzca recurso de hecho en base a una serie de argumentos. El único planteo por el que la Corte considera que se origina una cuestión federal y en consecuencia, el único por el que hacen lugar parcialmente a la queja es precisamente porque cuestiona la validez constitucional del artículo 14 del Pacto de San José de Costa Rica.

Mediante una mayoría compuesta por varios votos concurrentes, se confirma la sentencia apelada en cuanto fue materia del recurso.

Hubo sin embargo un voto disidente del Dr. Belluscio que hace lugar a la queja, concede el recurso extraordinario y revoca la sentencia.

En lo que al presente trabajo interesa, en el primer considerando del fallo puede leerse:

“...A su turno, el diario añadió a las defensas que ya había esgrimido, el planteo de inconstitucionalidad del Art. 14 de la Convención pues, en la medida en que esa norma obligara al periódico a publicar lo que no deseaba publicar, transgrediría los Arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional”.

La cuestión de la idea expresada en el artículo 75, inciso 22 CN donde dice que los instrumentos de derechos humanos 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, fue mencionada, aunque no analizada en el voto mayoritario. Sí se alude a la cuestión en los votos concurrentes, tal como veremos más adelante.

No puede soslayarse que la mayoría consideró que un planteo de inconstitucionalidad de un artículo del Pacto de San José de Costa Rica origina una cuestión constitucional.

En este sentido, veamos qué dice la Corte en la primera parte del considerando 9 del voto de mayoría:

“9. Que, en la medida de las cuestiones planteadas en el presente juicio, corresponde interpretar los alcances del derecho establecido en el Art. 14 del Pacto a fin de poder dar respuesta a su impugnación constitucional. Sólo así se podrá determinar si aquél es o no compatible con la Ley Fundamental...”.

A partir de aquí, la Corte argumenta desde diversos puntos de vista con cita del derecho extranjero, tanto de normativa como de jurisprudencia, pero siempre desde lo que nos atreveríamos a considerar como fáctico, dando razones para sostener la validez constitucional del derecho de réplica, y así, en uno de los párrafos que integran el considerando 12 concluye que:

“...Nada hay en él que autorice a presentarlo como reñido con el debido respecto a la garantía de la libertad de prensa y de expresión, que esta Corte siempre celosamente ha preservado...”.

La mayoría de la Corte confirma así la sentencia apelada aceptando como constitucionalmente válido el derecho de réplica.

El voto concurrente del Dr. Nazareno llega a igual conclusión, aunque con distintos argumentos, pero tampoco menciona la frase objeto de análisis del presente trabajo.

El Dr. Moliné O'Connor en su voto también argumenta desde lo fáctico, para concluir junto con los jueces preopinantes que nada hay en la primera parte de la Constitución que se oponga al derecho de réplica; pero en relación con la frase constitucional que motiva nuestro análisis, la única referencia la encontramos en su considerando 9 donde se expresa lo siguiente:

9. Que, según ha expresado esta Corte, los términos del citado Art. 75, Inc. 22 de la Constitución Nacional, indican que los constituyentes han efectuado un juicio de comprobación, en virtud del

cual han cotejado los tratados y los artículos constitucionales y han verificado que no se produce derogación alguna, juicio que no pueden los poderes constituidos desconocer o contradecir. De ello se desprende que la armonía o concordancia entre los tratados y la Constitución es un juicio del constituyente. En efecto, así lo han juzgado al hacer la referencia a los tratados que fueron dotados de jerarquía constitucional y, por consiguiente, no pueden ni han podido derogar la Constitución pues esto sería un contrasentido insusceptible de ser atribuido al constituyente, cuya imprevisión no cabe presumir (confr. causas M.399.XXXII, "Monges, Analía M. c. U.B.A. - Res. 2314/95", del 26 de diciembre de 1996 y C.278. XXVIII, "Chocobar, Sixto Celestino c. Caja Nacional de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos s/reajustes por movilidad", del 27 de diciembre de 1996 –La Ley, 1997-C, 150, 1997-B, 247).

El párrafo aquí transcrito figura como la última parte del considerando 5 en el voto del Dr. Boggiano.

