

Derecho Internacional de los Derechos Humanos y nuestra Constitución Nacional

Por Eduardo R.
Florio

La base teórica de los derechos humanos y de sus garantías radica en el equilibrio que se debe alcanzar entre el concepto de dignidad del ser humano, como consideración suprema y los intereses de la comunidad.

De la lectura del art. 75 inc. 22, concluyo que más allá de las imprecisiones técnico legislativas, la irrelevancia de algunas consideraciones, que fueron señaladas; la misma tiene como fundamental el hecho de recoger la jurisprudencia nacional e internacional que afianza el sistema de garantías y derechos humanos, no dejando dudas de la importancia del jus cogens preexistente a 1994 contemplado en la normativa constitucional pero que se enriquece en su interpretación a través del arribo al derecho interno, en forma clara y contundente, de los instrumentos internacionales que lo explicitaban.

Pero todo eso no es suficiente para garantizar estos derechos y libertades. Para que las mismas sean eficaces se deben reforzar con la legislación necesaria y con el establecimiento de instituciones apropiadas que cuenten con los medios para hacerlas cumplir.

Las garantías jurídicas y las salvaguardias democráticas son de capital importancia para la protección eficaz de los derechos humanos. Y debemos agregar que no depende sólo de las disposiciones legislativas, sino también de la voluntad política del Gobierno y del propio pueblo, fomentando la participación popular en el proceso legislativo del país.

Se deben popularizar los derechos humanos, pues el proceso de salvaguardia de los mismos no termina nunca, y para ello es condición necesaria la idoneidad e independencia del poder judicial, pues los tribunales de justicia están situados así entre el individuo y el Estado, protegiendo al primero de toda injerencia en su libertad y dignidad que no esté justificada en derecho.

TEXTO COMPLETO

INTRODUCCION

La riqueza de las modificaciones introducidas en el texto constitucional a partir de la Reforma de 1994, surge, quizás de muchas de sus imprecisiones que

demandarán una interpretación proveniente tanto del legislador como de los jueces, para concretar en los hechos los fines de la norma. Se superará así lo un caracterizado autor caracterizara como hipertrofia normativa y raquitismo fáctico de los derechos reconocidos o incorporados a un texto legal.

Tratados de Jerarquía Constitucional

El modificado art. 75 de la Constitución Nacional va dirigido en primer término al legislador que debe interpretarlo para poder de allí desarrollar las políticas legales que le vienen ordenadas por aquélla. El inciso 22 de dicha cláusula determina la jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos, pero su operatividad, criterios de interpretación, se hará y especificará por vía del control de constitucionalidad de la legislación emanada del Congreso, o bien su ausencia, siempre estará a cargo del Poder Judicial para lo cual también deberá interpretar el texto constitucional que le diera origen y sustento. Señalo tal como lo hiciera la constituyente María Elisa Carrió, que en dicho art. 75 se produjo un contrabando normativo "maravilloso" ya que por vía de esa reforma a las atribuciones del Congreso se pudo sortear el impedimento de la Ley 23409, que prohibía la modificación de la parte dogmática de la Constitución.

Tratados con jerarquía supralegal

Para la constituyente el inciso 22 en su primera parte aclara y finaliza la polémica anterior dando jerarquía superior a las leyes a los tratados con otras naciones extranjeras. Aclara en el orden de prelación que son en el derecho federal superiores a las leyes pero inferiores a la Constitución. No podría ser de otro modo a la luz del art. 27 de la Constitución que establece la supremacía constitucional frente a los tratados. No obstante cabe consignar que dicha jerarquía no podría estar referida a los llamados acuerdos ejecutivos o simplificados que se diferencian de los tratados en general porque concluyen de un modo definitivo con la sola firma o intercambio de notas reversales entre los estados contratantes, y la Constitución dispone esta supremacía en la misma cláusula que trata sobre la aprobación de los tratados, por tanto, gozan de la jerarquía mencionada solamente los que hayan sido aprobados por el Congreso. Es así, ya que su constitucionalidad depende que se refieran a materia administrativa y no invaliden competencia sustancial del Congreso.

En nuestro sistema federal el art. 31 establece la supremacía del derecho federal sobre el local, y por otra parte la de la Constitución por sobre el resto del ordenamiento jurídico. El derecho federal es ley suprema de la Nación, las autoridades de las provincias deben conformarse a ella. Y son Ley Suprema de la Nación las normas federales: la Constitución Nacional, los tratados y las leyes. Pero la supremacía de la Constitución se ve reforzada en la nuestra por la presencia de los arts. 27, ya mencionado que aclara que los tratados deben estar en conformidad con los principios de derecho público establecidos en la Carta Magna de los argentinos; y el art. 28 en tanto establece que los principios garantías y derechos reconocidos no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio. Resulta incomprensible entonces la doctrina que podría haber surgido del **caso Merck Química Argentina**, al que más adelante referiremos.

