H. Convención Nac. Constituyente
MESA DE ENTRADAS
24 JUN 1994
SEC. TC N° 1254 H° 14

Convención Nacional Constituyente

PROYECTO DE REFORMA DE LA CONSTITUCION NACIONAL

LA H. CONVENCION NACIONAL CONSTITUYENTE, SANCIONA:

ART. UNICO: Modifícase el artículo 67, inciso 19 de la Constitucion Nacional, Segunda Parte, Titulo Primero, Sección Primera, Capítulo Cuarto, "Atribuciones del Congreso", de acuerdo a la habilitación prevista por el punto I del art. 3ro. de la Declaración Legislativa 24.309, el cual queda redactado de la siguiente manera:

Aprobar o desechar los tratados concluidos con las demás naciones, y los concordatos con el estado Vaticano. Los tratados internacionales que regulen materias relativas a derechos fundamentales se entenderán como identificatorios de los derechos no enumerados a los que se refiere el artículo 33 de esta Constitución y por tanto, gozarán de jerarquía constitucional. Los tratados que proponen medidas de acción positiva para remediar situaciones discriminatorias de hecho, obligan al gobierno nacional a adoptarlas e integrarlas a su política general antidiscriminatoria. Los tratados relativos al derecho de la integración en materia de derechos fundamentales, económicos, políticos o sociales podrán establecer, en la medida exigida por la integración, el ejercicio de competencias derivadas de esta Constitución en cabeza de organismos o instituciones internacionales creados por los mismos tratados. El Congreso de la Nación establecerá por Ley, para el caso de las minorías y grupos específicos, qué órganos estarán procesalmente legitimados para actuar judicialmente en defensa de los derechos fundamentales referidos.

CLAUDIA BELLO
CONVENCIONAL CONSTITUYENTE
CAPITAL

ANTECEDENTES

Barra, Rodolfo C.; "Constitucionalización de los derechos fundamentales reconocidos por el ordenamiento internacional", dictamen formulado en especial para la *Subcomisión de Estudios para la Reforma de la Constitución en Materia de Tratados Internacionales del Gobierno de la Provincia de Buenos Aires* integrada por los Dres. Barra, Cavagna Martínez, Herrendorf, Hitters e Isola; marzo 4 de 1994.

FUNDAMENTOS

SUMARIO:

I- LOS DERECHOS DE LA NUEVA GENERACION DE POSTGUERRA; II.- LOS DERECHOS Y GARANTIAS FRENTE AL DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO; III.- LOS DERECHOS DEL HOMBRE FRENTE A LA HISTORIA DEL DERECHO; IV.- LA FILOSOFIA DEL INDIVIDUALISMO; V.- LOS SERES HUMANOS COMO PUNTO DE PARTIDA; VI.- LOS SISTEMAS JURIDICOS INTERNACIONALES; VII.- DERECHOS ESPECIFICOS; VIII.- ESTADO DE LAS RATIFICACIONES DEL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLITICOS; IX.- ESTADO DE LAS RATIFICACION DEL PROTOCOLO FACULTATIVO DEL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLITICOS; X.- ESTADO DE LAS RATIFICACIONES DEL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONOMICOS SOCIALES Y CULTURALES; XI.- INFORMES DEL COMITE DE DERECHOS HUMANOS Y DEL COMITE PARA LA ELIMINACION DE LA DISCRIMINACION RACIAL; XII.- COMITE PARA LA ELIMINACION DE LA DISCRIMINACION RACIAL - INFORMES; XIII.- DERECHOS "HACIA ADENTRO" Y DERECHOS "HACIA AFUERA"; XIV.- EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS; XV.- LA DISCUSION DE LA VIGENCIA "HACIA ADENTRO"; XVI.- EL SUBSIDIO NORMATIVO DEL DERECHO INTERNACIONAL; XVII.- LEGITIMACION PROCESAL DE LAS GARANTIAS; XVIII.- LA INCIDENCIA DE FACTORES EXTERNOS; XIX.- EL CASO "FIBRACA" Y UN REQUIEM PARA EL CONCEPTO CLASICO DE SOBERANIA; XX.- MUNDIFICACION DEL DERECHO INTERNO: LOS PASOS PREVIOS; XXI.- LA FUERZA DE LA LEY; XXII.- OTRO DESTINO PARA LA VIEJA SOBERANIA; XXIII.- DISTRIBUCION ARBITRARIA DEL PODER SOBERANO; XXIV.- EL DERECHO A VIVIR MANCOMUNADOS; XXV.- LAS EXEQUIAS DE LA SOBERANIA; XXVI.- DERECHOS HUMANOS LIMITADOS POR FRONTERAS; XXVII.- ANACRONISMO PERTINAZ DE LAS IDEAS; XXVIII.- RESGUARDO DE LAS INDEPENDENCIAS NACIONALES; XXIX.- SENTIDO HISTORICO DE LA SENTENCIA

Sr. Presidente:

Es el interés más firme de esta Convención obtener un nuevo status constitucional para los tratados en materia de derechos humanos y de la integración, situación sobre la cual nuestro país está en deuda con la comunidad internacional. Sin un abordaje serio del problema no será posible que se integre el estado argentino con otros bloques regionales.

Haremos una síntesis de la doctrina más notable que los académicos argentinos han desarrollado en torno al tema.

I.- LOS DERECHOS DE LA NUEVA GENERACION DE POSTGUERRA

Hay doctrina que califica a los derechos del hombre con diversos adjetivos que procuran acentuar su importancia, su carácter inalienable, su valiosidad.

Entre esos adjetivos han sido y siguen siendo muy usados, por ejemplo, los de innatos, inherentes, inmutables, naturales, imprescriptibles, universales. Todos ellos

apuntan a significar que esos derechos, por ser "del hombre" son de todo ser humano, de todos los seres humanos, en todo el mundo, en cualquier estado, siempre, universalmente.

Lo cierto es que no en todo el mundo ni en cualquier estado todos los hombres han gozado y gozan de sus derechos, por lo que las adjetivaciones antes mencionadas no se traducen sin más en su vigencia sociológica, ni coinciden necesariamente con las conductas.

Tienen el sentido de señalar una especie de imperatividad, para algunos solamente moral, para otros también jurídica, que exige -a favor de todos los hombres, en todas partes y siempre- el reconocimiento y el disfrute de los derechos calificados tan enfáticamente.

De entre todos los adjetivos hemos de prestar atención al de "universales", que adviene al hablar de la universalidad de los derechos.

Con estas palabras se quiere señalar que a partir del siglo XVIII, especialmente con la independencia y la revolución americana de las colonias inglesas (después los Estados Unidos de América) y con la revolución francesa (procesos de los años 1776, 1787 y 1789 respectivamente) cobra curso el ya conocido constitucionalismo moderno, y se ponen en boga las declaraciones de derechos.

El movimiento que de allí arranca adquiere gran difusión en el mundo, tan grande que alguien lo ha comparado con el que tuvo en su hora la recepción del derecho romano en los países de cultura occidental [1].

Pues bien, sociológicamente cabe hablar, en relación con este fenómeno, de una universalización de las declaraciones de derechos y de los derechos mismos, al menos en su expresión normativa, en cuanto cundió la costumbre de inscribirlos solemnemente en las constituciones escritas de la época posterior.

Universalización, o universalidad de los derechos quiere decir, entonces, que se vuelve general en el mundo -más bien habría que decir: en los estados del mundo- la adopción imitada de las primeras declaraciones de derechos.

El mimetismo revela una ósmosis o penetración cultural del modelo primitivo, un contagio y, para algunos, una especie de copia o reproducción. Lo cierto es que a esa universalización la acompaña una fuerte valoración colectiva en favor de los derechos formulados normativamente en la forma solemne ya aludida.

Por supuesto que, dada la época, se trataba de los derechos conocidos como de la primera generación, o sea los clásicos derechos civiles y políticos, que por entonces

[1] Cf. Herrendorf, Daniel E.; "El Derecho Internacional de los Derechos Humanos", Ed. Unión de Universidades de América Latina, 1991.

recibieron también el nombre de derechos públicos subjetivos y de derechos individuales.

Hasta aquí, la mentada universalización equivale al hecho de que en los estados que participaron de la recepción del modelo constitucionalista ofrecido a partir de fines del siglo XVIII, las constituciones escritas incorporaron una declaración de derechos.

Pero la difusión general de ese hábito escriturario o normativo no pasó de lo recién apuntado: cada estado en su derecho interno acogió la imitación, formulando en sus textos constitucionales un catálogo de derechos del hombre

Cuando de inmediato digamos lo que entendemos por internacionalización de los derechos podremos comprobar la diferencia que media entre la universalización y la internacionalización.

II.- LOS DERECHOS Y GARANTIAS FRENTE AL DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO

La internacionalización, que no aparece hasta despuntar la segunda mitad de este siglo XX, no es un fenómeno que, como el otro, acontezca cerradamente y por imitación cultural en el ámbito o en la jurisdicción de cada estado y de muchos. Acontece en el plano internacional, como propio del derecho internacional público, aunque desde él se filtra al ámbito estatal interno.

Que los derechos humanos se internacionalizan tiene el siguiente significado:

a) que el problema de los derechos ya no es de exclusivo resorte de cada estado en su jurisdicción interna, sino ademas y también del derecho internacional público;

b) que el derecho internacional público se ocupa y preocupa de ellos;

c) que se hacen parte de lo que se ha dado en llamar *el bien común internacional*, o sea, que la comunidad internacional considera que un requisito para la paz radica en el respeto interno de los derechos por parte de cada estado;

d) que el derecho internacional formula su propia declaración de derechos en documentos internacionales, como el de Naciones Unidas de 1948, y como los numerosos tratados, pactos y convenciones internacionales los cuales podrán tener un rango constitucional especial de mediar una adecuada reforma constitucional. Los instrumentos más importantes serán mencionamos más adelante, y vienen proliferando a gran escala.

Y significa todavía algo y mucho más: que en el derecho internacional público se acelera la tendencia a crear organizaciones, no ya entre estados, sino "por encima de" los estados que ingresan a ellas.

Estas organizaciones se denominan supraestatales o supranacionales, hasta llegar a contar algunas con un tribunal o un organismo que de alguna manera controla si en los estados que forman las organizaciones supraestatales se producen violaciones a los derechos reconocidos internacionalmente.

