

LOS DERECHOS HUMANOS EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL Y EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS *

GERMAN J. BIDART CAMPOS **

Para no incurrir en repeticiones, retomo algo que ya dijo el doctor Daniel Zovatto, y que yo tenía pensado incluirlo a modo de introducción. Desde mi enfoque, hago una distinción entre la universalización de los derechos humanos y la internacionalización de los derechos humanos. La primera alude al fenómeno de mimetismo o de limitación cultural que se produce con el advenimiento del constitucionalismo moderno –a fines del siglo xviii– a raíz del cual, en términos vulgares, diríamos que se pone de moda que las Constituciones formales –tomando como modelo la de Estados Unidos y sus diez primeras enmiendas, y las francesas– incluyan un catálogo o una declaración de derechos. Es decir, el derecho interno de los Estados empieza a recoger, en el orden de las normas constitucionales o legales, una declaración de derechos. Ese sería el fenómeno de la universalización. Pero estamos dentro del derecho interno de cada Estado, de muchos Estados.

La internacionalización –lo explicó bien Zovatto hace un momento– ya significa un paso de avanzada, mucho más adelante. Significa que el derecho internacional público

* Transcripción de la conferencia pronunciada en las “Jornadas sobre los Sistemas Internacionales de Protección de los Derechos Humanos”, realizada en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, dic. 1988.

** Profesor Titular de Derechos Humanos y Garantías de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires.

asume y toma para sí el problema de los derechos humanos. Ya no es una cuestión propia del derecho interno de cada Estado. Lo sigue siendo; pero no únicamente del derecho interno de cada Estado, sino también del derecho internacional público en esa esfera que, por ejemplo, Dabin llamaba "el bien común internacional", a la que parece dar eco la Carta de San Francisco cuando hace mención de derechos y libertades fundamentales que los Estados miembros de la comunidad internacional tienen la obligación de respetar.

Es este fenómeno de la internacionalización el que yo quiero abordar con algunas reflexiones en la relación de derecho internacional de los derechos humanos y derecho constitucional. Voy a tratar de ceñirme a un esquema y a un tiempo limitados. Fundamentalmente, voy a prestarle atención a esta bifrontalidad de derecho internacional y derecho constitucional, desde el punto de vista del derecho constitucional argentino.

Primero, una cuestión de vocabulario. No sé si es demasiado importante, pero quiero traerla a colación porque, con todo el respeto que siempre tengo por la jurisprudencia de la Corte Suprema, encuentro a veces en el léxico de muchas de sus sentencias un uso para mí equivocado de la terminología.

No podemos decir, cuando el Congreso dicta una ley aprobando un tratado, que lo ha "ratificado". Es un uso indebido de vocablos. La Constitución, cuando deslinda las competencias del Congreso en materia de tratados internacionales, dice muy bien que el Congreso los aprueba o los desecha. Esa es una etapa intermedia —el proceso de gestación del tratado no está concluido—, y en el ámbito internacional, donde el tratado opera como fuente, recién la ratificación internacional o la adhesión, como figura del derecho internacional y en sede internacional, permite hablar de que el tratado entra en vigor. Mal puede entrar en vigor en el derecho interno un tratado que es fuente del derecho internacional, cuando todavía en el derecho internacional no ha operado como fuente. De manera que, lo que el Congreso hace es cumplir una etapa intermedia en el proceso completo de gestación de los tratados: los aprueba o los desecha. Lo hace en forma de ley —como normalmente, por praxis, cumple el Congreso todas sus competencias—. Siguiendo vieja doctrina de José Arce, yo creo que no debería ser así. La aprobación de un tratado por el Congreso es un acto de naturaleza política, tan política como la firma del