Si bien la jurisprudencia había reconocido la superior jerarquía con relación a las leyes de los principios generales del derecho internacional, y eran plenamente operativos, sostenía un criterio distinto con relación al derecho internacional convencional, o sea de los tratados.

Los Tratados de Derechos Humanos y de Integración

La cláusula también establece la jerarquía constitucional de los tratados de Derechos Humanos que allí se mencionan los que por un sistema especial de mayoría pudieran llegar a alcanzar esa jerarquía. Entre los mencionados: dos declaraciones y ocho tratados siendo de desigual naturaleza jurídica sendas categorías de instrumentos. Conforme el procedimiento indicado en el párrafo tercero del inciso se incluye con la jerarquía ya mencionada el Tratado sobre Desaparición Forzada de Personas. (La ley que lo aprobara fue la 24.556 y le confirió jerarquía constitucional la ley 24.480).

Aclara la norma que los mismos no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución y deben entenderse como complementarios de los derechos y garantías que allí se establecen.

En el inciso 24 también reformado, según la Dra. Carrió, se refiere a los tratados de integración que transfieren competencia o soberanía, diferenciándose los que se celebren con países latinoamericanos de los países no latinoamericanos. Tienen jerarquía supra legal porque son tratados generales. Cabe acotar que en los tratados con países no latinoamericanos surge un procedimiento complejo, semejante al de la declaración de la necesidad de reforma de la Constitución: un acto declarativo de conveniencia y otro sancionatorio.

Volviendo al tema de los tratados de derechos humanos, anticipando la polémica sobre si el hecho de tener jerarquía constitucional implica que estén incorporados a la Constitución, manifiesta su opinión contraria.

Entonces: ¿son normas constitucionales? ¿Constituyen un bloque de constitucionalidad federal al decir de Bidart Campos? ¿Conforman un cuerpo único y son una nueva parte que se ha constituido en la Constitución Nacional y que vino a perfeccionar a su otra parte, tal como lo afirma la Dra. Castorina de Tarquini?. No resulta ociosa la discusión pues esta en juego la posibilidad de reforma constitucional mediante el procedimiento del art. 30 de la Constitución, sin denuncia del tratado, quitando jerarquía constitucional a alguna parte del mismo, y lo que es más importante determinar: si es viable el control de constitucionalidad, que si son norma constitucional no procede, y en caso de contradicción entre ambas de ellas se estará conforme a los principios de hermenéutica a una interpretación integrativa que no altere el equilibrio del conjunto.

Nuevo orden de prelación

Como consecuencia, el orden de prelación de las leyes ha sufrido una modificación sustancial: que podría esquematizarse de la siguiente manera:
la Constitución Nacional

Las declaraciones y Tratados enumerados en el art. 75 inc. 22 de rango constitucional, y los que por procedimiento especial con posterioridad se les otorgara tal jerarquía.

Tratados y Concordatos con la Santa Sede de jerarquía superior a las leyes pero inferior a la Constitución, al igual que los tratados enunciados en el inc. 24. Leyes.

No cabe duda que más allá de las imprecisiones o de la técnica constituyente resulta la reforma adecuada a las “actuales circunstancias del desarrollo de la integración y a la necesidad de establecimiento de un orden mundial fundado en el respeto de los derechos humanos y la paz”.

El derecho provincial o local

Esta visión, digamos hacia el derecho interno, debe ahora hacernos centrar la atención sobre sus implicancias respecto del derecho local o de las provincias, que de acuerdo al art. 31 de la Constitución, sostiene todo el sistema federal argentino otorgándole supremacía a este por sobre el derecho local o de las provincias, que se han reservado todas las facultades no delegadas, entre ellas las de dictar los códigos de procedimiento, conforme al reparto de competencias efectuado por el art. 121 de la Constitución. Cabe señalar, no obstante que la regla establecida tiene un contenido eminentemente flexible y ha favorecido el crecimiento de la actividad del gobierno federal para resolver conflictos que por su área y dimensión se transforman en nacionales, conforme lo expresa Carlos M. Bidegain en su Curso de Derecho Constitucional, tomo 2.

Si bien las facultades no delegadas incluyen las de procedimiento, vamos adelantando, que la llamada Cláusula Federal del sistema interamericano, contemplada en el art. 28 apartado 2do. Se establece que las Constituciones tienen jerarquía superior, y por ello marcan el límite, no obstante las normas de derecho interno que se opongan no derogan el Tratado, aunque generen responsabilidad internacional del Estado. Esta situación se plantea en algunos de los Tratados constitucionalizados, que incluyen aspectos de procedimiento que por imperio del art. 31 y del 75 inc. 22 y 24 son parte del derecho federal, y por tanto obligatorio en todas las provincias.

Otro aspecto de las competencias provinciales es el que surge del art. 124 en tanto faculta a las provincias a celebrar convenios internacionales en tanto no sean incompatibles con la política exterior de la Nación y no afecten las facultades delegadas al gobierno federal o el crédito público de la Nación. Aclara sin precisar, ello "con conocimiento del Congreso Nacional". ¿Cuál es el status jurídico de estos convenios celebrados solo entre una o más provincias y un Estado o Estados extranjeros? Dejamos sentado que no integran el derecho federal, ingresando sólo al orden jurídico provincial.