Por fin, el hombre mismo ha adquirido la calidad de un sujeto del derecho internacional, no solo por todo lo ya dicho en cuanto a que ese derecho le reconoce derechos personales dentro de su esfera, sino sobre todo porque el hombre puede llevar denuncias o quejas ante las organizaciones supraestatales, alegando que el estado al que pertenece ha lesionado sus derechos en transgresión a la obligación internacional de respetarlos y defenderlos. Y esas organizaciones supraestatales juzgan si ha habido o no violación.

III.- LOS DERECHOS DEL HOMBRE FRENTE A LA HISTORIA DEL DERECHO

¿En qué queda entonces la noción de la historicidad de los derechos humanos con estos fenómenos de la universalización y la internacionalización de los mismos?

Conviene recordar que damos por cierta la idea de que la forma como se plasman los derechos humanos, tanto en su formulación normativa cuanto en su vigencia sociológica, es histórica. Recordemos que es la cultura propia de cada sociedad en cada tiempo histórico la que colorea plásticamente a los derechos del hombre que en ella convive y se sitúa.

El hombre es persona por sí mismo, siempre, y en todas partes, pero sus derechos están cargados de historicidad porque dependen de la situación de lugar y de época, de la cultura, de las creencias, de las valoraciones sociales; y todo esto se hunde en la realidad de una circunstancia histórica.

Parece, entonces, que la noción de la historicidad de los derechos está reñida y es incompatible con la de su universalidad o universalización, porque esta última haría pensar que siempre, en todo tiempo, en todo lugar, el hombre y todos los hombres tienen los mismos derechos, inmutables, universales, inalienables, sin ninguna conexión con el ambiente o el medio en que esos hombres coexisten y conviven.

Parece, también, que si el derecho internacional público obliga a los estados a reconocer y respetar unos derechos que se declaran e imponen mediante documentos y tratados internacionales a los que los estados tienen que acatar, esos derechos formulados normativamente para todos los hombres en cualesquiera estados del que formen parte, tampoco admiten como carácter su historicidad.

Todo ello porque lo histórico no es inmutable, lo histórico sucede, se transforma, cambia, retrocede o progresa, acumula cargas del pasado y anticipa proyectos del futuro en

el hoy, en el presente.

Al repasar lo que tematizamos como universalidad e internacionalización podemos dar convergencia a una idea común a ambas expresiones, que sintoniza -y no discrepa- con la noción de la historicidad de los derechos.

Universalizar los derechos es admitir que todos los hombres siempre y en todas partes deben gozar de "unos" derechos porque el hombre es persona. Internacionalizar los derechos es hacer exigible en virtud del derecho internacional público que todo estado reconozca "unos" derechos a todos los hombres, también porque el hombre es persona.

Cuando puntualizamos "cuáles" y "cómo" son esos derechos que precedimos con el vocablo "unos", la historicidad de "cuáles" son y de "cómo" son, se recupera. Y se recupera porque el contorno social dentro del cual conviven los hombres en el mundo, dentro de cada sociedad, de cada estado, de cada tiempo, de cada cultura, es el que da expresión histórica a sus derechos, sobre la base de cual es la situación, de cuales son las valoraciones sociales, de cuales son las pretensiones colectivas, de cuales son las posibilidades concretas, de cual es el proyecto de vida comunitario. Aunque los derechos se consideren "los mismos", no son siempre iguales en el modo de su realización.

Y que esto es así, y que ni la universalización ni la internacionalización de los derechos admiten ser pensadas como referidas a derechos teóricos que flotan en el aire, y que pertenecen a hombres ideales, abstractos y descarnados, lo pone muy en evidencia el fenómeno también histórico de que desde el comienzo del constitucionalismo moderno hasta hoy - en dos siglos- hubo primero unos derechos de la primera generación (civiles y políticos), después se sumaron otros de la segunda generación (sociales, económicos y culturales), y hoy asoman los de una tercera generación (derecho a la paz, al desarrollo, a la preservación del medio ambiente).

Al menos en las valoraciones sociales, y en las normas que las traducen, se advierte un avance, una sumatoria, unos añadidos que, en vez de indicar retrocesos, señalan un itinerario en curso, que se alarga, se ensancha y acrece.

El sistema histórico de derechos humanos a fines del siglo XX, es más amplio, más generoso, más abarcador que el primitivo. ¿No es ello indicio de historicidad?

Por detrás de todo esto, y sin dejar de lado la base reivindicatoria de los derechos, que radica en la personalidad y la dignidad del hombre, visualizamos a las necesidades humanas de cada lugar y tiempo historicos como el arsenal donde se incuban las creencias y las valoraciones en torno de los derechos; las pretensiones para su reconocimiento, defensa y promoción; y los estímulos que en doscientos años vienen acusando su línea progresiva.

IV.- LA FILOSOFIA DEL INDIVIDUALISMO

En términos de filosofía personalista, estamos en condiciones de afirmar que se ha mundializado lo más arcano, lo más íntimo con lo que cuenta una persona: su dignidad; y con ella sus derechos múltiples a tenerla y gozarla cabalmente. Constitucionalizar lo que se ha mundializado e internacionalizado, equivale a que la Argentina comience a escribir desde adentro y hacia afuera la historia mundial de la dignidad.

¿Qué implica esta mundialización? Ya sabemos lo que significa en términos gnoseológicos: que se ha mundializado el conocimiento de los derechos humanos, que en todo el mundo todos "saben" cuales son sus derechos, aunque por ahora no siempre gocen de ellos.

Pero hay que dar un paso más. La mundialización del concepto ha enraizado al concepto con el mundo, es decir: ya nos parecería inconcebible "un" mundo -cualquier mundo- "sin" derechos humanos. De otro modo: los derechos humanos forman parte de la esencia de eso que llamamos "mundo". Por eso hablamos de la "mundificación" de los derechos, que es como decir la mundificación de lo propiamente humano.

¿Y por qué mundificación? Porque el proceso implica la "cosificación" de esos derechos junto con esa otra "cosa" material que es el planeta. Cuando ahora nos referimos al mundo, no nos estamos refiriendo solamente a un planeta de la Via Láctea que ejerce cierto movimientos, etc.- Salvo que lo hagamos en términos astronómicos.

Desde las ciencias sociales, el "mundo" es una porción de tierra donde hay dignidad, libertad, seguridad, que forman parte estructural de ese mundo y sin los cuales el pedazo de tierra se convertiría en "una banda de ladrones", como decía San Isidro de Sevilla al referirse a los reinos sin justicia.

V.- LOS SERES HUMANOS COMO PUNTO DE PARTIDA

El derecho internacional de los derechos humanos se sitúa en el campo del derecho internacional público. Sea que fuere una parte de él, o un desprendimiento independiente y autónomo -cuestión que ahora no viene al caso- lo cierto es que existe, ha cobrado auge, y data de fecha muy próxima.

Se lo puede ubicar a partir de la creación de las Naciones Unidas, o sea, al fin de la segunda postguerra; desde 1945 en adelante, el derecho internacional ha asumido para sí, para su jurisdicción, para sus organismos, para los tribunales supraestatales o transnacionales, el problema de los derechos del hombre.

Ha comprendido que para el orden y la paz internacionales el hombre debe ver respetados sus derechos dentro de cada estado cuya población compone. Es un sesgo inusitado, porque el derecho internacional común, general, o clásico, encaraba solamente relaciones entre estados, de estado a estado. Alguna vez dijimos: desde la puerta de un estado hacia afuera, hasta la puerta de otro estado o de otros, también hacia afuera.

Hoy eso se mantiene, porque los tratados sobre derechos humanos también muestran este tipo de relación, pero se introducen dentro de los estados que se hacen parte de ellos con una modalidad muy peculiar: la de obligarlos internamente, ademas de internacionalmente (frente a la comunidad internacional) a reconocer y tutelar los derechos que los tratados consignan.

Con esto, aparte del muy especial modo de vinculación y responsabilidad internacionales que va implicado en estos tratados, la persona humana investida por ellos de derechos que debe gozan dentro de cada estado del cual es integrante, se ha convertido en un sujeto del derecho internacional, o en otras palabras en un sujeto con personalidad internacional muy sui generis.

Antes, solo eran sujetos del derecho internacional los estados, y algunas entidades que no eran personas físicas (el Vaticano, la Iglesia Católica, los organismos internacionales, etc.).

Que la persona humana sea ahora un sujeto del derecho internacional significa que los estados ya no retienen ni recluyen con exclusividad dentro de su jurisdicción interna la posibilidad de situar al hombre de cualquier manera y a su puro arbitrio dentro de la comunidad política que integra.

Esto se debe comprender con mucha claridad. Antes, el derecho internacional no se hacía cargo de cual fuera ese modo de situación política de los hombres dentro del estado cuya población formaban. Tal problema quedaba exclusivamente a cargo de la jurisdicción interna de cada estado, por manera que correspondía a la llamada jurisdicción "reservada" de los estados.

Cuando actualmente el derecho internacional de los derechos humanos ha asumido para la jurisdicción internacional el mismo problema de como es y como debe ser el modo de situación política del hombre en el estado cuya población compone, corresponde a aclarar debidamente que:

a) Tal fenómeno no implica sustraer totalmente el problema a la jurisdicción interna de los estados; pero

b) sí quiere decir que el mismo problema ya no es de su jurisdicción interna "exclusiva" o "reservada" porque

c) la jurisdicción interna de los estados (que ya no es exclusiva ni reservada) subsiste

como jurisdicción interna, pero

d) con el carácter de ser una jurisdicción interna concurrente con la jurisdicción internacional.

De este diagrama surge que ya los estados no pueden ignorar, desconocer ni oponerse al derecho internacional de los derechos humanos, porque la competencia que invisten para regular los derechos humanos en su jurisdicción interna (no exclusiva ni reservada, sino compartida con la jurisdicción internacional) debe ejercerse de modo compatible con el derecho internacional de los derechos humanos.

Por ahora, entonces, han de quedar bien puntualizadas dos cosas:

a) que resolver la cuestión de los derechos de cada hombre que hace parte de la población de un estado ya no es una cuestión que cada estado pueda decidir a su gusto y preferencia, porque tienen que resolverla en forma acorde con el derecho internacional de los derechos humanos;

b) que a partir del momento en que el derecho internacional de los derechos humanos ingresa al derecho interno de un estado, ese derecho internacional apareja y proyecta en el derecho interno un doble deber:

b') internacional de frente al derecho internacional;

b") interno, hacia adentro del estado, que consiste en el ya señalado de respetar en la jurisdicción interna los derechos de las personas sujetas a esa misma jurisdicción.