tratado por el Ejecutivo y como la ratificación, también por el Ejecutivo; pero, de todas maneras, la formalidad del acto aprobatorio no es quizás acá lo que más nos interese. Si me interesa para una reflexión, que no es esencial al tema, pero que quiero poner a consideración de ustedes: si después de la aprobación por el Congreso –que se hace en forma de ley– el Poder Ejecutivo ratifica el tratado y, con ello, lo incorpora al derecho interno argentino, esa ley “aprobatoria” del tratado yo creo que no podría ser derogada y que, si lo fuera, no surtiría efecto; porque –repito– el acto aprobatorio fue una etapa intermedia. Cuando se consuma el proceso completo con la ratificación, la marcha atrás para desvincularnos del tratado, para que el tratado deje de formar parte del derecho interno y para desobligarnos internacionalmente, requiere de otra figura internacional, o sea que el tratado se denuncie. De manera que, si acaso el Congreso derogara la ley aprobatoria, creo que ello como único efecto podría ser un indicio de la voluntad del Congreso para que el Poder Ejecutivo –así como primero con la aprobación, cumplió después la etapa ratificatoria– llegara por las vías internacionales previstas o pactadas en el tratado a la denuncia del mismo para desobligarse de la obligación internacional e interna que asumió cuando lo ratificó.

Entonces, la ratificación de un tratado, en forma directa y automática (soy monista en esto) da recepción al tratado en el derecho interno: lo incorpora al derecho interno; ya está dentro de nuestro sistema, tal como lo establecen los arts. 85 y 100 de la Const. Nacional. El art. 31 dice, haciendo una trilogía: “Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados... son la ley suprema de la Nación”. Claro, si, los tratados son “ley suprema” de la Nación, como lo es la Constitución y como lo son las leyes del Congreso, en un bloque trinitario. Pero los tratados no son leyes: son tratados, y con esa naturaleza entran y subsisten en nuestro orden interno. Si nuestro constituyente pensara que el tratado se ha convertido en ley, similar a la del Congreso, sobraría mencionarlos en el art. 31 y en el art. 100 separadamente de las leyes. Por eso también soy monista: no comparto la idea de quienes dicen que después de ratificado un tratado, para que entre en el derecho interno, hace falta que una ley le dé recepción, o lo filtre o lo cuele, y lo coloque en el derecho interno. No. El tratado ya está dentro del derecho interno. Por otra parte –y sobre esto después voy a hacer alguna alusión discrepando de dos muy recientes sentencias

de la Corte en materia de derecho a réplica, con relación a ese tema, para decir que la ratificación de un tratado lo incorpora directa y automáticamente al derecho interno—, yo no me fijo si las normas del tratado son operativas o son programáticas porque, sean una cosa o sean la otra, ya están dentro del derecho interno. Esto no es una novedad para quienes saben y aceptan que la Constitución también tiene —o puede tener— normas programáticas, y éstas están dentro de la Constitución, y la Constitución está dentro de nuestro sistema normativo.

¿Qué nivel tiene el tratado dentro del derecho constitucional argentino? En mi opinión, dada la tipología de Constitución escrita, Constitución suprema y Constitución rígida, más el principio del art. 27, hay que decir que los tratados son infraconstitucionales; es decir, están en un nivel inferior al de la Constitución.

Daniel Zovatto recordaba hace un momento normas mucho más adelantadas —a las que yo adhiero— de dos Constituciones americanas: la de Perú y la de Guatemala; y el año pasado, cuando en agosto tuvimos el Congreso de la Asociación Argentina de Derecho Internacional, en el cual había un tema de derecho internacional y derecho constitucional, surgió de mi ponencia que, como mínimo, de reformarse la Constitución, se estableciera en ella una previsión, un principio que consignara que los tratados sobre derechos humanos en que Argentina fuera parte prevalecerían sobre la Constitución. Pero, por el momento, no es así, ni puede ser así. De todas maneras —y esto es un llamado de atención para quienes tienen que aplicar e interpretar tratados— como en el ámbito internacional el principio es otro, hay que extremar la precaución (si hay que extremarla siempre, en este caso —yo diría— mucho más) de no llegar a la declaración de inconstitucionalidad de una norma de un tratado internacional, porque de acuerdo con la Convención de Viena sobre derecho de los tratados —de la que es parte Argentina— salvo una hipótesis excepcional (hipótesis prevista en el art. 46) el principio inexorable del art. 27 establece que un Estado no puede invocar, alegar ni oponer su derecho interno para incumplir un tratado o para desobligarse de un tratado. De manera que tenemos que procurar una interpretación armonizante de los tratados con la Constitución para no llegar a esa desembocadura tan riesgosa; máxime en el caso de tratados como el Pacto de San José de Costa Rica, en el que el acatamiento que nuestro país ha hecho de la jurisdicción supraestatal puede originar queja o de-