Consecuentemente no les resulta aplicable el rango o jerarquía del art. 75, pues éste sólo se refiere a los tratados celebrados entre la Nación y estados extranjeros. Insistimos, entonces que esta facultad está sujeta al conocimiento del Congreso. Para el Dr. Miguel Padilla la información debe ser previa a la entrada en vigencia de los convenios, incluso a su firma, el conocimiento al que alude la norma y según el autor debe "razonablemente" entenderse como consentimiento. La situación dudosa, inaceptable desde el punto de vista internacional, argumentada por el ya citado Bidegain, no toma en cuenta la llamada cláusula federal que viene en ayuda del fortalecimiento de la postura de supremacía del orden federal sobre el local que surge del art. 31. El sistema normativo argentino se estructura con normas que dictan los estados provinciales de competencia reservada (art. 75 inc. 12 y concordantes), en otros casos es el Estado Federal que legisla con competencia reservada, tal el caso del llamado derecho común o los códigos de fondo. Pero le competen también las normas de derecho federal: emisión de moneda, estupefacientes, etc., y finalmente lo atinente a las relaciones con las demás naciones (derecho internacional) (art. 75 inc. 22 y 24).

El eje constitucional para sostener la obligatoriedad y necesaria vinculación que deben tener los estados provinciales respecto del derecho federal tanto del derecho internacional escrito, consuetudinario y de los principios imperativos (a los cuales nos referiremos mas abajo) es que la Constitución se convierte en el eje de continuidad del derecho internacional en el derecho interno y las leyes de facultades delegadas al gobierno federal en tanto conforme al 128 de la Constitución los gobernadores de provincias son agentes naturales del

gobierno federal *para hacer cumplir la Constitución y las leyes de la Nación*. Las provincias carecen de soberanía. En el sistema federal existen más de un centro de poder decisorio. Se compensa la unidad de un solo Estado Nacional con la pluralidad y autonomía de varios. Estos últimos deben subordinación conforme lo dispuesto por el art. 5 y el 31 de nuestra Carta Magna. , Y eso implica en la práctica se debe evitar en las llamadas zonas grises del reparto de competencias que se lleve a la destrucción de la idea federal, que escapa muchas veces a las previsiones normativas y que requieren la tarea permanente de interpretación.

Podemos así tener clara la Jerarquía a la cual nos estuvimos refiriendo: Constitución Nacional y Tratados Constitucionalizados; Tratados de derecho Internacional; el Derecho Federal; y el Derecho Provincial y el Derecho común en sus respectivas áreas, prevaleciendo en caso de conflicto los que correspondan por atribución y reparto de funciones constitucionales.

Criterios constitucionales de Interpretación: “Condiciones de su vigencia””; complementariedad de los derechos y garantías ya reconocidos”, y “no derogan artículo alguno de la primera parte...”

Hemos incorporado el tema del derecho internacional, y por tanto debemos hacer una referencia a los criterios de interpretación que el constituyente menciona, que pretenden orientar al juez que examine, no obstante aclaración válida resulta explicitar el contexto de tensiones y presiones sufridas en su discusión.

La primer expresión orientadora “en las condiciones de su vigencia “ tiene utilidad con relación a los instrumentos vigentes en el orden internacional, y allí no ofrece dificultades. Si analizamos en qué condiciones se hallan en vigor para nuestro país, aparece el tema de las reservas y declaraciones interpretativas formuladas por Argentina. En cuanto a las reservas según la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados tienen por objeto excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del Tratado en su aplicación por nuestro país. Y así se lo debe entender con relación a los tratados constitucionalizados sobre derechos humanos que establecen obligaciones del Estado para con los individuos que habitan su suelo, no son tratados de intercambio recíproco de derechos entre los Estados contratantes. Son derechos del individuo tanto frente a su propio Estado como frente a los demás estados contratantes.

Los demás tratados, los que vinculan a los estados entre sí, no crean obligaciones hasta que no tengan vigencia internacional contrariamente a los que sucede en los referidos a los derechos humanos.

La jerarquía constitucional se adquiere en las condiciones de su vigencia ya analizada, y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías reconocidos en la Constitución. Pero fue agregada al despacho de la Comisión la expresión que “no derogan artículo alguno de la primera parte de la constitución, y así fue señalado en el Caso Chocobar, que también se refirió a la complementariedad, señalando que las referencias que realizan los tratados mencionados en la Constitución son idóneas para interpretar los artículos constitucionales en tanto la Constitución y aquéllas referencias deben ser analizadas como un conjunto armónico dentro del cual cada una de sus disposiciones ha de interpretarse de acuerdo al contenido de las demás. Por ello puede considerarse el agregado como irrelevante. Como lo expresa el Prof. Carlos E. Colautti en su “Derecho Constitucional”. Así, los tratados sobre derechos humanos establecen “una protección mínima, por debajo de la cual se genera una responsabilidad internacional”.