Precisamente es este deber interno el que, cuando queda incumplido o violado, engendra para el estado el deber internacional de asumir responsabilidad internacional por el incumplimiento o la violación. Por esta razón resulta un gesto de gran nobleza internacional con el mundo civilizado que la nueva constitución de la Argentina incorpore como propio al derecho internacional de los derechos humanos.

Hemos entonces de concluir con una afirmación global y genérica que, como principio, resulta cierta: Los tratados internacionales sobre derechos humanos reconocen derechos al hombre, a la persona humana, a la persona física.

Solo por excepción lo hacen a favor de entidades colectivas (por ejemplo, asociaciones sindicales, o cuando aluden a la autodeterminación de los "pueblos").

Cuando se refieren lexicalmente a las "minorías", en realidad están invistiendo de derechos a cada ser humano que forma parte de una minoría. Igual reflexión cabe hacer si atendemos a las fórmulas que se refieren a la familia.

Cabría agregar que, filosóficamente, no es posible hablar en el derecho de otra cosa que no sean los individuos.

En estricta lógica, solo los individuos existen. Por razones de organización, están insertos en una nación y decimos que forman parte de un pueblo. también decimos que forman parte del grupo de "las mujeres", o "los niños", o "los arquitectos", o "los homosexuales", o "los dementes". Pero estas calificaciones y cuantificaciones son juicios a posteriori, prácticos para las ciencias sociales e hijos de la sociología.

Estas calificaciones -como ninguna otra cosa- no pueden hacer una partición en la esencia óntica de la individualidad y la indivisibilidad de la vida, que siempre es individual, única, intransferible, propia, intransmisible.

Esta aprioridad kantiana de la vida es lo que Ortega -glosando a los existencialistas de este siglo- ha llamado "la realidad radical".

"La vida humana es una realidad extraña, de lo cual lo primero que conviene decir es que es la realidad radical, en el sentido de que a ella tenemos que referir todas las demás, ya que las demás realidades, efectivas o presuntas, tienen de uno u otro modo que aparecer en ella" [2].

Es por esto muy elogiable que los derechos humanos estén a tono con la filosofía existencialista y admitan que lo único que "existe", en sentido fenomenológico, es la vida como una realidad. Sus cuantificaciones son otra cosa muy diversa, y que no añaden nada a nuestro problema.

Por ejemplo, cuando nos referimos a cualquier entidad colectiva no debe interesarnos como grupos objeto de estadísticas, dictámenes y normas. Antes bien, debe interesarnos cada uno de ellos, cada persona, porque cada quien que pertenece a una minoría segregada está viviendo su vida trágicamente y con dolor. Ese dolor y esa tragedia no son colectivas: las vive cada uno en su alma y en su espíritu con una intensidad solamente individual.

Y regresando ahora al problema como problema jurídico: cuando pensamos en el goce "individual" de los derechos podemos constatarlo con suficiente claridad en los tratados que contienen un plexo de derechos civiles y políticos. Son los clásicos derechos del hombre. No de "todos los hombres", sino de "cada uno de los hombres".

No obstante, cabe añadir que los tratados, en cuanto derecho internacional de los derechos humanos, son un derechos que se llama "mínimo", y que está abierto a ampliaciones, es decir que, al adjudicar derechos solamente al hombre, no impiden que otras fuentes (internas, y también internacionales) los reconozcan también a sujetos

[2] ORTEGA Y GASSET, José; *Historia como sistema y otros ensayos*; Ed. Alianza, Madrid 1981. Cf. especialmente el ensayo que da nombre a la obra, "Historia como sistema", pag. 13. Cf. también, COSSIO, Carlos; *Radiografía de la Teoría egológica del Derecho*, Ed. Depalma, Buenos Aires 1987; HERRENDORF, Daniel E.; *Introducción a la fenomenología egológica*, Ed. Depalma, Buenos Aires 1987.

diferentes de la persona física.

Si es sabido que los derechos humanos son derechos del hombre, y que el hombre es el elemento primario y básico de la sociedad y del estado, no tendría coherencia reconocer derechos a entidades grupales si primero no se le reconocieran al hombre que es su origen y que las forma, en tanto si es coherente reconocerlos al hombre para, de allí en más, proyectarlos después a otras titularidades.

Es obvio agregar que la focalización de los derechos en el hombre tampoco se desmiente cuando los pactos especifican algunos derechos en cabeza del niño, o del ciudadano, o de la mujer, porque estamos siempre ante situaciones subjetivas que solamente protagonizan los seres humanos.

No existe, pues, contradicción entre tales menciones y la titularidad genérica -bien que individual, singular, y subjetiva- de los derechos en todos los seres humanos y en cada uno de ellos.

VI.- LOS SISTEMAS JURIDICOS INTERNACIONALES

Conviene acentuar ahora algunos perfiles importantes del derecho internacional de los derechos humanos.

Su fuerza y su vigor resaltan cuando se admite, como lo hace buena parte de la doctrina internacionalista, que el derecho internacional de los derechos humanos se integra con normas que, en el derecho internacional, son "ius cogens"; "ius cogens" significa que una norma es inderogable, es imperativa, es indisponible.

Conforme a ello, ni un tratado internacional, ni el derecho interno de un estado, pueden dispensar del cumplimiento de las normas que integran ese "ius cogens". Se parece, entonces, a un orden público que ninguna voluntad -ni concertada, ni unilateral- puede contrariar.

En otro aspecto, se sostiene asimismo que los derechos humanos hacen parte de los principios generales del derecho internacional público, con el efecto que en todo ordenamiento jurídico surten sus principios generales.

Si hacemos una comparación con el derecho interno, en el que la constitución escrita de cada estado ocupa el vértice supremo de una pirámide jurídica, podemos decir que en el vértice del derecho internacional público se sitúan los derechos humanos, integrantes del "ius cogens" y de los principios generales del derecho internacional.

La simetría se vuelve más visible en la comparación del derecho interno y el

internacional cuando, en el derecho interno, la constitución suprema (que encabeza al derecho interno) también contiene a los derechos humanos.

Sintonizados de ese modo el derecho interno con el derecho internacional, hay buena base para afirmar que entre el primero y el derecho internacional de los derechos humanos existe afinidad y compatibilidad, lo cual despeja muchos inconvenientes en orden a la posible contradicción entre uno y otro, y facilita la incorporación de estados a un sistema internacional de derechos humanos.

Se advierte, de este modo, que tan importante resulta una constitución democrática que da contenido a los derechos, como un derecho internacional de los derechos humanos con cuya filosofía de base la constitución guarda concordancia.

Queda por añadir que en el derecho internacional de los derechos humanos se organizan jurisdicciones "supranacionales" o supraestatales a cargo de organismos y tribunales que, como existen en el sistema europeo y en el interamericano (en este último, por el *Pacto de San José de Costa Rica*), pueden conocer y hasta decidir cuestiones promovidas por personas o grupos particulares que denuncian ante tales organismos haber sido víctimas de violación de uno o más derechos por parte de un estado que se ha hecho parte de un tratado internacional de derechos humanos y que ha acatado la jurisdicción supraestatal de los mismos organismos y tribunales internacionales.

VII.- DERECHOS ESPECIFICOS

Acabamos de ver cual es la ubicación de los derechos humanos en el derecho internacional público.

Lo que de inmediato se nos pone por delante es saber cuales son esos derechos.

Hay que tener en cuenta que la *Carta de Naciones Unidas* hace alusión a los derechos y libertades fundamentales, pero no los enumera, no dice cuales son, no contiene un catálogo ni una declaración.

En un primer momento, pues, la cuestión queda librada al debate. Actualmente, dicho debate parece estar concluido, porque a poco de la fecha de la sanción de la *Carta de Naciones Unidas* se pudo saber cuales eran esos derechos y libertades fundamentales a los que ella hacía referencia.

Es así como en 1948 la Asamblea de las Naciones Unidas aprobó y emitió una declaración: La *Declaración Universal de los Derechos del Hombre*. Este listado provenía de un organismo de las mismas Naciones Unidas a las que pertenece la Carta.

Se dijo entonces que esa declaración de derechos, aun siendo internacional o universal, no era obligatoria, y solo revestía un valor moral o indicativo. Esa discusión también termino cuando, veinte años después, la *Declaración de Teherán* le asignó a la Declaración Universal carácter obligatorio.

Pero si todavía fuera poco, casi desde igual momento se redactaron tratados y pactos internacionales cuyo alcance obligatorio y vinculante es innegable para los estados que se hacen parte en ellos por ratificación o adhesión.

Sin hacer largas reseñas, nos limitamos a citar tres de esos tratados que ahora vienen a cuento en razón de este carácter que estamos enunciando; dos son de Naciones Unidas del año 1966, y el tercero es del sistema interamericano del año 1969.

Los de Naciones Unidas, de carácter universal, son el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, el *Protocolo Facultativo* del mismo Pacto, y el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*; el interamericano es regional, y se denomina *Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica*. Asimismo, se estableció un *Comité de Derechos Humanos* y un *Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial.*

Como cada uno de los tratados mencionados contiene un listado general de derechos, libertades y garantías puede afirmarse con toda seguridad que ahora ya se sabe cuales son los derechos y libertades fundamentales a los que, sin mencionarlos, hacía -y hace- referencia la *Carta de Naciones Unidas.*

Son los contenidos en los tratados internacionales sobre derechos humanos, que guardan correspondencia con la anterior *Declaración Universal* que de ellos hizo Naciones Unidas en el año 1948.

VIII.- ESTADO DE LAS RATIFICACIONES DEL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLITICOS

Adoptado por la Asamblea General de la ONU EL 16 de diciembre de 1966.
Entrada en vigor : 23 de marzo de 1976, según el art. 49 para todas sus disposiciones con excepción del art. 41. Dicho art. 41 entro en vigor el 28 de marzo de 1979 (art. 41 par. 2). [3]

PARTICIPANTES	FIRMA	RATIFICACION

[3] FUENTE: ONU, *Treaty Series*, vol. 999, pag. 171.

