



Autores: Hitters, Juan Carlos

Título: Algo más sobre el llamado "Pacto de Costa Rica" y su influencia en el derecho argentino ( La Convención Americana como derecho interno del sistema argentino)

Revista Jurídica Argentina La Ley, 1990-D, 1059

Documento disponible para consulta y descarga en la Biblioteca Digital y Repositorio Institucional de la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires. [<http://repositorio.scba.gov.ar>]

Consultas a [repositorio@scba.gov.ar](mailto:repositorio@scba.gov.ar)



Esta obra está bajo licencia 2.5 de Creative Commons Argentina. Atribución-No comercial-Sin obras derivadas 2.5

# Algo más sobre el llamado "Pacto de Costa Rica" y su influencia en el derecho argentino (La Convención Americana como derecho interno en el sistema argentino)

Hitters, Juan Carlos

## I. Tratados internacionales. Incorporación y jerarquía

Según la Constitución argentina, los tratados tienen la misma jerarquía que la ley [\(1\)](#), e integran el derecho nacional, pero quedan supeditados a la Carta Magna, por ello el art. 27 dispone que "El gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de los tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución". A su vez el art. 67, inc. 19, le atribuye al Congreso la potestad de aprobar o no los mismos. Sin embargo en la realidad el acto aprobatorio se manifiesta a través de una ley, aunque ésta sólo lo es en sentido formal, dado que su integración al orden jurídico no siempre se produce --como veremos-- por su sanción, promulgación y publicación, ya que su entrada en vigor opera desde el momento que el tratado lo indique, expresa o tácitamente. Téngase presente que según el art. 86, inc. 14 del referido ordenamiento superlegal, es el presidente quien maneja las relaciones exteriores, por lo que dicho funcionario tiene las facultades de firmar y concluir las convenciones internacionales [\(2\)](#).

Es necesario abordar dos problemas distintos, por un lado, saber cómo ingresan estos instrumentos internacionales al derecho argentino, lo que hace a un tema relativo a las fuentes; y por otro, qué lugar ocupan los mismos en la pirámide jurídica, que tiene que ver con su jerarquía dentro del orden normativo.

En lo que hace al último campo, quedó dicho que según la Constitución el derecho internacional --sea consuetudinario o convencional-- está por debajo de aquélla.

La Corte Suprema siguiendo en este sentido a su similar estadounidense [\(3\)](#) ha señalado que un tratado puede ser derogado o modificado por una ley posterior y que el mismo prevalece sobre una ley anterior. Tal solución no puede objetarse desde el punto de vista interno, aunque, por supuesto que el Estado asume la responsabilidad internacional que esto pueda significar.

Consideramos --parafraseando en esto al constitucionalista Germán Bidart Campos-- que el tratado tiene prioridad sobre la ley, por los fundamentos que brevemente expondremos. En efecto, si partimos de la hipótesis de un tratado anterior y de una ley posterior, deben convenir que ésta no puede contradecirlo, porque un país no tiene facultades para alterar unilateralmente dicho acto convencional, a menos que denuncie el mismo. Si el tratado es posterior, también prevalece por ser la última expresión de la voluntad normativa del Estado. Ello significa en definitiva que el derecho convencional siempre tiene preeminencia sobre el acto legislativo [\(4\)](#).

En lo que hace a su recepción en el sistema interno, algunos piensan que recién se produce cuando es ratificado por el Poder Ejecutivo<sup>(5)</sup>, mientras que otros sostienen que sólo hace falta su aprobación por el Congreso, sin más formalidad <sup>(6)</sup>. Hay que aclarar que una cosa es la incorporación de los mismos al campo doméstico, que se origina --por regla-- por su ratificación por el ejecutivo (art. 86, inc. 14, Constitución Nacional); y otra su entrada en vigor, que se origina de la manera y la fecha que en él se disponga o que acuerden los Estados negociadores; y a falta de manifestación expresa de voluntad, "tan pronto como haya constancia del consentimiento de todos los Estados intervinientes en obligarse por el tratado" (art. 24, incs. 1° y 2°, Convención de Viena). Ello significa que la entrada en vigor de este tipo de instrumento, marca el momento en que el mismo adquiere fuerza obligatoria <sup>(7)</sup>.

