

# EL IMPACTO DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS LABORALES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ARGENTINO

(PRIMERA PARTE)

POR OSCAR ZAS\*

## I

La relación entre el derecho internacional y el derecho nacional ha motivado intensas controversias; en especial, en lo relativo a la concurrencia entre normas internacionales e internas, sea para seleccionar la aplicable, sea para determinar la validez de alguna de ellas de presentarse alguna incompatibilidad. Es sabido que existen al respecto dos puntos de vista opuestos: el dualista y el monista, y que este último admite dos variantes, a saber: el monismo absoluto y el moderado.

Sin embargo, en lo tocante a los instrumentos de derechos humanos la cuestión se ve fuertemente atenuada porque el principio *pro homine* o *pro persona* impone escoger, entre las normas concurrentes, la más protectora, aun cuando ello conduzca a dar preferencia a la inferior en el orden jerárquico.

En efecto, el conjunto de principios, reglas, valores, derechos, libertades y garantías contenidos en las normas internacionales de derechos humanos, y la producción jurídica de los organismos supranacionales de interpretación y aplicación de estas últimas, han generado una profunda convulsión en el ordenamiento jurídico de los estados nacionales.

Como señala Gialdino, los procesos de incorporación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos a los ordenamientos jurídicos nacionales exigen una mirada menos atenta a la verticalidad de las estructuras piramidales que a la horizontalidad del vasto plano que forma el *corpus iuris* de los derechos humanos, porque cada una de las normas sobre derechos humanos, sea de raíz internacional o nacional, concurre, de manera activa y concertada, a lo que es la finalidad común de todas ellas: la protección existencial de la dignidad esencial de la persona humana. Y esa sinergia, por consiguiente, al tiempo que relativiza jerarquías, propicia menos antagonismos que soluciones armónicas ante eventuales conflictos. Los derechos humanos, por su naturaleza, han abolido la distinción tradicional entre orden interno y orden internacional, como creadores de una “permeabilidad” jurídica nueva, en el decir de Boutros Boutros-Ghali al inaugurar la Conferencia Mundial de Derechos Humanos en 1993 en Viena <sup>1</sup>

La doctrina y la jurisprudencia constitucional han llegado a aceptar la integración de todos los principios y reglas sobre derechos humanos, cualquiera sea su fuente, en un bloque de la más alta jerarquía y fuerza normativa, tanto en el ordenamiento interno, como en el internacional. Tal bloque de constitucionalidad de los derechos humanos, representa la superación de la antigua y

\* Juez de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo de la Capital Federal, República Argentina. Ex Presidente de la Asociación Latinoamericana de Jueces del Trabajo. Profesor Titular Regular de Cátedra de Derecho Social de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, República Argentina.

<sup>1</sup> Gialdino, Rolando Edmundo, “Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Principios, Fuentes, Interpretación y Obligaciones”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013, p. 371/2.

negativa disputa entre monismo y dualismo y ha abierto el camino hacia el reconocimiento de un derecho de los derechos humanos, supralegal y supraconstitucional, que no es ya meramente derecho interno o internacional, sino universal<sup>2</sup>.

Son distintas las fórmulas empleadas por las Constituciones de los distintos países para integrar al derecho interno de cada estado, los instrumentos internacionales de derechos humanos. El tipo de instrumento internacional en el que los derechos humanos son contemplados, el tenor literal de los mismos o las cuestiones concretas de que tratan, pueden crear mayores o menores facilidades para su efectividad directa.

Es interesante el estudio de las normas pertinentes incluidas en los textos constitucionales aprobados en varios países de América Latina durante el último cuarto de siglo, pero esa tarea excede el objetivo de este trabajo, que –como expresa su título– se limitará al caso argentino<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> Barbagelata, Héctor-Hugo, “El particularismo del Derecho del Trabajo y los derechos humanos laborales”, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2ª edición actualizada y ampliada, 2009, p. 221/2.

<sup>3</sup> A título enunciativo, transcribiré los textos constitucionales más relevantes.

**Constitución Política de la República de Nicaragua:**

Art. 46. “En el territorio nacional toda persona goza de protección estatal y del reconocimiento de los derechos inherentes a la persona humana, del irrestricto respeto, promoción y protección de los derechos humanos, y de la plena vigencia de los derechos consignados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos; en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas y en la Convención Americana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos”.

**Constituição da República Federativa do Brasil:**

Art. 4º “A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:...”

“...II - prevalência dos direitos humanos...”

Art. 5. “...§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

“§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

“§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

“§ 4º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão”.

**Constitución Política de Colombia:**

Art. 93. “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno”.

“Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.

“El Estado Colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución”.

“La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él”.

Art. 94. “La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”.

**Constitución de la República del Paraguay:**

Art. 142. “Los tratados internacionales relativos a los derechos humanos no podrán ser denunciados sino por los procedimientos que rigen para la enmienda de esta Constitución”.

Art. 145. “La República del Paraguay, en condiciones de igualdad con otros Estados, admite un orden jurídico supranacional que garantice la vigencia de los derechos humanos, de la paz, de la justicia, de la cooperación y del desarrollo, en lo político, económico, social y cultural”. “Dichas decisiones sólo podrán adoptarse por mayoría absoluta de cada Cámara del Congreso”.

**Constitución Política del Perú:**

“DISPOSICIONES FINALES Y TRANSITORIAS...”

“...Cuarta.– Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú...”

**Constitución de la República Bolivariana de Venezuela:**

## II

El art. 31 de la Constitución de la República Argentina establece:

*“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*

Art. 19. *“El Estado garantizará a cada persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable, indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público de conformidad con esta Constitución, con los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y con las leyes que los desarrollen”.*

Art. 22. *“La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona, no figuren expresamente en ellos. La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos”.*

Art. 23. *“Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los Tribunales y demás órganos del Poder Público”.*

**Constitución de la República del Ecuador:**

Art. 11. *“El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios...”*

*“...3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.”*

*“Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o en la ley.”*

*“Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento...”*

*“...7. El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su desenvolvimiento...”*

Art. 417. *“Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución. En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución Nacional”.*

Art. 424. *“La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica”.*

*“La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público”.*

**Constitución Política de Bolivia:**

Art. 13...“...IV.Los tratados y convenios internacionales ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de Excepción prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Constitución se interpretarán de conformidad con los Tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia”.

**Constitución de la República Dominicana:**

Art. 74. *“Principios de reglamentación e interpretación. La interpretación y reglamentación de los derechos y garantías fundamentales, reconocidos en la presente Constitución, se rigen por los principios siguientes...”*

*“...3) Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por el Estado dominicano, tienen jerarquía constitucional y son de aplicación directa e inmediata por los tribunales y demás órganos del Estado; “*

*“4) Los poderes públicos interpretan y aplican las normas relativas a los derechos fundamentales y sus garantías, en el sentido más favorable a la persona titular de los mismos y, en caso de conflicto entre derechos fundamentales, procurarán armonizar los bienes e intereses protegidos por esta Constitución.”*

**Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos:**

Art. 1. *“En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.”*

*Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.”*

*“Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley...”*

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”.

Luego de una primera etapa en la cual la Corte Suprema de Justicia de la Nación entendió que las normas internacionales poseían rango superior a las leyes nacionales<sup>4</sup>, sobrevino un extenso período durante el cual para nuestro máximo Tribunal, ni la norma transcrita en el párrafo precedente, ni el art. 100 de la Carta Magna en su redacción originaria (art. 116 de la actual) atribuían prelación o prioridad de rango a los tratados internacionales respecto de las leyes, sino que ambas normas (tratados y leyes) eran consideradas ley suprema de la Nación y regía a su respecto el principio con arreglo al cual las posteriores derogan las anteriores<sup>5</sup>, con excepción de lo resuelto en un caso para tiempo de guerra<sup>6</sup>

Con posterioridad, y antes de la entrada en vigencia de la última reforma constitucional sancionada en 1994, el Supremo Tribunal Federal cambió el criterio respecto al orden jerárquico de las fuentes.

En efecto, en una sentencia dictada en el año 1992, la Corte sostuvo la primacía de los tratados internacionales frente a la ley interna en el ámbito del derecho interno, fundada en lo prescripto en el art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, ratificada por la Argentina el 5 de diciembre de 1972, y en vigor desde el 27 de enero de 1980, en cuya virtud: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado...”, y en 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 contengan descripciones lo suficientemente concretas de tales supuestos de hecho que hagan posible su aplicación inmediata<sup>7</sup>

Un año más tarde, el alto Tribunal ratificó la doctrina, aunque introdujo un matiz: los órganos del Estado Argentino debían asignar primacía a los tratados ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria, una vez asegurados los principios del derecho público constitucionales<sup>8</sup>, con lo cual sin citarlo aludió al art. 27 de la Constitución Argentina, en virtud del cual: “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”.

Algo más de un año después, la Corte reiteró que la aplicación por los órganos del Estado Argentino de una norma interna que transgrede un tratado –además de constituir el incumpli-

<sup>4</sup> C.S.J.N., Fallos: 35:207, año 1889, “Criminal de Extradición c/ Pietracaprina, Dionisio”.

<sup>5</sup> C.S.J.N., Fallos: 257:99, 06/11/1963, “Martín & Cía. Ltda. S.A. c/Nación” y Fallos: 271:7, 05/06/1968, “Esso S.A. Petrolera Argentina c/Nación Argentina”.

<sup>6</sup> El Supremo Tribunal Federal sostuvo que el orden interno se regula normalmente por las disposiciones constitucionales que ha adoptado la Argentina y por lo tanto, manteniéndose en estado de paz, ningún tratado podría serle opuesto si no estuviese en “conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución” (art. 27). Es decir, que en tanto se trata de mantener la paz o afianzar el comercio con las potencias extranjeras, la República se conduce dentro de las orientaciones de la teoría dualista. Pero cuando se penetra en el terreno de la guerra en causa propia –eventualidad no incluida y extraña a las reglas del mencionado art. 27– la cuestión se aparta de aquellos principios generales y coloca a la República y a su gobierno político en el trance de cumplir los tratados internacionales, y si ha suscripto tratados que pudieran ser o aparecer opuestos en ciertos puntos concernientes a la guerra, con otros celebrados con anterioridad, los de fecha más reciente suspenden o denuncian implícitamente a los primeros, por un acto de soberanía que no puede ser enjuiciado (C.S.J.N., Fallos: 211:162, 9/06/1948, “Merk Química Argentina S.A. c/ Nación”).

<sup>7</sup> C.S.J.N., Fallos: 315:1492, 07/07/1992, “Ekmekdjian, Miguel Angel c/Sofovich, Gerardo y otros”.

<sup>8</sup> C.S.J.N., Fallos: 316:1669, 07/07/1993, “Fibraca Constructora S.C.A. c/Comisión Técnica Mixta de Salto Grande”.

miento de una obligación internacional– vulnera el principio de la supremacía de los tratados internacionales sobre las leyes internas, y que el art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados impone a los órganos del Estado Argentino –una vez resguardados los principios de derecho público constitucionales– asegurar primacía a los tratados ante un conflicto con una norma interna contraria pues esa prioridad de rango integra el orden jurídico argentino y es invocable con sustento en el art. 31 de la Carta Magna<sup>9</sup>.

### III

Como producto de la reforma constitucional de 1994 fue incorporado el art. 75, cuyo texto actualmente vigente expresa en lo pertinente:

*“Corresponde al Congreso:...”*

*“...22. 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 Crueles, 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 terceras 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 jerarquía constitucional...”*

*“...24. Aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes”.*

*“La aprobación de estos tratados con Estados de Latinoamérica requerirá la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara. En caso de tratados con otros Estados, el Congreso de la Nación con la mayoría absoluta de los miembros presentes de cada Cámara, declarará la conveniencia de la aprobación del tratado y sólo podrá ser aprobado con el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, después de ciento veinte días del acto declarativo”.*

*“La denuncia de los tratados referidos a este inciso exigirá la previa aprobación de la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara”.*

Uno de los efectos más relevantes de la vigencia de las normas constitucionales transcritas, muy especialmente del inciso 22 del art. 75, es el profundo impacto que implicó en el sistema de

<sup>9</sup> C.S.J.N., Fallos: 317:1282, 13/10/1994, “Cafés La Virginia S.A.”.

fuentes formales, en la interpretación y aplicación de las normas de jerarquía legal y supralegal, y en la delimitación de las obligaciones del Estado al respecto, incluida la actuación de los jueces y tribunales.

Según las normas precitadas, a partir de la reforma constitucional, tienen jerarquía supralegal los tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales.

Para la doctrina y la jurisprudencia de nuestro más Alto Tribunal, en el universo de los tratados concluidos con las organizaciones internacionales de jerarquía supralegal están comprendidos los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo<sup>10</sup>, lo que genera un enorme impacto en el sistema de fuentes del Derecho del Trabajo en la República Argentina, por la relevancia de esas normas internacionales en la regulación jurídica de cuestiones atinentes a las relaciones individuales y colectivas del trabajo.

En una sentencia reciente, al declarar la invalidez de la cláusula de un convenio colectivo de trabajo que desconocía el carácter salarial de una prestación de indudable naturaleza remuneratoria, en violación al Convenio 95 de la OIT sobre la Protección del Salario, la Corte Suprema reiteró la doctrina según la cual cuando la Nación Argentina ratifica un tratado (en el caso: el mentado Convenio 95) 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<sup>11</sup>

Según el art. 19.5.d) de la Constitución de la OIT, una vez aprobado un convenio por la autoridad nacional competente y comunicada la ratificación formal al Director General de aquel organismo internacional, el Estado adoptará las medidas necesarias para hacer efectivas las disposiciones de dicho convenio. El precepto, en consecuencia, da cuenta de un “principio evidente”, en palabras de la Corte Permanente de Justicia Internacional de 1925, en virtud del cual “un Estado que ha válidamente asumido obligaciones internacionales, está obligado a introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de dichas obligaciones”<sup>12</sup>.

La existencia o inexistencia de la necesidad de medidas para hacer efectivas las disposiciones de un convenio de la OIT no puede ser establecida a la luz del mencionado art. 19.5.d), sino a la del ordenamiento jurídico interno, pues la incorporación de un convenio depende básicamente de cada régimen nacional. En caso contrario, se llegaría a un resultado insostenible: que la Constitución de la OIT habría impuesto a los Estados, para tornar aplicable un convenio ratificado, una suerte de régimen de tipo dualista, mediante el cual, todo convenio, en globo, requeriría siempre, a modo de “medida necesaria”, una “recepción legislativa interna”, a despecho de que el ordenamiento nacional previera uno de carácter monista –como es el vigente en la actualidad en la República Argentina–, que volviera “innecesario” tal proceder<sup>13</sup>

Los órganos judiciales tienen el irrenunciable papel, dentro de los alcances de su competencia, de evitar que se produzca la responsabilidad internacional del Estado, teniendo en cuenta

<sup>10</sup> Etala, Carlos Alberto, “Derecho colectivo del trabajo”, Astrea, 1ª edición, Buenos Aires, 2001, p. 17; Von Potobsky, Gerardo, “Los convenios de la Organización Internacional del Trabajo: ¿una nueva dimensión en el orden jurídico interno?”, revista DT, 1997-A, p. 457; C.S.J.N., Fallos: 327:4607, 26/10/2004, “Milone, Juan Antonio c/Asociart S.A. Aseguradora de Riesgos del Trabajo”; Fallos: 332:170, 24/02/2009, “Aerolíneas Argentinas S.A.”; Fallos: 333:2306, 7/12/2010, “Álvarez, Maximiliano y otros c/Cencosud S.A.”; Fallos: 334:1387, 15/11/2011, “Pellicori, Liliana Silvia c/Colegio Público de Abogados de la Capital Federal”.

<sup>11</sup> C.S.J.N., 4/06/2013, “Díaz, Paulo Vicente c/Cervecería y Maltería Quilmes S.A.”.

<sup>12</sup> C.P.J.I., *Echange des populations grecques et turques/Exchange of Greek and Turkish Populations*, opinión consultiva, 21/02/1925, Serie B, nº 10, p. 20.

<sup>13</sup> C.S.J.N., sent. cit. en la nota 11 (voto concurrente de los jueces Maqueda y Zaffaroni).

que las sentencias judiciales integran el abanico de “medidas” destinadas a satisfacer la efectividad de los derechos<sup>14</sup>.

Tanto el art. 8.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) como el art. 22.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), establecen que nada de lo dispuesto en estas normas internacionales autorizará a los Estados Partes en el Convenio 87 de la OIT relativo a la Libertad Sindical y a la Protección del Derecho de Sindicación a adoptar medidas legislativas que menoscaben las garantías previstas en dicho convenio o a aplicar la ley en forma que menoscabe dichas garantías.

Como la República Argentina ratificó el Convenio 87 de la OIT, el reenvío expreso realizado por los arts. 8.3 del PIDESC y 22.3 del PIDCP, ambos de jerarquía constitucional, lleva a la doctrina y a la jurisprudencia de la Corte Suprema a sostener que aquel convenio de la OIT también ostenta jerarquía constitucional<sup>15</sup>.

En síntesis: todos los Convenios de la OIT ratificados por la República Argentina tienen jerarquía suprallegal, con excepción del 87 que ostenta rango constitucional.

#### IV

Luego de la entrada en vigencia de la reforma de 1994, además de los instrumentos mencionados en el art. 75, inc. 22, párr. 2º de la Constitución Nacional, adquirieron jerarquía constitucional dos convenciones internacionales de derechos humanos.

En efecto, en 1997 la ley 24.820 otorgó ese rango a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, que había sido adoptada por la vigésima cuarta Asamblea General de la Organización de Estados Americanos en Belem do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994, y aprobada por la ley 24.556 en 1995.

En 2003 la ley 25.778 otorgó jerarquía constitucional a la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, que había sido adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 26 de noviembre de 1968 y aprobada por la ley 24.584 en 1995.

En 1996 la ley 24.632 aprobó la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, Convención de Belem do Pará, suscripta en esta ciudad de Brasil el 9 de junio de 1994. La Argentina depositó el instrumento de ratificación el 5 de julio de 1996, por lo que este instrumento tiene jerarquía suprallegal.

El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador” fue aprobado por la ley 24.658 en 1996. La Argentina había depositado el instrumento de ratificación el 17 de noviembre de 1988, por lo cual este instrumento también tiene jerarquía suprallegal.

En 2000 la ley 25.280 aprobó la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, suscrita en Guatemala, Re-

<sup>14</sup> C.S.J.N., Fallos: 318:514, 07/04/1995, “Giroldi, Horacio David y otro”; Fallos: 318:1269, 14/06/1995, “Wilner, Eduardo Mario c/Osswald, María Gabriela”.

<sup>15</sup> Etala, Carlos Alberto, ob. cit. en la nota 10, p. 18 y 56; Rodríguez Mancini, Jorge, “Las instituciones del derecho colectivo del trabajo y la Constitución Nacional”, en Alvarez y otros, “Derecho colectivo del trabajo”, La Ley, Buenos Aires, 1997, p. 47 y 48; Von Potobsky, Gerardo, ob. cit. en la nota 10; C.S.J.N., Fallos: 331:2499, 11/11/2008, “Asociación de Trabajadores del Estado c/ Ministerio de Trabajo”.

pública de Guatemala, el 8 de junio de 1999. La Argentina depositó el instrumento de ratificación el 10 de enero de 2001, de ahí que esta convención también tiene jerarquía supralegal.

En 2008 la ley 26.378 aprobó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo, aprobados mediante resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 13 de diciembre de 2006, los que adquirieron jerarquía supralegal al ser ratificados.

Pese a no estar enunciada expresamente en el párrafo segundo del inciso 22 del art. 75 de la Constitución Nacional, y a no ser susceptible de ratificación, tiene un valor jurídico relevante en materia de derechos sociales la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales (Declaración de los derechos sociales del trabajador), aprobada por la Novena Conferencia Internacional Americana celebrada en Bogotá en 1948.

## V

En diversos votos que informan decisiones de la Corte Suprema se ha entendido que con el otorgamiento de jerarquía constitucional a los tratados, declaraciones y pactos internacionales de derechos humanos enunciados en el art. 75, inc. 22, párr. 2º de la Carta Magna, ya se dejó asentada su concordancia con los principios de derecho público establecidos en ella, en tanto los constituyentes ya habrían efectuado el juicio de comprobación en virtud del cual habrían cotejado los instrumentos internacionales precitados y los artículos constitucionales y verificado que no se producía derogación alguna de estos últimos. Así se ha afirmado que la armonía o concordancia entre los tratados y la Constitución es un juicio del constituyente que los poderes constituidos no pueden desconocer o contradecir<sup>16</sup>.