		Adhesión (a)
Afganistán		24 ene 1983 (a)
Africa Central R.		8 may 1981 (a)
Alemania R.D	27 mar 1978	8 nov 1973
Alemania R.F.	9 oct 1968	17 dic 1973
Argelia	10 dic 1968	
Argentina	19 feb 1968	8 ago 1986
Australia	18 dic 1972	13 ago 1980
Austria	10 dic 1973	10 set 1978
Barbados		5 ene 1973 (a)
Bélgica	10 dic 1968	21 abr 1983
Bielorrusia	19 mar 1968	12 nov 1973
Bolivia		12 ago 1982 (a)
Bulgaria	8 oct 1968	21 set 1970
Camerún		27 jun 1984 (a)
Canadá		19 may 1976 (a)
Colombia	21 dic 1966	29 oct 1969
Congo		5 oct 1983 (a)
Corea		14 set 1981 (a)
Costa Rica	19 dic 1966	29 nov 1968
Checoslovaquia	7 oct 1968	23 dic 1975
Chile	16 set 1969	10 feb 1972
China		
Chipre	19 dic 1966	2 abr 1969
Dinamarca	20 mar 1968	6 ene 1972
Dominicana, Rep		4 ene 1978 (a)
Ecuador	4 abr 1968	6 mar 1969
EE.UU	5 oct 1977	
Egipto	4 ago 1967	14 ene 1982
El Salvador	21 sep 1967	30 nov 1979
España	28 set 1976	27 abr 1977
Filipinas	19 dic 1966	
Finlandia	11 oct 1967	19 ago 1975
Francia		4 nov 1980 (a)
Gabón		21 ene 1983 (a)
Gambia		22 mar 1979 (a)
Guinea	28 feb 1967	24 ene 1978
Guyana	22 ago 1968	15 feb 1977
Holanda	25 jun 1969	11 dic 1978
Honduras	19 dic 1966	
Hungría	25 mar 1969	17 ene 1974
India		10 abr 1979 (a)

Irán	4 abr 1968	24 jun 1975
Iraq	18 feb 1969	25 ene 1971
Irlanda	1 oct 1973	
Islandia	30 dic 1968	22 ago 1979
Israel	19 dic 1966	
Italia	18 ene 1967	15 sep 1978
Jamaica	19 dic 1966	3 oct 1975
Japón	30 may 1978	21 jun 1979
Jordania	30 jun 1972	28 may 1975
Kampuchea	17 oct 1980	
Kenya		1 may 1972 (a)
Liberia	18 abr 1967	
Libia		15 may 1970(a)
Libano		3 nov 1972 (a)
Luxemburgo	26 nov 1974	18 ago 1983
Madagascar	17 set 1969	21 jun 1971
Malí		16 jul 1974 (a)
Marruecos	19 ene 1977	3 may 1979
Mauricio		12 dic 1973 (a)
México		23 mar 1981(a)
Mongolia	5 jun 1968	18 nov 1974
Nicaragua		12 mar 1980 (a)
Noruega	20 mar 1968	13 set 1972
Nueva Zelandia	12 nov 1968	28 dic 1978
Panamá	27 jul 1976	8 mar 1977
Peru	11 ago 1977	28 abr 1978
Polonia	2 mar 1967	18 mar 1977
Portugal	7 oct 1976	15 jun 1978
Reino Unido	16 set 1968	20 may 1976
Ruanda		16 abr 1975 (a)
Rumania	27 jun 1968	9 dic 1974
San Vicente y Granada		9 nov 1981 (a)
Senegal	6 jul 1970	13 feb 1978
Siria		21 abr 1969 (a)
Sri Lanka		11 jun 1980 (a)
Suecia	29 set 1967	6 dic 1971
Surinam		28 dic 1976 (a)
Tanzania		11 jun 1976 (a)
Togo		24 may 1984 (a)
Trinidad Tobago		21 dic 1978 (a)
Túnez	30 abr 1968	18 mar 1969
Ucrania RSS	20 mar 1968	12 nov 1973
URSS	18 mar 1968	16 oct 1973

Uruguay	21 feb 1967	1 abr 1970
Venezuela	24 jun 1969	10 may 1978
Vietnam		24 set 1982 (a)
Yugoslavia	8 ago 1967	2 jun 1971
Zaire		1 nov 1976 (a)
Zambia		10 abr 1984 (a)

IX.- ESTADO DE LAS RATIFICACION DEL PROTOCOLO FACULTATIVO DEL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLITICOS

Adoptado en la Asamblea General de la ONU el 16 de diciembre de 1966.
Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976. según el art. 9no. - [4]

PARTICIPANTE	FIRMA	RATIFICACION Adhesión (a)
Africa Central		8 may 1981 (a)
Argentina		8 ago 19864
Austria		10 dic 1973
Barbados		5 ene 1973 (a)
Bolivia		12 ago 1982 (a)
Camerún		27 jun 1984 (a)
Cañada		19 may 1976 (a)
China		
Colombia	21 Dic 1966	29 oct 1969
Congo		5 oct. 1983 (a)
Costa Rica	19 dic 1966	29 nov 1968
Chipre	19 dic 1966	
Dinamarca	20 mar 1968	6 ene 1972
Dominicana, Rep.		4 ene 1978 (a)
Ecuador	4 abr 1968	6 mar 1969
El Salvador	21 Set 1967	
Filipinas	19 dic 1976	
Finlandia	11 dic 1967	19 ago 1975
Francia		17 feb 1984 (a)
Guinea	19 mar 1975	
Holanda	25 jun 1969	11 dic 1978

[4] FUENTE: ONU, *Treaty Series*, vol. 999, pag. 171.

Honduras	19 dic 1966	
Islandia		22 ago 1979 (a)
Italia	30 abr 1976	15 set 1978
Jamaica	19 dic 1966	3 oct 1975
Luxemburgo		18 ago 1983 (a)
Madagascar	17 set 1969	21 jun 1971
Mauricio		12 dic 1973 (a)
Nicaragua		12 mar 1980 (a)
Noruega	20 mar 1968	13 set 1972
Panamá	27 jul 1976	8 mar 1977
Peru	11 ago 1977	3 oct 1980
Portugal	1 ago 1978	3 may 1983
San Vicente y Granada		9 nov 1981 (a)
Senegal	6 jul 1970	13 feb 1978
Suecia	29 set 1967	6 dic 1971
Surinam		28 dic 1976 (a)
Trinidad Tobago		14 nov 1980 (a)
Uruguay	21 feb 1967	1 abr 1970
Venezuela	15 nov 1976	10 may 1978
Zaire		1 nov 1976 (a)
Zambia		10 abr 1984 (a)

X.- ESTADO DE LAS RATIFICACIONES DEL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONOMICOS SOCIALES Y CULTURALES

Adoptado por la Asamblea General de la ONU el 26 de diciembre de 1966.

Entrada en vigor: 3 de enero de 1967, según el art. 27. [5]

PARTICIPANTE	FIRMA	RATIFICACION Adhesión (a) Sucesión (d)
Afganistán		24 ene 1983 (a)
Africa Central		8 may 1981 (a)
Alemania R.D.	27 mar 1973	8 nov 1973
Alemania R.F.	9 oct 1968	17 dic 1973
Argelia	10 dic 1968	
Argentina	19 feb 1968	8 ago 1986

[5] FUENTE: ONU, *Treaty Series*, vol. 999, pag. 9

Australia	18 dic 1972	10 dic 1980
Austria	10 dic 1973	10 set 1978
Barbados		5 ene 1973 (a)
Bélgica	10 dic 1968	21 abr 1983
Bielorrusia	19 mar 1968	12 nov 1973
Bolivia		12 ago 1982 (a)
Bulgaria	8 oct 1968	21 sep 1970
Camerún		27 jun 1984 (a)
Cañada		19 may 1976 (a)
Colombia	21 dic 1966	29 oct 1969
Congo		5 oct 1983 (a)
Corea		14 set 1981 (a)
Costa Rica	19 dic 1966	29 nov 1968
Checoslovaquia	7 oct 1968	23 dic 1975
Chile	16 set 1969	10 feb 1972
China		
Chipre	9 ene 1967	2 abr. 1969
Dinamarca	20 mar 1968	6 ene 1972
Dominicana Rep .		4 ene 1978 (a)
Ecuador	29 set 1967	6 mar 1969
EE.UU.	5 oct. 1977	
Egipto	4 ago 1967	14 ene 1982
El Salvador	21 sep 1967	30 nov 1979
España	28 sep 1976	27 abr 1977
Filipinas	19 dic 1966	7 jun 1974
Finlandia	11 oct 1967	19 ago 1975
Francia		4 nov 1980 (a)
Gabón		21 ene 1983 (a)
Gambia		29 dic 1978 (a)
Grecia		16 may 1985 (a)
Guinea	28 feb 1967	24 Ene 1978
Guyana	22 ago 1968	15 feb 1977
Holanda	25 jun 1969	11 dic 1978
Honduras	19 dic 1966	17 feb 1981
Hungría	25 mar 1969	17 ene 1974
India		10 abr 1979 (a)
Irán	4 abr 1968	24 jun 1975
Iraq	18 feb 1969	25 ene 1971
Irlanda	1 oct 1973	
Islandia	30 dic 1968	22 ago 1979
Islas Salomon		17 mar 1982 (d)
Israel	19 dic 1966	
Italia	18 ene 1967	15 sep 1978

Jamaica	19 dic 1966	3 oct 1975
Japón	30 may 1978	21 jun 1979
Jordania	30 jun 1972	28 may 1975
Kampuchea	17 oct 1980	
Kenya		1 may 1972 (a)
Liberia	18 abr 1967	
Libia		15 may 1970 (a)
Libano		3 nov 1972 (a)
Luxemburgo	26 nov 1974	18 ago 1983
Madagascar	14 abr 1970	22 set 1971
Malí		16 jul 1974 (a)
Malta	22 oct 1968	
Marruecos	19 ene 1977	3 may 1979
Mauricio		12 dic 1973 (a)
México		23 mar 1981 (a)
Mongolia	5 jun 1968	18 nov 1974
Nicaragua		12 mar 1980 (a)
Noruega	20 mar 1968	13 set 1972
Nueva Zelandia	12 nov 1968	28 dic 1978
Panamá	27 jul 1976	8 mar 1977
Peru	11 ago 1977	28 abr 1978
Polonia	2 mar 1967	18 mar 1977
Portugal	7 oct 1976	31 jul 1978
Reino Unido	16 set 1968	28 may 1976
Ruanda		16 abr 1975 (a)
Rumania	27 jun 1968	9 dic 1974
San Vicente y Granada		9 nov 1981 (a)
Senegal	6 jul 1970	13 feb 1978
Siria		21 abr 1969 (a)
Sri Lanka		11 jun 1980 (a)
Suecia	29 set 1967	6 dic 1971
Surinam		28 dic 1976 (a)
Tanzania		11 jun 1976 (a)
Togo		24 may 1984 (a)
Trinidad Tobago		8 dic 1978 (a)
Túnez	30 abr 1968	18 mar 1969
Ucrania RSS	20 mar 1968	12 nov 1973
URSS	18 mar 1968	16 oct 1973
Uruguay	21 feb 1967	1 abr 1970
Venezuela	24 jun 1969	10 may 1978
Vietnam		24 set 1982 (a)
Yugoslavia	8 ago 1967	2 jun 1971
Zaire		1 nov. 1976 (a)