El Dr. Fayt, quien también confirma la sentencia apelada, argumenta sobre la compatibilidad concreta entre el derecho de réplica y la libertad de expresión; pero además, en los considerandos 11 y 13 de su voto expresa lo siguiente:

11. Que en la sentencia que se registra en Fallos: 315:1492, "... este tribunal tuvo oportunidad de reconocerle operatividad al Art. 14 de la Convención Americana de Derechos Humanos sobre la base de considerar que cuando la Nación ratifica un tratado que firmó con otro Estado, se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen a los supuestos que ese tratado contemple, siempre que contenga descripciones lo suficientemente concretas de tales supuestos de hecho que hagan posible su aplicación inmediata". Ahora bien, los inconvenientes interpretativos que pudieran haber existido en torno de la compatibilización de las previsiones de la convención con las normas de nuestro ordenamiento han sido definitivamente zanjados en razón de la modificación introducida en el Art. 75, Inc. 22 de la Ley Fundamental (cuestión que se hallaba debidamente habilitada para su reforma).

13. Que la aludida reforma impone considerar que la Constitución Nacional en su actual redacción prescribe que los tratados que expresamente enumera –entre los que se encuentra la convención– "tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos". De ahí que las previsiones de los Arts. 14 y 32 de su texto deban armonizarse con lo prescripto por el Art. 14 del tratado internacional, de acuerdo a la doctrina del tribunal, según la cual, la interpretación de las normas constitucionales ha de realizarse de

modo que resulte un conjunto armónico de disposiciones con una unidad coherente. Para obtener esa unidad, la recta inteligencia de sus cláusulas no alterará el equilibrio del conjunto dentro del cual cada parte ha de interpretarse a la luz de todas las demás... pues se trata de privilegiar las opciones hermenéuticas que maximicen su eficiencia.

En cuanto al voto del Dr. Vázquez, quien también confirma la sentencia apelada, se refiere al tema objeto de interés en el presente trabajo en el considerando 8 y, aunque parte del considerando 8 coincide con un considerando de los que hemos transcripto al considerar el voto del Dr. Fayt, creo que vale la pena transcribirlo completamente a fin de no descontextualizar.

Dice el considerando 8 del voto del Dr. Vázquez:

8. Que la Constitución Nacional en su actual redacción prescribe que los tratados que expresamente enumera —entre los que se encuentra la aludida convención— “...tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”. De ahí que las previsiones de los Arts. 14 y 32 de su texto deban armonizarse con lo prescripto por el Art. 14.1. del tratado internacional, de acuerdo con la doctrina del tribunal, según la cual, la interpretación de las normas constitucionales ha de realizarse de modo que resulte un conjunto armónico de disposiciones con una unidad coherente. Para obtener esa unidad, la recta inteligencia de sus cláusulas no alterará el equilibrio del conjunto dentro del cual cada parte ha de interpretarse a la luz de todas las demás (Fallos: 167:121; 190:571; 194:371; 240:311; 306:303; voto concurrente —La Ley, 26-287; 29-11; 93-188; 1984-B, 426), pues se trata de privilegiar las opciones hermenéuticas que maximicen su eficiencia.

Que, además, esa necesaria armonización e interpretación integrativa que debe existir entre los derechos y garantías consagrados en la parte dogmática de la Constitución y aquellos enumerados en los tratados internacionales sobre derechos humanos, importa una pauta a seguir por los jueces que, valga señalarlo, expresamente fue considerada en el seno de la Convención Nacional Constituyente de 1994 (confr. “Obra de la Convención Nacional Constituyente de 1994”, t. IV, p. 4130 y sigtes. espec. p. 4136/37, publicada por el Centro de Estudios Constitucionales y Políticos del Ministerio de Justicia de la Nación, Buenos Aires, 1995).

Con lo que va dicho, entonces, que no podría ser una conclusión de hermenéutica constitucional válida aquella que sostenga que el derecho de respuesta consagrado por el Pacto de San José de Costa Rica se opone irreductiblemente a la libertad de prensa que garantizan los Arts. 14 y 32 de la Constitución Nacional. Antes bien, entre ambos derechos hay una relación de necesaria

complementación en el común marco protectorio de los derechos humanos fundamentales, según se verá.