Distintos autores comparten en lo sustancial esa postura<sup>17</sup>.

El juez Fayt en disidencia de esa doctrina, sostuvo que, en base al art. 27 de la Constitución Nacional, es al Poder Judicial a quien corresponde, mediante el control de constitucionalidad, evaluar, en su caso, si un tratado internacional (cualquiera sea su categoría) guarda “conformidad con los principios de derecho público establecidos en la Constitución”. En otras palabras, debe asegurarse la supremacía constitucional, tal como ya se había declarado categóricamente en el voto de los jueces Gabrielli y Guastavino en el caso “Cabrera”, en el que se había ejercido el control de

<sup>16</sup> C.S.J.N., Fallos: 319:3148, 26/12/1996, “Monges, Analía M. c/U.B.A. – res. 2314/95” (voto de los jueces Nazareno, Moliné O’Connor, Boggiano y López); Fallos: 319:3241, 27/12/1996, “Chocobar, Sixto Celestino c/Caja Nacional de Previsión para el Personal del Estado y Servicios Públicos” (voto de los jueces Nazareno, Moliné O’Connor y López); Fallos: 321:885, 16/04/1998, “Petric, Domagoj Antonio c/Página 12” (voto de los jueces Moliné O’Connor y Boggiano); Fallos: 321:2637, 20/09/1998, “Cancela, Omar Jesús c/Arter S.A.I. y otros” (voto de los jueces Nazareno, Moliné O’Connor, López y Vázquez y voto concurrente del juez Boggiano, constituyendo mayoría en este caso); Fallos: 322:875, 27/05/1999, “Estado Nacional (Ministerio de Cultura y Educación)” (voto de los jueces Nazareno, Moliné O’Connor, Boggiano y López); Fallos: 324:975, 3/04/2001, “S., V.” (voto de los jueces Moliné O’Connor y López y voto concurrente de los jueces Boggiano y Vázquez); Fallos: 324:2895, 25/09/2001, “Menem, Carlos Saúl c/ Editorial Perfil S.A. y otros” (voto de los jueces Nazareno, Moliné O’Connor y López); Fallos: 328:2056, 14/06/2005, “Simón, Julio Héctor y otros” (voto del juez Lorenzetti), entre otras.

<sup>17</sup> Moncayo, Guillermo R., “Reforma constitucional, derechos humanos y jurisprudencia de la Corte Suprema”, en Abregú, Martín y Courtis, Christian (compiladores), “La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales”, CELS, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, p. 98/100 y fe de erratas; Vanossi, Jorge R., “Los tratados internacionales ante la reforma de 1994”, en Abregú y Courtis, ob. cit., p. 108; Gutiérrez Posse, Hortensia D.T., “El derecho internacional en la Constitución Nacional”, en Bidart Campos, Germán J. y Sandler, Héctor R. (coords.), “Estudios sobre la reforma constitucional de 1994”, Depalma, Buenos Aires, 1995, p. 279.



constitucionalidad con fundamento en la función que corresponde a la Corte de salvaguardar la vigencia de la Constitución Nacional.

Añade el citado magistrado que en nada se ha apartado la reforma constitucional de 1994 del principio seminal que consagra la supremacía de la Constitución en relación a los tratados internacionales, como lo había sostenido la Corte con fundamento en la letra del art. 27, que permanece enhiesto. Como se dijo, esta interpretación es (a su vez) un corolario del sistema rígido que adopta la Constitución para su reforma (art. 30).

Por tanto, los tratados de derechos humanos a los que hacen referencia los párrafos segundo y tercero del art. 75 inc. 22, son jerárquicamente superiores a los demás tratados –los supralegales (art. 75, inc. 22, primer párrafo, e inc. 24)– y por ello tienen jerarquía constitucional, pero eso no significa que sean la Constitución misma. En efecto, la inclusión de tratados con jerarquía constitucional no pudo significar en modo alguno –según el juez Fayt– que en caso de que esa categoría de tratados contuviera disposiciones contrarias a la Primera Parte de la Constitución, aquéllos deberían primar sobre el derecho interno. Distinta es la situación que se presenta cuando la norma prevista en el tratado con jerarquía constitucional no deroga y altera el “equilibrio” normativo, sino que puede compatibilizarse de modo que resulte un conjunto armónico de disposiciones con una unidad coherente.

Como la incolumidad de los arts. 27 y 30 de la Constitución Nacional resulta incuestionable, es que mantendría plena vigencia lo dicho por el Procurador General en la citada causa “Cabrera”, en el sentido que “los tratados internacionales no prevalecen en nuestro derecho constitucional sobre la Constitución Nacional porque la rigidez de ésta no tolera que normas emanadas de los órganos del poder constituido la alteren o violen, pues ello equivale a reformarla y porque el art. 27 es terminante en exigir que los tratados estén de conformidad con los principios de derecho público de la Constitución”

Desde esa perspectiva, sólo cabría concluir que la Constitución Nacional se erige sobre la totalidad del orden normativo. En segundo término, se ubicarían los tratados sobre derechos humanos individualizados en el segundo párrafo del art. 75. inc. 22 y los tratados de derechos humanos que adquieran esta categoría en el futuro –tercer párrafo del art. 75, inc. 22–. En tercer lugar los demás tratados, concordatos y las normas dictadas a propósito de los tratados de integración; y por último las leyes del Congreso.

La reforma constitucional –según el juez Fayt– sólo habría modificado la relación entre los tratados y las leyes, ya establecida pretorianamente en la causa “Ekmekdjian” en base al art. 27 de la Convención de Viena, pero en modo alguno entre los tratados (cualquiera fuera su categoría) y la Constitución Nacional, lo que jamás habría sido posible por la expresa prohibición a la Convención Constituyente de modificar los arts. 1 a 35 (ley 24.309, art. 7)<sup>18</sup>.

Discrepamos respetuosamente de la tesis del juez Fayt por las siguientes razones.

Como señala Gialdino, el hecho de que haya sido la propia Constitución la que le dio su misma jerarquía a otras normas no hizo a éstas inferiores a aquélla. A su vez, si los instrumentos internacionales en juego “deben entenderse complementarios de los derechos y garantías [...] reconocidos” por la Constitución, y si complementar es dar integridad, perfección y plenitud a una cosa, resultaría incongruente que el complemento tenga una jerarquía inferior a aquello que, mediante este, alcanza dichas calidades. Más todavía, el carácter de complementarios no debe confundirse con el de accesorios. El aporte de los instrumentos internacionales en materia de

<sup>18</sup> C.S.J.N., Fallos: 327:3312, 24/08/2004, “Arancibia Clavel, Enrique Lautaro” (disidencia del juez Fayt) y “Simón, Julio Héctor y otros”, sent. cit. en la nota 16 (disidencia del juez Fayt).

derechos humanos no requiere la previa existencia de un elemento principal, vale decir, la previa existencia (o reconocimiento) de aquéllas en la Constitución, de tal suerte que la contribución sólo viniera a ser un accidente que las reitera, matiza o profundiza<sup>19</sup>.

Según jurisprudencia reiterada del Supremo Tribunal Federal, como no cabe suponer que el legislador haya actuado con inconsecuencia o imprevisión al dictar las leyes, éstas deben interpretarse evitando darles un sentido que ponga en pugna sus disposiciones destruyendo las unas por las otras, y adoptando como verdadero el que las concilie y las deje a todas con valor y efecto<sup>20</sup>

Si esa doctrina es trasladable, al menos en igual medida, al constituyente, no parecería coherente considerar que la decisión de éste de dar a determinados instrumentos internacionales de derechos humanos la misma jerarquía que a la Constitución, hubiese sido adoptada sin cuidar que el conjunto así formado no presentara contradicciones<sup>21</sup>.

Una de las pautas básicas sobre la que se construyó todo el andamiaje institucional que impulsó a la Convención Constituyente de 1994 fue el de incorporar los tratados internacionales sobre derechos humanos como un orden equiparado a la Constitución misma (art. 75, inc. 22). Así la reforma constitucional de 1994 reconoció la importancia del sistema internacional de protección de los derechos humanos y no se atuvo al principio de soberanía ilimitada de las naciones<sup>22</sup>.

En la Convención Constituyente de 1994 se señaló expresamente que lo que se pretendía establecer:

*“...es una política constitucional, cual es la de universalizar los derechos humanos, reconocer los organismos supranacionales de solución de conflictos como lo son la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos y promover opiniones consultivas de la Corte Interamericana, para que informe sobre el alcance de las normas consagradas en el Pacto, así como también sobre leyes y disposiciones conforme a sus propias resoluciones para asegurar que estén en armonía...”*<sup>23</sup>.

La relevancia otorgada por el Constituyente de 1994 a la universalización de los derechos humanos resulta corroborada por la redacción del incorporado art. 75, inc. 24, que faculta al Congreso de la Nación a aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, siempre que respeten el orden democrático y los derechos humanos; es decir, el respeto y la garantía de los derechos humanos están comprendidos dentro del ámbito de los principios de derecho público a los que alude el art. 27 de la Constitución Nacional.

En el mismo sentido, la Corte Suprema había destacado enfáticamente casi cuatro décadas antes de la reforma constitucional de 1994, que nada hay, ni en la letra ni en el espíritu de la Constitución, que permita afirmar que la protección de los llamados “derechos humanos” –porque son los derechos esenciales del hombre– esté circunscripta a los ataques que provengan sólo de la autoridad, ni que autorice la afirmación de que el ataque ilegítimo, grave y manifiesto contra cualquiera de los derechos que integran la libertad, *lato sensu*, carezca de la protección constitucional

<sup>19</sup> Gialdino, ob. cit. en nota 1, p. 386.

<sup>20</sup> C.S.J.N., Fallos: 330:1910, 24/04/2007, “Ramos, Ernesto c/Ingenio Ledesma S.A.A.I.”, entre otras.

<sup>21</sup> Gialdino, ob. cit. en nota 1, p. 387.

<sup>22</sup> C.S.J.N., Fallos: 330:3248, 13/07/2007, “Mazzeo, Julio Lilo y otros” y 332:1963, 25/08/2009, “Arriola, Sebastián y otros” (voto de los jueces Highton de Nolasco y Maqueda).

<sup>23</sup> Convencional Alicia Oliveira en la 220 Reunión, 30. Sesión ordinaria del 2 de agosto de 1994 de la Convención Constituyente de 1994, Diario de Sesiones, T. III, p. 2861, transcripción hecha por la C.S.J.N. en la sentencia dictada en el caso “Mazzeo”, cit. en la nota 22.

adecuada por la sola circunstancia de que ese ataque emane de otros particulares o de grupos organizados de individuos<sup>24</sup>.

El art. 33 de la Constitución Nacional (texto originario que no fue modificado) dispone claramente que *“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”*, lo que permite concluir, por las razones que expondremos seguidamente, que incluso con anterioridad a la incorporación expresa de los principios y reglas del Constitucionalismo Social al texto de nuestra Carta Magna, los derechos humanos del trabajador tenían tutela constitucional y, por ende, integraban los principios de derecho público a los que se refiere el mentado art. 27.

En materia de derechos humanos del trabajador, las normas de los instrumentos internacionales de jerarquía constitucional que le reconocen a aquél derechos específicos e inespecíficos complementan los derechos consagrados por nuestra Carta Magna, en particular por su art. 14 bis, que incorpora el Constitucionalismo Social, norma esta última que conforma también los principios de derecho público de la Constitución.

En efecto, como sostenía lúcidamente Justo López hace más de cuatro décadas, la constitucionalización de los derechos sociales implicó, indudablemente, la aceptación expresa de un cambio en la dogmática constitucional, que ya no cabría situar en la perspectiva de una concepción individualista del derecho y del estado. Desde esta perspectiva, corresponde considerar superada la concepción del estado de derecho individualista, no, precisamente, en tanto estado de derecho, sino en tanto individualista; ahora se suele hablar, por ejemplo, de un estado de bienestar, como concepción que completa –en el ordenamiento estatal– los derechos individuales con los derechos sociales, sin aniquilar aquéllos ni sacrificar a ellos estos últimos. En esta concepción se sitúa, ahora, sin lugar a dudas, la parte dogmática de la Constitución Nacional. Esto no puede significar sino peculiares restricciones a los derechos de ejercer toda industria lícita, comerciar, contratar y “descontratar”, sin las que no sería ni siquiera concebible el moderno derecho del trabajo<sup>25</sup>.

Según doctrina de la Corte Suprema, en la relación y contrato de trabajo se ponen en juego, en lo que atañe a intereses particulares, tanto los del trabajador como los del empleador, y ninguno de ellos debe ser descuidado por las leyes; sin embargo, lo determinante es que, desde el ángulo constitucional, el trabajador es sujeto de preferente tutela, toda vez que el art. 14 bis de nuestra Carta Magna dispone textualmente que *“El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador...”* una serie de derechos que seguidamente enuncia<sup>26</sup>.

Esta preferencia es la respuesta constitucional dada en 1957 a diversas situaciones y comprobaciones fácticas, entre otras, la desigualdad de las partes que regularmente supone la relación de trabajo, pero que habían arraigado en la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal anterior a la vigencia del mentado art. 14 bis<sup>27</sup>.

Se explica, así, que ya para 1938, la Corte haya considerado que el legislador argentino, al disponer que “el patrón no puede despedir a su dependiente sin justa causa, cualesquiera sean los

<sup>24</sup> C.S.J.N., Fallos: 241:291, 05/09/1958, “Samuel Kot S.R.L.”.

<sup>25</sup> López, Justo, “Despido arbitrario y estabilidad”, L.T. XXI, p. 289 y ss.

<sup>26</sup> C.S.J.N., Fallos: 327:3677, 14/09/2004, “Vizzoti, Carlos Alberto c/Amsa S.A.”; Fallos: 331:1815, “Gentini, Jorge, Mario y otros c/Estado Nacional – Ministerio de Trabajo”; Fallos: 332:709, 31/03/2009, “Torrillo, Atilio Amadeo y otro c/Gulf Oil Argentina S.A. y otro”; Fallos: 332:2043, 01/09/2009, “Pérez, Aníbal Raúl c/Disco S.A.”; “Díaz c/Quilmes”, sent. cit. en la nota 11; A. 598. XLIII, 18/06/2013, “Asociación de Trabajadores del Estado”.

<sup>27</sup> C.S.J.N., Fallos: 181:209, año 1938, “Rusich, Elvira c/Cía. Introdutora de Bs. Aires”.

términos del contrato de trabajo, sin indemnizarlo prudencialmente”, no hacía más que seguir el “ritmo universal de la justicia”<sup>28</sup>.

A su turno, la incorporación del art. 14 bis a la Constitución Nacional tradujo ese ritmo en deberes inexcusables del Congreso a fin de asegurar al trabajador un conjunto de derechos inviolables<sup>29</sup>.

Su “excepcional significación, dentro de las relaciones económico-sociales existentes en la sociedad contemporánea, hizo posible y justo” que a las materias sobre las que versó el art. 14 bis se les destinara la parte más relevante de una reforma constitucional<sup>30</sup>.

La hipotética censura del carácter protectorio del derecho del trabajo fundada en la supuesta afectación del llamado mercado de trabajo, y del mercado económico en general, omite hacerse cargo de que su eventual consistencia exige ignorar o subvertir tanto el principio de supremacía de la Constitución Nacional, cuanto el fundamento en el que toda esta descansa según el texto de 1853-1860, robustecido aun más por los señeros aportes del art. 14 bis y la reforma de 1994 (especialmente su art. 75 inc. 22).

Consentir que la reglamentación del derecho del trabajo reconocido por la Constitución Nacional, aduciendo el logro de supuestos frutos futuros, deba hoy resignar el sentido profundamente humanístico y protectorio del trabajador que aquélla le exige; admitir que sean las “leyes” de dicho mercado el modelo al que deban ajustarse las leyes y su hermenéutica; dar cabida en los estrados judiciales, en suma, a estos pensamientos y otros de análoga procedencia, importaría (aunque se admitiere la conveniencia de dichas “leyes”), pura y simplemente, invertir la legalidad que nos rige como Nación organizada y como pueblo esperanzado en las instituciones, derechos, libertades y garantías que adoptó a través de la Constitución Nacional.

Puesto que, si de ésta se trata, resulta claro que el hombre no debe ser objeto de mercado alguno, sino señor de todos éstos, los cuales sólo encuentran sentido y validez si tributan a la realización de los derechos de aquél y del bien común. De ahí que no debe ser el mercado el que someta a sus reglas y pretensiones las medidas del hombre ni los contenidos y alcances de los derechos humanos. Por el contrario, es el mercado el que debe adaptarse a los moldes fundamentales que representan la Constitución Nacional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos de jerarquía constitucional, bajo pena de caer en la ilegalidad<sup>31</sup>.

Recientemente nuestro más Alto Tribunal ha señalado que las llamadas “medidas de ajuste” derivadas de “crisis económicas” y una “grave escasez de recursos”, hacen que los esfuerzos de las autoridades por proteger los derechos económicos, sociales y culturales adquieran una urgencia “mayor, no menor”, y que la “protección” de las “capas vulnerables de la población” es, precisamente, “el objetivo básico del ajuste económico”. Agregó la Corte Suprema que todo equilibrio entre las reformas económicas y la protección de los derechos humanos, obliga a proteger “en particular a los grupos más vulnerables”, cuanto más en el campo laboral y salarial, en el cual, todos los poderes públicos, dentro de la órbita de sus respectivas competencias, “deben hacer prevalecer el espíritu protector que anima” al art. 14 bis de la Constitución Nacional, tutela ésta que, por ende, impone un particular enfoque para el control de constitucionalidad<sup>32</sup>.

<sup>28</sup> C.S.J.N., sent. cit. en la nota 27.

<sup>29</sup> C.S.J.N., Fallos: 252:158, año 1962, “Mata, José María c/Ferretería Francesa S.A.”.

<sup>30</sup> C.S.J.N., “Vizzoti c/Amsa S.A.”, sent. cit. en la nota 26.

<sup>31</sup> C.S.J.N., “Vizzoti c/Amsa S.A.”, sent. cit. en la nota 26.

<sup>32</sup> C.S.J.N., “Asociación Trabajadores del Estado”, sent. cit. en la nota 26.

Para la Corte Suprema de Justicia de la República Argentina el trabajo humano no constituye una mercancía<sup>33</sup>, y la relación laboral muestra una especificidad que la distingue de manera patente de muchos otros vínculos, puesto que la prestación de uno de los celebrantes, el trabajador, está constituida por la actividad humana, la cual resulta, *per se*, inseparable de la persona humana y, por lo tanto, de su dignidad<sup>34</sup>; de ahí que dignidad y trabajo se relacionen en términos naturalmente entrañables según lo destaca con claridad el art. 14 bis de la Constitución Nacional, en tanto *“las leyes asegurarán al trabajador: condiciones dignas [...] de labor”*<sup>35</sup>.

En esa línea, el Supremo Tribunal Federal sostiene que en materia laboral no es aplicable la doctrina en virtud de la cual el voluntario sometimiento, sin reservas expresas, a un régimen comporta un inequívoco acatamiento que conlleva a la improcedencia de su impugnación ulterior, toda vez que, una vez establecido que la disputa interesa al trabajo del art. 14 bis citado, el principio protectorio que éste enuncia y el carácter inviolable de los derechos que reconoce, conducen con necesidad a la indisponibilidad y a la prohibición de renuncia de la aplicación de las normas que tutelan el trabajo “en todas sus formas”, vale decir, tanto al prestado en el ámbito público como en el privado<sup>36</sup>.

El art. 75, inc. 19 de la Constitución, según la redacción dada por el Constituyente de 1994, establece en lo pertinente:

*“Corresponde al Congreso:...”*

*“...19. Proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social...”*.

La citada referencia constitucional a la justicia social ofrece diversos ángulos de estudio. Uno de éstos, radica en la inequívoca manda que pesa sobre el Congreso Nacional: la Constitución impone que tanto los fines como los medios –“lo conducente”– del progreso económico deben estar informados por una muy particular condición: la de tributar a la justicia social<sup>37</sup>.