nuncia –después de agotadas las vías jurisdiccionales internas– ante los órganos de esa jurisdicción supraestatal: primero la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, luego la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Una declaración de inconstitucionalidad interna de una norma del Pacto de San José de Costa Rica podría costarnos un disgusto caro si luego el tema llegara a la instancia de la jurisdicción supraestatal.

Fíjense, yo acá estoy aconsejando algo sin una norma expresa de la Constitución, pero dando por cierto creer que es posible admitir la existencia implícita de un principio en nuestra Constitución al modo como explícitamente lo trae la Constitución española, cuando dice que los derechos y libertades fundamentales de ella deberán interpretarse de acuerdo o de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados sobre derechos humanos en los que España fuera parte.

Para el pequeño comentario que voy a hacer después de estas sentencias recientes de nuestra Corte en materia de derecho de réplica, tengo la certeza de que esta pauta que estoy aconsejando no ha sido tomada en cuenta; ha sido omitida, ha sido saltada y, hasta me atrevería a decir, ha sido transgredida. La infraconstitucionalidad de los tratados me suscita a mí, personalmente, de ahí en más, cuando sigo descendiendo en los niveles jerárquicos de nuestro derecho interno, otra discrepancia con una vieja y, yo diría, consolidada jurisprudencia de la Corte –que la Corte actual sigue reiterando–. Yo estoy seguro, segurísimo –no es una falta de modestia, es una convicción– de que en nuestro derecho constitucional los tratados, después de colocarse por debajo de la Constitución, prevalecen sobre todo el resto del orden jurídico interno; es decir, están por encima de las leyes. Me corrobora esto, haciendo interpretación dinámica como la que aconseja la Corte, el art. 27 de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados. ¿Cómo voy a decir yo que los tratados están al mismo nivel que las leyes, o por debajo de las leyes cuando, de acuerdo con la Convención de Viena, es imposible oponer el derecho interno para incumplir un tratado? Además, ¿qué sentido tendría un tratado sobre derechos humanos –sobre todo en estos tratados cuya unilateralidad destacó tan bien hace un momento el doctor Zovatto–, ratificado por Argentina, incorporado al derecho interno, que pudiera quedar desbaratado porque dijéramos que hay una ley anterior o una ley posterior del mismo rango o de rango superior al tratado que prescribe lo contrario?

Entonces, ¿para qué nos hemos obligado con un tratado sobre derechos humanos? ¿Dónde van a ir a parar esos derechos humanos reconocidos en un tratado si luego le ponemos por delante una norma de rango legal (y mucho peor todavía si tuviera rango inferior a la ley) y le entorpecemos su vigencia y aplicación? Yo creo que eso rompe la idea de la buena fe internacional, que es otro principio de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados y que –me animaría a decir– son principios de los cogens dentro del derecho internacional. Los tratados se celebran para ser cumplidos, igual que los contratos; y si internamente no los cumplimos porque los ponemos al mismo nivel –o por debajo– respecto de una ley, el principio de la buena fe en la concertación de los compromisos internacionales queda quebrado, los tratados no sirven para nada, y ése no puede ser el sentido de los tratados internacionales –mucho menos, muchísimo menos, de los tratados sobre derechos humanos–. ¿Por qué? Porque los tratados sobre derechos humanos –lo vengo diciendo hace mucho– guardan plena afinidad ideológica, filosófica, jurídica con la parte dogmática de nuestra Constitución: comparten la misma filosofía del humanismo personalista. Digo más (es una tesis atrevida, aventurada, la he pensado mucho): después de que Argentina se hace parte en un tratado internacional, lo ingresa al derecho interno, y asume una obligación internacional, si mañana se reforma la Constitución, el poder constituyente va a tener un límite heterónomo que no va a poder traspasar; no porque el tratado esté por encima de la Constitución, que con la Constitución actual –he dicho– no lo está, pero el poder constituyente tiene un límite heterónomo. Traigo como ejemplo la norma del Pacto de San José de Costa Rica que, cuando contempla el derecho a la vida, establece –no con una tesis abolicionista, pero tendiente al abolicionismo– que los Estados en donde no existe o donde se ha abolido la pena de muerte, no la pueden implantar o restablecer. No hay pena de muerte en nuestra legislación común –digo común porque en el derecho penal militar todavía subsiste la pena de muerte, pero la doy como no subsistente a los efectos del pacto desde el momento que el derecho penal común no la contiene–. Si mañana se reformara la Constitución y se quisiera habilitar al Congreso para establecer la pena de muerte con una cláusula expresa, creo que esa reforma de la Constitución no podría hacerse, porque ese poder constituyente tendría un límite heterónomo proveniente de un tratado anterior que impide a Argentina, después de