Antes de referirnos a la disidencia del Dr. Belluscio debemos agregar, aunque no hemos transcrito los considerandos pertinentes, que en todos los votos que concurren a formar la mayoría se establece que no hay derechos absolutos en la Constitución Nacional (al respecto, y a fin de abreviar, puede leerse el considerando 9 del voto del Dr. Vázquez).

La disidencia del Dr. Belluscio:

La opinión que el Juez Belluscio tiene sobre el alcance de la expresión "...no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos..." contenida en el artículo 75, inciso 22 de la CN, es lo que determina no sólo su voto disidente en el caso, sino que no considere necesario analizar ninguna otra cuestión para llegar a la solución que propone.

Leamos entonces los tres primeros párrafos y el párrafo final de su considerando 7:

7. Que, aun cuando esa inteligencia del texto internacional no fuese compartida, igualmente el Art. 14 de la Convención sería inaplicable en nuestro país en virtud de las condiciones que el texto constitucional reformado ha puesto para que los tratados que menciona tengan alcance constitucional.

En efecto, los textos mencionados en el Art. 75, Inc. 22, si bien "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". Configuran, pues, normas constitucionales de segundo rango, que prevalecen por sobre las leyes ordinarias pero que son válidas únicamente en la medida en que no afecten los derechos consagrados en la 1ª parte de la Constitución, que incluye los Arts. 14 y 32 protectores de la libertad de prensa.

La admisión del derecho de rectificación, respuesta o réplica está en pugna con esas normas fundamentales, especialmente con la segunda de ellas, pues implica una restricción de la libertad de imprenta. Aun cuando pudiera considerárselo justificado desde el punto de vista del afectado por una información errónea, en tanto no medie un delito contra el honor de derecho penal –caso en el cual el código respectivo presenta la solución en su Art. 114– desde el ángulo de la libertad constitucional de prensa implicaría una indebida restricción de dicha libertad que está vedada al legislador. En nuestro texto constitucional, la libertad de prensa es absoluta, no puede ser objeto de restricciones o reglamentaciones. Y la finalidad de ese carácter absoluto no es la de tutelar a los propietarios de los medios de comunicación social sino a toda

la sociedad, evitando los riesgos que genera su reglamentación. Pues si se comienza por recorrer el camino de obligar a publicar se puede llegar sin mucho esfuerzo al resultado de obligar a no publicar, cayendo en la violación de la también absoluta prohibición constitucional de la censura.

Corresponde concluir, entonces, que aun cuando no se aceptara la interpretación expuesta en el consid. 6º, igualmente el derecho de réplica resultaría violatorio de las libertades y garantías establecidas en los Arts. 14 y 32 de la Constitución. Ello hace superfluo examinar los restantes argumentos invocados por la recurrente.

En el presente voto se pone de manifiesto la idea –en mi opinión, preocupante– de que para algunos, entre ellos el Dr. Belluscio, existe la posibilidad de condicionar la jerarquía constitucional de los tratados.

La doctrina

Casi no existe bibliografía sobre la frase objeto del presente trabajo. Sólo en muy pocos textos pueden hallarse algunas menciones al tema, aunque no como idea central sino como una mención entre tantas.

A título de ejemplo, diremos que la doctora María Angélica Gelly en un comentario al fallo Petric se pregunta:

...Ahora bien, si cabe someter al derecho de rectificación o respuesta al test de constitucionalidad en los casos concretos, cualquier otro derecho consagrado en una Convención de Derechos Humanos es susceptible de similar evaluación. ¿Significa esta hermenéutica efectuada por cinco miembros del tribunal que el Art. 75, Inc. 22 de la Constitución Nacional coloca a los tratados de derechos humanos medio escalón por debajo de la Ley Suprema?...

Por su parte, el Dr. Barrancos y Vedia en su comentario al mismo fallo también manifiesta dudas:

...En consecuencia, nos queda esta duda: la expresión “no derogan artículo alguno de la primera parte”, ¿fue intercalada como “juicio de comprobación” luego de haberse “cotejado” los tratados incorporados con las normas de la primera parte de la Constitución Nacional y haber llegado de tal manera a la “verificación” de que no se produce derogación alguna?, o, por el contrario, ¿dicha frase fue intercalada simplemente como resultado de la gestión de “algún grupo de presión”?, o “quizás como reafirmación del Art. 7º de la Ley 24309 (Adla, LIV-A, 89), en cuanto prohíbe introducir “modificación alguna a las declaraciones, derechos y garantías contenidos en el Capítulo único de la primera parte de la Consti-

tución Nacional”?