La mención expresa de la justicia social en el texto constitucional sólo constituye una novedad lingüística, porque este principio ya estaba reconocido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en los siguientes términos:

*“...el “objetivo preeminente” de la Constitución, según expresa su preámbulo, es lograr el “bienestar general” (Fallos: 278:313), lo cual significa decir la justicia en su más alta expresión, esto es, la justicia social, cuyo contenido actual consiste en ordenar la actividad intersubjetiva de los miembros de la comunidad y los recursos con que ésta cuenta con vistas a lograr que todos y cada uno de sus miembros participen de los bienes materiales y espirituales de la civilización. Por tanto, tiene categoría constitucional el siguiente principio de hermenéutica jurídica: in dubio pro justitia socialis. Las leyes, pues, deben ser interpretadas a favor de quienes al serles aplicadas con este sentido consiguen o tienden a alcanzar el “bienestar”, esto es, las condiciones de vida mediante las cuales es posible a la persona humana desarrollarse conforme a su excelsa dignidad...”*<sup>38</sup>.

<sup>33</sup> C.S.J.N., Fallos: 290:116, 25/10/1974, “Paredes, Humberto c/Compañía Colectiva Costera Criolla S.A.”.

<sup>34</sup> C.S.J.N., “Pérez c/Disco S.A.”, sent. cit. en la nota 26; “Álvarez y otros c/Cencosud”, sent. cit. en la nota 10.

<sup>35</sup> C.S.J.N., Fallos: 330:1989, 03/05/2007, “Madorrán, Marta Cristina c/Administración Nacional de Aduanas” (voto concurrente de los jueces Lorenzetti, Fayt y Petracchi); “Álvarez y otros c/Cencosud”, sent. cit. en la nota 10; “Asociación de Trabajadores del Estado”, sent. cit. en la nota 26.

<sup>36</sup> C.S.J.N., Fallos: 335:729, 22/05/2012, “Iribarne, Rodolfo Antonio c/Estado Nacional (Honorable Senado de la Nación)”; M. 1948. XLII, 06/11/2012, “Martínez, Adrián Omar c/Universidad Nacional de Quilmes”.

<sup>37</sup> Gialdino, Rolando Edmundo, “Los pobres y la justicia social”, E.D., diario del 20/03/1997, p. 2.

<sup>38</sup> C.S.J.N., Fallos: 289:430, 13/09/1974, “Berçaitz, Miguel Angel”.

Al decir de Masnatta, en un texto contemporáneo a la reforma constitucional de 1994, la recepción expresa de la justicia social, habilitaba la “función transformadora” de la Constitución. A partir de la etapa “post-constitucional” le competía al Congreso Nacional la adopción de cláusulas y principios que permitieran el desarrollo productivo con justicia social. Constituiría, según el mencionado jurista, una “plataforma de lanzamiento” para nuestros legisladores y nuestros jueces<sup>39</sup>.

En esa línea transformadora augurada por Masnatta se inscribe la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal durante la última década.

En lo sustancial, la Corte Suprema ratifica la doctrina del caso “Berçaitz”<sup>40</sup>, y destaca que la justicia social se ha visto reforzada por las reformas, de 1957, al acoger las tendencias del constitucionalismo social (art. 14 bis, CN), y de 1994, para la cual lo que cuenta es el “desarrollo humano” y el “progreso económico con justicia social” (art. 75, inc. 19, CN)<sup>41</sup>.

Es indudable, entonces, que la justicia social también forma parte de los principios de derecho público a los que se refiere el art. 27 de la Constitución Nacional.

A nuestro entender, tampoco modifican las conclusiones expuestas lo resuelto por la Corte Suprema en el caso “Cabrera” invocado por el juez Fayt como uno de los fundamentos de su tesis. Ello por las siguientes razones.

En primer lugar, porque en la época del dictado de esa sentencia, según la doctrina de nuestro máximo tribunal, los tratados tenían la misma jerarquía que las leyes, por ende, inferior que la Constitución<sup>42</sup>.

En segundo término, porque el tratado internacional cuestionado en ese caso no era de derechos humanos; es más, la norma específicamente impugnada negaba un derecho humano fundamental: el derecho de un trabajador de acceder a la jurisdicción.

En efecto, la cláusula 4ta. del acuerdo de sede suscripto el 15 de abril de 1977 entre la República Argentina y la Comisión Técnica Mixta de Salto Grande, aprobado por la ley 21.756, establecía una completa inmunidad de jurisdicción no sólo ante los tribunales argentinos, sino también ante los de cualquier otro Estado y aun ante tribunales internacionales.

Así planteada la cuestión, cabe destacar que, si bien el dictamen del Procurador General de la Nación, compartido por el voto de los jueces Rossi, Martínez Vivot y Gnecco, fundó la solución del caso –inconstitucionalidad de la cláusula precitada– en el principio de supremacía de la Constitución, no soslayó la relevancia de los arts. 8 y 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos para la conceptualización del derecho a la jurisdicción como la posibilidad efectiva de ocurrir ante algún órgano competente que permitiera ejercer todos los actos razonablemente encaminados a una cabal defensa de la persona o de sus derechos, sin que pudiera hablarse de derecho de defensa, ni de “debido proceso”, como garantía adjetiva, sin la presencia de un tribunal que, de acuerdo con un procedimiento legal, diera cauce a las acciones enderezadas a hacer valer eficazmente los derechos individuales<sup>43</sup>.

<sup>39</sup> Masnatta, Héctor, “Interpretación de la Constitución”, La Ley, diario del 03/10/1994.

<sup>40</sup> C.S.J.N., “Madorrán c/A.N.A.”, sent. cit. en la nota 35 (voto concurrente de los jueces Lorenzetti, Fayt y Petracchi); Fallos: 333:1361, 10/08/2010, “Ascuá, Luis Ricardo c/Somisa”.

<sup>41</sup> C.S.J.N., “Torrillo c/Gulf”, sent. cit. en la nota 26; “Pérez c/Disco”, sent. cit. en la nota 26; “Asociación de Trabajadores del Estado”; sent. cit. en la nota 26.

<sup>42</sup> Ver precedentes enunciados en la nota 5.

<sup>43</sup> C.S.J.N., Fallos: 305:2150, 5/12/1983, “Cabrera, Washington Julio Efraín c/Comisión Técnica Mixta de Salto Grande”, dictamen del Procurador General de la Nación López al cual adhieren los jueces Rossi, Martínez Vivot y Gnecco.

Las razones expuestas bastarían, según nuestro parecer, para descartar la invocación de esta sentencia de la Corte Suprema como doctrina opuesta a la jerarquía constitucional otorgada por el Constituyente de 1994 a una serie de instrumentos internacionales de derechos humanos, y al juicio de complementariedad y armonía de estos últimos con la Constitución Nacional efectuado por aquél.

Con todo, un tramo relevante del voto de los jueces Gabrielli y Guastavino, compartido por los jueces Rossi, Martínez Vivot y Gnecco, constituyendo por ende doctrina unánime del Supremo Tribunal Federal en ese caso, corrobora la tesis que sustentamos.

Consideramos pertinente su transcripción:

*“...esta Corte tiene la función de salvaguardar la vigencia de la Constitución Nacional y también el deber de preservar por razones de prudencia la estabilidad de los pactos internacionales válidos celebrados por la República Argentina según el derecho de gentes, base y sustento de la seguridad en la comunidad de las naciones y en los cuales está solemnemente empeñada la fe pública. Por ello, corresponde ante todo tratar la validez o no de la cláusula de inmunidad absoluta inserta en el acuerdo sede a la luz de las normas vigentes en el propio derecho internacional conforme lo autoriza el art. 21 de la ley 48...”*

*“...Que entendida la inmunidad jurisdiccional como la exención por razones propias del derecho de gentes de sometimiento compulsivo a los tribunales, en el presente caso han de precisarse sus límites y alcances cuando pretende ampararse en ella, como sujetos de tal rama del derecho, una organización internacional intergubernamental...”*

*“...Que si bien dichos entes gozan de la referida prerrogativa conforme los convenios internacionales que les dieron origen y, en su caso, los respectivos acuerdos sede, ha de recordarse que la convención sobre prerrogativas e inmunidades de los organismos especializados a que se refiere la resolución 179 de la Asamblea de las Naciones Unidas del 21 de noviembre de 1947 (aprobada por el decreto-ley 7.672 de 1973) contiene categóricas estipulaciones respecto a la necesidad de establecer procedimientos apropiados para la resolución de controversias de derecho privado que se susciten y, asimismo, consultas y procedimientos ante tribunales internacionales en supuestos de abusos sobre otorgamiento de inmunidad (arts. III, sección 4ta.; VII, sección 24; IX, sección 31). Aunque tales estipulaciones no son específicamente aplicables al caso de autos, evidencian un claro límite a la facultad de convenir internacionalmente la exención jurisdiccional, en congruencia con diversos documentos internacionales que garantizan una suficiente y adecuada tutela de los derechos involucrados en las mencionadas controversias (ver entre otros Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, art. 8° y 10; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 3° y 14; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, art. 18; ver asimismo Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”, art. 8°). Tal limitación –por su propia índole y atentos los derechos que pueden verse afectados como ocurre en el caso– constituye una norma imperativa de derecho internacional general, aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados, insusceptible de ser dejada de lado por acuerdos en contrario conforme al art. 53 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969, aprobada por ley argentina 19.865, aplicable en virtud de los arts. 3° y 5° de aquélla y por su carácter autoejecutivo según la mira o propósito de los Estados contratantes atenta sus posibilidades de real y concreta vigencia...”*

*“...Que, como se deriva de lo expuesto, uno de los objetivos y fines de la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados es resguardar la invulnerable supremacía de las normas imperativas de derecho internacional general (art. 53). De acuerdo con criterios elementales del derecho internacional consuetudinario, aplicables por esta Corte en virtud del ya citado art. 21 de la ley 48 y de la doctrina de Fallos: 176:218 y 178:174, entre otros y receptados por la propia Convención en*

el art. 18, los Estados –en supuestos vinculados a derechos de la especie que se ventilan en autos– deben abstenerse de actos en virtud de los cuales se frustré aquel objeto y fin si, como es el caso del Uruguay, firmaron el tratado a reserva de ratificación, mientras no hayan manifestado su intención de no llegar a ser parte; y si, como sucede respecto de nuestro país, manifestaron su consentimiento en obligarse por el tratado y la entrada en vigor no se ha retardado indebidamente, circunstancia esta última que no media, pues la mencionada Convención ha entrado en vigor a partir del 27 de enero de 1980...”

“...Que la cláusula 4ª del acuerdo de sede suscripto el 15 de abril de 1977 entre el Gobierno de la República Argentina y la Comisión Técnica Mixta de Salto Grande –aprobado por ley 21.756–, al establecer una exención no sólo ante los tribunales argentinos sino ante los de cualquier otro Estado y aun ante tribunales internacionales, con completa privación de justicia y negación al derecho a la jurisdicción, vulneró la mencionada norma imperativa del derecho internacional general. Padece, pues, del vicio de nulidad ab initio conforme el ya citado art. 53 de la Convención de Viena de 1969, susceptible por su carácter absoluto y dada la índole laboral del juicio de ser declarado por el Tribunal aun sin petición de parte (art. 1047 del Código Civil y doctrina de Fallos: 301:294, considerando 8º), sin perjuicio de cuál sea el encuadramiento definitivo de la relación jurídica que medió entre las partes. La invalidez se retrotrae a la fecha misma del acto nulo como si éste no hubiera tenido lugar, reasumiendo jurisdicción los tribunales respectivos (arg. arts. 69 y 71 de la Convención de Viena de 1969). Por ello y aun con prescindencia de la constitucionalidad del art. 27 de la Convención citada –relacionado con el derecho interno y la observancia de los tratados–, corresponde estimar inválida la inmunidad jurisdiccional absoluta invocada por la demandada en el propio ámbito jurídico formado por el derecho internacional consuetudinario y los tratados aprobados por la Argentina de acuerdo con el principio según el cual las normas del derecho internacional aprobadas por el Poder Legislativo y debidamente ratificadas se incorporan como regla al derecho interno siendo aplicables dentro del Estado cuando revisten el carácter de autoejecutorios o autosuficientes...”<sup>44</sup>.

En síntesis: uno de los argumentos sustanciales de la Corte en el caso “Cabrera” fue que la norma del tratado cuestionado era nula porque el derecho vulnerado –acceso a la jurisdicción– integraba el *jus cogens*, conclusión más justificada por la índole laboral del reclamo incoado.

Por último, resulta necesario destacar que el art. 14 bis de nuestra Carta Magna, tanto en su extensión como en su comprensión, ha de ser entendido al modo de lo que ocurre con los preceptos que enuncian derechos humanos (vgr. art. 5.2 del PIDESC), vale decir como una norma de contenidos mínimos, no excluyente de “*otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano*” (art. 29.c de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), sobre todo ante la amplitud de miras que le confiere el principio protectorio que encabeza la norma constitucional precitada, y la referencia, en general, a las “*condiciones de trabajo*”<sup>45</sup>.

## VI

Se sostiene que la doctrina según la cual la armonía o concordancia entre los tratados sobre derechos humanos y la Constitución es un juicio del constituyente que los poderes constituidos no pueden desconocer o contradecir, también resulta aplicable a los tratados sobre derechos hu-

<sup>44</sup> C.S.J.N., sentencia citada en la nota 43 (voto concurrente de los jueces Gabrielli y Guastavino; los jueces Rossi, Martínez Vivot y Gnecco compartieron las consideraciones y la conclusión del voto de sus colegas, en cuanto fundadas sustancialmente en el derecho de gentes).

<sup>45</sup> C.S.J.N., “Álvarez y otros c/Cencosud”, sent. cit. en la nota 10.



manos que adquieran jerarquía constitucional con posterioridad a la reforma de 1994 con arreglo a lo dispuesto en el último párrafo del art. 75, inc. 22 de la Ley Fundamental.

Los argumentos que sustentan esta tesis son los siguientes.

Cuando el Congreso confiere jerarquía constitucional al tratado hace un juicio constituyente por autorización de la Constitución misma según el cual al elevar el tratado a la misma jerarquía que la Constitución estatuye que éste no sólo es arreglado a los principios de derecho público de la Constitución, y no deroga norma alguna de la Constitución, sino que la complementa. Tal juicio constituyente del Congreso Nacional no podría ser revisado por la Corte Suprema para declarar su invalidez, sino sólo para hallar armonía y complemento entre tales tratados y la Constitución. En último análisis tal juicio constituyente del Congreso no implica ni puede introducir reforma alguna de la Constitución pues el tratado no deroga norma alguna de la Constitución y sólo complementa los derechos y garantías en ella declarados. Si tal armonía y concordancia debe constatarse, es obvio, con mayor razón que el tratado también se ajusta al art. 27 de la Constitución.

No se trata, por ende, de una estricta reforma constitucional, porque el tratado al que se le confiere jerarquía constitucional no modifica, altera o deroga la Constitución, sino que la complementa y confirma con normas que si bien pueden desarrollar o hacer explícitos los derechos y garantías constitucionales guardan siempre el espíritu de tales derechos. Por analogía, el Congreso hace un juicio constituyente de armonía de todos estos preceptos que no pueden entrar en colisión o tener preeminencia pues constituyen la Constitución misma. Y es la Constitución la que confiere poderes al Congreso para elevar el tratado a la jerarquía constitucional. Y no puede afirmarse que tal facultad (art. 75 inc. 22) quebranta la rigidez del art. 30 porque jamás podría razonablemente afirmarse que el art. 75 inc. 22 de la Constitución lesiona el art. 30. Porque no hay normas constitucionales inconstitucionales. Las cláusulas de la Constitución no pueden interpretarse en contradicción unas con otras, ni jerarquizando unas sobre las otras. Obviamente, cabe distinguir los distintos ámbitos de aplicación según las materias de las normas constitucionales.

La Corte no tiene jurisdicción para enervar la vigencia de normas que han sido jerarquizadas constitucionalmente en virtud de un procedimiento establecido en la misma Constitución.

Otra cosa sería si se declarara inválida la reforma constitucional que faculta al Congreso a conferir aquella jerarquía a ciertos tratados; empero, nadie ha afirmado que tal facultad del Congreso conferida por la reforma de 1994 fuese inconstitucional.

No es necesario que sea el poder constituyente el que confiera directamente tal jerarquía constitucional a ciertos tratados sobre derechos humanos, si aquél ha asignado tal poder al Congreso con mayorías especiales. Es claro que éste no podría dotar de jerarquía constitucional a un tratado que lesione un principio constitucional. Es más, sería inconcebible que el poder constituyente no pudiese reformar el mismo art. 30 de la Constitución<sup>46</sup>.

Gelli sostiene que el mecanismo del último párrafo del art. 75, inc. 22 implica una flexibilización de la rigidez del sistema de reforma constitucional previsto en el art. 30 de nuestra Carta Magna, aunque –añade– de extenderse la doctrina que surge de los votos que informan decisiones de la Corte Suprema expuesta precedentemente (ver cap. V, párr. 1º), se supone que el Congreso Nacional, en la segunda votación, examinará la compatibilidad con la Ley Fundamental de los nuevos tratados sobre derechos humanos con jerarquía constitucional<sup>47</sup>.

<sup>46</sup> C.S.J.N., “Arancibia Clavel” (voto del juez Boggiano), sent. cit. en la nota 18; Fallos: 327:5668, 23/12/2004, “Espósito, Miguel Angel” (voto del juez Boggiano).

<sup>47</sup> Gelli, María Angélica, “Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada”, La Ley, tercera edición ampliada y actualizada, segunda reimpresión, Buenos Aires, 2007, p. 714/5.

En cambio, según Gialdino, cuando el Congreso Nacional otorga jerarquía constitucional a un tratado debe ejercer un control de constitucionalidad. Como se pronuncia, para dicha calificación, a través de una ley, ésta puede ser impugnada ante los jueces en un caso concreto.

Contrariamente a lo previsto expresamente en el párr. 2º del art. 75, inc. 22, el párr. 3º guarda silencio respecto a la compatibilidad con las normas constitucionales de los tratados que adquieran esa jerarquía luego de la entrada en vigencia de la reforma constitucional, por lo que no cabe reconocer al legislador una facultad general y abierta que produciría un notorio desequilibrio del principio de división de poderes, y un descalabro de la distinción entre poderes constituidos y constituyentes.

En síntesis, la elevación al rango constitucional de un tratado sobre derechos humanos es un atributo exclusivo del Congreso Nacional, no revisable por los jueces; pero la aplicación concreta de sus contenidos en materia de derechos, libertades y garantías, puede ser cuestionada, caso judicial mediante, ante dichos magistrados, con base en la invalidez derivada de su incompatibilidad con la Constitución Nacional o con los instrumentos internacionales del párr. 2º del mentado art. 75, inc. 22, sin que ello implique la admisión tácita de la tesis del segundo rango de esos tratados<sup>48</sup>.

Habíamos señalado hace más de tres lustros, siguiendo a Bidart Campos, que, teniendo en cuenta que entre los temas habilitados por el Congreso Nacional para el debate por la Convención Constituyente de 1994 figuraban los “Institutos para la integración y jerarquía de los tratados internacionales” (art. 3º, pto. I de la ley 24.309), el Constituyente contaba con margen suficiente para la regulación de los tratados con las demás naciones y con las organizaciones internacionales –incluidos los tratados, convenciones y pactos de derechos humanos– en los términos en que quedó concretada en el art. 75, inc. 22, sin que ello resultara prohibido por el art. 7º de la ley 24.309, norma que sólo impedía introducir modificaciones a la letra de los 35 primeros artículos constitutivos del capítulo de las declaraciones, derechos y garantías.

Por tanto, cuando el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional asigna a determinados tratados de derechos humanos la misma jerarquía de la Constitución nos está diciendo que esos tratados (y los que en el futuro, mediante un procedimiento especial que la norma reglamenta, alcanzan también rango constitucional) dejan de ser subconstitucionales, porque están “conformes” con los principios de derecho público establecidos en la Constitución (personalismo humanista), y porque ella los habilita a compartir su supremacía.

Los arts. 27 y 31 de la C.N. no han sufrido merma ni deterioro con la novedad de que determinados tratados de derechos humanos revistan jerarquía constitucional. Los que la han adquirido directamente con la reforma por imperio del art. 75, inc. 22, gozan de esa situación porque el constituyente así lo ha establecido; los que de ahora en adelante la obtengan en aplicación de la misma norma tendrán también rango constitucional mediante dicho procedimiento abreviado. Tanto en un supuesto como en el otro, la supremacía de la Constitución no queda desquiciada ni postergada, porque si hay tratados que, oriundos de fuente internacional la comparten, ello se debe a una decisión interna que proviene del poder constituyente, y no de una interferencia ilegítima ajena<sup>49</sup>.