haber eliminado la pena de muerte, volver a incorporarla entre las sanciones penales del derecho común.

Esta afinidad entre nuestra Constitución en su parte dogmática, en su sistema de valores, en su plexo de derechos y libertades, con el derecho internacional de los derechos humanos se pone de relieve también con otra comparación: la Constitución, es suprema, está en el vértice kelseniano de la pirámide jurídica y, dentro de la Constitución están los derechos humanos. Pues paralelamente, en la internacionalización de los derechos humanos, en la valoración de los derechos humanos dentro del ámbito del derecho internacional, podemos descubrir el mismo encabezamiento del sistema jurídico internacional que encontramos en el del sistema jurídico constitucional argentino, es decir que hay un paralelismo, una sincronía, porque los derechos humanos hacen parte del *ius cogens* y de los principios generales del derecho internacional. Por eso —reitero— me parece criterioso el uso de una pauta —aun sin norma expresa en nuestra Constitución— similar a la que en forma expresa trae la Constitución de España, cual es la de interpretar las normas constitucionales sobre derechos humanos en concordancia, en armonía y de acuerdo con los tratados internacionales que Argentina hayá ratificado o ratifique en el futuro.

Avanzando en esta panorámica de compatibilización, yo les propongo pensar si resulta muy aventurado sostener que los derechos, garantías y libertades contenidas en tratados sobre derechos humanos que, por ratificación, forman parte del derecho argentino, que a esos derechos internacionalmente reconocidos e ingresados por fuente internacional a nuestro derecho interno, se los repunte dentro de los derechos implícitos de nuestro art. 33. Yo contestaría que sí, con una razón adicional: porque el art. 29 del Pacto de San José de Costa Rica, que contiene las reglas de su interpretación, consigna que ninguna disposición del Pacto podrá ser interpretada en el sentido de excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno. Entonces, en concordancia con esto, pienso si es demasiado aventurado incluir en los derechos implícitos de nuestro art. 33 todo el plexo de los contenidos en tratados que forman parte del derecho argentino; y contestaría que no es muy aventurado, que tratemos de decir que sí, y de interpretar y aplicar nuestra Constitución y los pactos sobre derechos humanos a tenor de esa pauta.

Vamos ahora a la operatividad y programaticidad de las normas de los pactos internacionales sobre derechos humanos que forman parte del derecho argentino. En la exposición del doctor Daniel Zovatto quedó bien en claro que el art. 2º del Pacto de San José de Costa Rica no puede, no debe ser tomado como una pauta indicativa de la programaticidad en bloque de todas las normas del Pacto. Desgraciadamente, en nuestro país hay doctrina, jurisprudencia y tendencia a afirmar e interpretar que las normas del Pacto de San José de Costa Rica –y lo que digo de éste es por similitud aplicable a los pactos de derechos civiles y políticos y de derechos económicos, sociales y culturales–, son programáticas. ¿Por qué? Porque el art. 2º hace asumir a los Estados parte la obligación de adecuar su derecho interno a las disposiciones, a las normas, de este tratado internacional; pero Nikken lo aclaró muy bien. Entonces ¿para qué está el art. 1º del Pacto? Cuando los Estados primero asumen el compromiso de cumplirlo, de garantizar, de tutelar todo el sistema de derechos, libertades y garantías que el Pacto contiene, yo doy vuelta las cosas y hago la interpretación diametralmente opuesta: mientras una norma del Pacto no me convenga claramente por su formulación normativa, por su expresión lexical, de que es programática, voy a partir de la presunción de su operatividad. Aun cuando después de decir enfáticamente algún artículo: “Toda persona tiene derecho a...” añada al final “conforme a la ley” o “en las condiciones que establezca la ley”, eso no es programaticidad. El derecho está formulado de manera operativa. La remisión a la ley interna significa solamente que la ley podrá reglamentar ciertos aspectos, como la ley interna puede reglamentar las normas de la Constitución, aun operativas, que reconocen o declaran derechos.