Sobre el tema que motiva el presente trabajo, el Dr. Germán Bidart Campos sostiene:

... a nuestro juicio, la complementariedad no hace viable en ninguna hipótesis el descarte y la inaplicación de una norma contenida en uno o más instrumentos internacionales de jerarquía constitucional porque lo que es complemento de “algo” jamás puede dejar de surtir su efecto “complementario”. Si así ocurriera, no sería un complemento; habría, a la inversa, una supresión de normas que están obligadamente convocadas a complementar a aquel “algo” del cual son complemento.

Opinión personal y conclusiones

Tal vez, el anhelo de una sociedad en la que la libertad, la igualdad y la solidaridad rijan los destinos de todos y de todas, o mejor, el anhelo de una sociedad en la que libertad, no discriminación y solidaridad permitan que cada persona pueda realmente labrar su destino conforme a sus expectativas, nos lleve a inquietarnos por los vericuetos normativos que pueden llegar a impedirlo.

En la introducción al presente trabajo hemos planteado que, en nuestra opinión, la sociedad argentina, a pesar de haberlo intentado, no ha podido acercarse por sí sola a la vigencia de los derechos humanos. Ha requerido el auxilio de la comunidad internacional.

Hemos comprobado que no estamos solos en esta opinión; aunque con otras palabras, la convencional constituyente Alicia Oliveira se expresa en sentido similar en su exposición del día en que se trató en la Convención Constituyente reformadora de 1994 la modificación del por entonces artículo 67, inciso 19. En igual ocasión, otros convencionales constituyentes han aludido de forma más o menos directa a esta idea.

Pero no es necesario referir que esta cuestión fue mencionada por muchos oradores en la Convención o, mejor, digamos que si fue mencionada por ellos es porque se trata de una realidad incontestable.

A título de ejemplo, digamos que las violaciones masivas a los derechos humanos cometidas durante la dictadura militar acaecida entre 1976 y 1983 adquirieron visibilidad y presencia efectiva puertas adentro de los órganos decisores de la comunidad internacional a partir del informe sobre la situación de los derechos humanos en la Argentina efectuado en 1979 y publicado en 1980 por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Vista la situación en perspectiva desde el año 2010, la incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos puede decirse que ha motivado un rediseño del ordenamiento jurídico argentino, que va desde el reciente cambio de la edad en la que se pasa a ser adulto, la igualdad entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales, la incorporación de doble instancia obligatoria en materia penal, el derecho de los niños y niñas a ser oídos por los jueces, la abolición del patronato de menores, y un sinnúmero de cambios más cuya enumeración daría una extensión inusitada al presente trabajo.

Pero en materia de búsqueda del esclarecimiento y justicia en relación a los crímenes cometidos durante el gobierno de facto que duró entre 1976 y 1983, la intervención de los órganos integrantes de los sistemas de protección internacional de los derechos humanos ha sido y continúa siendo decisiva.

Cuando a partir del año 1987 comenzaron los levantamientos militares –precisamente porque algunos de los acusados no querían comparecer ante la Justicia– y se da comienzo al proceso de desincriminación que se inicia con la ley de obediencia de vida y culmina con los indultos, fue la sociedad civil la que resistió y obtuvo el apoyo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que emitió el informe 2892 del año 1992.

Una solución amistosa alcanzada en el marco de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos posibilitó la apertura de los “juicios de la verdad”.

En el año 2001 se dicta un fallo de primera instancia que establece la nulidad de las leyes de obediencia debida y punto final, invocando cuestiones de naturaleza constitucional, pero también, invocando normativa internacional de los derechos humanos.

En igual sentido, en el año 2003 el Congreso anula las leyes de obediencia debida y punto final.

Este proceso se completa en 2005 cuando la Corte Suprema de Justicia falla el caso Simón y, en 2007, cuando falla el caso Maseo.