<sup>48</sup> Gialdino, ob. cit. en nota 1, p. 392. En el mismo sentido se pronuncia Moncayo, ob. cit. en nota 17, p. 102/3.

<sup>49</sup> Gianibelli, Guillermo y Zas, Oscar, “Estado social en Argentina: modelo constitucional y divergencias infraconstitucionales”, Contextos Revista Crítica de Derecho Social, Nº 1, 1997, Editores del Puerto, Buenos Aires, p. 188/190. Bidart Campos, Germán J., “Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino”, t. VI, “La reforma constitucional de 1994”, Ed. Ediar, Buenos Aires, 1995, p. 241 y 248/250.

Como los tratados sobre derechos humanos tienen como objeto y fin propios que tales derechos se hagan efectivos en la jurisdicción interna de los estados que son parte de dichos tratados, un sistema de derechos en un Estado Democrático debe interpretarse de tal modo que logre completitud y quede cerrado a través de dos fuentes de retroalimentación: la interna de cada estado y la internacional.

Esa relación dinámica de influencia y complementariedad entre el Derecho Internacional y el Derecho Constitucional en materia de derechos humanos, permite un reforzamiento mutuo de ambas disciplinas en beneficio de estos. En efecto, tanto el Derecho Internacional como el Derecho Constitucional se complementan –lejos de excluirse–, en torno a la concepción, contenido, respeto, garantía y protección de los derechos humanos<sup>50</sup>.

Este fenómeno de complementación se pone en evidencia en la característica progresividad de los derechos humanos.

Los derechos humanos están en constante evolución, al menos desde 1948. Esta evolución ha ocasionado que, por un lado, un mismo derecho sea reconocido en formas cada vez más evolucionadas, en los diversos instrumentos internacionales a través de los años. En otros casos, ese mismo derecho, por la influencia ya sea internacional o interna, es consagrado en los textos constitucionales, con carácter cada vez más favorable a las personas.

Por lo cual puede ocurrir que un mismo derecho se encuentre regulado simultáneamente en varios instrumentos internacionales en diversos grados de beneficio a las personas. O también puede ocurrir que ese mismo derecho humano encuentre un reconocimiento mucho más favorable a las personas en el texto constitucional correspondiente<sup>51</sup>.

El carácter mínimo y subsidiario que reviste el derecho internacional de los derechos humanos se concilia con la tendencia a la maximización y optimización del sistema de derechos, razón por la cual para alcanzar este resultado, el derecho internacional no pretende erigirse en cada tratado como fuente única –aunque sí mínima– y, al contrario, deja abierto el sistema a lo que de más amplio le puede brindar el derecho interno de cada Estado, como asimismo el propio derecho internacional a través de otros tratados<sup>52</sup>.

Como señala Bidart Campos, toda la Constitución (su primera parte más el resto del articulado), en común con los instrumentos internacionales sobre derechos humanos de jerarquía constitucional, que no forman parte del texto de la Constitución y quedan fuera de él (incluidos aquellos a los que la Carta Magna les reconoce expresamente ese rango y los que la adquieran en el futuro por decisión del Congreso), componen un bloque de constitucionalidad federal que tiene una igual supremacía sobre el derecho infraconstitucional. Dentro de ese bloque no hay planos superiores ni planos inferiores; o sea, forman una cabecera en la que todas sus normas se encuentran en idéntico nivel entre sí.

La paridad jerárquica dentro del citado bloque impide declarar inconstitucionales a norma alguna de la constitución en relación con tratados internacionales de derechos humanos de rango constitucional, y a norma alguna de dichos instrumentos en relación con normas de la Constitución.

<sup>50</sup> Ayala Corao, Carlos M., “El derecho de los Derechos Humanos (La convergencia entre el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos)”, E.D., 9/12/1994, p. 9.

<sup>51</sup> Gianibelli y Zas, ob. cit. en la nota 49, p. 192/3.

<sup>52</sup> Bidart Campos, Germán J., “El art. 75 inc. 22 de la Constitución y los derechos humanos”, en Abregú y Courtis, ob. cit. en nota 17, p. 82.

Por ende, toda aparente oposición o incompatibilidad ha de superarse a tenor de una interpretación armonizadora y congruente, en la que se busque seleccionar la norma que en su aplicación al caso concreto rinda resultado más favorable para la persona y para el sistema de derechos (integrado por la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos de jerarquía constitucional), en razón del mayor valor (pero no supremacía normativa) que el sistema de derechos ostenta respecto de la organización del poder<sup>53</sup>.

La facultad del Congreso consagrada en el último párrafo del art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional se extiende a los tratados sobre derechos humanos ratificados, tanto antes como después de la reforma constitucional de 1994, pues el hecho de que el constituyente no los hubiese incluido en la lista del párr. 2º de dicha norma, no es motivo para entender que decidió, para siempre, excluirlos de la posibilidad de tener rango constitucional<sup>54</sup>.

La “constitucionalización” por el constituyente de una serie de tratados, pactos y declaraciones sobre derechos humanos obedeció a la valoración de circunstancias de orden jurídico, político y social que lo han hecho privilegiar algunas materias y determinadas regulaciones.

En un mundo cambiante, en una sociedad dinámica, sometida a nuevas corrientes de pensamiento y a nuevas experiencias históricas, puede plantearse la necesidad o la conveniencia de otorgar jerarquía constitucional a instrumentos internacionales que antes no la poseían<sup>55</sup>.

## VII

Al poco tiempo de entrar en vigencia la reforma constitucional de 1994, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, refiriéndose expresamente a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, señaló que su jerarquía constitucional había sido establecida por voluntad expresa del constituyente “en las condiciones de su vigencia”, esto es, tal como la mencionada Convención regía en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación.

De ahí que la aludida jurisprudencia debía servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana (conf. arts. 75 de la Constitución Nacional, 62 y 64 de la Convención Americana y 2 de la ley 23.054)<sup>56</sup>.

El mencionado criterio fue reiterado por el más Alto Tribunal de la Argentina<sup>57</sup>.

Es más, el Supremo Tribunal Federal profundizó esta línea hermenéutica al señalar que la Corte Interamericana ha dicho que es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se

<sup>53</sup> Bidart Campos, ob. cit. en la nota 52, p. 78 y 86/8.

<sup>54</sup> Gialdino, ob. cit. en la nota 1, p. 392.

<sup>55</sup> Moncayo, ob. cit. en la nota 17, p. 102.

<sup>56</sup> C.S.J.N., “Giroldi y otro”, sent. cit. en la nota 14.

<sup>57</sup> C.S.J.N., Fallos: 328:1146, 3/05/2005, “Verbitsky, Horacio s/habeas corpus”; “Simón y otros”, sent. cit. en la nota 16; Fallos: 328:3399, 20/09/2005, “Casal, Matías Eugenio y otro”; Fallos: 329:518, 07/03/2006, “Reinoso, Luis Alberto”, entre otras.

vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana (CIDH Serie C N° 154, caso “Almonacid”, del 26 de septiembre de 2006, parágraf. 124)<sup>58</sup>.

Posteriormente, la Corte destacó que a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado Argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, la jurisprudencia de la Corte Interamericana es una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia, y que dicho tribunal internacional ha considerado que el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, tarea en la que debe tener en cuenta no solamente el tratado sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

Concordemente, la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú”, del 30 de noviembre de 2007, ha subrayado que los órganos del Poder Judicial debían ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de “convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. También aclaró que esta función no debía quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implicaba que ese control debía ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos procesales formales y materiales de admisibilidad y procedencia de este tipo de acciones<sup>59</sup>.

Finalmente, en una reciente sentencia el más Alto Tribunal de la República Argentina señaló:

*“...en diversas ocasiones posteriores la CIDH ha profundizado el concepto fijado en el citado precedente “Almonacid”. En efecto, en el caso “Trabajadores Cesados del Congreso” precisó que los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de “convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana [“Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú”, del 24 de noviembre de 2006, parágrafo 128]. Tal criterio fue reiterado algunos años más tarde, expresado en similares términos, en los casos “Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia” (del 1° de septiembre de 2010, parágrafo 202); “Gómez Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil” (del 24 de noviembre de 2010, parágrafo 176) y “Cabrera García y Montiel Flores vs. México” (del 26 de noviembre de 2010, parágrafo 225).”*

*“Recientemente, el citado Tribunal ha insistido respecto del control de convencionalidad ex officio, añadiendo que en dicha tarea los jueces y órganos vinculados con la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana (conf. caso “Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina” del 29 de noviembre de 2011).”*

*“La jurisprudencia reseñada no deja lugar a dudas de que los órganos judiciales de los países que han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos están obligados a ejercer, de*

<sup>58</sup> C.S.J.N., “Mazzeo y otros”, sent. cit. en la nota 22.

<sup>59</sup> C.S.J.N., Fallos: 333:1657, 31/08/2010, “Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo”.

oficio, el control de convencionalidad, descalificando las normas internas que se opongan a dicho tratado. Resultaría, pues, un contrasentido aceptar que la Constitución Nacional que, por un lado, confiere rango constitucional a la mencionada Convención (art. 75, inc. 22), incorpora sus disposiciones al derecho interno y, por consiguiente, habilita la aplicación de la regla interpretativa –formulada por su intérprete auténtico, es decir, la Corte Interamericana de Derechos Humanos– que obliga a los tribunales nacionales a ejercer de oficio el control de convencionalidad, impida, por otro lado, que esos mismos tribunales ejerzan similar examen con el fin de salvaguardar su supremacía frente a normas locales de menor rango...<sup>60</sup>.

## VIII

Los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son definitivos e inapelables, y los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes (arts. 67 y 68.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

Pese a la claridad de la solución consagrada por el Pacto de San José de Costa Rica, en algunos casos se han planteado controversias respecto al cumplimiento en el ámbito nacional de algunas decisiones de la Corte Interamericana condenatorias del Estado Argentino.

El 28 de noviembre de 2002 la República Argentina fue condenada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos por violentar los arts. 8.1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en relación con el art. 1.1. de la misma en perjuicio de José María Cantos, y aquel tribunal internacional decidió que nuestro país debería abstenerse de cobrar al reclamante la tasa de justicia y la multa por falta de pago oportuno de la misma, fijar en un monto razonable los honorarios determinados en un pleito oportunamente tramitado en el ámbito nacional, asumir el pago de los honorarios y costas correspondientes a todos los peritos y abogados del Estado Nacional y Provincial allí demandados por el Sr. Cantos y establecidos según la pauta precedente, y levantar los embargos, la inhibición general y las demás medidas decretadas sobre los bienes y las actividades comerciales del denunciante para garantizar el pago de la tasa de justicia y los honorarios regulados<sup>61</sup>.

Ante una presentación del Procurador del Tesoro de la Nación a fin de instrumentar el cumplimiento de la sentencia internacional precitada, nuestro más Alto Tribunal desestimó esa petición invocando –entre otras razones– que el acogimiento de la misma implicaría la vulneración de derechos constitucionales y convencionales de personas que no habrían sido parte en el proceso internacional<sup>62</sup>.

<sup>60</sup> C.S.J.N., R. 401. XLIII, 27/11/2012, “Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/Ejército Argentino”.

<sup>61</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Cantos vs. Argentina, sentencia de 28 de noviembre de 2002.

<sup>62</sup> C.S.J.N., Fallos: 326:2968, Resolución 1404/2003, 21/08/2003, “Cantos, José María” (voto de los jueces Fayt y Moliné O’Connor y voto concurrente del juez Vázquez; los jueces Petracchi y López, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, consideraron que la Corte Suprema carecía de atribuciones para modificar pronunciamientos jurisdiccionales amparados por el atributo de la cosa juzgada).

<sup>1</sup>os jueces Boggiano y Maqueda votaron en disidencia; el primero de ellos propuso declarar que el Estado Nacional debería abstenerse de perseguir el cobro de la tasa de justicia y la correspondiente multa y asumir el pago de los peritos y profesionales que representaron a los demandados, y dar traslado a los profesionales que no fueron parte en el proceso internacional a fin de evitar la vulneración de sus garantías judiciales y del derecho de propiedad; Maqueda, por su parte, sostuvo que la Corte Suprema debía acatar cabalmente la decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que el Estado Nacional debería abstenerse de perseguir el cobro de la tasa de justicia y la correspondiente multa y asumir el pago de los peritos y profesionales que representaron a los demandados y disponer la reducción de los honorarios de los profesionales conforme las pautas y criterios indicados en la sentencia del cimero tribunal internacional, y una vez notificada la resolución correspondiente disponer el levantamiento de las medidas cautelares dispuestas.

Con posterioridad, la Corte Interamericana de Derechos Humanos condenó nuevamente a la República Argentina por violar los derechos consagrados en los artículos 4, 5, 7 y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en perjuicio de Walter David Bulacio, y los derechos consagrados en los artículos 8 y 25 también de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en perjuicio de Walter David Bulacio y sus familiares, todos en relación con los artículos 1.1 y 2 del citado ordenamiento convencional. Dispuso también que el Estado Nacional investigara y sancionara a los responsables de la muerte de aquel joven<sup>63</sup>.

Con motivo del recurso extraordinario interpuesto por el Fiscal General ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal contra la sentencia de ese tribunal de alzada que había declarado extinguida por prescripción la acción penal contra el imputado de los delitos de que habría sido víctima Walter David Bulacio, la Corte Suprema de Justicia de la Nación acató cabalmente la sentencia dictada por la Corte Interamericana y dejó sin efecto la mencionada resolución de la Cámara Penal<sup>64</sup>.

<sup>63</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Bulacio vs. Argentina, sentencia de 18 de septiembre de 2003.

<sup>64</sup> C.S.J.N., “Espósito”, sent. cit. en la nota 46. Para los jueces Petracchi y Zaffaroni, la C.I.D.H. señaló en el caso “Bulacio” que son inadmisibles las disposiciones de prescripción o cualquier obstáculo de derecho interno mediante el cual se pretenda impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones de derechos humanos; por lo cual la confirmación de la extinción de la causa penal por prescripción resultaría lesiva del derecho reconocido en ese caso a las víctimas a la protección judicial, y daría origen, nuevamente, a la responsabilidad internacional del Estado Argentino, sin perjuicio de lo cual los mencionados magistrados no comparten el criterio restrictivo del derecho de defensa que se desprende de aquella sentencia internacional, teniendo en cuenta que el caso no podría ser alcanzado por las reglas de derecho internacional en materia de imprescriptibilidad. El fallo de la C.I.D.H., añaden Petracchi y Zaffaroni, soluciona la colisión entre los derechos del imputado a una defensa amplia y a la decisión del proceso en un plazo razonable –íntimamente relacionado con la prescripción de la acción penal como uno de los instrumentos idóneos para hacer valer ese derecho–, a través de su subordinación a los derechos del acusador, con fundamento en la constatación de una violación a los derechos humanos en los términos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En consecuencia, se plantea la paradoja de que sólo es posible cumplir con los deberes impuestos al Estado Argentino por la jurisdicción internacional en materia de derechos humanos restringiendo fuertemente los derechos de defensa y a un pronunciamiento en un plazo razonable, garantizados al imputado por la Convención Americana. Dado que tales restricciones fueron dispuestas por el tribunal internacional a cargo de asegurar el efectivo cumplimiento de los derechos reconocidos por dicha Convención, a pesar de las reservas señaladas, es deber de la Corte Suprema, como parte del Estado Argentino, darle cumplimiento en el marco de su potestad jurisdiccional.

Según el voto de los jueces Belluscio y Maqueda, tanto de los términos expresos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos como de su contexto se desprende que cuando ese instrumento convencional ha querido asignar carácter obligatorio a las decisiones emanadas de sus órganos de aplicación lo hizo en forma explícita. En este sentido la Convención dispone que “...Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes...” (art. 68.1), por lo que la obligatoriedad del fallo no admite dudas en la medida que el Estado Nacional ha reconocido explícitamente la competencia de ese tribunal internacional al aprobar la citada convención.

En el mismo sentido se expide el juez Boggiano, quien agrega que la obligación de reparar del Estado no se agota en el pago de una indemnización como compensación de los daños ocasionados, sino que también comprende la efectiva investigación y la correspondiente sanción de los responsables de las violaciones de los derechos humanos, y que la solución a la que se arriba en materia de prescripción de la acción penal, como parte de aquel deber de reparación, resulta de conformidad con la ley interna, en atención a las circunstancias de la causa, y a las normas de la Convención según la inteligencia que le ha otorgado la Corte Suprema por referencia a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, existiendo en este sentido un margen de apreciación razonable de los estados parte respecto al modo de hacer efectivo el deber de investigación y sanción de los responsables de las violaciones de los derechos humanos.

Para la jueza Highton de Nolasco, la confirmación de la decisión por la cual se declara extinguida por prescripción la acción penal resultaría lesiva del derecho reconocido en este caso a las víctimas a la protección judicial, y daría origen, nuevamente, a la responsabilidad internacional del Estado Argentino. Desde esa perspectiva, el ámbito de decisión de los tribunales argentinos ha quedado considerablemente limitado, por lo que corresponde declarar inaplicable al sub lite las disposiciones comunes relativas a la extinción de la acción penal por prescripción. Agrega la mencionada magistrada que con independencia de que en la decisión de la Corte Interamericana se hayan considerado –entre otros elementos– hechos reconocidos por el gobierno argentino en el marco de un procedimiento del que no participó el acusado, resulta un deber insoslayable de la Corte, como parte del Estado Argentino, y en

El 11 de mayo de 2007 la Corte Interamericana de Derechos Humanos condenó a la República Argentina por la violación de los derechos a la integridad personal, garantías judiciales y protección judicial, consagrados en los artículos 5.1, 5.2, 8.1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con la obligación de respetar los derechos establecida en el artículo 1.1 de dicho tratado, en perjuicio de Juan Francisco Bueno Alves, y por la vulneración del derecho a la integridad personal, consagrado en el artículo 5.1 de la citada Convención, en relación con la obligación de respetar los derechos establecida en el artículo 1.1 de dicho tratado, en perjuicio de Tomasa Alves De Lima, Inés María del Carmen Afonso Fernández, Ivonne Miriam Bueno y Verónica Inés Bueno, y de Juan Francisco Bueno<sup>65</sup>.

El 11 de julio de 2007 la Corte Suprema resolvió confirmar la decisión apelada, por la cual se había declarado prescripta la acción penal y, en consecuencia, sobreseído al imputado de los delitos de que habría sido víctima Juan Francisco Bueno Alves. Contra ese pronunciamiento el querellante dedujo aclaratoria para que, en esencia, el Tribunal indique el alcance jurisdiccional de dicha resolución a la luz de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso “Bueno Alves”. Nuestro más alto Tribunal, calificando el recurso incoado como revocatoria, y considerando el caso encuadrado en los supuestos de excepción en los cuales sus sentencias pueden ser corregidas, acató cabalmente el pronunciamiento internacional precitado, y dejó sin efecto la sentencia cuestionada<sup>66</sup>.

---

el marco de su potestad jurisdiccional, cumplir con los deberes impuestos al Estado por la jurisdicción internacional en materia de derechos humanos.

El juez Fayt, si bien adhiere a la solución dada al caso concreto por estimar arbitraria la sentencia recurrida, no considera que los jueces nacionales se encuentren obligados a declarar la imprescriptibilidad en esta causa como derivación de lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Bulacio vs. Argentina el 18 de septiembre de 2003, pues la obligación de reparación del Estado comprensiva de la persecución penal de los responsables de las violaciones a los derechos humanos, no implica que en ese deber pueda entenderse incluida la especificación de restricciones a los derechos procesales de los individuos concretamente imputados en una causa penal, como autores o cómplices del hecho que origina la declaración de responsabilidad internacional. La competencia de los órganos establecidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos se refiere exclusivamente a la responsabilidad internacional del Estado y no a la de los individuos, sin que sean aplicables en ese proceso internacional los principios in dubio pro reo y de presunción de inocencia, propios de los juicios penales. Por otra parte, agrega el mencionado magistrado, en el caso concreto la decisión de la Corte Interamericana es consecuencia de los hechos reconocidos por el Estado Argentino en el marco de un procedimiento en el que el acusado no ha tenido la oportunidad de discutirlos, dada la imposibilidad de ser parte de la contienda; de lo contrario, bajo el ropaje de dar cumplimiento con una obligación emanada de un tratado con jerarquía constitucional se llegaría a la inicua –cuanto paradójica– situación de hacer incurrir al Estado Argentino en responsabilidad internacional por afectar garantías y derechos reconocidos en los instrumentos cuyo acatamiento se invoca.