Los principios generales del Derecho Internacional y el Derecho Interno

El artículo 46 de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados, de la que es parte nuestro estado, dispone que el hecho de que el consentimiento de cualquier estado en obligarse por un tratado haya sido manifestado en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la "competencia para celebrar tratados", no puede ser alegado por ese estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte una norma de importancia fundamental de su derecho interno. Aclara luego que esa violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier estado que proceda conforme a la práctica usual y de buena fe. Conforme lo expresado en el Tratado podría decirse que cuando incluso se hubiera omitido la aprobación del mismo por el Congreso, Argentina no podría alegar internacionalmente el vicio, subsistiendo entonces la obligación y la responsabilidad internacionales. La eventual declaración judicial de inconstitucionalidad limita su efecto a la inaplicación en jurisdicción argentina, pero no descarta la responsabiliza internacional. Entonces queda claro que la única previsión de la Convención de Viena sobre nulidad de un tratado a causa de violación del derecho interno, señala una cuestión de vicio en la competencia interna para celebrar tratados. Toda otra transgresión al derecho interno no puede ser internacionalmente invocada, conforme lo establece el art. 27 de la misma Convención: una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma, agrega, se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46 ya descripto.

Cabe agregar que cuando la Argentina se hace parte de un tratado que discrepa con una ley anterior, se presenta el caso de una ley que sin ser originariamente inconstitucional, es decir al tiempo de su sanción, se torna inconstitucional y por lo tanto inaplicable, al entrar en contradicción con una norma posterior, un tratado, que de acuerdo a la reforma del 94 reviste jerarquía superior a la ley. Podría haberse manifestado con anterioridad que la norma internacional deroga a la ley anterior, pero dada la jerarquía superior a ésta, entiendo debería hablarse de inconstitucionalidad.

El jus cogens

El derecho internacional ha acuñado la figura del jus cogens, como el conjunto de normas internacionales llamadas imperativas, que tienen el rasgo de su inderogabilidad o indisponibilidad sea que provengan de tratados o del derecho consuetudinario o de gentes. No puede ser dejado de lado por normas opuestas o distintas de un tratado, ya que se encuentra en el vértice de la pirámide del derecho internacional.

Esta previsto en el art. 53 de la Convención de Viena sobre "Derecho de los Tratados".

Dado el carácter fundador y anterior al derecho internacional público el derecho internacional humanitario al menos en una parte de sus normas fundamentales representa exactamente los que se suele llamar *jus cogens* de la comunidad internacional, es decir, su derecho imperativo y no derogable. Es necesario entonces, poner de relieve su carácter imprescindible para la supervivencia de la comunidad internacional de los principios del derecho humanitario, por lo menos en el sentido mínimo del orden público internacional. El derecho humanitario sería el verdadero núcleo irreductible de todo el sistema de la protección de la persona humana.

Christophe Swinarski, en Principales nociones e institutos del Derecho Humanitario Internacional, cita a Mohamed El-Kouhene y le hace decir: "...al precisar el carácter irreductible de estos derechos y garantías fundamentales de la persona humana procedentes del derecho internacional de los derechos

humanos, se ha demostrado que se trata de las normas de esencial importancia para la comunidad internacional y para la humanidad. **El ámbito de las garantías fundamentales de la persona humana es sin lugar a dudas, aquel en el cual los conceptos del jus cogens y del sumo derecho imperativo encuentran su mayor razón de ser**".

Con relación a nuestro derecho interno pueden plantearse dos situaciones: (a) que el *jus cogens* coincida con la Constitución, en cuyo caso no hay obstáculo alguno y refuerza la supremacía constitucional; o bien (b) que haya controversia disimilitud en cuyo caso debe mantenerse por vía del art. 27 de la Constitución la prioridad de ésta. No resultando oponible en sede internacional el estado argentino asumiría responsabilidad internacional por el desplazamiento del *jus cogens* a favor de la Constitución.

En el **Caso W. Cabrera c/Comisión Técnica Mixta de Salto Grande**, la Corte declaró inválida una norma del Acuerdo de Sede entre Argentina y la Comisión demandada por considerarla opuesta a la norma de derecho internacional imperativo (se refería a una cláusula que eximía totalmente de jurisdicción a la comisión demandada).

Cuando el art. 31 de la Constitución expresa que los tratados internacionales integran lo que el precepto llama *ley suprema* de la nación la palabra ley no esta usada en el sentido de ley del Congreso, pues la Constitución que encabeza el artículo mal puede considerarse una ley del Congreso. Entonces en el mencionado artículo la expresión ley suprema se refiere al orden normativo básico o supremo del Estado.

Todo Tratado que se incorpora a nuestro derecho interno es de naturaleza federal, cualquiera sea la materia que regule, aun cuando sea una materia propia del derecho común o local, y ello tiene como efecto práctico hacer judicial por los tribunales federales toda causa que verse sobre los puntos regidos por un tratado, además de tener una jerarquía superior a las leyes, como ya dijimos con anterioridad.