Zambia	10 abr 1984 (a)

XI.- INFORMES DEL COMITE DE DERECHOS HUMANOS Y DEL COMITE PARA LA ELIMINACION DE LA DISCRIMINACION RACIAL

Examen de los informes presentados por los Estados Partes de conformidad con el art. 40 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. [6]

Afganistán	CCPR/C/31 /Add 1 - 7 mayo 1985
España	CCPR/C/32/ Add 3 - 15 agosto 1984
Finlandia	CCPR/C/32/Add 7 -18 julio 1985
Francia	CCPR/C/22/Add 4 -30 enero 1984
Gambia	CCPR/C/10/Add 12-30 agosto 1984
Gr. Bretaña e Irlanda del Norte	CCPR/C/32/Add 5-4 diciembre 1984
Luxemburgo	CCPR/C/31/Add 2-15 julio 1985
Nueva Zelandia	CCPR/C/10/Add 13-15 diciembre 1984
Panamá	CCPR/C/4/Add 8-30 enero 1984
Panamá	CCPR/C/4/Add 8/Rev. 1-17 mayo 1984
Panamá	CCPR/C/4/Add 9-5 febrero 1985
Rep. Dominicana	CCPR/C/6/Add 100 - 15 agosto 1984
Rep. Popular del Congo	CCPR/C/36/Add 1-25 abril 1985
RSS de Ucrania	CCPR/C/32/Add 4-4 octubre 1984
Trinidad y Tobago	CCPR/C/10/Add 9-3 mayo 1984
Túnez	CCPR/C/28/Add 5-8 mayo 1985
URS de Bielorrusia	CCPR/C/28/Add 4-7 agosto 1984
URSS	CCPR/C/28/Add 3-4 mayo 1984

XII.- COMITE PARA LA ELIMINACION DE LA DISCRIMINACION RACIAL - INFORMES

Examen de los informes presentados por los estados parte de conformidad con el art. 9no. de la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial.[7]

Australia	CERD/C/115/Add 3-2 septiembre 1985

[6] FUENTE: United Nations - Center of Human Rigths. Información adicional puede ser solicitada a Palais des Nations, 1211/ Ginebra 10/ Suiza.

[7] FUENTE: United Nations - Center of Human Rigths. Información adicional puede ser solicitada a Palais des Nations, 1211/ Ginebra 10/ Suiza.

Cañada	CERD/C/107/Add 8-4 noviembre 1985
Cuba	CERD/C/131/Add 4-19 septiembre 1985
China	CERD/C/126/Add 1-24 junio 1985
Filipinas	CERD/C/118/Add 30 -31 octubre 1985
Finlandia	CERD/C/132/Add `-21 octubre 1985
Ghana	CERD/C/118/Add 28 -5 junio 1985
Jamaica	CERD/90///Add 12-5 febrero 1985
Malí	CERD/C/105/Add 7-6 junio 1985
México	CERD/C/115/Add 1coorr. 1-24 enero 1985
Países Bajos	CERD/C/131/Add 7-4 diciembre 1985
Rep. de Africa Central	CERD/C/117/Add 5-24 febrero 1985
Senegal	CERD/C/106/Add 14-21 octubre 1985
Sri Lanka	CERD/C/126/Add 2-12 septiembre 1985
Suecia	CERD/C/131/Add 2-6 junio 1985
Túnez	CERD/C/118/Add 27-6 junio 1985

XIII.- DERECHOS "HACIA ADENTRO" Y DERECHOS "HACIA AFUERA"

Es bueno para comprender cabalmente estas nociones preliminares sobre el derecho internacional de los derechos humanos, insistir en la doble faz que presenta.

En esa duplicidad, hay una faz internacional y otra faz interna.

La faz internacional muestra, a su vez, dos costados:

a) En primer lugar, en la fuente, que es internacional porque se integra con tratados internacionales;

b) En segundo lugar, en el compromiso y la responsabilidad que tales tratados implican para los estados que se hacen parte en ellos por ratificación o adhesión, vinculándose obligatoriamente al sistema de derechos instituidos por los mismos tratados, y a todos los otros estados y organismos internacionales comprometidos en ellos.

La faz interna exhibe el fenómeno de que esos tratados entran o ingresan al derecho interno de los estados que los ratifican o que les prestan adhesión.

Las dos faces se unen entrañablemente e indisolublemente. Cuando un estado se hace parte en uno o más tratados de derechos humanos, asume internacionalmente el compromiso, la obligación, y la responsabilidad de cumplirlo.

Ese cumplimiento internacionalmente exigible es, a la vez y simultáneamente, exigible

internamente en su jurisdicción propia, porque precisamente el no cumplirlo internamente desencadena la responsabilidad internacional.

Aquí parece lo curioso del perfil del derecho internacional de los derechos humanos: los estados se obligan internacionalmente a hacer efectivo internamente (en sus respectivas jurisdicciones) el cumplimiento de estos tratados. ¿Y esto qué quiere decir?

Que estos tratados, cuando por ratificación o adhesión de un estado entran a formar parte de su derecho interno, invisten directamente a cada hombre que forma la población de ese estado, o que está sometido a su jurisdicción, con la titularidad de los derechos y libertades reconocidos en el tratado de que se trate.

La responsabilidad internacional de un estado que incumple la obligación - internacional e interna- de hacer efectivos esos derechos en favor de los hombres que forman su población, se acentúa cuando queda abierta y expedita la posibilidad de que el hombre acuse al estado ante un organismo o un tribunal supraestatal (internacional) por haberle violado uno o más derechos reconocidos en esos tratados.

XIV.- EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

En el derecho internacional público existe un principio según el cual ningún estado puede hacer valer u oponer sus normas internas para desobligarse de un tratado, o para incumplirlo, o para evadir su responsabilidad internacional por no cumplirlo. Como lo señalamos anteriormente, este principio está explícitamente consignado en la *Convención de Viena* sobre derecho de los tratados.

En otras palabras, el principio quiere significar que para el derecho internacional ninguna norma interna de los estados le es superior jerárquicamente.

Ningún estado puede alegar -por ejemplo- frente al derecho internacional que su constitución, por ser suprema, le confiere fundamento para incumplir un tratado opuesto a esa constitución. Y mucho menos lo puede alegar respecto de sus normas internas inferiores a la constitución.

Quiere decir que cuando en el derecho interno de un estado su constitución o sus leyes tiene prelación sobre los tratados, tal prelación no sirve en el ámbito internacional porque en el derecho internacional el principio es otro. Hay, pues, una discordancia básica entre ese derecho interno y el derecho internacional.

Por eso, entre el derecho internacional y el interno no dejan de producirse fricciones en torno de la ubicación jerárquica de uno respecto al otro.

Muchas constituciones hacen derivar de su supremacía y de su rigidez, la noción de que los tratados son inferiores a la constitución y deben estar de conformidad con ella, y no a la inversa. Otras constituciones -las menos- erigen al derecho internacional por encima de la misma constitución, o se colocan en un mismo nivel con el. Esto es lo que debemos intentar a partir de la reforma.

Cuando no es así, un tratado discrepante con la constitución puede ser juzgado inconstitucional en sede interna pero , como principio, la superioridad de la constitución como derecho interno que es, no es alegable ni oponible internacionalmente para desligarse del tratado o para no cumplirlo o no respetarlo; por eso, si internamente el tratado es declarado contrario a la constitución o a las leyes, la responsabilidad internacional del estado subsiste, aunque su derecho interno proporcione - también internamente - una solución distinta u opuesta a la del derecho internacional.

Problema parcialmente distinto es el que, después de situar a los tratados por debajo de la constitución, encara cual es su relación con las leyes y con el resto del derecho interno.

El problema decimos que es parcialmente distinto al que se presenta en la relación de los tratados con la constitución porque, en el derecho interno, las leyes son inferiores a la constitución y, al no revestir su rango supremo, ofrecen menor dificultad para situarse también por debajo de los tratados.

Es obvio que si la constitución no puede ser preferida a un tratado a tenor del ya citado principio del derecho internacional, muchísimo menos cabe que las leyes prevalezcan sobre los tratados , y ni siquiera que tengan el mismo rango que ellos. Las leyes siempre deben reputarse inferiores a los tratados, sin que importe la antelación temporal de unas y de otros entre sí.

Cuando este tema de la ubicación jerárquica de los tratados se focaliza en el derecho internacional de los derechos humanos, y se proyecta a la confrontación entre tratados de derechos humanos y derecho interno, cobra inusitada trascendencia un comentario que ya hemos hecho un poco antes. Es el de la importancia que tiene una constitución democrática que contiene derechos personales. Una constitución de ese tipo no suele presentar obstáculo en el derecho interno cuando a éste se incorporan tratados sobre derechos humanos, porque corresponde partir de la presunción de que si constitución y tratados son normas que reconocen derechos, entre una y otros hay afinidad y compatibilización.

Tal simetría es un dato muy útil para interpretar a esa constitución y a esos tratados en forma coherente, armónica y congruente, de modo que en vez de descubrir posibles contradicciones entre ellos, comprenda que se integran y complementan recíprocamente.

Todo cuanto se haga para evitar que en el derecho interno los derechos emergentes de

tratados internacionales sufran disputas so pretexto de estar en discrepancia o en contradicción con aquel derecho interno, es un esfuerzo esmerado y necesario que hemos de hacer para dotar al derecho internacional de los derechos humanos del valor y el efecto que debe reconocérsele para que no se convierta en letra muerta o en declaración vana.

XV.- LA DISCUSION DE LA VIGENCIA "HACIA ADENTRO"

No nos toca entrar en detalle al análisis del modo como el derecho internacional ingresa en el derecho interno de los estados. No obstante, hace falta un breve comentario que surte buen resultado en aplicación al derecho internacional de los derechos humanos.

La importancia de tal resultado se capta bien cuando recordamos que la finalidad de los tratados de derechos humanos se dirige a hacer efectivos en el derecho interno de los estados a los derechos cuya fuente radica en esos mismos tratados, o sea, en el derecho internacional.

Valga decir simplemente que, a nuestro juicio, los tratados entran a formar parte del derecho interno de un estado cuando dicho estado los ratifica o adhiera a ellos.

A partir de la ratificación o la adhesión, el derecho interno recibe al derecho internacional contractual. No hace falta más. A esta postura se la denomina monismo, porque monismo significa unidad de orden jurídico entre el derecho internacional y el interno, de forma que el sistema de fuentes es común.