<sup>65</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Bueno Alves vs. Argentina, sentencia de 11 de mayo de 2007.

<sup>66</sup> C.S.J.N., Fallos: 334:1504, 29/11/2011, “Derecho, René Jesús”.

La mayoría estuvo integrada en este caso por los jueces Highton de Nolasco, Petracchi, Zaffaroni y Maqueda. Los tres primeros magistrados se remitieron a los argumentos respectivos expuestos por cada uno de ellos al votar en el caso “Espósito”, sent. cit. en la nota 46.

El juez Maqueda, por su parte, señaló que la sentencia dictada por la C.I.D.H. en el caso “Bueno Alves vs. Argentina”, notificada a la Corte Suprema el 21 de septiembre de 2007, se refería a un conjunto de circunstancias denunciadas por el Sr. Bueno Alves y reconocidas por el Estado Argentino, que fueron objeto de investigación en diversos procesos judiciales en el orden interno, entre los que se incluía la causa cuyo incidente por prescripción de la acción penal tramitaba ante el Supremo Tribunal Federal. La C.I.D.H. consideró que los hechos denunciados en la instancia internacional constituían un caso de torturas, y que si bien “no significaban que debían ser calificados ‘per se’ como delito de lesa humanidad”, si se trataban de una vulneración grave de derechos humanos, y dispuso que el Estado Argentino debía realizar inmediatamente las debidas investigaciones para determinar las correspondientes responsabilidades por los hechos de este caso y aplicar las consecuencias que la ley prevea. En cuanto al alcance del deber estadual de investigar, la C.I.D.H. precisó que resulta imperativo y que deriva del derecho internacional y no puede desecharse o condicionarse por acto o disposiciones normativas internas de ninguna índole, entre los que se encuentra la prescripción. De no ser así –añade la C.I.D.H.– se negaría el efecto útil de las disposiciones de la Convención Americana en el derecho interno de los Estados Partes, y se estaría privando al procedimiento internacional de su propósito básico, por cuanto, en vez de propiciar la justicia, traería



## IX

La alusión al control de convencionalidad en el sistema del Pacto de San José de Costa Rica parte de una serie de votos concurrentes razonados del juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos García Ramírez<sup>67</sup>.

En una primera etapa existía el control de convencionalidad (aunque no se le llamase así) realizado por la misma Corte Interamericana, tribunal que consideraba inválidas normas del derecho nacional opuestas a la Convención Americana. En el caso “La última tentación de Cristo”, por ejemplo, reputó violatoria del Pacto a una cláusula de la Constitución de Chile en materia de censura televisiva y exigió su reforma, cosa que finalmente ocurrió. A esta variable se la llama control inter (o supra) nacional de convencionalidad, o “desde arriba”<sup>68</sup>.

---

consigo la impunidad de los responsables de la violación. Cuando la C.I.D.H. ha dado otro alcance a la responsabilidad estadual ha sido categórica (conf. “Alban Cornejo y otros vs. Ecuador”, sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas del 22 de noviembre de 2007 y de Interpretación del 5 de agosto de 2008). Agrega el juez Maqueda que la exégesis del deber de investigar impuesto en el pronunciamiento internacional debe efectuarse en el marco del art. 68 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, C.N.), decisión de carácter obligatorio. Concluye el mencionado magistrado que el deber de cumplimiento corresponde a un principio básico del derecho sobre la responsabilidad internacional del Estado, respaldado por la jurisprudencia internacional, según el cual los Estados deben acatar sus obligaciones convencionales internacionales de buena fe (*pacta sunt servanda*) y, como lo dispone el art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, los Estados no pueden, por razones de orden interno, dejar de asumir la responsabilidad internacional ya establecida; razón por la cual la Corte Suprema, como uno de los poderes del Estado Argentino, debe cumplir la sentencia del tribunal internacional que impone la obligación de investigar, que si bien es de medios, importa una tarea seria y eficaz, máxime si se tiene en cuenta las especiales circunstancias detalladas por la Corte Interamericana en cuanto al proceso judicial llevado adelante en nuestro país.

Según el voto de los jueces Fayt y Argibay, la condena de la Corte Interamericana ha recaído exclusivamente sobre el Estado Argentino y comprende no sólo el pago de una indemnización sino además la obligación de adoptar todas las medidas que resulten procedentes y necesarias para garantizar a la víctima el pleno goce de sus derechos, pero no puede implicar (y tampoco lo ha indicado específicamente la Corte Interamericana en su sentencia) que la Corte Suprema deba dejar sin efecto una decisión judicial que ha pasado en autoridad de cosa juzgada y por la que, en virtud de reglas jurídicas vigentes y de aplicación general, se ha declarado la prescripción de la acción penal con respecto al delito atribuido al imputado en esta causa. Si bien está fuera de discusión el carácter vinculante de las decisiones de la Corte Interamericana, aceptar que ello tenga consecuencias como las pretendidas por el recurrente implicaría asumir que el cimero tribunal americano puede decidir sobre la responsabilidad penal de un individuo en concreto, que no ha sido parte en el proceso internacional y respecto del cual el tribunal interamericano no declaró, ni pudo declarar, su responsabilidad. En tales condiciones, una decisión como la pretendida implicaría una afectación al derecho de defensa del imputado, colocaría al Estado Argentino en la paradójica situación de cumplir con sus obligaciones internacionales a costa de una nueva afectación de derechos y garantías individuales reconocidos en la Constitución y en los tratados de derechos humanos que la integran, y contradiría la regla del art. 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que prohíbe interpretar sus normas de modo tal que impliquen la supresión del ejercicio de los derechos por ella reconocidos o su limitación más allá de lo fijado en dicha norma convencional o, también, la limitación del goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de un Estado. Por otra parte —concluyen los jueces Fayt y Argibay—, lo que la Corte Interamericana ha entendido inadmisibles en el caso son las disposiciones de prescripción dictadas específicamente con la intención de impedir la investigación de violaciones a los derechos humanos y la sanción de sus responsables, idea que no puede extenderse a previsiones generales de extinción de la acción penal por prescripción aplicables a cualquier caso en que se investigue la comisión de un delito común.

<sup>67</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, sentencia de 25 de noviembre de 2003 (voto concurrente razonado del juez García Ramírez, párr. 27); Caso Tibi vs. Ecuador, sentencia de 7 de septiembre de 2004 (voto concurrente razonado del juez García Ramírez, párr. 3 y 4) y Caso López Álvarez vs. Honduras, sentencia de 1 de febrero de 2006 (voto concurrente razonado el juez García Ramírez). Hitters, Juan Carlos, “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)”, Estudios constitucionales, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Año 7, Nº 2, 2009, p. 110, 113 y 114.

<sup>68</sup> Sagüés, Néstor Pedro, “El ‘control de convencionalidad’ en el sistema interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo”, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, p. 381/382, www.juridicas.unam.mx. Última consulta: 02/11/2013.

A partir del Caso “Almonacid Arellano”, cuya doctrina fue aplicada por nuestro Supremo Tribunal Federal desde la sentencia dictada en la causa “Mazzeo”, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en pleno comienza a requerir a los jueces y tribunales nacionales que dejen de aplicar, ellos mismos, las normas locales opuestas al Pacto de San José de Costa Rica, y a su propia jurisprudencia. Tal es el control de convencionalidad denominado “nacional”, “desde abajo” o “externo” (respecto del Estado Nacional)<sup>69</sup>.

El precedente anterior fue reiterado con ciertos matices, dos meses después, en el Caso “Trabajadores Cesados del Congreso”, donde se precisa el control de convencionalidad en dos aspectos: a) procede de oficio sin necesidad de que las partes lo soliciten y b) debe ejercerse dentro del marco de las respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, considerando otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia<sup>70</sup>.

Como observa acertadamente Hitters, en ese caso la Corte Interamericana no habló ya de “una especie” de control, sino que directamente lo calificó como “control de convencionalidad”, lo que hizo presumir en ese momento que dicha terminología quedó anclada en los andariveles de ese cuerpo<sup>71</sup>.

En el Caso “Trabajadores Cesados del Congreso” el entonces presidente de la Corte Interamericana, juez García Ramírez, realizó interesantes aportes respecto al alcance de la institución precitada.

Puesto que la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Estatuto de la Corte Interamericana –ambos, producto de la voluntad normativa de los Estados Americanos que los emitieron– confieren a la Corte la función de interpretar y aplicar la Convención Americana (y, en su caso y espacio, otros tratados: protocolos y convenciones que prevén, con múltiples fórmulas, la misma atribución dentro del *corpus juris* de derechos humanos), incumbe a ese tribunal fijar el sentido y alcance de las normas contenidas en esos ordenamientos internacionales.

Dentro de la lógica jurisdiccional que sustenta la creación y operación de la Corte, no cabría esperar que ésta se viese en la necesidad de juzgar centenares o millares de casos sobre un solo tema convencional. La única posibilidad tutelar razonable implica que una vez fijado el “criterio de interpretación y aplicación”, éste sea recogido por los Estados en el conjunto de su aparato jurídico: a través de políticas, leyes, sentencias que den trascendencia, universalidad y eficacia a los pronunciamientos de la Corte constituida merced a la voluntad soberana de los Estados y para servir a decisiones fundamentales de éstos, explícitas en sus constituciones nacionales y en sus compromisos convencionales internacionales.

La recepción nacional del derecho internacional de los derechos humanos constituye uno de los rasgos positivos sobresalientes en la hora actual, que conviene reconocer, sostener y acrecentar, a cuyo fin es preciso alentar la conexión expresa y suficiente –que resuelva colisiones y supere problemas de interpretación, que finalmente pueden significar incertidumbre o merma en el estatuto de derechos y libertades personales– entre el orden interno y el orden internacional. Diversas constituciones modernas han enfrentado este asunto y provisto soluciones que “tienden el puente” entre ambos órdenes y a la postre benefician a quien es preciso favorecer: el ser humano. Así sucede cuando un texto supremo otorga el más alto valor a los tratados internacionales sobre

<sup>69</sup> Sagües, ob. cit. en la nota 68, p. 382.

<sup>70</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú”, sentencia de 24 de noviembre de 2006, párr. 128.

<sup>71</sup> Hitters, ob. cit. en la nota 67, p. 116.

derechos humanos o cuando advierte que prevalecerá, en caso de diferencia o discrepancia, la norma que contenga mayores garantías o más amplios derechos para las personas.

Este “control de convencionalidad” puede tener carácter difuso, es decir, quedar en manos de todos los tribunales cuando éstos deban resolver asuntos en los que resulten aplicables las estipulaciones de los tratados internacionales de derechos humanos<sup>72</sup>.

En el Caso “Trabajadores Cesados del Congreso” el juez Cançado Trindade también realizó un excelente análisis.

En lo sustancial el mencionado jurista brasileño sostiene que a partir de mediados del siglo XX se pasó a hablar de “internacionalización” del derecho constitucional, y más recientemente, en las dos últimas décadas, de “constitucionalización” del Derecho Internacional.

Una y otra corrientes de pensamiento fomentaron una mayor cohesión en el ordenamiento jurídico, y ambas una mayor interacción entre los ordenamientos jurídicos internacional e interno en la protección de los derechos humanos.

En el plano internacional propiamente dicho, los tratados de derechos humanos tienen una dimensión “constitucional”, no en sentido de su posición en la jerarquía de normas en el derecho interno, que de todos modos está rehén de lo que determinan las constituciones nacionales proyectándose de ahí con variaciones al orden internacional, sino más bien en el sentido mucho más avanzado de que construyen, en el propio plano *internacional*, un orden jurídico *constitucional* de respeto a los derechos humanos.

La “constitucionalización” del Derecho Internacional es mucho más significativa que la atomizada y variable “internacionalización” del Derecho Constitucional. El artículo 2 de la Convención Americana, en virtud del cual los Estados Partes están obligados a armonizar su ordenamiento jurídico interno con la normativa de protección de la Convención Americana, abre efectivamente la posibilidad de un “control de convencionalidad”, con miras a determinar si los Estados Partes han efectivamente cumplido o no la obligación general del artículo 2 de la citada convención, así como la de su artículo 1.1.

De ese modo, se puede alcanzar un orden público internacional con mayor cohesión de respeto a los derechos humanos. La “constitucionalización” de los tratados de derechos humanos acompaña, así, *pari passu*, el control de su convencionalidad. Y este último puede ser ejercido por los jueces de tribunales tanto nacionales como internacionales, dada la *interacción* entre los órdenes jurídicos internacional y nacional en el presente dominio de protección<sup>73</sup>.

<sup>72</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú”, sent. cit. en la nota 70 (voto concurrente razonado del juez García Ramírez, párr. 7/12).

<sup>73</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú”, sent. cit. en la nota 70 (voto concurrente razonado del juez Cançado Trindade, párr. 2 y 3), y sentencia de 30 de noviembre de 2007 (solicitud de interpretación de la sentencia de excepciones preliminares, fondo reparaciones y costas) (voto disidente del juez Cançado Trindade, párr. 6, 7, 9 y 10).

Desde entonces se ha venido consolidando la esencia de esta doctrina<sup>74</sup>, lo que permite detectar, en palabras de Néstor Sagüés, la existencia de un derecho procesal transnacional consuetudinario, afirmativo del control de convencionalidad en el sistema interamericano<sup>75</sup>.

La doctrina de marras también ha sido motivo de profundas reflexiones por parte del entonces juez *ad hoc* Figueiredo Caldas en el Caso “Gómes Lund y otros”<sup>76</sup>.

En el universo de sentencias del tribunal interamericano que tratan el fundamento y el alcance del control de convencionalidad, algunas de ellas constituyen hitos relevantes, y merecen ser destacadas especialmente.

Así, en el caso “Cabrera García y Montiel Flores”, la Corte Interamericana señala especialmente que la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, el Tribunal Constitucional de Bolivia, la Suprema Corte de Justicia de la República Dominicana, el Tribunal Constitucional del Perú, la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina y la Corte Constitucional de Colombia se han referido y han aplicado el control de convencionalidad teniendo en cuenta interpretaciones efectuadas por el cimero tribunal americano<sup>77</sup>.

En el mismo caso el voto concurrente razonado del juez Ferrer Mac-Gregor efectúa un pormenorizado estudio de la institución antedicha, cuyos tramos más relevantes expondremos seguidamente.

El control de convencionalidad debe ser ejercido por cualquier juez o tribunal que materialmente realice funciones jurisdiccionales, incluyendo a las Cortes, Salas o Tribunales Constitucionales, así como a las Cortes Supremas de Justicia y demás altas jurisdicciones de los países que han suscrito y ratificado o se han adherido a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y con mayor razón a los Estados que han reconocido la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana.

Se trata de un control difuso de constitucionalidad, debido a que debe ejercerse por todos los jueces nacionales; por lo que existe una asimilación de conceptos del Derecho Constitucional, lo cual está presente desde el origen y desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, especialmente al crearse las “garantías” y “órganos” internacionales de protección de los derechos humanos. Se advierte claramente una “internacionalización del Derecho Constitucio-

<sup>74</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso La Cantuta vs. Perú, sentencia de 29 de noviembre de 2006, párr. 173; Caso Boyce y otros vs. Barbados, sentencia de 20 de noviembre de 2007, párr. 78; Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá, sentencia de 12 de agosto de 2008, párr. 180; Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos, sentencia de 23 de noviembre de 2009, párr. 339; Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia, sentencia de 26 de mayo de 2010, párr. 208 y nota 307; Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, sentencia de 24 de agosto de 2010, párr. 311; Caso Fernández Ortega y otros vs. México, sentencia de 30 de agosto de 2010, párr. 236; Caso Rosendo Cantú y otra vs. México, sentencia de 31 de agosto de 2010, párr. 219; Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia, sentencia de 1º de septiembre de 2010, párr. 202; Caso Vélez Loor vs. Panamá, sentencia de 23 de noviembre de 2010, párr. 287; Caso Gómez Lund y otros (“*Guerrilha do Araguaia*”) vs. Brasil, sentencia de 24 de noviembre de 2010, párr. 176; Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, sentencia de 26 de noviembre de 2010, párr. 225; Caso Gelman vs. Uruguay, sentencia de 24 de febrero de 2011, párr. 193; Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela, sentencia de 1º de julio de 2011, párr. 164; Caso López Mendoza vs. Venezuela, sentencia de 1º de septiembre de 2011, párr. 226; Caso Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina, sentencia de 29 de noviembre de 2011, párr. 93; Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile, sentencia de 24 de febrero de 2012, párr. 282; Caso Furlan y Familiares vs. Argentina, sentencia de 31 de agosto de 2012, párr. 303; Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala, sentencia de 4 de septiembre de 2012, párr. 262; Caso Gudiel Álvarez y otros (“*Diario Militar*”) vs. Guatemala, sentencia de 20 de noviembre de 2012, párr. 330; Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia, sentencia de 30 de noviembre de 2012, párr. 142;

<sup>75</sup> Sagüés, Néstor, ob. cit. en la nota 68, p. 383.

<sup>76</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Gómez Lund y otros (“*Guerrilha do Araguaia*”) vs. Brasil, sent. cit. en la nota 74 (voto concurrente razonado del juez *ad hoc* Figueiredo Caldas, párr. 4/6).

<sup>77</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso “Cabrera García y Montiel Flores”, sent. cit. en la nota 74, párr. 226/232.

nal”, particularmente al trasladar las “garantías constitucionales” como instrumentos procesales para la tutela de los derechos fundamentales y salvaguarda de la “supremacía constitucional”, a las “garantías convencionales” como mecanismos jurisdiccionales y cuasi-jurisdiccionales para la tutela de los derechos humanos previstos en los pactos internacionales cuando aquéllos no han sido suficientes, por lo que de alguna manera se configura también una “supremacía convencional”.

El control difuso de convencionalidad convierte al juez nacional en juez interamericano: en un primer y auténtico guardián de la Convención Americana, de sus Protocolos adicionales (eventualmente de otros instrumentos internacionales) y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana que interpreta dicha normatividad. De ahí que tenga la importante misión de salvaguardar no sólo los derechos fundamentales previstos en el ámbito interno, sino también el conjunto de valores, principios y derechos humanos que el Estado ha reconocido en los instrumentos internacionales y cuyo compromiso internacional asumió.

Los jueces nacionales se convierten en los primeros intérpretes de la normatividad internacional, si se considera el carácter subsidiario, complementario y coadyuvante de los órganos interamericanos con respecto a los previstos en el ámbito interno de los Estados americanos.

El desarrollo de incorporación del derecho internacional de los derechos humanos en sede nacional también se debe a las propias jurisdicciones domésticas, especialmente a las altas jurisdicciones constitucionales, que progresivamente han privilegiado interpretaciones dinámicas que favorecen y posibilitan la recepción de los derechos humanos previstos en los tratados internacionales. Se forma un auténtico “bloque de constitucionalidad”, que si bien varía de país en país, la tendencia es considerar dentro del mismo no sólo a los derechos humanos previstos en los pactos internacionales, sino también a la propia jurisprudencia de la Corte Interamericana. Así, en algunas ocasiones el “bloque de convencionalidad” queda subsumido en el “bloque de constitucionalidad”, por lo que al realizar el “control de constitucionalidad” también se efectúa el “control de convencionalidad”.

La Corte Interamericana crea la doctrina del “control difuso de convencionalidad” advirtiendo la tendencia de la “constitucionalización” o, si se prefiere, “nacionalización” del derecho internacional de los derechos humanos y particularmente la aceptación de su jurisprudencia convencional como elemento “hermenéutico” y de “control” de la normatividad interna por parte de los propios tribunales internos; es decir, la Corte Interamericana recibió el influjo de la práctica jurisprudencial de los jueces nacionales para crear la nueva doctrina sobre el “control difuso de convencionalidad”.

A su vez, varias altas jurisdicciones nacionales incorporaron los parámetros del “control difuso de convencionalidad” debido al reconocimiento de la jurisprudencia de la Corte Interamericana a partir de la creación de dicha doctrina en el año 2006. Especial mención merece el trascendental precedente de la Corte Suprema de Justicia de Argentina del año 2007 en el caso “Mazzeo”, donde expresa el deber del Poder Judicial local de ejercer el “control de convencionalidad”, reproduciendo prácticamente lo expresado por la Corte Interamericana en el caso “Almonacid Arellano”.