Voy a poner un ejemplo de programaticidad, donde no puedo menos que decir esta norma es programática: el art. 17.5 del Pacto de San José de Costa Rica dice: “La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos dentro del matrimonio como a los nacidos fuera del matrimonio”. Claro, aquí no puedo decir que la norma es operativa porque la norma no me está diciendo que “tienen los mismos derechos” sino que está reenviando a la ley interna con obligación de que la ley iguale las filiaciones; y, felizmente, nuestro Congreso cumplió esa obligación en tiempo razonable. Esto dio lugar al famoso caso “E.F.E.”, que fue objeto de sentencia de la Corte Suprema. Sobre esto no me voy a detener, es una sentencia muy interesante, yo compartí el

decisorio. Sé que hay algunas opiniones en el sentido de que la Corte, aun a lo mejor llegando a la misma conclusión, debió haber hecho interpretaciones valorativas más amplias. Pero, en definitiva, nuestro Congreso cumplió esa obligación en tiempo prudencialmente razonable. Pero, claro, ahí estoy frente a una norma programática diferente –y ahora la cito– a la que ha interpretado en otras sentencias recientes la Corte Suprema en torno al art. 14.1 sobre derecho de rectificación o respuesta, que nos dice: “Toda persona tiene derecho a” y luego al final agrega “en las condiciones que establezca la ley”. Esa no es una norma programática, esa es operativa. Y si mal no recuerdo, la O.C.7 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que si acaso no hay ley interna en materia de derecho de rectificación o respuesta, hay que darle operatividad a la cláusula, porque ese art. 2º que carga a los Estados parte con el deber de reajustar su derecho interno a las normas del Pacto, nos está diciendo que los Estados parte harán ese reajuste, ese readjustamiento adoptando medidas legislativas o de otro carácter”. Quiere decir que, si acaso las medidas legislativas no se adoptan ¿para qué están los tribunales judiciales? Para adoptar “medidas de otro carácter”, que son las sentencias, que dentro del derecho interno tienen que hacerse cargo de los tratados, porque para algo los tratados están dentro del derecho interno: para cumplirse.

Con toda claridad, ya a mitad del siglo pasado, los arts. 31 y 100 de nuestra Constitución hablan de los tratados en mención separada y diferente de la Constitución y de las leyes del Congreso, formando ese bloque trinitario al que me refería, al que califica en común como ley suprema de la Nación. Si los tratados son ley suprema de la Nación, y si un tratado me está diciendo que hay que recomodar el derecho interno mediante medidas legislativas o de otro carácter, yo, tribunal judicial o Corte Suprema, tengo el deber de tomar una medida de otro carácter en mis sentencias para que el tratado no quede frustrado, para que los derechos que el tratado contiene no se vulneren. De manera, entonces, que otra pauta interpretativa es la de partir de la presunción de operatividad, salvo que claramente una norma no me permita usar esa presunción porque me está poniendo en evidencia que tiene naturaleza programática. Pero ¿qué pasa si tiene naturaleza programática? Yo no puedo decir –como lo acabé de decir la Corte Suprema– que eso no es derecho positivo interno, porque entonces tendría que decir que tampoco es derecho positivo interno una norma