En suma, los pasos corrientes para la gestación de un tratado, son los siguientes: 1) negociación (por el poder ejecutivo); 2) firma (por el poder ejecutivo); 3) aprobación (por el Congreso); 4) ratificación, por el poder ejecutivo <sup>(8)</sup>.

Por ello, en el sistema constitucional argentino el tratado se incorpora al ámbito local recién cuando es ratificado por el poder ejecutivo, previa aprobación por el Congreso; sin perjuicio de las responsabilidades internacionales que le puede corresponder al gobierno, en caso de que el referido documento, luego de firmado, no sea confirmado por el Parlamento; y entra en vigor de la manera y en la fecha que él disponga.

## II. Autoejecutividad de la Convención. Jurisprudencia

### 1. Generalidades

Tal cual quedó dicho, la Constitución argentina es decimonónica, y por ende --obviamente-- no hace referencia alguna al llamado Pacto de San José (Adla, XLIV-B, 1250), aunque el elenco de los derechos protegidos por esa Carta Magna, tiene una gran similitud con el de la Convención. Tampoco, y por el mismo motivo, hay alusión expresa a los Pactos internacionales sobre derechos humanos, ni a la prioridad que deberían tener ese tipo de convenciones con respecto a las normas internas <sup>(9)</sup>.

### 2. La jurisprudencia

#### i) Generalidades

Para hacer una breve referencia al sistema argentino, será conveniente analizar algunos fallos, sobre todo de la Corte Suprema de la Nación, que en este aspecto han cubierto el vacío constitucional.

Para que la Convención sub examine resulte útil, debe penetrar en el derecho interno, y ser aplicada por los tribunales locales. Además para que el esquema sea realmente satisfactorio deviene imprescindible que el hombre, es decir la persona, pueda reclamar per se las prerrogativas que le confieren las disposiciones internacionales. El éxito del Pacto radica en que sus dispositivos normativos se apliquen directa e inmediatamente, sobre la base del modelo monista, como se deduce del art. 1° de la Convención de marras. Ello así considerando que el sistema de protección transnacional de las libertades del hombre, es subsidiario, es decir, juega si los Estados violan los derechos humanos.

Corresponde dejar en claro también que la circunstancia de que un tratado haya sido ratificado por la Argentina, no significa que sea inmediatamente aplicable, ya que para que sus reglas tengan operatividad tienen que ser self executing, y no meramente programáticas.

La Corte Suprema de la Nación ha entendido que si del texto del tratado se deduce la intención de las partes que sus reglas sean autoejecutables, y si sus preceptos no necesitan adaptación alguna, son --en principio-- inmediatamente operativas [\(10\)](#).

Algún precedente ha sostenido que una convención internacional se incorpora al derecho doméstico por su ratificación por el Congreso, y que las normas acordadas con la intención de tener inmediata vigencia, la poseen sin necesidad de otro acto interno o externo. Añade dicho fallo que por la igual jerarquía que la Constitución le reconoce a los tratados y a las leyes, aquéllos derogan a las disposiciones legislativas anteriores [\(11\)](#).

#### ii) La postura de la Suprema Corte de la Nación. Conclusiones

El más alto tribunal del país se ha ocupado de la autoejecutividad de la Convención Americana de Derechos Humanos, en pocos pero importantes fallos, de los que puede deducirse que para este organismo, dicho instrumento internacional, no es self executing, conclusión que no compartimos.

En el caso Campillay [\(12\)](#), ese cuerpo jurisdiccional no receptó la postura de la operatividad del derecho de réplica o rectificación y respuesta [\(13\)](#) aunque dejó abierta una importante brecha en este sentido en el consid. 4° in fine, al aplicar el art. 13, inc. 1° de la Convención, en lo que hace a la libertad de pensamiento y expresión [\(14\)](#). En dicha sentencia uno de los magistrados, votó en disidencia, opinando que si bien no era aplicable al asunto en examen el referido tratado, por ser posterior a los hechos allí ventilados, "ha sido incorporado a nuestro derecho interno, conforme a lo normado por el art. 31 de la Constitución Nacional, mediante la aprobación por el art. 1° de la ley 23.054... cuyos arts. 13 y 14 protegen la libertad de pensamiento y de expresión y el derecho de rectificación o respuesta, respectivamente"[\(15\)](#).