Por ende, después de la ratificación o la adhesión no es menester que una fuente de derecho interno de recepción en el al tratado, porque éste ya está dentro del derecho interno por virtud de la ratificación o adhesión.

La tesis que exige una ley interna posterior a la ratificación o la adhesión que recoja al tratado y lo incorpore al derecho interno se llama "dualismo". Dualismo significa que el derecho internacional y el interno componen dos ordenamientos distintos, separados e incomunicados entre sí; de ahí que para el dualismo un tratado jamás penetre en el derecho interno si éste no lo recoge a través de una fuente propia.

Acogido el monismo, se comprende sin dificultad que los tratados sobre derechos humanos que por ratificación o adhesión entran al derecho interno de manera directa y automática, también directa y automáticamente invisten de titularidad a los hombres dentro del mismo derecho interno con respecto a los derechos, libertades y garantías que les reconocen a su favor. Nada más hace falta. Y tal es el efecto benévolo que producen al hacer inmediatamente exigible su cumplimiento y efectividad por parte de cada estado en su propia jurisdicción interna, de cuyo ordenamiento jurídico forman parte como tratados que son.

El hecho de que los tratados estipulen que los estados que se hacen parte de él se comprometen y obligan a reajustar su derecho interno de conformidad con el tratado, si es que ya los derechos que éste reconoce no tiene efectividad en el derecho interno, no resulta argumento válido para negar que el tratado ratificado está dentro del derecho interno.

Lo que los tratados dicen en estos casos es que los estados cuyo derecho interno es discrepante con el tratado tienen el deber de tornarlo compatible. Y precisamente tal deber demuestra que, si existe, es porque el tratado se halla formando parte del derecho interno y engendra la necesidad obligatoria de que éste se le reacomode para no discrepar.

Todo ello en orden a cumplir el deber de que se hagan efectivos los derechos contenidos en el tratado dentro de la jurisdicción de cada estado que se ha hecho parte de él.

Siempre con el propósito de impedir que el derecho interno de un estado sea considerado o interpretado en contradicción con los tratados sobre derechos humanos, podemos imaginar varias soluciones posibles.

Una podría ser incluir en la constitución una cláusula que confiera primacía a los tratados internacionales, sea a todos (propuesta de máxima), sea solamente a los tratados sobre derechos humanos (propuesta de mínima).

Otra es la que propiciamos: incorporar una cláusula en lugar de alguna de las dos anteriores, conforme a la cual los tratados internacionales sobre derechos humanos sean reconocidos con igual nivel jerárquico que la constitución.

La tercera vendría a conformarse con establecer en la constitución que los mismos tratados serán superiores a las leyes.

También, como cuarta fórmula, cabe tomar ejemplo de la actual constitución española, y sugerir que la constitución inserte una cláusula según la cual los derechos y libertades en ella declarados se interpretaran de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos.

Acaso sin que tal cláusula figure expresamente en las constituciones, puede inferirse que tratándose de constituciones democráticas e interpretadas en forma dinámica y actualizada, admitan en forma implícita aquel principio entre sus principios generales de hoy.

Por fin, en mancomunidad con la cuarta solución recién diseñada, aparece una quinta, también viable para el caso de las constituciones democráticas. Tal solución consiste en estimar que la cláusula constitucional de los derechos implícitos acoge entre estos a todos

los derivados de tratados internacionales sobre derechos humanos, cuando uno o más derechos contenidos en estos exceden a los enumerados o declarados expresamente en la constitución.

Todas estas soluciones, tal vez susceptibles de escalonarse de mayor a menor, tienden a dar efectividad en el derecho interno al derecho internacional de los derechos humanos.

XVI.- EL SUBSIDIO NORMATIVO DEL DERECHO INTERNACIONAL

Hemos deslizado antes la noción de que el derecho internacional de los derechos humanos tiene carácter mínimo. Se dice también que tiene carácter subsidiario.

Usar el adjetivo "mínimo" no es infravalorarlo. Simplemente es aludir a varias cosas. Entre ellas, las siguientes:

1.- por un lado, mínimo quiere decir que los tratados que contienen un plexo global de derechos solo incluyen los derechos fundamentales, y aun así, en su contenido esencial, primario o básico;

2.- por otro lado, quiere decir que las fórmulas normativas que utilizan tienen un detalle mínimo descriptivo de esos derechos y de su contenido, a fin de que la elasticidad y generalidad lexicales faciliten la ratificación o adhesión del mayor numero de estados posible, de modo que el derecho interno de estos no tropiece con barreras demasiado rígidas, y disponga de suficiente margen reglamentario interno;

3.- finalmente, y de modo algo curioso, el carácter mínimo alude a la mayor amplitud que los referidos tratados ostentan cuando incorporan derechos implícitos, o prescriben que no han de entenderse como negación de otros derechos que surjan del derecho interno (constitución y leyes de los estados), de declaraciones internacionales sobre derechos del hombre, o de otros tratados.

Bien cabe comprender que, por eso, los tratados sobre derechos humanos que reconocen un conjunto general de derechos no deben interpretarse como cerrando una lista taxativa, porque fuera de esa lista queda residualmente un espacio abierto a la maximización del sistema total de derechos personales.

El derecho internacional de los derechos humanos que los pactos asumen y formulan es, pues, mínimo, pero acoge tanto la implicitud de derechos no enumerados como la apertura de la declaración de derechos en un triple campo:

a) el de añadiduras que pueden provenir de enmiendas a los mismos pactos;

b) el de no exclusión de otros derechos emergentes de otros fuentes, internas o internacionales;

c) el de las normas de interpretación a tenor de las cuales deben interpretarse los pactos para no extraer ninguno de sus artículos un criterio destructor de los derechos, o limitativo de ellos en medida mayor que la que esas mismas normas consienten.

Tampoco la naturaleza subsidiaria del derecho internacional de los derechos humanos es un apocamiento de éste.

Tal vez quepa correlacionar lo que es subsidiario con lo que es mínimo.

Subsidiar tiene, en una de sus acepciones, el sentido de ayuda; asimismo, el de suplencia. Ayuda, coopera, colabora, suple, fortalece, auxilia. Y todo ello se entiende asimismo muy bien cuando se recorre la génesis histórica de los derechos: primero comienzan en el ámbito interno de los estados a gestarse y declararse en sus constituciones; simultáneamente, se da el fenómeno de su universalización -que ya hemos estudiado- por la imitación que muchos estados van haciendo recíprocamente de este constitucionalismo originario (desde fines del siglo XVIII); por fin el problema de los derechos ya no queda exclusivamente a cargo del derecho interno porque el fenómeno de su internacionalización implica que también el mismo problema es asumido por el derecho internacional en concurrencia con el derecho interno de los estados.

Esta última etapa es la que permite captar que el derecho internacional de los derechos humanos ha venido en auxilio y colaboración del derecho interno, a darle una nueva cobertura para la tutela de los derechos y una nueva instancia jurisdiccional.

XVII.- LEGITIMACION PROCESAL DE LAS GARANTIAS

Si tantas veces se ha dicho que el derecho no es solamente un conjunto o un sistema de normas o, en forma más simple, que la realidad del derecho no está en la norma, sino en la conducta humana a la que la norma menciona y se refiere o describe, ahora no podrá sorprender que dediquemos muchísima atención al tema sociológico (abarcador de lo político, lo cultural, lo económico) dentro del estudio de los derechos humanos.

Es así porque el derecho como fenómeno social y en su dimensión sociológica depende y necesita de muchísimos condicionamientos materiales (por ejemplo, económicos o tecnológicos) e inmateriales (por ejemplo, de tipo cultural, valorativo, sociológico) para ser como es y como queremos que sea.

Con ello se advierte que el derecho de los derechos humanos sera, en cuanto fenómeno sociológico de conducta humana, de un modo o de otro, favorable o no, según

que condicionamientos o elementos propicios o nocivos estén a disposición de los hombres en el despliegue de sus conductas como fenómenos de su libertad.

A modo solamente introductorio y ejemplificativo, pienses en las posibilidades e imposibilidades de goce, ejercicio y desarrollo del derecho a la vida en una sociedad donde hay bolsones de insalubridad, de hacinamiento habitacional, de falta o escasez de agua corriente, de contaminación del medio ambiente, de ausencia o deficiencia en los servicios eléctricos, sanitarios, de salubridad, en los asistenciales (hospitales, centros de atención de enfermedades, de discapacitados, de niños y ancianos, centros de prevención y rehabilitación), o donde hay epidemias y pestes, o posibilidad de contagio (por ejemplo el SIDA, la fiebre amarilla, el mal de chagas, la viruela, el colera).

O directamente en la realidad descomunal de los migrantes, que ni siquiera cuentan con malos hospitales, con escuelas inútiles ni aguas contaminadas. Porque no tienen nada. Ni miseria.

Piénsese en las posibilidades e imposibilidades de goce, ejercicio y desarrollo del derecho a la educación en una sociedad donde hay analfabetismo, desculturalización, desinterés social por acceder a la instrucción elemental, donde los docentes están mal pagados y carecen de estímulos vocacionales, donde no se fomenta la difusión de la cultura, donde la censura y la autocensura siegan las fuentes creadoras, donde no hay expresión libre, donde el estado fija la orientación ideológica de la enseñanza, etc.-

Por fin, para concluir con las menciones ejemplificativas, piénsese en cuántos derechos (entre ellos los citados a la vida y a la salud, y a la educación, más muchísimos otros) no resultan accesibles en su goce y ejercicio ni en su disponibilidad efectiva cuando la economía de una sociedad está maltrecha, es subdesarrollada, carece de medios suficientes de productividad, exhibe mala e injusta distribución de la riqueza, está dominada egoistamente por sectores pujantes del poder económico, o por la especulación y el afán de lucro desmedido que atrofian la capacidad de trabajo, e impulsa a la gente a migrar porque no quedan alternativas.

Nada o muy poco de todo esto depende de grandilocuentes normas y declaraciones escritas de derechos, ni siquiera cuando se insertan en la constitución formal o en los tratados internacionales.

¿Qué alternativas dejamos a una persona imposibilitada de trabajar, o que cobra un salario miserable, o que debe acumular diversos trabajos en un horario agobiador más que migrar hacia la prosperidad de otros países, si una serie de imposibilidades y dificultades emergentes de malos condicionamientos socioeconómicos y culturales le impide o le estorba encontrar actividad suficientemente remuneratoria , mandar a sus hijos a la escuela o educarse el mismo, atender su salud y la de su familia, disponer de tiempo mínimo y vital para el descanso y el ocio?