Se produce, entonces, un interesante influjo entre la Corte Interamericana y las jurisdicciones nacionales que propicia el “diálogo jurisprudencial”, que incide en la articulación y creación de estándares en materia de protección de los derechos humanos en Latinoamérica.

El hecho de que los jueces deban realizar de oficio el control de convencionalidad “en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes” debe interpretarse como una manera de graduar la intensidad de ese control, debido a que el mismo no implica optar por aplicar la normativa o jurisprudencia convencional y dejar de aplicar la na-

cional, sino implica además y en primer lugar, tratar de armonizar la normativa interna con la convencional, a través de una “interpretación convencional” de la norma nacional.

Así, en los sistemas “difusos” de control de constitucionalidad, el grado de “control de convencionalidad” resulta de mayor alcance, al tener todos los jueces nacionales la atribución de dejar de aplicar la norma inconvenional.

En cambio, en aquellos sistemas donde no se permite el “control difuso de constitucionalidad”, los jueces no tienen la facultad de dejar de aplicar una ley al caso concreto, por lo cual ejercerán el “control difuso de convencionalidad” con menor intensidad, debiendo realizar una “interpretación convencional” de la norma nacional, es decir, una “interpretación conforme”, no sólo de la Constitución Nacional, sino también de la Convención Americana y de la jurisprudencia convencional, interpretación que requiere una actividad creativa para lograr la compatibilidad de la norma nacional conforme al parámetro convencional y así lograr la efectividad del derecho o libertad de que se trate, con los mayores alcances posibles en términos del principio *pro homine* previsto en el art. 29 de la Convención Americana, pudiendo incluso optar por la interpretación más favorable en caso de aplicabilidad de dicha convención y otros tratados, convenios, resoluciones y declaraciones internacionales sobre derechos humanos.

En caso de incompatibilidad absoluta, donde no exista “interpretación convencional” posible, si el juez carece de facultades para dejar de aplicar la norma nacional, se limitará a señalar la inconvenionalidad de la misma o, en su caso, “plantear la duda de inconvenionalidad” ante otros órganos jurisdiccionales competentes dentro del sistema jurídico nacional que puedan ejercer el “control de convencionalidad” con mayor intensidad.

El juez nacional debe aplicar la jurisprudencia convencional emanada de las sentencias dictadas por la Corte Interamericana en los casos contenciosos y de las demás resoluciones que emita este Tribunal, incluidas las interpretaciones realizadas al resolver sobre las “medidas provisionales”, sobre “supervisión de cumplimiento de sentencias” y sobre la instancia de “interpretación de la sentencia” en los términos del art. 67 de la Convención Americana, comprendidos los asuntos donde no sea parte el Estado Nacional al que pertenece el magistrado.

El art. 68.1 del Pacto de San José de Costa Rica no puede ser limitante para que la jurisprudencia de la Corte Interamericana adquiera eficacia en todos los Estados Nacionales que han reconocido su jurisdicción, con independencia de que derive de un asunto donde no han participado formalmente como “parte material”, ya que al ser la Corte el órgano jurisdiccional internacional del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, cuya función esencial es la aplicación e interpretación de la Convención Americana, sus interpretaciones adquieren el mismo grado de eficacia del texto convencional. Las interpretaciones que realiza la Corte Interamericana se proyectan hacia dos dimensiones: a) en lograr su eficacia en el caso particular, con efectos subjetivos y b) en establecer la eficacia general con efectos de norma interpretada. De ahí la lógica y la necesidad de que el fallo, además de notificarse a las partes en el caso, deba también ser transmitido a los Estados Partes en la Convención (conf. art. 69 de la Convención Americana), para que tengan pleno conocimiento del contenido normativo convencional derivado de la interpretación de la Corte Interamericana en su calidad de intérprete última del *corpus juris* interamericano.

Los principios de derecho internacional relativos a la Buena Fe y al *Effet Utile*, que involucra a su vez al principio *Pacta Sunt Servanda*, constituyen fundamentos internacionales para que los tratados internacionales sean cumplidos por parte de los Estados Nacionales, y han sido constan-

temente reiterados por la Corte Interamericana, sea en la instancia consultiva, como en los casos contenciosos<sup>78</sup>.

El cimero tribunal interamericano ha establecido en la Opinión Consultiva 14/94 los alcances interpretativos de los arts. 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y consideró a tal efecto que la obligación de dictar las medidas que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos en dicho Pacto comprende la de no dictarlas cuando ellas conduzcan a violarlos, y también a adecuar la normatividad inconventional existente, fundamentando que descansa en un principio general de derecho internacional, relativo a que las obligaciones deben ser cumplidas de buena fe, y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno; lo cual ha sido recogido por tribunales internacionales, como la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia, y también ha sido codificado en los arts. 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados<sup>79</sup>.

En los Casos “Masacres de Río Negro” y “Gudiel Álvarez y otros”, la Corte Interamericana de Derechos Humanos menciona expresamente al ministerio público entre los jueces y órganos nacionales vinculados a la administración de justicia que deben ejercer de oficio el “control de convencionalidad”<sup>80</sup>.

Finalmente, merece ser especialmente destacada la doctrina fijada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la reciente resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia en el Caso “Gelman”, cuyos aspectos más relevantes son los siguientes.

Una vez que la Corte Interamericana se ha pronunciado sobre el fondo y las reparaciones en un caso que fue sometido a su conocimiento, resulta necesario que el Estado observe las normas de la Convención que se refieren al cumplimiento de esa sentencia (arts. 67 y 68.1).

Puesto que la parte resolutive de sus sentencias debe ser cumplida, cuando la misma refiere expresa y directamente a la parte considerativa de las mismas, el razonamiento de la Corte es claramente parte integrante de la sentencia, a lo cual el Estado concernido también queda obligado a dar pleno cumplimiento, teniendo en cuenta que a tenor de lo dispuesto en los arts. 66 a 69 de la Convención Americana el fallo constituye un todo o una unidad.

Existen dos manifestaciones de la obligación de los Estados de ejercer el control de convencionalidad.

En relación con la primera, cuando existe una sentencia internacional dictada con carácter de cosa juzgada respecto de un Estado que ha sido parte en el caso sometido a la jurisdicción de la Corte Interamericana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, también están sometidos al tratado y a la sentencia de dicho tribunal, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención y, consecuentemente, las decisiones de la Corte Interamericana, no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin o por decisiones judiciales o administrativas que hagan ilusorio el cumplimiento total o parcial de la sentencia. En este supuesto, se está en presencia de cosa juzgada internacional, en razón de lo cual el Estado está obligado a cumplir y aplicar la sentencia.

<sup>78</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso “Cabrera García y Montiel Flores”, sent. cit. en la nota 74 (voto concurrente razonado del juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, párr. 20/21, 24, 26, 29/31, 35/39, 49, 59 y 63).

<sup>79</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (Arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva, OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994, citada por el juez Ferrer Mac-Gregor en el voto concurrente razonado mencionado en la nota 78.

<sup>80</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso “Masacres de Río Negro”, sent. cit. en la nota 74, párr. 262 y Caso “Gudiel Álvarez y otros”, sent. cit. en la nota 74, párr. 330.

Respecto de la segunda manifestación, en situaciones y casos en que el Estado concernido no ha sido parte en el proceso internacional en que fue establecida determinada jurisprudencia, por el solo hecho de ser Parte en la Convención Americana, todas sus autoridades públicas y todos sus órganos, incluidas las instancias democráticas, jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, están obligados por el tratado, por lo cual deben ejercer, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, un control de convencionalidad tanto en la emisión y aplicación de normas, en cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención, como en la determinación, juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos, teniendo en cuenta el propio tratado y, según corresponda, los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana.

La concepción del llamado control de convencionalidad tiene íntima relación con el “principio de complementariedad”, en virtud del cual la responsabilidad estatal bajo la Convención sólo puede ser exigida a nivel internacional después de que el Estado haya tenido la oportunidad de declarar la violación y reparar el daño ocasionado por sus propios medios. Este principio, llamado también de “subsidiariedad”, informa transversalmente el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el cual es, tal como lo expresa el Preámbulo de la misma Convención Americana, “coadyuvante o complementario de la [protección] que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”. De ahí que el Estado es el principal garante de los derechos humanos de las personas, de manera que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es el propio Estado quien tiene el deber de resolver el asunto a nivel interno y, en su caso, reparar, antes de tener que responder ante instancias internacionales como el Sistema Interamericano.

Lo anterior significa que se ha generado un control dinámico y complementario de las obligaciones convencionales de los Estados de respetar y garantizar los derechos humanos, conjuntamente entre las autoridades internas y las instancias internacionales (en forma complementaria), de modo que los criterios de decisión puedan ser conformados y adecuados entre sí. Así, la jurisprudencia de la Corte Interamericana muestra casos en que se retoman decisiones de tribunales internos para fundamentar y conceptualizar la violación de la Convención en el caso específico. En otros casos se ha reconocido que, en forma concordante con las obligaciones internacionales, los órganos, instancias o tribunales internos han adoptado medidas adecuadas para remediar la situación que dio origen al caso; ya han resuelto la violación alegada; han dispuesto reparaciones razonables, o han ejercido un adecuado control de convencionalidad.

En este contexto, la pretensión de oponer el deber de los tribunales internos de realizar el control de constitucionalidad al control de convencionalidad, es en realidad un falso dilema, pues una vez que el Estado ha ratificado el tratado internacional y reconocido la competencia de sus órganos de control, precisamente a través de sus mecanismos constitucionales, aquellos pasan a conformar su ordenamiento jurídico. De tal manera, el control de constitucionalidad implica necesariamente un control de convencionalidad, ejercidos en forma complementaria<sup>81</sup>.

En el mismo caso el voto concurrente razonado del juez Ferrer Mac-Gregor contiene un profundo estudio de la cuestión, cuyos aspectos más destacados expondremos a continuación.

Al producirse la “autoridad de la cosa juzgada internacional” (producto de la firmeza del fallo) deviene la “inmutabilidad” de la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en tanto acto procesal y en cuanto a su contenido o substancia y sobre todos sus efectos. Así, la cosa juzgada internacional (formal y material) implica que ningún otro tribunal interna-

<sup>81</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Gelman vs. Uruguay, resolución de 20 de marzo de 2013 de supervisión del cumplimiento de sentencia, párr. 61, 62, 67, 68, 69, 70, 71 y 87.



cional o nacional –incluso la propia CIDH– en otro juicio posterior, puede volver a pronunciarse sobre el objeto del proceso. Esta institución descansa en los principios generales del derecho de seguridad jurídica y de paz social, al permitir certeza a las partes –y a la sociedad en su conjunto–, al evitar que el conflicto se prolongue indefinidamente, elementos contenidos en los arts. 67 y 68 del Pacto de San José de Costa Rica para coadyuvar al establecimiento de un orden público interamericano.

La sentencia interamericana, en tanto adquiere la autoridad de la cosa juzgada internacional, despliega los contenidos y efectos de la sentencia en dos dimensiones: a) de manera subjetiva y directa hacia las partes en la controversia internacional (*res judicata*); y b) de manera objetiva e indirecta hacia todos los Estados Parte en la Convención Americana (*res interpretata*).

En el segundo supuesto se produce una eficacia *erga omnes* hacia todos los Estados Partes de la Convención, en la medida en que todas las autoridades nacionales quedan vinculadas a la efectividad convencional y, consecuentemente, al criterio interpretativo establecido por la Corte Interamericana, en tanto estándar mínimo de efectividad de la norma convencional, derivada de la obligación de los Estados de respeto, garantía y adecuación (normativa e interpretativa) que establecen los arts. 1° y 2° de la Convención Americana; y de ahí la lógica de que el fallo sea notificado, no sólo “a las partes en el caso”, sino también “transmitido a los Estados partes en la Convención” en términos del art. 69 del Pacto de San José de Costa Rica.

La proyección de la eficacia interpretativa de la sentencia hacia todos los Estados Partes que han suscripto y ratificado o se han adherido a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y particularmente aquellos que han aceptado la competencia contenciosa de la Corte Interamericana, consiste en la obligación por todas las autoridades nacionales de aplicar no sólo la norma convencional sino la “norma convencional interpretada” (*res interpretata*); es decir, el criterio interpretativo que como estándar mínimo aplicó el Tribunal Interamericano al Pacto de San José de Costa Rica y, en general al *corpus juris* interamericano, materia de su competencia, para resolver la controversia. Y así asegurar la efectividad (mínima) de la norma convencional.

La eficacia interpretativa de la norma convencional debe entenderse como la posibilidad de lograr una efectividad regional estándar mínima de la Convención Americana para ser aplicable por todas las autoridades en el ámbito nacional. Lo anterior se deriva de los arts. 1.1 y 2 del propio Pacto de San José, en virtud de que existe la obligación de los Estados Partes de “respetar” y “garantizar” los derechos y libertades, así como la obligación de “adecuación” –normativa e interpretativa– para lograr la efectividad de los derechos y libertades cuando no están garantizados. Esta última obligación de los Estados Partes es de singular importancia en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y constituye uno de los aspectos fundamentales que lo distingue del Sistema Europeo.

En efecto, el art. 2° de la Convención Americana, que se inspira en el art. 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y también recoge el art. 2° del Protocolo adicional en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1988, no es una obligación implícita de las de “respeto” y “garantía” previstas en el art. 1° de la propia Convención, sino una obligación específica que complementa aquéllas. La obligación del art. 2° es adicional, y se suma a la impuesta por el art. 1°, por eso complementa, pero no sustituye o suple, a la obligación general y no condicionada que resulta de esta última norma.

Así, la expresión “o de otro carácter” contenida en la obligación convencional del art. 2°, implica cualquier medida en la que se incluyen, evidentemente, las “interpretaciones” que las autoridades y especialmente los jueces realizan al Pacto de San José para “hacer efectivos” los derechos y libertades del Pacto, que están obligados a respetar y garantizar en los términos del art. 1.1.

Por tanto, si una interpretación constitucional o legal en el ámbito interno no se ajusta al estándar interpretativo establecido por la Corte Interamericana para otorgar un mínimo de efectividad a la Convención Americana, existe un incumplimiento de la obligación de “adecuación” previsto en el art. 2º del Pacto, es decir, al existir una inadecuada actuación interna con la Convención; en cuanto limita la efectividad de la norma convencional al realizar una interpretación de menores alcances a la realizada por el Tribunal Interamericano, lo cual, además, prohíbe su art. 29.b.

En todo caso, las autoridades nacionales, incluidos los jueces, pueden válidamente ampliar la eficacia de la norma convencional a través de la interpretación más favorable en aplicación del principio *pro persona*, que además obliga al Estado en virtud de lo establecido en el mentado art. 29.b.

En efecto, la eficacia interpretativa de la norma convencional, al constituir un estándar mínimo de aplicabilidad nacional constituye una pauta hermenéutica fundamental e imprescindible de mínimos en materia de derechos humanos; de tal manera que pueden las autoridades nacionales (administrativas, legislativas o jurisdiccionales) de los Estados Partes de la Convención, eventualmente apartarse del criterio interpretativo de la Corte Interamericana cuando se realice de manera razonada y fundada una interpretación que permita lograr un mayor grado de efectividad de la norma convencional a través de una interpretación más favorable de la “jurisprudencia interamericana” sobre el derecho humano en cuestión. Incluso, las autoridades nacionales pueden dejar de aplicar la norma convencional cuando exista otra norma nacional o internacional que amplíe la efectividad del derecho o libertad en juego en términos del art. 29 de la Convención Americana.

En ese sentido, existe un “margen interpretativo nacional” que pueden realizar las autoridades para favorecer con la interpretación nacional la efectividad del derecho o libertad fundamental, siempre y cuando sea para potenciar la efectividad de la norma convencional.

La Convención Americana, así como los demás tratados de derechos humanos, se aplican de conformidad con la noción de garantía colectiva y tienen una naturaleza especial, que los diferencian de los demás tratados, los cuales reglamentan intereses recíprocos entre los Estados Partes. Dicha noción de garantía colectiva se encuentra estrechamente relacionada con el efecto útil de las sentencias de la Corte Interamericana, por cuanto la Convención Americana consagra un sistema que constituye un verdadero orden público regional, cuyo mantenimiento es de interés de todos y cada uno de los Estados Partes. El interés de los estados signatarios es el mantenimiento del sistema de protección de los derechos humanos que ellos mismos han creado, y si un Estado viola su obligación de acatar lo resuelto por la Corte Interamericana se está quebrantando el compromiso asumido hacia los otros Estados de cumplir con las sentencias de ese tribunal.

Todo lo dicho está produciendo un nuevo entendimiento del Sistema de Protección de los Derechos Humanos al concebirse ahora como un “sistema integrado”, debido a que involucra no sólo a los dos órganos de protección a que se refiere la Convención Americana –Comisión y Corte IDH–, sino que ahora comprende con particular intensidad y de manera concomitante a todas las autoridades nacionales de los Estados Partes del Pacto de San José, al deber participar activamente en la garantía efectiva de los derechos humanos, sea en su dimensión nacional o internacional a manera de un “sistema integrado” de protección de derechos.

En definitiva, transitamos hacia un “Sistema Interamericano Integrado” –con un “control de convencionalidad” dinámico y complementario–, lo que está forjando un núcleo sustancial e indisoluble para preservar y garantizar la dignidad humana de los habitantes de la región<sup>82</sup>.

El principio *pro homine* o *pro persona* es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho internacional de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos, e inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre<sup>83</sup>.

En el mismo sentido, nuestro más Alto Tribunal, en distintos precedentes laborales, destaca que el principio *pro homine* determina que el intérprete deba escoger, si la norma lo posibilita, el resultado que proteja en mayor medida a la persona humana, y censura toda exégesis restrictiva, pauta que se impone aun con mayor intensidad, cuando su aplicación no entrañe colisión alguna del derecho humano, así interpretado, con otros valores, principios, atribuciones o derechos constitucionales. Desde esta perspectiva, corresponde descartar toda inteligencia restrictiva de los derechos humanos, puesto que contraría la jurisprudencia de la Corte concordante con la doctrina universal: el “principio de favorabilidad”<sup>84</sup>.

Recientemente, en un caso laboral la Corte Suprema ratificó y profundizó dicha doctrina en los siguientes términos:

“...un principio que “informa todo el derecho de los derechos humanos” y resulta “connatural” con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos...Se trata...del principio *pro homine* o *pro persona*, y en sus dos principales manifestaciones en materia de hermenéutica jurídica. Primeramente, la que exige adoptar pautas amplias para determinar el alcance de los derechos, libertades y garantías (v.gr., Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, Opinión Consultiva OC-17/02, 28-8-2002, Serie A N° 17, párr. 21). Y, en segundo lugar, la que impone obrar en sentido inverso, vale decir, restrictivo, si de lo que se trata es de medir limitaciones a los mentados derechos, libertades y garantías, o la capacidad para imponerlas (v.gr., ídem, La Expresión “Leyes” en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-6/86, 9-5-1986, Serie A N° 6, párr. 31). Este último aspecto se explica, desde luego, pues en la protección de los derechos humanos está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal (ídem, párr. 21). Se impone, en síntesis, escoger el resultado que proteja en mayor medida al ser humano, dentro de lo que las normas aplicables posibiliten...”<sup>85</sup>.

Un instrumento internacional debe ser interpretado y aplicado en el cuadro del conjunto del sistema jurídico en vigor en el momento en que la interpretación tiene lugar<sup>86</sup>.

<sup>82</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, res. cit. en la nota 81 (voto concurrente razonado del juez Eduardo Ferrer MacGregor, párr. 20/21, 24, 26, 29/31, 35/39, 49, 59, 63, 69, 72, 77, 99 y 100).

<sup>83</sup> Pinto, Mónica, “El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en Abregú y Courtis, ob. cit. en la nota 17, p. 163.

<sup>84</sup> C.S.J.N., “Madorrán c/A.N.A.”, sent. cit. en la nota 35; “Ascuá c/Somisa”, sent. cit. en la nota 40 y “Álvarez y otros c/Cencosud”, sent. cit. en la nota 10.

<sup>85</sup> C.S.J.N., “Asociación de Trabajadores del Estado”, sent. cit. en la nota 26.