Si nos preguntamos si el derecho consuetudinario integra el derecho federal o necesita una ley especial que lo incorpore esa incorporación en el derecho argentino, viene a través de tratados que reconocen como fuente a la costumbre y a los principios del derecho internacional. Por lo tanto tiene jerarquía supralegal.

Siendo el tratado derecho federal, y por tanto estando por sobre el derecho provincial de acuerdo al art. 31, cualquiera sea la materia ya se dijo, la reglamentación interna que pueda requerir su aplicación le otorga suficiente competencia al congreso para dictar la ley que considere necesaria con vigencia para todo el país, aunque esa materia, por ejemplo sea procesal, y esté reservada al provincias en el reparto federal de las competencias internas. Ya dijimos al principio acerca de su flexibilidad. Es federal no por su materia si no por ser tratado. Y no transmitirá su naturaleza federal a su ley reglamentaria, así una ley que regulara el art. 14 del Pacto de San José de Costa Rica, derecho de réplica, tendría naturaleza no federal, y guardaría conforme al art. 32 su naturaleza local para el ámbito de la Capital Federal.

Derecho Internacional Consuetudinario y el *jus cogens*

Las normas imperativas o de *jus cogens*, como dijimos, se hallan definidas en el art. 53 de la Convención de Viena de 1969, como una norma inderogable y que solamente puede modificarse por una norma subsiguiente del derecho internacional general que tenga el mismo carácter. El art. 64 expresa: "si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará.

La prohibición del uso de la fuerza puede ser considerada de *jus cogens*. También la prohibición de delitos tales como el tráfico de esclavos, piratería, genocidio, la violación de derechos humanos, la igualdad de los estados y el principio de autodeterminación. Otros deben ser desarrollados por la práctica de los estados y la jurisprudencia de tribunales internacionales. Cabe recordar que en el **caso Cabrera**, ya mencionado, aplicó el mencionado concepto a la violación de principios de defensa y de acceso a la jurisdicción. Sin bien ninguna norma consuetudinaria puede derogar una norma del derecho imperativo, cabe reflexionar que sucede cuando una norma de ese carácter puede prevalecer a otra de la misma naturaleza. Se entiende que las normas son de aplicación acumulativa, salvo que una de ellas pierda su carácter imperativo. Si teniendo carácter coactivo y colisionan en un caso real, como por ejemplo el principio de autodeterminación y la prohibición del uso de la fuerza, la situación resulta dudosa, y debería entenderse que no es lícito violar una norma imperativa. Ya dijimos que la norma consuetudinaria no es oponible a los principios imperativos, pero ¿qué pasa con la costumbre o el derecho consuetudinario internacional?. El art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia se refiere a la misma como una práctica internacional general aceptada como derecho. Esa práctica se advierte tanto en la conducta de los estados en sus relaciones exteriores como en la conducta interna. La práctica ha de ser lo suficientemente estable y duradera para que se constituya y observe como ordenada jurídicamente. Las prácticas estatales se muestran en el ámbito de los organismos internacionales. En nuestro derecho: ¿el derecho internacional consuetudinario es equiparable en su jerarquía supralegal a derecho consensual? El Estatuto de la Corte Internacional es un tratado en los términos del 75 inc. 22, y si ese Estatuto establece como fuente a la costumbre internacional, detentaría igual jerarquía. Los principios están incluidos en el Estatuto que mencionamos y reafirman el rechazo de la posición que sostiene que el derecho internacional sólo consiste en reglas a las cuales los estados han dado consentimiento.

Aplicación de los principios internacionales por los tribunales de un estado

Nos interesa sobremanera el cuándo y en qué condiciones se aplican a la materia de los derechos humanos. Los instrumentos internacionales los recogen y le dan carácter vinculante. Pues son esos principios de derecho “que sin necesidad de reglas específicas aparecen con evidencia ante la razón. El *ius cogens* prevalece sobre el derecho contractual internacional y rige para todos los estados, incluso independientemente de su consentimiento. El riesgo de su recepción está mas en sus efectos que por su contenido. Así en materia de derecho penal internacional la imprescriptibilidad, su no-derogación los estados de excepción y la prohibición la amnistía generando obligaciones a los estados como son los deberes de procesar y extraditar. Es de necesaria cita para analizar la aplicabilidad en el derecho interno de esos principios de derecho internacional los **casos “Nadel”(LL-1994-A-188) y “Priebke” (LL-1998-E-768)**. Así, como antes lo fueron la piratería y el tráfico de esclavos, hoy la tortura, el tráfico de niños y adolescentes, lo son independientemente de la firma o suscripción de tratados que a dichos temas pudieran referirse. Con relación a la tortura ello significa un freno a las dictaduras, y son inherentes a la vigencia y contenidos de los derechos humanos y libertades fundamentales. Señalamos que la tortura se halla tipificada como delito, no así el genocidio(a pesar de lo dicho en el caso Pinochet). El art. 118 de nuestra Carta Magna se refiere a dichos principios de derecho

internacional imperativos como “derechos de gentes” ahora llamados delitos contra la humanidad. Si fueron cometidos en nuestro territorio aquí se juzgarán, pero si lo fueran mas allá de nuestros límites territoriales el Congreso por ley determinará su lugar de juzgamiento.