Es bueno el planteo realista de estos dramas que acontecen en la vida biográfica de muchos seres humanos para entender acabadamente que no basta con proyectar como plan de convivencia un catálogo de derechos a ser accedidos y gozados por todos, si faltan los acompañamientos necesarios que no vienen dados por las normas sino por la gama plural de marcos y condicionamientos del sistema político en sus totalidad de ámbitos y de subsistemas.

Hemos introducido la palabra "marcos", y la hemos agregado a la ya usada "condicionamientos". Cabe incluir una tercera: "presupuestos". Y todavía otra cuarta: "factores".

Todo este vocabulario: marcos, condicionamientos, presupuestos, factores, alude a perímetros e ingredientes del régimen o sistema político; son el perímetro, y son elementos con que se rodea y de los que se dispone o de los que se está privado; son los ingredientes con que se hace; son las influencias -buenas y malas- que se reciben, que penetran, y que pesan sobre todos.

Allí están los hombres, la cantidad y la densidad de población, la convivencia urbana y rural, la estratificación social, los recursos naturales, la situación geográfica y geopolítica, las formas de producción y distribución de bienes y servicios, el producto bruto interno, la deuda pública, el desarrollo o el subdesarrollo, el potencial energético, los servicios públicos, las formas y capacidades de consumo, el sindicalismo, el poder económico, financiero y empresarial, las formas habitacionales, el ecosistema. Y están, con muchísima más inmaterialidad, la cultura, la educación, las valoraciones sociales, las ideas circulantes, las opiniones públicas, las creencias (religiosas, económicas, sociales, políticas), etc.

Y con un pie en lo material y otro en lo inmaterial están los medios tecnológicos para las comunicaciones sociales por satélite, por radio y televisión, por la prensa, a través del arte, del cine, de las computadoras, de la radiotelefonía, etc.

Véase que efectos multiplicadores, para bien o para mal, como factores favorables o nocivos, juega esta trama indisociable de marcos, condicionamientos, presupuestos y factores del sistema político, y aplíquese la observación a como funcionan en los derechos humanos de cada uno.

Quien extravíe esta visión realista se agotara en un normativismo desencarnado y descarnado que no le dejará comprender nada, o muy poco.

Es cierto que la vida humana y la convivencia social son futurizas, están lanzadas y proyectadas hacia adelante, hacia "lo-por-venir", porque los hombres vivimos optando a cada momento y valorando las opciones que hacemos y la solución que elegimos para

seguir viviendo del modo que creemos mejor para cada uno y para el conjunto.

A la vida se la puede contar o narrar, pero también -como enseñaba Carlos Cossio y, en la misma línea jurídica, enseñan Bidart Campos y Herrendorf- se la puede normar, y las normas "enuncian" la vida como futuro, expresan un proyecto, dicen como quieren vivir los hombres, o a veces como quienes los gobiernan y mandan quieren que vivan.

Las normas expresan el futuro, ese futuro de la vida humana y de la convivencia, que se anticipa y simboliza en ellas. Pero las normas no cobran fuerza social por sí solas y se quedan en proyecto, o se frustran, y con ellas el futuro se realiza y se vive como intensificación de la miseria.

De ahí que haga falta recomponer, mejorar, funcionalizar, optimizar al conjunto de marcos condicionamientos, presupuestos y factores del sistema político, para hacerlo propicio a la vigencia y eficacia de los derechos, para compensar, modificar, superar y sustituir todos los elementos negativos y desfavorables, y para mantener, consolidar, acrecer y alcanzar los positivos y favorables.

Ésta es tarea de la acción humana, de las conductas, de las políticas de bienestar, que no "se hacen" escribiéndolas o formulándolas en normas sino emprendiéndolas como faena.

Mientras tanto, ya lo hemos dicho, las personas que padecen carencias no pueden esperar que las cosas mejores, porque la realidad muestra de modo impeorable que las causas que producen la tal carencia no desaparecen. Y necesitan soluciones para "este momento de ahora". Como dice el Talmud del pueblo hebreo: "¿Si no es aquí, dónde? ¿Si no es ahora, cuándo?

XVIII.- LA INCIDENCIA DE FACTORES EXTERNOS

Un poco convencionalmente podemos decir que los factores de incidencia materiales también pueden disfuncionalizar el goce pleno de los derechos humanos. Veamos:

a) El marco temporal reaparece aquí otra vez, luego de haber sido incluido entre los factores de tipo cultural. Ahora lo vemos como un ámbito; el ámbito temporal, siempre suponiendo el tiempo histórico que es el propio de la vida humana. En el tiempo así captado como un espacio, se conjugan y confluyen el pasado, el presente y el futuro, que convergen en esa realidad radical que es la vida de cada hombre. La temporalidad afecta, indudablemente, a los derechos, que son cosa de la vida humana. Ya hemos visto esto detenidamente al tratar la cuestión de la temporalidad propia del derecho como logos de la conducta, siguiendo las enseñanzas de Bergson, Pucelle y Rouges.

b) El espacio físico o geográfico se une como una coordenada más al marco temporal. Hace a la situación en que también se emplaza la vida humana. Como el espacio físico es el que presta base y asiento a la convivencia social, todo cuanto ocurre dentro de su perímetro (valga recordar que el estado es eminentemente territorial, tiene limites y fronteras, etc.) resulta, de alguna manera, tributario de ese mismo espacio y receptor de sus influencias. Pero ese espacio no se recluye en el territorio estatal, si nos atenemos al dato cierto de que hoy el hombre ha penetrado e invadido el espacio interestatal bajo la alternativa de la migración, que es el fenómeno cabal de nuestros días.

Largo seria acumular ejemplos. Solamente echamos mano de alguna reflexión marginal: cuando el estado cree ensimismarse y replegarse sobre la nación, a la que supone su base humana, es posible que la política de derechos humanos los circunscriba a los "nacionales" (muchas constituciones han titularizado de esa forma a los derechos, como si los extranjeros que forman la población del estado fueran extraños); la inhospitalidad puede llegar al paroxismo en estados xenófobos, como la Alemania hitleriana en su genocidio judío; si se utiliza la geopolítica del espacio vital, puede ocurrir que un estado no democrático - vuelve el ejemplo del nazismo y de la antigua Unión Soviética- haga jugar su territorialidad no para detener en ella su jurisdicción, sino para expandir en detrimento de otros estados a los que se invade y anexa; el sitio geográfico de instalación de un estado exhibe asimismo influencias, como se aprecia cuando encontramos estados "tapones", o insulares, o vecinos de estados democráticos o totalitarios, o periferias dependientes de un centro ajeno de poder, por fin la internacionalización de los derechos humanos ha creado una atmosfera universal y un ámbito del que es dificil a un estado sustraerse; por último, pienses en el fenómeno de las integraciones comunitarias supraestatales.

c) La población o elemento humano conviviente en un estado es otro marco prolífero. El modo de estructura, de vida, de estilo, de cultura, diversifica a las sociedades. Las hay democráticas y no democráticas, estratificadas o con alta movilidad social, pluralistas u homogéneas, etc. En este mismo marco puede colacionarse el fenómeno del urbanismo y la vida rural, de las migraciones, de la distribución poblacional respecto del territorio, de las grandes áreas metropolitanas, de las aglomeraciones obreras e industriales, de los índices de natalidad y mortalidad, de la composicion de la población por edades y ocupaciones, etc.- Todas estas cuestiones -a titulo de ejemplo- guarda relación con los derechos humanos.

Por fin el ámbito humano o poblacional es, en cuanto ámbito de convivencia societario, aquel en que se alojan y proyectan todos los factores culturales, políticos, materiales, económicos, y aquel en que los hombres despliegan sus protagonismos.

d) La economía, tan exageradamente remarcada por el determinismo marxista, plantea un tema extenso y arduo. No es éste el lugar para su tratamiento, pero indudablemente pecaría de omisión torpe un estudio sobre los derechos humanos que no fijara su más

preponderante atención en el factor económico, y ello con énfasis predominante.

Nadie medianamente informado, o con su solo sentido común y su experiencia cotidiana, puede minorizar la gravitación enorme que el subsistema económico tiene en el sistema político. Nuestras sociedades perturbadas por el subdesarrollo y por la disfuncionalidad de la economía pueden dar pleno testimonio.

Conviene a la vez computar que muchos problemas económicos se resuelven a escala regional o mundial, y que casi ningún estado, por no decir ninguno, está en condiciones de autoabastecer su economía. La interdependencia, guste o no, es una realidad imposible de desmentir.

No es el caso discutir el dilema de si los países ricos tienen vocación democrática y los países pobres vocación autoritaria. No es serio suponer que la riqueza o la pobreza determinan por sí solas la índole del sistema político; pero si es serio y realista observar que los países pobres o con subsistemas económicos perturbados, inestables, desquiciados y disfuncionales aportan ingresos nocivos al sistema político, y conspiran contra un sistema de derechos humanos, sobre todo en el ámbito de los socioeconómicos y culturales; es evidente que si los derechos tienen que ver con necesidades y bienes primarios de la vida humana, muchísimos de esos bienes y necesidades son de naturaleza económica o precisan del factor económico para satisfacerse.

No es del caso proponer modelos ni recetas, aunque sí conviene tomar distancia de dos extremos: el del dirigismo estatista que con su centralismo niega toda libertad económica, y el del individualismo liberal-capitalista que deshumaniza a la economía y no se aviene a mitigar la crueldad de la competencia irrestricta del mercado con presencias estatales siquiera moderadas.

En dos palabras, es imprescindible comprender que, como dice Peces-Barba, para defender la libertad es menester crear las condiciones sociales, económicas y culturales que la hagan posible. El encadenamiento con la economía es inevitable.

e) Por fin, se nos aparece en la serie de los factores materiales el factor tecnológico.

Damos por cierta la incidencia de las técnicas contemporáneas de avanzada en todos los campos de la vida política . Siempre la técnica jugó esa influencia. Baste recordar la de la imprenta en la libertad de prensa y de comunicación, la de la máquina a vapor y de la aviación en las comunicaciones.

Hoy , la tecnología puede aportar servicios útiles en ámbitos como el de la salud, de la educación, del trabajo, del mundo empresario. Por supuesto , hay que precaverse de la deshumanización de la técnica, de su uso desvinculado de la ética, de la invasión avasalladora a la intimidad mediante la informática. Pero como todas las cosas, la

tecnología depende de como se la emplee, para que fines, con que limites. En el marco de su dimensión favorable a los derechos humanos es ridículo desentenderse de ella o menospreciarla.