programática de la Constitución. La naturaleza de la norma programática no significa que no esté dentro del orden jurídico o que sea estéril o que no sirva para nada; significa que es programática, y de ahí en más veremos. Servirá de orientación y, por lo tanto, no se podrá dictar una norma que la contraríe; servirá para que el legislador cumpla con el deber de emitir una ley dando funcionamiento y completitud a la norma programática; servirá para que los tribunales la tomen en cuenta y la interpreten; servirá para que, a lo mejor (cito nuestra reciente Constitución de Río Negro) recoja la figura de la omisión inconstitucional, es decir, las violaciones a la Constitución cuando y porque no se hace lo que la Constitución manda que se haga, porque los órganos que tienen que dictar normas son remisos, son renuentes, son ociosos en dictarlas.

Supónganse que pasaran los años y la ley argentina no hubiera igualado o no igualara las filiaciones matrimoniales y extramatrimoniales, y que alguien se presentara ante un tribunal judicial y alegara que por el art. 17.5 –aun de naturaleza programática– el Estado argentino, a través del Congreso, tiene el deber de dictar la ley y la ley no se ha dictado. ¿Sería muy extravagante que el tribunal dijera “acá hay una inconstitucionalidad por omisión”, ya que por el largo tiempo transcurrido el Congreso ha incumplido este deber internacionalmente asumido? El tribunal no podría dictar con carácter general la norma sustitutiva, pero podría colmar el vacío para resolver el caso; no sólo podría, debería, en función de su jurisdicción constitucional de control constitucional. Entonces, hay que poner atención en estas medidas “de otro carácter” que, junto con las legislativas, vienen dentro de la obligación que los Estados parte asumen para recomodar el derecho interno a las normas, las pautas y los standards del tratado internacional.

Se dice que el derecho internacional de los derechos humanos –los tratados sobre derechos humanos– son un derecho mínimo, es decir aquello que imprescindiblemente el derecho internacional exige que se respete, que se cumpla; pero no hay hermeticidad, eso no queda clausurado. Por el contrario, está abierto a una cantidad de espacios, por una serie de puertas, de rendijas. El art. 29 del Pacto de San José de Costa Rica es muy elocuente: por ejemplo, el inc. c, que se refiere a derechos implícitos emergentes de la persona humana porque le son inherentes, o de la forma republicana representativa. Pero también dice que ninguna cláusula de la Convención se puede interpretar en sentido de

limitar mejores derechos que en cada Estado parte surjan de su derecho interno o de otras normas internacionales que vinculen a ese Estado. Y el último de los incisos del art. 29 dice que tampoco se debe interpretar ninguna norma del Pacto en el sentido de excluir o limitar el efecto que pueda producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza, entre los cuales estaría la Declaración Universal de Derechos Humanos, a la que hoy no se le puede negar carácter jurídico vinculante desde la Declaración de Teherán de 1968. El propio Pacto prevé en el art. 31 que por los procedimientos que él articula y habilita puede haber añadiduras. Claro, y acá está el carácter progresivo, dinámico, histórico de los derechos humanos: empezaron en aquella fase de la universalización en los comienzos del constitucionalismo moderno con los derechos de la primera generación: los clásicos derechos civiles y políticos, en el marco de un Estado liberal individualista, de *laissez faire*, de acuerdo con las valoraciones y la atmósfera de la época. Todo es histórico en la vida del hombre, hasta el propio ser del hombre es histórico, y la propia vida humana es histórica. Estamos transidos de historicidad. Y ya que estamos hablando de derechos humanos que se apoyan en un sistema de valores, cabe la frase de ese gran filósofo argentino que fue Francisco Romero en su *Teoría del hombre*: "Los valores no son históricos, pero sí es histórico el ingreso de los valores a una comunidad". ¡Vaya si no va a ser histórico! Si histórico es el conocimiento que adquirimos, con el que develamos el valor. Y es histórica, empírica, fenoménica y existencial la realización posible de los valores en las conductas humanas, como enseñaba Cossio: los valores son objetos culturales cuyo sustrato es lo que hace el hombre en sus comportamientos compartidos.