En materia de violencia policial e institucional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Bulacio introduce el concepto de “cosa juzgada fraudulenta” y hace ceder el instituto de la prescripción en determinadas circunstancias.

En definitiva, la actuación de los órganos internacionales de protección internacional de los derechos humanos y la aplicación de los tratados que versan sobre la materia no han dejado prácticamente ningún interés corporativo sin conmovir, con beneficio de la paulatina democratización del país y, en consecuencia, del bien general.

Es la amenaza de incurrir en responsabilidad internacional lo que ha venido a sumar un freno extra a posibles abusos de poder por parte del Estado, o a frenar la mirada negligente del mismo frente a atropellos cometidos por particulares. Este accionar anticorporativo motiva comportamientos reactivos en las corporaciones afectadas.

Hasta el año 1994 no había a nivel de la Constitución una pauta que pudiera establecer el orden de prelación jerárquica entre tratados y leyes. Sólo a partir de 1992, la Corte Suprema pareció decidirse definitivamente por tomar consciencia de que la Argentina no puede valerse de normativa interna para incumplir alguna obligación asumida por causa de ser parte en un tratado que la establece.

Pero los tratados seguían hallándose por debajo de la Constitución, por lo tanto, se podía plantear la inconstitucionalidad de alguna de sus cláusulas en caso de así considerarlo.

La reforma constitucional de 1994 resolvió la cuestión de la prelación jerárquica entre los tratados y las leyes.

Enorme resistencia ocasionó en el seno de la Convención la idea de otorgar jerarquía constitucional a los instrumentos internacionales referidos a derechos humanos.

Si se analiza la cuestión con una mirada que incluya lo jurídico, pero que lo trascienda incorporando elementos sociológicos e históricos, saldrán a la luz elementos por lo menos llamativos.

Así, veremos que quienes más se opusieron a la aprobación de la jerarquía constitucional de los instrumentos internacionales referidos a derechos humanos en defensa de las libertades consagradas en la primera parte de la Constitución Nacional han sido básicamente el Modin, Fuerza Republicana y la Unión del Centro Democrático, entre otros.

Fuerza Republicana, por ejemplo, es un movimiento del interior del país que logró ganar la gobernación de su provincia por un período en la década de los noventa. Quien fuera gobernador en nombre de Fuerza Republicana era un general que ya había sido gobernador de facto en la misma provincia durante la dictadura militar, conocida como “proceso de reorganización nacional”. Tal dictadura subordinaba la vigencia de la Constitución Nacional a la no contradicción de un estatuto que el régimen de facto había autoproclamado.

Es un dato digno de celebrarse que fuerzas políticas lideradas o bien por personas que participaron como gobernadores de provincia, del gobierno nacional que censuró, por ejemplo, obras como “El principito”, defendieran con tanto ahínco la libertad de expresión, dos décadas más tarde, supuestamente cercenada por un tratado sobre derechos humanos.

Es dable destacar que quienes se opusieron en la Convención Constituyente reformadora a la jerarquía constitucional de los derechos humanos manifestaban, en todo momento, que no se hallaban en contra de la vigencia de tales derechos, sólo que los consideraban incorporados a la Constitución por vía del artículo 33.

La objeción formulada por la minoría, en relación a otorgar jerarquía constitucional al Pacto de San José de Costa Rica, habiendo aceptado la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, nos puede proporcionar una pauta para comprender a qué se debía la irreductible resistencia que se oponía al proyecto de mayoría.

Es punto de partida conceptual del presente trabajo la idea de que la sociedad argentina en su largo camino hacia la democracia ha acudido, y aún acude, a la comunidad internacional y, especialmente, a los órganos internacionales de protección de los derechos humanos cuando ese camino le impone remover o derribar intereses corporativos.

El MERCOSUR, por ejemplo, cuenta con una cláusula en virtud de la cual si se altera el sistema democrático en un país miembro, dicho país miembro queda excluido del bloque.

Aunque exceda el objeto de este trabajo, podemos agregar que el artículo 75, inciso 24 de la CN condiciona al Estado argentino a firmar tratados de integración siempre y cuando respeten los derechos humanos.