El Dr. Colautti afirma que la norma es directamente operativa y son de juzgamiento por la justicia penal federal (conf. Ley 27 art. 4 y en cuanto a su competencia la ley 48 en su art. 2 cuando menciona al derecho de gentes lo establece en último grado de prelación. El código Penal tipifica los delitos y según el mismo se sancionará.

En el caso Priebke, los votos de Nazareno, Moliné O'Connor y Bossert, parecieran obviar el art. 18 del al Constitución “*nulla poena sine lege*”, que también un principio imperativo del derecho internacional. Y lo es en tanto el derecho interno se refiera al mismo, o bien un tratado o convenio internacional o ante el silencio del mismo.

El principio de juzgamiento en el lugar del hecho es eficaz cuando el hecho fuera cometido en nuestro territorio, pero si fueran cometidos fuera del mismo, no serán competentes nuestros tribunales: un Estado no puede ser compelido a aceptar la jurisdicción de los tribunales de otro Estado.

El derecho de gentes ha sufrido modificaciones, flexibilizando el principio de inmunidad de los Estados. Así la ley 24488 recogió los principios enunciados en el caso Manauta (LL-1995.D.209).

La extradición esta ligado y sujeta a los principios generales de derecho internacional pues está el derecho de los habitantes a ser juzgados por los tribunales de su lugar de residencia y/o de nacionalidad, y ello se tensiona con el principio de soberanía de los estados. En el caso Nadel la Corte Suprema afirmó que en nuestro sistema la costumbre internacional y los principios generales de derecho internacional forman parte de nuestro derecho interno. El juez Boggiano en el mismo caso define algunos principios, afirmando que no cabe la revisión de los actos soberanos de un estado extranjero pero si se pretende que los mismos cumplan sus efectos en nuestro territorio, nuestros tribunales no pueden sustraerse a analizar si dichos actos han violado derechos fundamentales de la persona reconocidos por el derecho de gentes con carácter imperativo o por normas constitucionales. El caso se debía analizar si la expulsión fue hecha conforme a proceso legal y con el debido acceso a la justicia. Llegó a la conclusión que en tanto habían sido violados dichos principios, vulnerando el principio de los derechos humanos, no podían ser convalidados por el Estado argentino.

En cuanto a la Prescripción de los delitos, en el **caso Priebke**, la corte Suprema hizo expresa referencia al *jus cogens*, al revocar por mayoría la denegatoria de extradición. La mayoría hizo referencia al delito de genocidio, afirmando que la calificación de los delitos no depende de los Estados si de los principios del *jus cogens* del derecho internacional, concluyendo la imprescriptibilidad de este tipo de delitos. El art. 118 de la Constitución sólo habilita al legislador a fijar una ley de jurisdicción y para definir o castigar las ofensas contra la ley de las naciones, como lo afirma la Constitución de los Estados Unidos.

La disidencia de los Dres. Belluscio y Levene, refieren al delito como homicidio del art. 62 del Código Penal Argentino, y por lo tanto prescripto tanto para el estado requirente (Italia) como para el requerido (Argentina), conforme al Tratado de Extradición entre ambos países.

Si el delito hubiera sido considerado como crimen de guerra no existiría tipificación ni pena en ninguna de las legislaciones internas.

Si se los considerara como delitos de lesa humanidad tampoco había tipificación o imprescriptibilidad ya que la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de guerra y de lesa humanidad no fue ratificado por Argentina, como sí lo fue la Interamericana sobre desaparición forzada de personas.

Entonces, necesaria es la tipificación de los delitos, de lo contrario sería estar en contra de los principios generales del derecho de gentes.

Si bien la prescripción no es un principio imperativo del derecho internacional de los derechos humanos, sí lo es el que afirma que no hay delito sin ley y la tipificación corresponde al derecho interno no al derecho internacional.

En el **Caso Pinochet** se concluyó que era necesario el carácter internacional de los delitos estuviera reconocido por el derecho interno del estado solicitante y del requerido, y así lo era entre España y el Reino Unido, aunque se discutió el momento de la vigencia del Tratado contra la Tortura para la República de Chile.