A estos derechos de la primera generación se le han sumado los de la segunda, desde la primera posguerra de este siglo, en el constitucionalismo social, expresión del cual, primeriza en América, fue la Constitución de México de 1917, anticipada en dos años a la de Weimar que, es verdad, tuvo más difusión universal en sus pautas, en su proyección. Hoy ya tenemos en el horizonte los derechos de la tercera generación: el derecho a la paz, al desarrollo, a la preservación del medio ambiente, al patrimonio común de la humanidad, etcétera. Es decir que los complejos culturales de nuestras sociedades, esos conjuntos culturales de los que habla Duverger en su *Sociología política*, se forman con

ideas, creencias, valoraciones, representaciones colectivas, en función de las circunstancias históricas, situacionales, coexistenciales, temporales, ambientales y, en esa atmósfera cultural que respiramos, se va dando la progresividad, el crecimiento de los derechos humanos para abastecer las necesidades de la vida del hombre, para dar satisfacción a su dignidad de persona. Todo ser humano es persona, dice el Pacto de San José de Costa Rica, y por eso yo digo que hay sincronía con nuestra Constitución, que no ha dicho eso, pero que lo dice negativamente cuando en expresión lingüística de su tiempo dice que no hay esclavos en la República Argentina. Es decir, que todos los hombres son personas, sean nacionales o no, porque es importante el hombre para estos tratados sobre derechos humanos, el hombre en cuanto persona y no el hombre en cuanto nacional, porque es el hombre en cuanto persona el que titulariza derechos en el Estado bajo cuya jurisdicción se encuentra, aunque sea extranjero. El Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales admite algunas desigualdades razonables en sociedades en vías de desarrollo para los derechos sociales y económicos, en función de nacionalidad y extranjería, que habrá que ir superando, así como no se puede llegar al abolicionismo rotundo de la pena de muerte, y el Pacto de San José no ha llegado. Sobre la igualación en virtud de la calidad de ser humano sin distinción de nacionalidad o extranjería –y en eso ¿qué adelantada fue la Constitución argentina!– nuestra Corte Suprema acaba de dictar una brillante sentencia, muy compatible con el espíritu de estos Pactos, declarando inconstitucionales normas de la provincia de Buenos Aires que para ejercer la docencia privada exigían la nacionalidad argentina. Son diferentes los argumentos que usan los distintos jueces de la Corte, pero todos llegan a la misma conclusión. El voto del doctor Fayt tiene una coloración histórica estupenda, una valoración dentro del contexto histórico situacional muy bien hecha. La Corte decidió, en forma unánime, que para ejercer la docencia no es razonable, no es constitucional que se haga distinción en razón de nacionalidad y extranjería.

Quiero hacer un comentario respecto del reciente fallo de la Corte en que el actor fue un profesor de esta casa, el doctor Ekmekdjian, que planteó como pretensión que un canal de televisión le cediera el mismo espacio que había tenido el ex presidente Frondizi en una audición, porque él quería dar sus propias ideas en réplica a las que había expuesto y transmitido, a través de ese medio de comunica-