En el caso E.F.E., sub ac intestato [\(16\)](#), la Corte adhiriendo in totum al dictamen del Procurador General de la Nación, sostuvo [\(17\)](#), en opinión que tampoco compartimos que del art. 2° de la Convención debe inferirse que los derechos protegidos por ella deben ser específicamente incorporados al sistema interno de los Estados partes, mediante las disposiciones legislativas o de otra índole que deberán adoptarse con arreglo a los procedimientos constitucionales de cada país.

En el caso Sánchez Abelenda dicho alto tribunal resolvió que el art. 14, inc. 1° del Pacto de San José, es meramente programático [\(18\)](#). Este asunto fue sometido luego a la Comisión Internacional de Derechos Humanos, por el afectado, sin que haya tenido aún resolución.

Recuérdese que tal cual lo pusimos de relieve, si bien esta cuestión hace al derecho interno, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dejado claro en su 7ª Opinión Consultiva, que en principio las reglas del Pacto de San José de Costa Rica, son autoejecutables, salvo contadas excepciones (véase 7ª Opinión Consultiva).

Para considerar que una cláusula es meramente programática, no es suficiente con que la misma se refiera a la "ley", para que pierda autoejecutividad, dado que la remisión que el art.

14, inc. 1 de la Convención, hace a una norma legislativa, apunta a la forma y modo que el afectado puede pedir la rectificación, y no a la existencia de tal potestad tal cual lo ha remarcado la Corte Interamericana en el asunto aludido.

La doctrina argentina, si bien no es unánime, en su mayoría (19) considera que por regla (20), la Convención Americana sobre derechos Humanos es self executing (21).

Para finalizar no será ocioso reiterar que en general los tratados sobre derechos humanos, deben ser autoejecutables, para que el individuo, pueda por sí reclamar ante los órganos nacionales e internacionales. En lo que hace a la Convención Americana, el tribunal de este sistema regional ha dejado aclarado que la misma es en principio autoejecutiva, salvo algunas excepciones. Acotó en la 7ª Opinión Consultiva, que gozan de esta calidad la mayoría de los preceptos del pacto, conforme lo adelantamos.

Puede decirse que salvo los arts. 13, inc. 5, 17, inc. 4, 17, inc. 5, 19, 21, inc. 3 y 26, que resultan programáticos; los restantes son self executing, y la remisión que algunos puedan hacer a la ley, no significa por sí, que no resulten operativos, pues es, como en el caso del art. 14, inc. 1, la referencia a la norma legislativa lo es solo para fijar las modalidades de aplicación, pero no como condición de vigencia del derecho allí reconocido.

El art. 2º del Pacto, debe interpretarse en concordancia con el art. 1º, que es el eje de todo el sistema.

La Corte Suprema de la Nación, ha sentado el criterio de la programaticidad de la Convención, postura, que pensamos deberá revisarse, pues no es la que se adapta a los cimientos rectores del instrumento internacional bajo análisis, ni a la jurídica del Tribunal Supranacional de Costa Rica.

Especial para La Ley. Derechos reservados (ley 11.723).

(1)Artículo 31.

(2)GUTIERREZ POSSE, Hortensia D.T., "Los derechos humanos y las garantías", ps. 52 y 53, Buenos Aires.

(3)Ello así tomando en consideración que el citado art. 31 hunde sus raíces en el derecho angloamericano (internacional law is part of the law of the land) y muy particularmente en el art. 6º, inc. 2 de la Constitución de los EE.UU. (DE LA GURDIA, Ernesto, DELPECH, Marcelo, "El derecho de los tratados y la Convención de Viena", p. 510, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1970).

(4)BIDART CAMPOS, Germán, "Tratado elemental de derecho constitucional argentino", t. I, p. 104, Ed. Ediar, 1986.

(5) BIDART CAMPOS, t. II, ob. citada.

(6) CNFed. Contencioso administrativo, sala IV, abril 19-985, Rev. LA LEY, t. 1987-A, p. 323.