Retomando la idea anterior, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos funciona en nuestro país como un fuerte valladar anticorporativo y esto explica –por lo menos en nuestra opinión– tanto la enorme resistencia que halló en la Convención Constituyente reformadora, como la multiplicidad de argumentaciones con las que actualmente se lo resiste, tanto desde el hipergarantismo –entendido en sentido liberal– hasta corrientes filosóficas que, comenzando por cuestionar el control judicial de constitucionalidad, continúan por plantear dudas sobre la legitimidad democrática de los tratados, esgrimiendo que el pueblo no participa en su redacción y no tardan en llegar a problematizar la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales.

Y, según creo, éste es básicamente el punto: como fue expresado en la Convención Constituyente, los tratados internacionales dan alcance y contenido a una serie de derechos que, si bien se hallaban consagrados en el artículo 33 de la Constitución, se hallaban allí como no enumerados. Los tratados los positivizan con nombre, alcance y contenidos, y la jerarquía constitucional de los mismos hace imposible sostener su inconstitucionalidad.

El problema –y esta es la preocupación que nos motiva a intentar el pre-

sente trabajo— es que el devenir en el tiempo de esta cláusula constitucional ha hecho que sólo creamos que impide plantear su inconstitucionalidad a quienes nos consideramos partidarios de la filosofía de los derechos humanos y consideramos, además, que nuestra Constitución histórica, aún habiendo sido redactada un siglo antes del amanecer jurídico del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, los incluye y homenaja plenamente; y que desde el punto de vista filosófico, ideológico, político y jurídico no existe, ni puede existir contradicción entre los mandatos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la Constitución Nacional.

Pero quienes plantean que el contenido de los tratados sobre derechos humanos puede incluir disposiciones que resulten contradictorias (derogatorias) de algún artículo de la parte dogmática de nuestra Constitución no aceptarán la idea de la imposibilidad de plantear la inconstitucionalidad de las cláusulas de un tratado de los mencionados en el segundo párrafo del artículo 75, inciso 22 CN.

Tal como recuerda el Dr. Barrancos y Vedia en su comentario al fallo *Petric Domagoj C/ Diario* Página 12:

...Miguel Ángel Ekmekdjian, en su comentario al fallo “*Conesa Mones Ruíz, Horacio c/ diario Pregón*” indica que la frase “no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución”, según nos comentaron altas fuentes de la mencionada Convención Constituyente, fue requerida por algún grupo de presión contrario a la vigencia del derecho de réplica, como medio para destruir la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia en la mencionada causa *Ekmekdjian c. Sofovich*.

Pero la frase que nos ocupa no tiene como único efecto poner en duda la compatibilidad entre el derecho de rectificación o respuesta y los artículos 14 y 32 de la Constitución Nacional sino que, si aceptamos que un artículo de un tratado internacional podría resultar derogatorio de algún artículo de la primera parte de la Constitución, todo el contenido del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que se haga parte del Derecho argentino con carácter de jerarquía constitucional, podría ser puesto en duda.

Las negociaciones mantenidas en el seno de la Convención durante el debate en el plenario de la asamblea llevaron a la introducción de la frase que nos ocupa, con la que se logró que uno de los proyectos de minoría fuese retirado aumentando así el consenso.

Como ya dijimos, los constituyentes entendieron que la frase “...no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reco-

nocidos" constituía una afirmación de la compatibilidad existente y un freno a la idea de posibles contradicciones.

Creemos que ello es así pues, lo complementario, completa, agrega y no puede, por lo tanto, contradecir o derogar.

En este contexto, hay igualdad de jerarquía de las normas en cuestión, y ello importa la aplicación de los principios interpretativos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, básicamente el *pro homine*, tal como lo planteó recientemente el Dr. Zaffaroni en su voto concurrente en el caso Maza Ángel E., de fecha 6 de octubre de 2009.

Interpretar lo contrario implicaría establecer que existen en el segundo párrafo del artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional dos clases de instrumentos internacionales sobre derechos humanos:

Por un lado, los que no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución, que deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Por el otro, los que sí la derogan, que pueden ser declarados inconstitucionales.