ción social, el doctor Frondizi. A mi querido colega y amigo, el doctor Ekmekdjian, yo le dije que, desde mi punto de vista, el llamado derecho a réplica, sobre todo si lo tomamos en el marco del art. 14.1 del Pacto de San José, no cubre la réplica de ideas; y la Corte concluye con esa afirmación. Pero los fundamentos me provocan una discrepancia absoluta, porque la Corte dice que la réplica no cubre opiniones de ideas en el cierre del último considerando en el voto del doctor Belluscio. Creo que ése era el argumento central y que todo lo demás está de sobra, con todo el respeto que me merece la Corte Suprema y sus sentencias. La Corte ha resuelto este caso "Ekmekdjian c/Neustadt y Grondona" por la decisión de tres de sus jueces –los doctores Petracchi, Bacqué y Belluscio–; no han votado los doctores Caballero y Fayt. Allí se dice que hace falta la ley reglamentaria del art. 14.1 sobre derecho de rectificación o respuesta, y de ahí se desprende que la norma es programática. Entonces, si es programática –dice– no forma parte del derecho positivo argentino; y después se omite, se saltea la interpretación de la norma de este tratado internacional a tenor de las pautas de interpretación que el propio tratado dice que deben ser usadas; y se interpreta el tratado a la luz de normas del derecho interno que, en realidad, están sirviendo para oponerse a la aplicación de una norma internacional por el derecho interno, en contraposición a la pauta del art. 27 de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados. La Corte dice que la libertad de prensa –acá no era libertad de prensa, era libertad de expresión por un medio distinto de la prensa– tiene una trascendencia institucional importantísima, cosa sobre la que creo que no puede haber discrepancias; y que entonces, para que pueda haber una restricción, como sería el derecho de rectificación o respuesta, tiene que haber una ley del Congreso por el principio de legalidad del art. 18. Yo me pregunto ¿una norma internacional, por lo menos, no es tan importante como una ley del Congreso? Aun cuando no la pongamos por encima de las leyes ¿para qué la hemos incorporado al derecho interno? ¿Para que se quede escrita en el artículo? ¿Para qué nos hemos hecho parte de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados si le vamos a colocar en el curso de aplicación de un tratado el óbice de normas internas, sin aplicar las internacionales sobre interpretación del tratado que se invoca y que está en juego, indudablemente? Además, al principio de legalidad del art. 18 yo no lo tomo tan a la tremenda cuando dice que nadie puede ser obligado a hacer lo que la

ley no manda, ni privado de lo que ella no prohíbe. Yo creo que "ley" ahí no está exclusivamente tomado en el sentido formal de ley del Congreso, porque cualquier norma emanada de un órgano de poder con contenido razonable y dentro de las competencias con que la Constitución lo habilita, puede mandar y puede prohibir, incluso fuera del ámbito del poder. En caso contrario, no podríamos vincularnos a través de los contratos, o de estatutos societarios, y las ordenanzas municipales no podrían existir si no pueden ordenar ni prohibir. Lo fundamental es que tengan un contenido razonable y que estén habilitadas por una norma superior, y creo que un tratado es una norma habilitada por la Constitución para mandar y para prohibir. Si no fuera así ¿para qué se mencionan los tratados en la Constitución y para qué se prevén las competencias? ¿Para firmarlo?, ¿para aprobarlo o desecharlo?, ¿para ratificarlo? Y ¿para qué se lo cita en el art. 31 y en el art. 100? De manera que, lamentablemente, aquí la conclusión me parece que ha sido correcta en cuanto a no aceptar el derecho de rectificación o respuesta para réplicas ideológicas, pero los fundamentos desde mi punto de vista han sido equivocados. Yo, personalmente, discrepo rotundamente de ellos.

También observo con disgusto algunas sentencias de tribunales inferiores a la Corte que, ante la promoción de amparos, invocando normas de estos tratados sobre derechos humanos que son parte del derecho argentino, dicen que el amparo no es la vía idónea, que no es procedente porque el amparo es una vía de excepción sólo para tutelar derechos constitucionales; cuando el propio Pacto nos está hablando de un acceso y un recurso rápido y expeditivo de cobertura, etcétera. Y, cuando en definitiva, considero que ninguno de estos derechos y libertades falta en nuestra Constitución, estén enumerados o estén implícitos.

Voy a concluir expresando que si los tratados están para cumplirse, si los tratados sobre derechos humanos tienen como finalidad que rijan en el derecho interno (porque en definitiva los hombres seguimos viviendo dentro de un Estado, somos parte de un Estado y es allí –en ese ámbito de instalación– donde tenemos que gozar los derechos; no tenerlos escritos, sino disfrutarlos en la realidad de nuestra vida y de nuestra convivencia), entonces para darle impulso a este derecho internacional de los derechos humanos, para filtrarlos dentro de nuestro derecho constitucional, para retroalimentarlos, cabe aplicar algo que decía Bentham: "Los

buenos deseos de que haya derechos humanos no son los derechos humanos. Las necesidades no son los remedios, y el hambre no es el pan". Que éstos no sean buenos deseos sobre derechos humanos. Que estas normas no sean constancia de necesidades ni del hambre, sino que sean derechos humanos en la realidad de nuestras conductas. Que sean el remedio y que sean el pan.