(7) DE LA GURDIA, Ernesto, DELPECH, Marcelo, "El derecho de los tratados y la convención de Viena", p. 240, ob. citada.

(8) BIDART CAMPOS, t. II, p. 282, ob. cit. Sin embargo, como bien dice este autor, hay tratados a los que se puede adherir sin haberlos firmado ni negociado, y hay otros que prevén su vigencia, con la firma, sin necesidad de ratificación.

(9) Pese a ello en el dictamen preliminar presentado por el ex Consejo para la Consolidación de la Democracia, tendiente a modificar la Constitución, se insistió --equivocadamente a nuestro modo de ver-- en que el actual art. 27 debía mantener su redacción, en el sentido de que el derecho internacional, esté en una grada inferior a la Carta Magna; contrariando así el sistema moderno perfilado en las nuevas constituciones.

(10) Caso, Quebrachales Fusionados, S.A. c. Capitán, armadores y dueños de vapor nacional Aguila, publicado en Fallos: t. 150, p. 84.

(11) CNFed., Contencioso administrativo, sala IV, abril 18-985, comentado por Oscar W. Aquilar Caravia. Rev. LA LEY, t. 1987-A, 323. El citado autor, sobre la base del referido pronunciamiento, entiende que la regla del "solve et pro repetet" ha quedado derogada por el art. 8º, inc. 1º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Otra sentencia ha puntualizado que no puede desconocerse que el Pacto de San José de Costa Rica es un tratado que tiene un doble efecto: a) obligar internacionalmente al Estado por el compromiso contraído; b) formar parte de nuestro derecho interno a partir de su ratificación..." (CNCiv., sala D, febrero 27-987, "Sánchez Abelenda, Raúl c. Ediciones de la Urraca, S.A.", Rev. LA LEY, t. 1987-C, p. 137). Este fallo fue revocado por la Corte Suprema Nacional.

(12) Campillay, Julio c. La Razón y otros, del 15/5/86, publicado en Rev. LA LEY, t. 1986-C, p. 411, comentado por Atilio A. Alterini y Aníbal Filipini, bajo el título, "La responsabilidad civil derivada de la difusión de noticias inexactas: acto ilícito o acto abusivo". Se trató de una demanda contra un diario, donde se reclamaron daños y perjuicios originados por la publicación de noticias, que el reclamante consideró falsas. El decisorio de primera instancia hizo lugar a la pretensión, lo que fue confirmado por la alzada, mas la Corte revocó el fallo, y desestimó la acción.

(13)Lo atinente al derecho de rectificación o respuesta, y en paralelo al de la autoejecutividad del Pacto, fue materia de varios pronunciamientos judiciales y de muchos artículos doctrinarios. Así la CNFed. Civ., sala D, en el caso Sánchez Abelenda, en un decisorio del 27/2/87 (Rev. LA LEY, t. 1987-C, p. 135), señaló --en criterio que no compartimos-- que el art. 14 del Pacto de San José de Costa Rica, "forma parte de nuestro derecho interno, aunque con carácter programático, lo cual no implica que no sea derecho vigente" (ver nota 11). La misma sala en un fallo del 21/3/86 había dicho que el derecho de respuesta contemplado en el art. 14 de la Convención "deberá ser reglamentado para ser considerado derecho positivo" (E.D., t. 119, p. 375).

(14)ALBANESE, Susana, "Operatividad y programaticidad de las cláusulas de los tratados internacionales", Rev. LA LEY, t. 1987-C, p. 977.

(15)Voto del doctor Fayt, Rev. LA LEY, t. 1986-C, p. 417.

(16)Decidido el 9/6/87 y publicado en Rev. LA LEY, t. 1987-D, p. 333, comentado por Fernando BARRANCOS Y VEDIA, Fernando, con el título, "La Corte Suprema de Justicia y la operatividad de las normas del Pacto de San José de Costa Rica en el orden jurídico interno".