Tanto en el **Caso SIMON** sentenciado por el Juez Cavallo, como en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, **Caso Barrios Altos** se declaró la inadmisibilidad de disposiciones de amnistía, prescripción y excluyentes de responsabilidad, también se reafirmó la obligación de esclarecer, investigar y sancionar los delitos contra derechos humanos. En los autos Simón Julio y otros s/sustracción de menores, se declara la nulidad insalvable de las leyes de punto final, obediencia debida, y su inconstitucionalidad por contrariar los principios a los cuales nos referimos, ya ambas leyes constituían formas de la eliminación de la punibilidad. Junto con la regla de la jurisdicción universal y el compromiso de extraditar, los principios generales del derecho internacional indican que el estado en cuyo territorio se cometan delitos contra la humanidad, debe investigar y sancionar a sus autores no sólo en virtud de una obligación propia, sino como realización del interés de la comunidad internacional. La Argentina asumió la obligación de prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos humanos, al firmar su integración al Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos de la Convención Americana de Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Las leyes declaradas nulas e inconstitucionales como los indultos son incompatibles con esas obligaciones asumidas por el Estado Argentino.

Afirma el Dr. Colautti, con razón que los estados no pueden emitir normas que impliquen la impunidad de delitos perpetrados contra el derecho de gentes. En casos de desaparición forzada de personas se debe considerar como delitos de ejecución continuada o permanente en tanto no se establezca el destino de la víctima, tal como surge de la convención que hoy tiene jerarquía constitucional.

El Juez Cavallo afirma que aplicando los tipos penales de su legislación, la Argentina puede juzgar los crímenes contra la humanidad ocurridos en su territorio y satisfacer así el interés de la comunidad internacional en la persecución penal de los crímenes contra el derecho de gentes, cualquiera sea el lugar de su comisión.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos consideró que son inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de violaciones graves de los derechos humanos. Decidió en el Caso Barrios Altos que las leyes de amnistía son incompatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y consecuencia carecía de efectos jurídicos la amnistía que el anterior gobierno de Perú había dictado.

Por lo tanto el derecho de gentes en lo que hace a los Derechos Humanos o su reconocimiento por los Estados ha evolucionado hasta admitir la extraterritorialidad si ello es necesario para impedir la impunidad, pero que quede claro, no admite en modo alguno la omisión de **principio nulla poena sine lege**, y por ello no se deben admitir tipos penales abiertos bajo pretexto de la persecución universal de los delitos contra el derecho de gentes.

Relacionado con los casos reseñados anteriormente, corresponde agregar que del **Caso Pinochet** surge que el derecho de las naciones distingue entre inmunidad de los actos de Estado que son los que el derecho internacional reconoce como funciones de un jefe de estado, y que la tortura y la toma de rehenes no pueden ser consideradas un acto o función de estado, por lo tanto debían considerarse excluidos de la excepción de inmunidad de estado, e insiste en la necesidad de la previa tipificación. El principio de derecho internacional que bajo ciertas circunstancias protege a los representantes de un estado, no puede aplicarse a los actos que son condenados como criminales por el derecho internacional, según surge del voto del Juez Lord Millet, que se basó más en los principios generales del derecho internacional que en la ley escrita

Pero lo concluyente del voto es que “los delitos prohibidos por el derecho internacional generan competencia extraterritorial si satisfacen dos criterios. En primer lugar deben ser contrarios a una norma imperativa del derecho internacional de modo tal de infringir un jus cogens. En segundo lugar deben ser tan serios y en tal escala que puedan ser considerados como un ataque al orden legal internacional. Los delitos aislados, aun cometidos por funcionarios, no satisfacen este último criterio.”

La extraterritorialidad de la competencia en delitos cometidos contra el derecho de gentes ya había sido prevista por nuestros constituyentes de 1853. Así en el voto de la disidencia del Dr. Tomás D. Casares en el Caso **Merck Química Argentina S.A. c. Gobierno Nacional**, cuando expresa que “...no se trata solo de la ley internacional positiva que consta en los tratados.”...”si no hubiera derecho donde no hay ley positiva, sería inútil disertar sobre las facultades de los estados... No es otro el asiento del infirmo derecho de gentes a que se alude en los arts. 102 de la constitución Nacional y 1º y 21 de la Ley 48, derecho éste de mayor latitud y comprensión que cuanto sea materia positiva de los tratados.

EL PRINCIPIO NULLUM CRIMEN, NULLA POENA SINE LEGE

Se ha hecho referencia en varias oportunidades al principio básico de que nadie será condenado por actos que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional.

El mismo figura en párrafo 2 del artículo 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

El art. 15 del Pacto reproduce exactamente el párrafo de la Declaración.

El principio exige que el delito esté definido y sea conocido como tal delito.

Es cierto que un derecho penal no siempre reglamenta todos los detalles. Al emplear un sistema de definición general se dejan al juez no sólo su interpretación, sino también la forma de aplicación. Tal vez sea difícil resolver la cuestión de cuál es el punto más allá del cual el método en conflicto con el principio de que los derechos fundamentales solo pueden ser limitados por la ley. El poder conferido a los jueces no puede ser demasiado amplio y hacer entrar en duda de que este poder excede dichos límites.