<sup>86</sup> Corte Internacional de Justicia, Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, pág. 16 a 31, cit. por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-10/89 de 14 de julio

En el caso específico de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Corte Interamericana considera que no es a la luz de lo que en 1948 se estimó que era el valor y la significación de la Declaración Americana como la cuestión del status jurídico debe ser analizada, sino que es preciso determinarlo en el momento actual, ante lo que es hoy el sistema interamericano, habida consideración de la evolución experimentada desde la adopción de la Declaración. La evolución del derecho americano en la materia, es una expresión regional de la experimentada por el Derecho internacional contemporáneo y en especial por el de los derechos humanos, que presenta hoy algunos elementos diferenciales de alta significación con el Derecho Internacional clásico. Es así como, por ejemplo, la obligación de respetar ciertos derechos humanos esenciales es considerada hoy como una obligación erga omnes<sup>87</sup>

La Corte Interamericana ha establecido, al igual que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales<sup>88</sup>

Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación consagradas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados<sup>89</sup>.

Esta evolución, como destaca Cançado Trindade, es reflejo de un fenómeno más profundo: la propia normativa internacional de protección es concebida, se desarrolla y se aplica impulsada por las nuevas y constantes valoraciones que emergen y florecen en el seno de la sociedad humana, y que naturalmente se reflejan en el proceso de la interpretación evolutiva de los tratados de derechos humanos<sup>90</sup>.

El art. 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados prescribe:

*“Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin...”*

En tal sentido, constituye criterio hermenéutico del cimero tribunal americano que las normas de la Convención Americana de Derechos Humanos deben interpretarse de buena fe, conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta el objeto y fin de la Convención Americana, cual es la eficaz protección de la persona humana, así como mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos<sup>91</sup>.

Tanto los principios de interpretación consagrados por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, como los resultantes del art. 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, correctamente entendidos sobre todo a la luz del Derecho de los Derechos Humanos, fundamentan la aplicación de criterios de interpretación e inclusive de integración principistas, finalistas y extensivos en orden a la mayor protección de los derechos consagrados. Esos

---

de 1989, párr. 37)

<sup>87</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, op. cons. cit. en la nota 86, párr. 37 y 38).

<sup>88</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, párr. 114; Caso de la Masacre de Mapiripán Vs. Colombia, sentencia de 15 de septiembre de 2005, párr. 106 y Caso Atala Riffo y Niñas, sent. cit. en la nota 74, párr. 83. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso Tyrer v. Reino Unido, (No. 5856/72), sentencia de 25 de abril de 1978, párr. 31.

<sup>89</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, op. cons. cit. en la nota 88, 114; Caso de la Masacre de Mapiripán, sent. cit. en la nota 88, párr. 106 y Caso Atala Riffo y Niñas, sent. cit. en la nota 74, párr. 83.

<sup>90</sup> Cançado Trindade, Antônio Augusto, Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos, Volume II, 2ª Edição Revista e Atualizada, Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, Brasil, 2003, p. 186.

<sup>91</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Ricardo Canese vs. Paraguay, sentencia de 31 de agosto de 2004, párr. 178.

criterios apuntan también a la necesidad de interpretar e integrar cada norma de la Convención Americana utilizando los principios yacentes, o subyacentes o suprayacentes en otros instrumentos internacionales, en los propios ordenamientos internos y en las tendencias vigentes en materia de derechos humanos, todos los cuales se encuentran en alguna medida incorporados a la Convención Americana por virtud del art. 29.

Los derechos humanos son, además de exigibles, progresivos y expansivos, caracteres estos que imponen una actitud interpretativa consecuente y, por ende, la necesidad de considerar en cada caso, no sólo el sentido y alcances de las propias normas interpretadas, en su texto literal, sino también su potencialidad de crecimiento, convertida en derecho legislado por los arts. 2 y 26 de la Convención Americana, entre otros instrumentos internacionales sobre la materia; el primero, para todos los derechos; el segundo, en función de los derechos económicos, sociales y culturales<sup>92</sup>.

Principios similares a los resultantes del art. 29 de la Convención Americana son consagrados en los arts. 5.2 y 8.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 5.2 y 22.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 23 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, 41 de la Convención sobre los Derechos del Niño y 4 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

De conformidad con el art. 29.b) de la Convención Americana, si alguna ley otorga una mayor protección o regula con mayor protección el goce y ejercicio de algún derecho o libertad, se deberá aplicar la norma más favorable para la tutela de los derechos humanos y libertades fundamentales.

En consecuencia, si la propia Convención establece que sus regulaciones no tienen efecto restrictivo sobre otros instrumentos internacionales, menos aún podrán traerse restricciones presentes en esos otros instrumentos internacionales, pero no en la Convención, para limitar el ejercicio de los derechos y libertades que esta reconoce<sup>93</sup>.

Como afirma la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la obligación impuesta por el respeto y garantía de los derechos humanos frente a terceros se basa también en que los Estados son los que determinan su ordenamiento jurídico, el cual regula las relaciones entre particulares y, por lo tanto, el derecho privado, por lo que deben también velar para que en esas relaciones privadas entre terceros se respeten los derechos humanos, ya que de lo contrario el Estado puede resultar responsable de la violación de los derechos.

El Estado tiene la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos laborales de todos los trabajadores, independientemente de su condición de nacionales o extranjeros, y no tolerar situaciones de discriminación en perjuicio de éstos, en las relaciones laborales que se establezcan entre particulares (empleador-trabajador). El Estado no debe permitir que los empleadores privados violen los derechos de los trabajadores, ni que la relación contractual vulnere los estándares mínimos internacionales.

Esta obligación estatal encuentra su asidero en la misma normativa tutelar de los trabajadores, normativa que precisamente se fundamenta en una relación desigual entre ambas partes y que, por lo tanto, protege al trabajador como la parte más vulnerable que es. De esta manera, los

<sup>92</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Propuesta de modificación de la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984 (voto separado del juez Rodolfo E. Piza E., párr. 2 y 3).

<sup>93</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, La Colegiación Obligatoria de Periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, párr. 52.

Estados deben velar por el estricto cumplimiento de la normativa de carácter laboral que mejor proteja a los trabajadores<sup>94</sup>.

Agrega el cimerio tribunal americano que son numerosos los instrumentos jurídicos en los que se regulan los derechos laborales a nivel interno e internacional y la interpretación de dichas regulaciones debe realizarse conforme al principio de la aplicación de la norma que mejor proteja a la persona humana, en este caso, al trabajador. Esto es de suma importancia ya que no siempre hay armonía entre las distintas normas ni entre las normas y su aplicación, lo que podría causar un perjuicio para el trabajador. Así, si una práctica interna o una norma interna favorece más al trabajador que una norma internacional, se debe aplicar el derecho interno. De lo contrario, si un instrumento internacional beneficia al trabajador otorgándole derechos que no están garantizados o reconocidos estatalmente, estos se le deberán respetar y garantizar igualmente<sup>95</sup>.

De conformidad con los criterios expuestos precedentemente, en materia laboral rige el principio de interpretación y aplicación de la norma más favorable al trabajador, independientemente si la norma es interna o internacional, o si la interpretación es postulada por un tribunal nacional o un tribunal internacional u organismo de igual jerarquía encargados de la interpretación y aplicación de la norma internacional pertinente.

En el caso de concurrencia de normas (internacionales, o internacionales y nacionales) de diferente jerarquía para el plano interno, el principio *pro persona* igualmente reclama escoger la norma más protectoria, aun cuando ello conduzca a dar preferencia a la inferior en el orden jerárquico; de ahí la irrelevancia, a los presentes fines, por ejemplo, de que los Convenios de la OIT, para el art. 75, inc. 22, párr. 1º de la Constitución Nacional, tengan jerarquía supralegal pero no constitucional<sup>96</sup>, salvo el Convenio 87 que, por las razones expuestas precedentemente, ostenta este último rango (ver cap. III, últimos tres párrafos).

El criterio de la “norma más favorable a las personas protegidas”, como lo denomina Cançado Trindade, contribuye a: 1) reducir o minimizar considerablemente las pretendidas “posibilidades” de conflictos entre instrumentos legales en sus aspectos normativos; 2) obtener mayor coordinación entre tales instrumentos, tanto en la dimensión vertical (tratados y derecho interno), cuanto en la horizontal (dos o más tratados) y 3) demostrar que la tendencia y el propósito de la coexistencia de distintos instrumentos jurídicos –garantizando los mismos derechos– sólo tienen el sentido de ampliar y fortalecer la protección. Lo que importa en última instancia es el grado de eficacia de la protección, y por consiguiente prevalecerá la norma que en el caso concreto proteja mejor, sea del derecho internacional o del derecho interno<sup>97</sup>.

Como observa lúcidamente Gialdino, el principio *pro persona* da fundamento a una singular consecuencia en el terreno de la superposición normativa, con arreglo a la cual no sería preciso elegir una cláusula y rechazar otra, sino combinar las dos a fin de reconstruir globalmente los derechos de los que la persona es titular. El problema, en dichos supuestos, no es la determinación de

<sup>94</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003, párr. 147/149.

<sup>95</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, op. cons. cit. en la nota 94, párr. 156.

<sup>96</sup> Gialdino, ob. cit. en la nota 1, p. 116.

<sup>97</sup> Cançado Trindade, ob. cit. en la nota 90, Volume I, p. 544/545. Agrega el mencionado autor que el criterio de primacía de la disposición más favorable a las víctimas era aplicado a fines de la década de 1950 por la Comisión Europea de Derechos Humanos (petición nº 253/56, de 1958-1959), y recibió el reconocimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la opinión consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos).

cuál protección debe prevalecer, sino el de armonizar los dos estándares de protección que pueden ser aplicados de manera acumulativa<sup>98</sup>.

El control de convencionalidad puede tener dos resultados:

1) Ser represivo o destructivo, en cuyo supuesto si la norma nacional es contraria al estándar mínimo de protección fijado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos o al mayor contenido protectorio determinado por el juez nacional, este último la declarará inconvencional e inaplicable al caso concreto.

2) Ser positivo o constructivo, en cuyo supuesto el juez nacional debe aplicar el derecho nacional de acuerdo con los estándares precitados, realizando una interpretación conforme a los mismos<sup>99</sup>.

Este último criterio hermenéutico es compatible con reiterada doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en virtud de la cual la misión judicial no se agota con la remisión a la letra de los textos legales, sino que requiere del intérprete la búsqueda de la significación jurídica o de los preceptos aplicables que consagre la versión técnicamente elaborada y adecuada a su espíritu, debiendo desecharse las soluciones notoriamente injustas que no se avienen con el fin propio de la investigación judicial de determinar los principios acertados para el reconocimiento de los derechos de los litigantes<sup>100</sup>.

El razonamiento judicial debe partir de la ponderación de los valores constitucionales, que constituyen una guía fundamental para solucionar conflictos de fuentes, de normas o de interpretación de la ley<sup>101</sup>.

El control de constitucionalidad de las leyes que compete a todos los jueces y, de manera especial, a la Corte Suprema, en los casos concretos sometidos a su conocimiento en causa judicial, no se limita a la función en cierta forma negativa, de descalificar una norma por lesionar principios de la Ley Fundamental, sino que se extiende positivamente a la tarea de interpretar las leyes con fecundo y auténtico sentido constitucional en tanto la letra o el espíritu de aquellas lo permite<sup>102</sup>.

Desde esa perspectiva, además de la interpretación de las leyes nacionales con fecundo y auténtico sentido constitucional, los jueces también pueden y deben realizar una interpretación con sentido convencional.

## X

El art. 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos prescribe:

*“1. Los Estados Miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos. Asimismo, podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos enumerados en el Capítulo 10 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires”.*

<sup>98</sup> Gialdino, ob. cit. en la nota 1, p. 116/117 y autores citados en su nota 275.

<sup>99</sup> Sagüés, Néstor Pedro, ob. cit. en la nota 68, p. 384/5.

<sup>100</sup> C.S.J.N., Fallos: 253:267, año 1962, “Fromageries Bel S.A. c/Ivaldi, Enrique”, entre otros.

<sup>101</sup> C.S.J.N., Fallos: 329:646, 21/03/2006, “Ferreira, Víctor Daniel y Ferreira, Ramón c/V.I.C.O.V. S.A.” (voto del juez Lorenzetti).

<sup>102</sup> C.S.J.N., Fallos: 308:647, 20/04/1986, “Municipalidad de Laprida c/Universidad de Buenos Aires-Facultad de Ingeniería y Medicina” y “Pellicori c/Colegio Público de Abogados”, sent. cit. en la nota 10.

“2.La Corte, a solicitud de un Estado Miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales”.

Si bien la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que sus opiniones consultivas no tienen el carácter vinculante de las sentencias en los casos contenciosos, sí ostentan –añade el cimero tribunal americano– efectos jurídicos innegables<sup>103</sup>.

Cabe preguntarse entonces cuáles son esos efectos jurídicos innegables.

Tempranamente, advirtió la Corte Interamericana que el artículo 64 de la Convención le confiere la más amplia función consultiva que se haya confiado a tribunal internacional alguno hasta el presente, y que dicha función tiene por finalidad coadyuvar al cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados americanos en lo que concierne a la protección de los derechos humanos<sup>104</sup>.

Con posterioridad, el alto Tribunal regional destacó reiteradamente el amplio alcance de su función consultiva, única en el derecho internacional contemporáneo, y señaló que esta función constituye un servicio que la Corte está en capacidad de prestar a todos los integrantes del sistema interamericano, con el propósito de coadyuvar al cumplimiento de sus compromisos internacionales sobre derechos humanos, con lo cual se auxilia a los Estados y órganos en la aplicación de tratados relativos a derechos humanos, sin someterlos al formalismo y a las sanciones inherentes al proceso contencioso<sup>105</sup>.

Agregó, además, que en el ejercicio de su función consultiva, la Corte actúa en su condición de Tribunal de derechos humanos, y no está llamada a resolver cuestiones de hecho, sino a desentrañar el sentido, propósito y razón de las normas internacionales sobre derechos humanos, que la opinión consultiva no constituye una mera especulación académica y que el interés en la misma se justifica por el beneficio que pueda traer a la protección internacional de los derechos humanos y al fortalecimiento de la conciencia jurídica universal<sup>106</sup>.

En una reciente opinión consultiva, la Corte Interamericana de Derechos Humanos afirmó que es evidente que tiene competencia para emitir con plena autoridad interpretaciones sobre todas las disposiciones de la Convención, incluso aquéllas de carácter procesal, y que es el organismo más apropiado para hacerlo, por ser “intérprete última de la convención americana”<sup>107</sup>.

Si bien el juez Ferrer Mac-Gregor planteó este año que la Corte Interamericana debería reflexionar en el futuro acerca de si la “norma interpretada” alcanza eficacia *erga omnes* más allá de los “casos contenciosos”, por ejemplo en las “opiniones consultivas” donde no realiza una función

<sup>103</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, Opinión Consultiva OC-17/2002, del 28 de agosto de 2002, párr. 33.

<sup>104</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Otros tratados” objeto de la función consultiva de la Corte (art. 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-1/82 de 24 de septiembre de 1982, párr. 14 y 25.

<sup>105</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, op. cons. cit. en la nota 88, párr. 64; op. cons. citada en la nota 94, párr. 64; op. cons. cit. en la nota 103, párr. 34 y Control de Legalidad en el ejercicio de las atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (arts. 41 y 44 a 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-19/05 del 28 de noviembre de 2005, párr. 18.

<sup>106</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, op. cons. cit. en la nota 88, párr. 49; op. cons. cit. en la nota 103, párr. 35 y op. cons. cit. en la nota 94, párr. 63 y 65.

<sup>107</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Artículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-20/09 del 29 de septiembre de 2009, párr. 18. Cabe destacar especialmente que en la cita pertinente, la Corte invocó los precedentes “Almonacid Arellano” y “La Cantuta” en lo referido al control de convencionalidad (ver nota 15 de la opinión consultiva mencionada).



“jurisdiccional” en sentido estricto<sup>108</sup>, los argumentos del alto Tribunal expuestos en los tres párrafos que anteceden, en especial el último, tornan consistente la opinión de destacados autores según la cual las opiniones consultivas de la Corte Interamericana tendrían efectos jurídicos vinculantes.

Así, Faúndez Ledesma, luego de criticar el término “opiniones consultivas”, expresa que estas no sólo están dotadas de la autoridad del órgano del cual emanan sino que poseen un efecto jurídico vinculante, derivado de la propia Convención y que no se puede eludir por los Estados Partes en la misma. Afirma que en las opiniones sobre el inciso primero del artículo 64 la Corte emitiría un dictamen de carácter vinculante por emanar del órgano judicial al que se le ha encomendado la interpretación autorizada de la Convención; y que sólo cuando se le consulte sobre la compatibilidad de la legislación interna de un Estado con la Convención u otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos la Corte emitiría propiamente una “opinión consultiva”, que de todas maneras sería vinculante si quien la solicita es un Estado parte en la Convención. Por último, Faúndez Ledesma concluye que si quien solicita la consulta es un Estado de la OEA que no ha ratificado la Convención, para el momento en que aquel Estado decidiera ratificar la Convención estaría obligado a ajustar su legislación interna a los términos de la opinión emitida previamente por la Corte<sup>109</sup>.

En sentido coincidente, para Salvioli una interpretación *pro homine* del sistema interamericano de derechos humanos no puede sino concluir que las decisiones y resoluciones tomadas por los órganos encargados de aplicar la Convención Americana u otros instrumentos de protección de los derechos humanos revisten el carácter de obligatorias y vinculantes para los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos; más aún cuando se trata de un órgano jurisdiccional como la Corte Interamericana en cualquiera de las funciones que la convención le asigna<sup>110</sup>.

Corroborando la tesis expuesta, el hecho de que la propia Corte Interamericana ha invocado reiteradamente los criterios fijados en distintas opiniones consultivas para fundar decisiones emitidas en casos contenciosos, por lo cual la doctrina allí establecida adquiere carácter vinculante a través de los efectos de la cosa juzgada y de la cosa interpretada derivados de estas últimas, según lo expuesto en el capítulo IX<sup>111</sup>.

Cabe señalar que, al ejercer la función consultiva, la Corte Interamericana también actúa como **último intérprete del Sistema Interamericano de Derechos Humanos** y en ese sentido, sus argumentos plantean estándares mínimos que deben ser tenidos en cuenta por los poderes de los Estados Nacionales, incluidos los jueces, para prevenir y garantizar la protección de los derechos reconocidos en los instrumentos de aquel sistema, máxime que a través de dicha función

<sup>108</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, res. cit. en la nota 81 (voto concurrente razonado del juez Eduardo Ferrer MacGregor, párr. 59).

<sup>109</sup> Faúndez Ledesma, Héctor, “El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procesales”, 2ª edición, p. 603/610, Edit. IIDH, San José de Costa Rica, 1999. En el mismo sentido se pronuncia Gialdino, ob. cit. en la nota 1, p. 352.

<sup>110</sup> Salvioli, Fabián, “La competencia consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: marco legal y desarrollo jurisprudencial”, en “Homenaje y reconocimiento a Antônio Cançado Trindade”, T. III, p. 470, Ed. Sergio Fabris, Brasilia, Brasil, 2004.

<sup>111</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana, sentencia de 8 de septiembre de 2005, párr. 137 y 138 (invoca la opinión consultiva OC-04/84); Caso Bueno Alves, sent. cit. en la nota 65, párr. 116 (invoca la opinión consultiva OC-16/99); Caso Vélez Looor, sent. cit. en la nota 74, párr. 97 (invoca la opinión consultiva OC-18/03); Caso Atala Riffo y Niñas, sent. cit. en la nota 74, párr. 79 y 82/85 (invoca las opiniones consultivas OC-4/84, OC-5/85, OC-16/99 y OC-18/03), entre muchas otras.

el cimero tribunal americano realiza una actividad de puro derecho, por lo cual expone razones relevantes para la construcción de los estándares precitados, sin perjuicio de la posibilidad de los órganos locales de realizar una interpretación más favorable a la persona titular del derecho que en materia laboral es el trabajador.

En varios casos laborales, la Corte Suprema de Justicia de la Nación invocó opiniones consultivas de la Corte Interamericana para decidir las cuestiones planteadas.

En el caso “Aerolíneas Argentinas S.A.”, donde se plantearon cuestiones relativas al contenido y alcance de la inspección del trabajo, al más Alto Tribunal argentino aplicó las OC-17/02 Y 18/03<sup>112</sup>.