En este último supuesto, ¿quién y bajo qué criterio determina qué tratado deroga y cuál no deroga la primera parte de la Constitución Nacional? ¿Existe alguna pauta susceptible de ser seguida para poder determinarlo?, ¿o lo haremos a partir de aseveraciones dogmáticas? ¿Qué ocurriría con la responsabilidad internacional del Estado en este caso? Los contribuyentes argentinos, ¿deberemos indemnizar a los damnificados por violaciones a los derechos humanos porque la sola voluntad de una eventual mayoría de la Corte considera que un derecho consagrado en un tratado deroga alguna garantía de la primera parte de la Constitución? Y si derogase algún artículo de la segunda parte de la Constitución, ¿qué haríamos? ¿Mantendríamos el criterio respecto de la colisión entre la primera parte de la Constitución y los tratados? O por el contrario, ¿aceptaríamos que los tratados pueden derogar la Constitución? Entonces, si un tratado contradice algún artículo de la primera parte de la Constitución, declaramos inconstitucional la cláusula del tratado, pero si la cláusula del tratado deroga algún artículo de la segunda parte de la Constitución, ¿preferiríamos la validez del tratado y declararíamos inconstitucional la Constitución?

En nuestra opinión, dar semejante interpretación a un artículo de la Constitución o a una frase contenida en el mismo llevaría a un grado de incerteza y de confusión alarmantes, y si consideramos que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos conduce a reinterpretaciones *pro persona* de la casi totalidad del ordenamiento jurídico argentino, no tendríamos certeza alguna respecto del alcance y contenido, ni de los

derechos consagrados en los tratados internacionales, ni del que debe darse a los de la propia Constitución y, absolutamente subestimados en nuestra calidad de ciudadanos, deberíamos esperar con nuestras miradas hacia el cielo para que desde allí la inspiración de los jueces nos determine si la Constitución Nacional dice lo que dice o no.

Creemos que esta postura puede dar por tierra con absolutamente todo lo que desee hacerse; a partir de la vigencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, cualquier interés corporativo podría resistir a su antojo cualquier medida tendiente a viabilizar derechos humanos, desde el derecho de réplica hasta cualquier derecho de contenido económico o social.

Acusados de crímenes contra la humanidad, estructuras burocráticas y burocratizantes vinculadas, por ejemplo, a la asistencia de personas con discapacidad o cualquier sector estructurado en base al *status quo* en relación con cualquier grupo al que se le vulneren derechos, tal como las mujeres o las personas ancianas; frente a los reclamos que la sociedad civil pueda ejercer a fin de exigir la operatividad de la normativa procedente del derecho de los derechos humanos, contarán entonces, con esta doctrina para resistirse a los cambios.

Creemos con pesar que la batalla ha sido parcialmente ganada por quienes resisten la aplicación directa lisa y llana del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, pues la Justicia no rechaza *in limine* los planteos de inconstitucionalidad de cláusulas de tratados jerarquizados, sino que confirma su validez constitucional, pero analizando y justificando pormenorizadamente las razones que motivan tal conclusión, tal como si se tratara de defender la constitucionalidad de una ley.

Creemos que los instrumentos de derechos humanos mencionados en el artículo 75, inciso 22 CN no integran la Constitución, sino que la complementan, la completan y comparten su jerarquía; es decir, integran el mismo eslabón de lo que el Dr. Bidart Campos llama “cadena de validez constitucional”. Por lo tanto, consideramos que plantear la inconstitucionalidad de alguna de sus cláusulas tendría el mismo efecto que plantear la inconstitucionalidad de algún artículo de la Constitución.

No demasiado más es lo que podemos agregar desde el punto de vista estrictamente jurídico a esta cuestión.

A modo de resumen podemos decir que la frase que motiva este trabajo generó dos interpretaciones posibles:

Por un lado, existe un criterio al que adhieren autores como Barroso y que fue recogido por el Dr. Belluscio en el caso *Petric Domagoj C/ Diario* Página 12, según el cual la frase “no derogan artículo alguno de la primera

parte..." determina que el segundo párrafo del artículo 75, inciso 22 establece dos niveles jerárquicos dentro de los instrumentos con jerarquía constitucional: los que no derogan artículo alguno de la primera parte de la CN que sí tienen la jerarquía constitucional; y los que sí derogan algún artículo de la primera parte, los cuales se hallan jerárquicamente por encima de las leyes, pero por debajo de la Constitución.