(17)No estamos de acuerdo con esta pauta general que sienta la Corte sobre programaticidad de la Convención, aunque en el caso particular decidido, la solución es justa, ya que se trataba de una demanda donde se requería la equiparación de los hijos matrimoniales con los extra matrimoniales, en los términos del art. 17, inc. 5° del Pacto, con anterioridad a la vigencia de la ley 23.264 (Adla, XLV-D, 3581). Ello así, porque, como ya lo señalamos, el art. 17, inc. 5°, es justamente uno de los pocos programáticos del tratado de marras. Dicho tribunal puntualizó en otro fallo que el derecho a la intimidad consagrado en la Constitución argentina, está complementado por el art. 11, incs. 2° y 3°, "que han sido incorporado a nuestro orden jurídico por la correspondiente ratificación legislativa del Pacto" (in re Capalbo, Carlos A., del 29-886). Añadió en otro decisorio, que "La necesaria tutela del matrimonio, de la maternidad, y en síntesis, de la familia, ha sido consagrada por la Convención Americana..." (in re Del Papa Liliana B., del 20/3/89).

(18)In re Sanchez Abelenda, Raúl c. Ediciones de la Urraca del 1/12/88. Este fallo fue criticado por Germán Bidart Campos (E.D., Boletín del 21/11/89). Cabe señalar que dicha sentencia se fundó en un precedente de dicho Tribunal, donde falló en el mismo sentido (in re Costa, Héctor c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, C-752 XIX y C-753 XIX, consid. 16, del voto de la mayoría y consid. 11 del voto del doctor Caballero).

(19)EKMEKDJIAN, Miguel A., "El derecho a la dignidad. La libertad de prensa y el derecho de réplica", en Rev. LA LEY, t. 1987-C, ps. 135-139. Idem ALBANESE, ob. cit, ps. 975 y sigts., ídem GUTIERREZ POSSE, Hortensia D.T., "Los derechos humanos y las garantías", ps. 55 y 56, ob cit, entre otros. MORELLO por su parte estima que "al igual que el amparo en su época fundacional, es posible, de modo directo, el ejercicio de tal defensa imprescindible para el afectado, sin encasillar el registro del Pacto, en este aspecto, en lo meramente programático" (ver Prólogo que el citado autor hizo a la obra de BALLESTER, Eliel C., "El derecho de respuesta. Réplica. Rectificación", p. 201, Ed. Astrea, 1987, ídem, mismo publicista: "El Pacto de San José de Costa Rica y su influencia en el derecho argentino (en torno a algunas parcelas)", E. D., boletín núm. 7365, del 10/11/89, p. 2.

(20)BIDART CAMPOS, estima que el art. 14, inc. 1° de la Convención no es autoejecutable, porque la misma norma remite a la "ley" (véase nota fallo, Rev. LA LEY, t. 1986-E, p. 214. Dicho autor añade que cuando un Estado no dicta las normas pertinentes para hacer operativas las cláusulas programáticas produce una violación por omisión (Véase de ese publicista, "Algunas reflexiones sobre las cláusulas económico-sociales y el control de constitucionalidad", en Revista de la Asociación Argentina de Derecho Comparado, p. 54, núm. 2, Buenos Aires, 1978.

(21)La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires ha dejado en claro que la revisión judicial de las decisiones administrativas constituyen un principio amparado por la Convención Americana (in re Pizzagalli, Eduardo, del 28/10/86). Añadiendo en otro pronunciamiento que la justa indemnización, en caso de expropiación está amparada por el art. 21, inc. 2 de la Convención (in re, Urquiza María I. del 14/5/85).

Puede decirse que salvo los arts. 13, inc. 5, 17, inc. 4, 17, inc. 5, 19, 21, inc. 3 y 26, que resultan programáticos; los restantes son self executing, y la remisión que algunos puedan hacer a la ley, no significa por sí, que no resulten operativos, pues es, como en el caso del art. 14, inc. 1, la referencia a la norma legislativa lo es sólo para fijar las modalidades de aplicación, pero no como condición de vigencia del derecho allí reconocido.

El art. 2° del Pacto, debe interpretarse en concordancia con el art. 1°, que es el eje de todo el sistema.

La Corte Suprema de la Nación, ha sentado el criterio de la programaticidad de la Convención, postura, que pensamos deberá revisarse, pues no es la que se adapta a los cimientos rectores del instrumento internacional bajo análisis, ni a la jurídica del Tribunal Supranacional de Costa Rica.