En el caso “Pérez c/Disco”, donde el actor cuestionaba una norma de la Ley de Contrato de Trabajo que calificaba como “beneficios sociales”, prestaciones que, para el Supremo Tribunal Federal, resultaron salariales a la luz de normas de jerarquía suprallegal, entre ellas el Convenio 95 de la OIT, la Corte argentina aplicó la OC-18/03 de la Corte Interamericana, en tanto dispone que las obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos alcanzan el marco de la relación laboral privada, en la que el empleador debe respetar los derechos humanos de sus trabajadores<sup>113</sup>.

En el caso “Álvarez y otros c/Cencosud”, donde se admitió la fundabilidad de la pretensión de nulidad del despido discriminatorio, la Corte reiteró la invocación de la mentada OC-18/03, para aplicar la teoría del *Drittwirkung* que impone al empleador el deber de respetar los derechos humanos de sus trabajadores, y declarar que el principio de igualdad y prohibición de discriminación, inclusive en materia laboral, pertenece al *jus cogens*<sup>114</sup>.

En el caso “Pellicori c/Colegio Público de Abogados de la Capital Federal”, donde se consideró acreditado el motivo discriminatorio del despido, la Corte nuevamente invocó la OC-18/03<sup>115</sup>.

En el caso “Asociación de Trabajadores del Trabajo”, donde se resolvió una cuestión vinculada a la libertad sindical y a la intangibilidad salarial, el Supremo Tribunal Federal invocó las OC-6/86, 13/93, 14/94, 17/02 y 18/03<sup>116</sup>.

## XI

<sup>112</sup> C.S.J.N., “Aerolíneas Argentinas S.A.”, sent. cit. en la nota 10.

<sup>113</sup> C.S.J.N., “Pérez c/Disco”, sent. cit. en la nota 26.

<sup>114</sup> C.S.J.N., “Álvarez y otros c/Cencosud”, sent. cit. en la nota 10.

Resulta oportuno destacar que, como integrante de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo de la Capital Federal, República Argentina, había admitido la fundabilidad de la pretensión de la nulidad del despido discriminatorio, con anterioridad a la mencionada sentencia de la Corte, invocando, entre otros argumentos, la pertenencia al *jus cogens* del principio de igualdad y prohibición de discriminación declarada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la OC-18/03 (Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo de la Capital Federal, Sala V, sentencia definitiva n° 68.536, 14/06/2006, “Parra Vera, Máxima c/San Timoteo S.A.”, voto del juez Zas, al que adhirió el juez Simón. Esta sentencia fue confirmada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación –P. 1508. XLII., 23/08/2011, ratificada y reproducida el 20/12/2011–, y fue citada en “Direito Internacional do Trabalho e Direito Interno. Manual de Formação para Juizes, Juristas e Docentes em Direito”, Centro Internacional de Formação da OIT, Editado por Xavier Beaudonnet, Primeira Edição, 2011, p. 210, Brasília, Brasil.

La doctrina establecida en el caso “Parra Vera” fue reiterada en posteriores casos por el tribunal que integro (C.N.A.T., Sala V, “Arecco, Maximiliano c/Praxair Argentina S.A.”, sent. def. n° 69.131, del 21/12/2006, “Quispe Quispe, Néctar c/Compañía Argentina de la Indumentaria S.A.”, sent. def. n° 70.349, del 20/12/2007, “Belen, Rodrigo Hernán c/Jumbo Retail Argentina S.A.”, sent. def. n° 70.913, del 20/08/2008 y “Galimany, Gastón Andrés c/Citytech S.A.”, sent. def. n° 73.068, del 23/04/2011, entre otras).

<sup>115</sup> C.S.J.N., sent. cit. en la nota 10. También cabe señalar que en el caso “Parra Vera”, mencionado en la nota anterior, el Tribunal que integro había resuelto la cuestión relativa a la distribución de la carga probatoria en los despidos discriminatorios con argumentos similares a los expuestos por el Supremo Tribunal Federal en el caso “Pellicori”. La doctrina del caso “Parra Vera” fue reiterada y profundizada en los precedentes mencionados en la nota 114.

<sup>116</sup> C.S.J.N., “Asociación de Trabajadores del Estado”, sent. cit. en la nota 26.

Existe controversia acerca del efecto jurídico del informe que emite la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en los términos del art. 51 del Pacto de San José de Costa Rica.

La Convención Americana distingue dos informes, contemplados en los artículos 50 y 51. Según la Corte Interamericana, el primero de ellos es de carácter preliminar y el segundo definitivo<sup>117</sup>.

En relación al informe preliminar, según el mentado art. 50, de no llegarse a un acuerdo la Comisión redactará el informe en el que expondrá los hechos y sus conclusiones, pudiendo formular las proposiciones y recomendaciones que juzgue adecuadas.

La existencia del informe definitivo del art. 51 depende claramente de la posibilidad de que el caso llegue a la Corte, ya que, como ha señalado este tribunal, si el caso ha sido introducido ante la Corte, la Comisión no está autorizada para elaborar el mencionado informe<sup>118</sup>.

El art. 51 de la Convención Americana establece:

*“1. Si en el plazo de tres meses, a partir de la remisión a los Estados interesados del informe de la Comisión, el asunto no ha sido solucionado o sometido a la decisión de la Corte por la Comisión o por el Estado interesado, aceptando su competencia, la Comisión podrá emitir, por mayoría absoluta de votos de sus miembros, su opinión y conclusiones sobre la cuestión sometida a su consideración”.*

*“2. La Comisión hará las recomendaciones pertinentes y fijará un plazo dentro del cual el Estado debe tomar las medidas que le competen para remediar la situación examinada”*

*“3. Transcurrido el plazo fijado, la Comisión decidirá, por mayoría absoluta de votos de sus miembros, si el Estado ha tomado o no medidas adecuadas y si publica o no su informe”.*

Según Salvioli, mientras que en cuanto al informe preliminar el texto del Pacto de San José guarda silencio sobre la conducta a seguir por el Estado, respecto al definitivo el art. 51 es contundente marcando el imperativo para el Estado de tomar las medidas a efectos de remediar la situación dentro del plazo estipulado por la Comisión.

Si bien la palabra “recomendación” conduce inicialmente a pensar en que el Estado puede actuar discrecionalmente, el vocablo imperativo “debe” marca una obligación respecto a las conductas a llevar a cabo.

En materia de protección internacional contemporánea de los derechos humanos, el principio de buena fe en el cumplimiento de las obligaciones internacionales comprende acatar las decisiones de los órganos que aplican los instrumentos jurídicos de derechos humanos. Si las recomendaciones precisadas son las pertinentes y el Estado debe tomar las medidas para remediar la situación, difícilmente pueda sostenerse que, en el cumplimiento del mentado principio, un Estado pueda echar al olvido dichas recomendaciones<sup>119</sup>.

En un primer momento, la Corte Interamericana entendió que *“...el término “recomendaciones” usado por la Convención Americana debe ser interpretado conforme a su sentido corriente de acuerdo con la regla general de interpretación contenida en el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y, por ello, no tiene el carácter de una decisión jurisdiccional obligatoria cuyo incumplimiento generaría la responsabilidad del Estado. Como no consta que en la*

<sup>117</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-15/97 del 14 de noviembre de 1997, párr. 53.

<sup>118</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velázquez Rodríguez vs. Honduras (excepciones preliminares), sentencia de 26 de junio de 1987, párr. 63.

<sup>119</sup> Salvioli, Fabián, “Un análisis desde el principio pro persona sobre el valor jurídico de las decisiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, en “En defensa de la Constitución: libro homenaje a Germán Bidart Campòs”, Ed. Ediar, Buenos Aires, Argentina, p. 143/155.

presente Convención la intención de las partes haya sido darle un sentido especial, no es aplicable el artículo 31.4 de la misma Convención. En consecuencia, el Estado no incurre en responsabilidad internacional por incumplir con una recomendación no obligatoria...”<sup>120</sup>.

Con posterioridad, el cimero tribunal americano, señaló:

“...en virtud del principio de buena fe, consagrado en el mismo artículo 31.1 de la Convención de Viena, si un Estado suscribe y ratifica un tratado internacional, especialmente si trata de derechos humanos, como es el caso de la Convención Americana, tiene la obligación de realizar sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de un órgano de protección como la Comisión Interamericana que es, además, uno de los órganos principales de la Organización de los Estados Americanos, que tiene como función “promover la observancia y la defensa de los derechos humanos” en el hemisferio (Carta de la OEA, artículos 52 y 111)...”

“...Asimismo, el artículo 33 de la Convención Americana dispone que la Comisión Interamericana es un órgano competente junto con la Corte “para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes”, por lo que, al ratificar dicha Convención, los Estados Partes se comprometen a atender las recomendaciones que la Comisión aprueba en sus informes...”

“...En relación con este punto la Corte concluye que la violación o no del artículo 51.2 de la Convención no puede plantearse en un caso que, como el presente, ha sido sometido a consideración de la Corte, por cuanto no existe el informe señalado en dicho artículo...”<sup>121</sup>.

Nikken afirma que “...si bien el segundo informe no tiene la misma fuerza vinculante que una sentencia de la Corte, el Estado que lo desacate está incumpliendo el derecho internacional, obligado como está a cooperar para que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos ofrezca la debida protección a las personas que se encuentran bajo su jurisdicción...”<sup>122</sup>.

En el mismo sentido, Salvioli sostiene que el carácter vinculante de la decisión final de la Comisión Interamericana no puede admitir duda alguna, máxime teniendo en cuenta que si el Estado en cuestión no está de acuerdo con las conclusiones iniciales de la Comisión, manifestadas en su informe preliminar, puede hacer uso de su derecho y enviar el asunto a conocimiento de la Corte Interamericana. Si no lo hace, y tampoco da cumplimiento a las recomendaciones iniciales de la Comisión, la única interpretación compatible con el principio de buena fe, es que el Estado acepta como conclusión final la decisión de la Comisión Interamericana en su informe definitivo, y que por la teoría de los actos propios, está obligado a cumplir con las recomendaciones de la Comisión<sup>123</sup>.

Agrega el prestigioso autor citado, que, si bien el informe definitivo de la Comisión no es una sentencia, porque no emana de un órgano jurisdiccional, esa naturaleza no define el carácter vinculante o no del mismo, máxime que el derecho internacional tiene muchos ejemplos de decisiones vinculantes que toman órganos no jurisdiccionales.

Sostener que los informes finales de la Comisión no son vinculantes tiene consecuencias penosas para la protección de los derechos humanos; significa ni más ni menos que señalar que los

<sup>120</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Caballero Delgado y Santana vs. Colombia, sentencia de 8 de diciembre de 1995, párr. 67.

<sup>121</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Loayza Tamayo vs. Perú, sentencia de 17 de septiembre de 1997, párr. 80/82 y Caso Blake vs. Guatemala, sentencia de 24 de enero de 1998, párr. 108.

<sup>122</sup> Nikken, Pedro, “Perfeccionar el sistema interamericano de derechos humanos sin reformar el Pacto de San José”, en “El futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”, Edit. IIDH, San José de Costa Rica, 1998, p. 34.

<sup>123</sup> Salvioli, ob. cit. en la nota 119.

Estados podrían hacer caso omiso de las medidas pertinentes destinadas a poner fin a violaciones comprobadas y repararlas<sup>124</sup>.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha expedido recientemente en un caso acerca del valor jurídico del informe definitivo del art. 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

A través del informe definitivo del mentado art. 51 n° 50/97 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, reiterando las recomendaciones emitidas en el informe del art. 50 de la Convención, expresó: “...que al impedir una decisión sobre los méritos del caso interpuesto por el señor Gustavo Carranza, a raíz de su destitución como juez de la Provincia del Chubut, el Estado argentino violó sus derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, consagrados en los artículos 8 y 25, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana...”, y, por ello, “...recomienda que el Estado argentino indemnice adecuadamente a Gustavo Carranza por las violaciones mencionadas en el párrafo anterior...”.

Planteada por el actor una acción ante la Justicia argentina a fin de obtener la declaración de responsabilidad del Estado ante la comunidad internacional por el incumplimiento del informe definitivo precitado, y la indemnización de los perjuicios sufridos como consecuencia de la violación de sus derechos, el Supremo Tribunal Federal confirmó la sentencia que había admitido el reclamo indemnizatorio, aunque no hubo coincidencia entre los votos de los jueces que formaron la mayoría acerca del valor jurídico de los informes del art. 51 del Pacto de San José de Costa Rica<sup>125</sup>.

## XII

La Carta Internacional Americana de Garantías Sociales, adoptada por la resolución XXIX de la Novena Conferencia Internacional Americana celebrada en Bogotá, Colombia, en 1948, con la única excepción de los Estados Unidos de América “...tiene por objeto declarar los principios fundamentales que deben amparar a los trabajadores de toda clase y constituye el *mínimum de dere-*

<sup>124</sup> Salvioli, ob. cit. en la nota 119.

<sup>125</sup> C.S.J.N., C. 568. XLIV. y C. 594. XLIV., 06/08/2013, “Carranza Latrubesse, Gustavo c/Estado Nacional – Ministerio de Relaciones Exterior – Provincia del Chubut”.

Los jueces Fayt y Zaffaroni sostuvieron el carácter obligatorio para el Estado Nacional de las recomendaciones contenidas en el informe n° 30/97, emitido en el marco del art. 51 de la Convención Americana.

Los jueces Petracchi y Maqueda, en sendos votos separados, coincidieron en la solución del caso, por otros argumentos, aunque sin postular genéricamente el carácter vinculante de los informes del mentado art. 51.

Petracchi destacó que, si bien las recomendaciones formuladas por la Comisión en el marco del procedimiento de peticiones individuales no tienen un valor obligatorio equivalente al de las sentencias de la Corte Interamericana, dado que en el caso el Estado Nacional no realizó los esfuerzos exigidos por el principio de buena fe, ni tampoco alegó la existencia de razones de orden público interno que justificaran su conducta, correspondía confirmar la sentencia de condena.

Maqueda, por su parte, afirmó que la aplicación del principio de buena fe y la calidad de los argumentos y la autoridad de quien emanan, llevan a considerar que los informes y las opiniones de la Comisión Interamericana constituyen criterios jurídicos valiosos de implementación, interpretación y de ordenación valorativa de las cláusulas de la Convención Americana, que deben ser tomados en cuenta para adoptar decisiones en el derecho interno. Agregó el citado magistrado, que si bien sólo las decisiones jurisdiccionales emanadas de la Corte Interamericana son ejecutables en los términos del art. 68 del Pacto de San José, el Estado Argentino no podía desconocer la recomendación de la Comisión Interamericana de indemnizar al actor sino que, debía realizar los mejores esfuerzos para su implementación recurriendo a los mecanismos y procedimientos más convenientes a esos efectos.

Los jueces Argibay, Lorenzetti y Highton de Nolasco, estos dos últimos en voto concurrente, propiciaron la desestimación del reclamo del actor, coincidiendo los tres magistrados en descartar el carácter obligatorio de los informes del art. 51 de la Convención Americana.

chos de que todos ellos deben gozar en los Estados Americanos, sin perjuicio de que las leyes de cada uno puedan ampliar esos derechos o reconocerles otros más favorables...” (conf. art. 1º, párr. 1º).

Como señala acertadamente Gros Espiell, es preciso relacionar la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre con la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales. La Declaración, adoptada por la resolución XXX de la conferencia mencionada en el párrafo precedente, enumera no sólo los derechos civiles y políticos, sino también los económicos, sociales y culturales (arts. VI, VII, XI, XII, XIII, XIV y XV). La Carta Internacional Americana de Garantías Sociales posee igual naturaleza jurídica que la Declaración; no es un tratado internacional, sino otra declaración adoptada por medio de una resolución de la conferencia precitada. Este hecho, la simultaneidad de la adopción y la identidad de los principios en que ambos textos se fundamentan, explican por qué la Carta es un instrumento que debe servir para la adecuada interpretación y el desarrollo de las normas de la Declaración Americana sobre los derechos sociales.

Agrega el autor citado que la Convención Americana sobre Derechos Humanos se refiere a la Declaración Americana en el Preámbulo y en el artículo 29.d), pero esta norma alude no sólo a la Declaración, sino también a “*otros actos internacionales de la misma naturaleza*”. Y entre estos actos puede incluirse a la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales.

Concluye el mencionado jurista que de tal modo la Carta de la Organización de los Estados Americanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales forman un conjunto normativo que, pese a las diferencias en cuanto a la naturaleza jurídica de los diversos instrumentos que lo componen, es preciso estudiar sistemática y globalmente y en el cual cada uno de estos textos se explica y adquiere su plena significación en la consideración de los otros<sup>126</sup>.

Cabe aclarar que el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales también integra el conjunto normativo precitado.

Para influir en la Declaración Universal de Derechos Humanos, especialmente durante las últimas etapas de discusión del proyecto, los representantes latinoamericanos se basaron en su propia experiencia de redacción y adopción de dos documentos regionales sobre derechos humanos, durante el mismo año de la Declaración Universal. Uno de los documentos fue la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales, cuyos 38 artículos orgánicos tratan detalladamente sobre los derechos inherentes al trabajo, siguiendo los intereses recogidos por la Organización Internacional del Trabajo hasta ese momento. La adopción de la Carta ofrece más pruebas de la fortaleza del compromiso regional general con los derechos económicos, sociales y culturales en 1948<sup>127</sup>.

En el mismo sentido, Krsticevic sostiene que la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales puede servir de instrumento interpretativo de los derechos y garantías plasmados en otros instrumentos convencionales americanos<sup>128</sup>.

<sup>126</sup> Gros Espiell, Héctor, “Estudios sobre Derechos Humanos II”. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Editorial Civitas, Madrid, 1988, p. 110/111.

<sup>127</sup> Carozza, Paolo G., “La perspectiva histórica del aporte latinoamericano al concepto de los derechos económicos, sociales y culturales”, en “Los derechos económicos, sociales y culturales en América Latina. Del invento a la herramienta”, Alicia Ely Yamin (coordinadora), Centro Internacional de Investigaciones para el Desarrollo, Asociación Pro Derechos Humanos, Plaza y Valdez Editores, Primera Edición 2006, México, p. 55/56.

<sup>128</sup> Krsticevic, Viviana, “La tutela de los derechos sociales en el sistema interamericano”, en ob. cit. en la nota 127, p. 173/174, nota 13.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos aplicó la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales para el control de la normativa interna<sup>129</sup>.

En esa línea, por aplicación del art. 29.d) de la Convención Americana, la Carta Internacional Americana de Derechos Sociales constituye uno de los referentes interpretativos del alcance de los derechos consagrados en el Pacto de San José de Costa Rica, teniendo en cuenta que corresponde otorgar prevalencia a una hermenéutica sistemática, teleológica y evolutiva, que tenga en cuenta el contenido normativo más favorable para la protección del ser humano, en el caso, el trabajador y el objeto y fin de garantizar efectivamente sus derechos humanos.

La eficacia jurídica de la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales ha sido reconocida por nuestro más Alto Tribunal<sup>130</sup>.

Con posterioridad, el Supremo Tribunal Federal destaca que la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales fue adoptada por los Estados americanos al mismo tiempo y en el mismo marco en que fueron adoptadas la Carta de la Organización de los Estados Americanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, relación esta por la cual, además, la primera debe servir para la adecuada interpretación y el desarrollo de las normas de esta última, i.e., la Declaración Americana (Gros Espiell, Héctor, “Estudios sobre derechos humanos II, IIDH/Civitas, Madrid, 1988, p. 110). La mencionada Carta tuvo por objeto “declarar los principios fundamentales que deben amparar a los trabajadores de toda clase y constituye el *mínimum* de derechos de que ellos deben gozar en los Estados Americanos, sin perjuicio de que las leyes de cada uno puedan ampliar esos derechos o reconocerles otros más favorables” (art. 1)<sup>131</sup>.

Esta doctrina fue expresamente ratificada por la Corte Suprema en una reciente sentencia<sup>132</sup>.

Por las razones expuestas, los jueces y tribunales argentinos deberán tener en cuenta la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales a fin de efectuar el control de convencionalidad en los casos pertinentes sometidos a su consideración.

<sup>129</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay, OEA/Ser.L/V/II.71. doc. 19 rev. 1, cap. VI, A, B.e y C.

<sup>130</sup> C.S.J.N., Fallos: “Aerolíneas Argentinas S.A.”, sent. cit. en la nota 10.

<sup>131</sup> C.S.J.N., “Ascuá c/Somisa”, sent. cit. en la nota 40.

<sup>132</sup> C.S.J.N., “Asociación de Trabajadores del Estado”, sent. cit. en la nota 26.