Los instrumentos internacionales mencionados utilizan la expresión derecho nacional que figura reitero en ambos se debe interpretar como que se refiere al derecho aplicable al delito conforme a las normas de conflicto de leyes, y por lo tanto no limitado al derecho de un Estado parte. También utilizan la referencia al derecho internacional y esta tiene por objeto garantizar que nadie eludirá el castigo por un delito criminal conforme al derecho internacional amparándose en que su acto era legal con arreglo a su propio derecho nacional.

Se entendió, la necesidad de incluir este punto, atento la reiteración en varios

fallos de la calificación delictiva, y por tanto se entiende que este principio corresponde como categoría del *jus cogens*.

A MODO DE REFLEXION FINAL

La base teórica de los derechos humanos y de sus garantías radica en el equilibrio que se debe alcanzar entre el concepto de dignidad del ser humano, como consideración suprema y los intereses de la comunidad.

De la lectura del art. 75 inc. 22, concluyo que más allá de las imprecisiones técnico legislativas, la irrelevancia de algunas consideraciones, que fueron señaladas; la misma tiene como fundamental el hecho de recoger la jurisprudencia nacional e internacional que afianza el sistema de garantías y derechos humanos, no dejando dudas de la importancia del *jus cogens* preexistente a 1994 contemplado en la normativa constitucional pero que se enriquece en su interpretación a través del arribo al derecho interno, en forma clara y contundente, de los instrumentos internacionales que lo explicitaban.

Pero todo eso no es suficiente para garantizar estos derecho y libertades. Para que las mismas sean eficaces se deben reforzar con la legislación necesaria y con el establecimiento de instituciones apropiadas que cuenten con los medios para hacerlas cumplir.

Las garantías jurídicas y las salvaguardias democráticas son de capital importancia para la protección eficaz de los derechos humanos. Y debemos agregar que no depende sólo de las disposiciones legislativas, sino también de la voluntad política del Gobierno y del propio pueblo, fomentando la participación popular en el proceso legislativo del país.

Se deben popularizar los derechos humanos, pues el proceso de salvaguardia de los mismos no termina nunca, y para ello es condición necesaria la idoneidad e independencia del poder judicial, pues los tribunales de justicia están situados así entre el individuo y el Estado, protegiendo al primero de toda injerencia en su libertad y dignidad que no esté justificada en derecho.

Finalmente tal como lo expresa la Dra. María E. Carrió a través de la reforma del art. 75 surgiría una nueva filosofía constitucional, "excede las meras atribuciones del Legislativo para convertirse en el nudo central de los que es techo ideológico y filosófico de la Constitución Nacional..." y finalmente esa filosofía fue la que sella la legitimidad política de la reforma constitucional y ". Permitirán a las generaciones hacer una lectura progresista y libertaria de la nueva Constitución Nacional."

BIBLIOGRAFIA

*Derecho Constitucional, Carlos E. Colautti, Editorial Universitaria, Bs. As. 1998.

*Interpretando la Constitución. M.E. Carrió, R. Dromi, P.J. Frias, R. Gil Lavedra, H Quiroga Lavié, Ediciones Ciudad Argentina, Bs. As., 1995.

*La Constitución de los Argentinos. Análisis y Comentario de su texto luego de la reforma de 1994. D.Sabsay, J.M.Onaindia, Errepar, Bs. As. , 2000.

*Derecho Constitucional. Organización del Estado. Miguel M. Padilla. Abeledo Perrot, Bs.As. , 1998.

*La jurisdicción extraterritorial y los delitos contra el derecho de Gentes, Carlos E., Colautti, LL-1999-E-996.

*Los tratados Internacionales en la Reforma Constitucional Argentina de 1994, N.P. Sagues, LL-1994-E-1036.

*Los tratados Internacionales y la Reforma de la Constitución, C.E. Colautti, LL-1994-D-1145.

- *El art. 118 de la Constitución y la jurisdicción extraterritorial, C.E. Colautti, LL-1998-F-1100.
- *El derecho a recurrir en materia Penal. Los perfiles constitucionales e internacionales. Nota a fallo. W.F. Carnotta, La Ley, diario del 7 de marzo de 2001.
- *Los principios generales del Derecho Internacional y su aplicación en el Derecho Argentino, La Ley, diario del 31 de mayo de 2001.
- *Principales nociones e institutos del Derecho Internacional Humanitario, Christophe Swinarki, Cruz Roja, Madrid, 1994.
- *Los Estados Unidos de contramano: El voto de Rehnquist en el caso "Alvarez Machain", A.L.Zuppi, ED-148-155.
- *Crítica a dos aspectos de la Sentencia de la Corte, G. J. Bidart Campos, Caso Esso, LL-131-772.
- *Caso Merck Química Argentina c. Gobierno Nacional. CS., 1948/06/09. Suplementos Universitarios LA LEY, Bs.As. , 2001.
- *Caso Priebke, Erich. Corte Suprema, JA-1995-B-328.
- *Caso Pinochet, Suplementos Universitarios La Ley, Bs.As. , 2001.
- *Derecho Humanos, Serie 3, La libertad del Individuo ante la ley: análisis del art. 29 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, Naciones Unidas, Nueva York, 1990.