Como ha quedado expresado *supra*, bajo ningún concepto compartimos este criterio.

Por otro lado, encontramos el criterio al que adhiere mayoritariamente la comunidad jurídica argentina y la población argentina en general, según el cual, la frase que motiva el presente trabajo quiere decir exactamente lo que dice, esto es, que los instrumentos internacionales mencionados en el segundo párrafo del artículo 75, inciso 22 de la CN tienen la misma jerarquía de la Constitución, no contradicen artículo alguno de la primera parte de la misma (o sea, están en todo de acuerdo con ella), y se entenderán complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos.

Desde este punto de vista entonces, ¿cuál es la jerarquía normativa de la Constitución y cuál la de los instrumentos internacionales de derechos humanos mencionados en el artículo 75, inciso 22? La misma.

¿Qué diferencia jerárquica existe entre la CN y los instrumentos jerarquizados por el párrafo segundo del artículo 75, inciso 22? Ninguna.

Los instrumentos internacionales en cuestión, ¿derogan algún artículo de la primera parte de la Constitución? No.

¿Por qué? Porque los constituyentes comprobaron que no.

No compartimos el criterio expresado en la Convención Constituyente por el Dr. Barra, en el sentido de que la complementariedad implica accesoriedad. No lo compartimos porque puede resultar una forma indirecta de establecer jerarquías dentro del bloque constitucional creado por el artículo 75, inciso 22.

Creemos que la no contradicción entre los instrumentos jerarquizados y la primera parte de la Constitución es axiológica. Pensamos que los derechos humanos hacen parte de la ideología de la Constitución, por lo tanto, sólo pueden reforzarla.

Esta opinión nos libera de dudas respecto a la pregunta que se formulara nuestro maestro el Dr. Bidart Campos respecto de qué ocurriría con los tratados sobre derechos humanos jerarquizados en los términos del tercer párrafo del artículo 75, inciso 22.

Creemos entonces que ningún tratado de derechos humanos es susceptible de contradecir la primera parte de la Constitución Nacional, pues

comparten con ella la ideología y la finalidad.

Para concluir, consideramos que la frase en análisis es una suerte de caballo de Troya que los sectores reactivos a los derechos humanos insertaron en la Constitución Nacional.

Es digno de aplauso el esfuerzo de los convencionales que apoyaban el dictamen de mayoría, pues, con la inserción de esta frase, se logró destrabar una cuestión que es básica para el avance de la Nación respecto de la defensa y promoción de los derechos humanos.

El caballo de Troya está presente y expectante con sus soldados dentro.

Si los tratados sobre derechos humanos jerarquizados constitucionalmente pueden ser declarados inconstitucionales, su caída arrastrará también las interpretaciones dadas a ellos por sus órganos de aplicación y la defensa de los derechos, sobre todo, de los correspondientes a los sectores más vulnerables de la sociedad; requerirá los mismos esfuerzos argumentativos que debían desplegarse treinta años atrás y con los mismos resultados inciertos.

Queda entonces en manos de los jueces de la Nación y de la sociedad que los vigile defender la voluntad popular expresada en la Convención Constituyente reformadora o, tal vez, ejercer poder fundándose en tecnicismos, en palabras no comprendidas por la población y en interpretaciones propias de tiempos ya pasados.

Bibliografía

Diario de sesiones de la Convención Constituyente reformadora de 1994.

Bidart Campos, Germán J. *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*. Tomo VI. Buenos Aires, Ediar, 1995.

Bidart Campos, Germán J. ob.cit. Tomo 1 A. Nueva edición ampliada y actualizada a 1999-2000. Buenos Aires, Ediar, 2000.

Corte Suprema de Justicia de la Nación. Caso Petric Domagoj Antonio contra Diario . Página 12 s/ Recurso de hecho. Sentencia de 16 de abril de 1998.

Barrancos y Vedia, Fernando N. *El derecho de rectificación o respuesta, la Constitución Nacional y la libertad de prensa en un fallo de la Corte Suprema*. La Ley, 1998-D, 330.

Gelli, María Angélica. *El caso Petric ¿Valor agregado de la rectificación o respuesta?* La Ley 1998-F, 53.