XIX.- EL CASO "FIBRACA" Y UN REQUIEM PARA EL CONCEPTO CLASICO DE SOBERANIA

La reciente sentencia de nuestra Corte federal conocida como "Fibraca" [8] ha causado un fuerte impacto en la comunidad jurídica revolucionando la jurisprudencia en materia de derecho público internacional y la doctrina clásica en materia de soberanía.

Por primera vez de un modo claro la Corte Suprema de Justicia admitió la supremacía de los tratados ratificados sobre "cualquier norma interna contraria" (cons. 3ro.), de acuerdo a lo previsto por la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados* [9].

En efecto, la Corte cita el artículo pertinente de dicha Convención -el 27-, que establece que "Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado", para afirmar que "La necesaria aplicación de este artículo impone a los órganos del Estado argentino -una vez asegurados los principios de derecho público constitucionales- asignar primacía a los tratados ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria" (cons. 3ro.).

Por lo pronto, es muy significativo en la Argentina -que participa del sistema interamericano de protección y tutela de los Derechos Humanos, y ha ratificado todos los pactos internacionales sobre la materia- que la Corte Suprema de Justicia haya admitido ya la supremacía de esos tratados sobre toda normativa interna, con lo que no quedan razones para suponer que nuestra constitución federal esté "fuera" de ese conjunto de normas.

En este punto la sentencia de la Corte importa cierta vaguedad conceptual: establece una supremacía sobre "cualquiera" norma interna, con lo que, a estar a la letra de la sentencia, las normas constitucionales, en tanto derecho interno, también deben ceder ante un conflicto eventual, y someterse al derecho emergente de los tratados ratificados.

No obstante, la Corte no dice esto claramente en la sentencia, ni sugiere que está reinterpretando de un modo novedoso el artículo 31 de nuestra constitución federal, que establece un paridad trinitaria entre dicha constitución, los tratados internacionales ("...con

[8] Corte Suprema, F. 433. XXIII, Recurso de Hecho, "Fibraca Constructora SCA c/ Comisión Técnica Mixta de Salto Grande", julio 7 de 1993. Votaron solamente los ministros Dres. Barra, Belluscio, Cavagna Martínez, Nazareno, Levene (h) y Moliné O' Connor.

[9] Aprobada por ley 19.865, ratificada en diciembre 5 de 1972. En vigor desde enero 27 de 1980.

potencias extranjeras...") y las leyes de la Nación [10] . Si bien el espíritu de ese artículo es el de establecer un basamento normativo federal suficiente para las provincias miembros de la unión confederada -de acuerdo al lenguaje del constituyente originario-, también lo es que, al parecer, dicho constituyente no tuvo en vista establecer un escalonamiento jerárquico entre alguna de las tres normas mencionadas, esto es: ni la constitución, ni los tratados ni las leyes federales aparecen expresamente mencionadas como superiores o inferiores unas a otras. Pero, admitido que, constitucional y jurisdiccionalmente, las leyes federales -mencionadas en la trinidad del art. 31- están sometidas a la letra y al espíritu de la constitución -otro miembro de la misma trinidad- , no resulta repugnante a la constitución que se establezca la supremacía de los tratados internacionales ratificados sobre ella. Y si bien el constituyente pudo haber establecido estas jerarquías, lo cierto es que no estuvo en su intención hacerlo, como puede verse en la garantía federal de la letra del citado artículo 31. En parecida omisión -pero esta vez con mayores consecuencias jurídicas- parece haber incurrido la Corte, pues no dice claramente que la constitución federal también es inferior a los tratados. Pero tampoco dice lo contrario, y su expresión "cualquier norma" incluye necesariamente a aquella norma suprema, pues no cabe decir que la constitución federal, en esta instancia y sólo es ésta, no es una norma.

Ahora bien; la corte señaló entre guiones que dicha supremacía tendría vigor "-una vez asegurados los principios de derecho público constitucionales-". ¿Cuál es el alcance real de esta aparente salvaguarda? ¿A qué principios constitucionales de derecho público se refiere la corte, que es preciso asegurar, antes de asignar primacía a los tratados sobre "cualquiera norma interna"? La Corte no es precisa en este punto, que seguramente puede dilucidarse en la lectura completa del expediente que entendió sobre una decisión de un tribunal supranacional, cuyos decisorio y efectos la Corte se negó a revisar sobre la hipótesis de la supremacía de la misma.

Éste sería uno de los contornos curiosos de la sentencia, en sentido doctrinario. En un sentido menos formal -y casi como una curiosidad pretoriana- cabe destacar el hecho de que la sentencia no haya sido subscripta por el ministro Fayt, quien tampoco elaboró un voto distinto compartiendo el decisorio o en disidencia con él, habida cuenta de que en la doctrina, la cátedra y en jurisprudencia anterior, como doctrinario, jurista y como juez, ha elaborado interesantes posiciones sobre temas conexos dada su vocación jurídica volcada al derecho público; más sorprendente es aún esta ausencia cuando se trata de uno de los pocos ministros de esta Corte cuya versación sobre la materia es académicamente notoria, destacada y elaborada.

[10] Cf. Bidart Campos, Germán J.; Tratado elemental de derecho constitucional argentino, tomo I, "El derecho constitucional de la libertad", Capítulo I, sección III, @ 33 y sgtes; nueva edición ampliada y actualizada, Buenos Aires, Ediar 1993. Sobre el punto cf. del mismo autor Constitución y derechos humanos: su reciprocidad simétrica, págs. 74/91; 93/101 y 103/111, Ed. Ediar, Buenos Aires 1991. Cf. también Morello, Augusto M. y Stiglitz, Gabriel; Tutela procesal de derechos personalísimos e intereses colectivos, La Plata 1986; O' Donnell, Daniel, Protección Internacional de los Derechos Humanos, Ed. Comisión Andina de Juristas, patr. Fundación Friedrich Naumann e Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Lima 1988.

Defensor de la idea MacLougheana de la Aldea Planetaria, escribió Fayt: "Herederos de siglos de historia y civilización, debemos acostumbrarnos a situarnos en el cauce de la historia. Conocer el estado actual de la ciencia y de la técnica y las configuraciones inmediatas de orden jurídico, político, social y económico de la actual era espacial y su sociedad postindustrial, tecnológica y científica. El espacio que nos rodea se ha encogido. El planeta se ha reducido a poco más de un punto en nuestra mente. El futuro está presente en nuestra conciencia. La aceleración de la historia ha borrado las distancias. Y la historia de la humanidad es ahora la historia del hombre."[11]

XX.- MUNDIFICACION DEL DERECHO INTERNO: LOS PASOS PREVIOS

Este paso que ha dado nuestra Corte Suprema es de una importancia superlativa, porque coloca a la Argentina en el mejor plano de la internacionalización y mundificación de los derechos fundamentales.

Vamos a detenernos momentáneamente en este concepto de internacionalización de los Derechos Humanos explicando los alcances de la decisión de nuestra Corte federal.

Si la supremacía de la constitución federal es la regla arquimédica que ordena lógica y ontológicamente todo el ordenamiento jurídico federal, la supremacía de los tratados de derechos humanos sobre todo ese ordenamiento traza el círculo de la eticidad: dentro de ese círculo sólo serán constitucionales las conductas y normas que se encuadren dentro de las pautas jurídico-normativas de esos tratados.

La Corte había comenzado a tratar esto antes, en el primer caso en el que abordó el problema, y que puede expresarse así, resumidamente [12] :

1.- Que el *Pacto de San José de Costa Rica*, aprobado por ley federal [13] y ratificado por el Poder Ejecutivo [14] es ley suprema de la Nación, de acuerdo al art. 31 de la constitución federal.

2.- Que habrá violación de los derechos humanos por el establecimiento de normas internas que prescriban una conducta manifiestamente contraria a los tratados ratificados.

3.- Que habrá también violación por la omisión de establecer disposiciones que hagan posible el cumplimiento de dichos tratados. Cualesquiera de los dos casos implicaría incumplimiento o repulsa del tratado.

[11] Fayt, Carlos S; La constitución. Eficacia y democracia, en la obra colectiva "La constitución cuestionada", auspiciada por el Instituto de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Belgrano y presentada por Mario Justo López. Ed. Editorial de Belgrano, Buenos Aires 1982.

[12] "Ekmekdjian s/ Recurso de hecho", CS, E. 64 XXIII, julio 7 1992.

[13] Ley de la Nación 23.054

[14] Ratificado por el titular del Poder Ejecutivo en sede internacional el 5 de septiembre de 1984.

4.- Que un tratado internacional constitucionalmente celebrado, es orgánicamente federal.

5.- Que la celebración es un acto federal complejo comprendido por:

5.1.- atribuciones propias del Poder Ejecutivo conforme al art. 86 inc. 14 de la constitución federal, puesto que es la competencia institucional encargada de concluir, firmar y ratificar tratados.

5.2.- atribuciones propias del congreso federal que los desecha o los aprueba de acuerdo al art. 67 inc. 19.

5.3.- la ratificación por parte del ejecutivo federal que importa la emisión de un acto federal de autoridad nacional.

Por lo dicho, intentar contradecir un tratado internacional por una ley del congreso violentaría la distribución de competencias impuesta por la constitución y constituiría un avance sobre las atribuciones del ejecutivo.

6.- De acuerdo a la vigencia de la Convención de Viena dentro del ordenamiento jurídico argentino, el derecho internacional convencional tiene primacía sobre el derecho interno.

7.- Esta primacía proviene del art. 27 de la *Convención de Viena* que establece "Una parte [de esta Convención] no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado".

8.- La aplicación del art. 27 de la *Convención de Viena* impone a los órganos del estado argentino asignar primacía al tratado ante un eventual conflicto con cualquier norma interna contraria o con la omisión de dictar disposiciones que, en sus efectos, equivalieren al incumplimiento del tratado internacional en los términos del citado art. 27.

9.- La República Argentina reconoce las exigencias de cooperación, armonización e integración internacionales. El estado argentino es responsable ante la Corte -en cuanto ella pueda jurisdiccionalmente imponerlas- respecto de estas exigencias internacionales.

10.- Por lo mismo, la Corte federal velará por que las relaciones exteriores de la Nación no resulten afectadas a causa de actos u omisiones que provinieren del estado argentino que, de producir ese efecto, harían cuestión federal trascendente.

11.- Cuando la Nación ratifica un tratado con otro estado se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales apliquen los supuestos que ese tratado contemple, siempre que contuviere descripciones concretas de tales supuestos de hecho que hicieren posible su aplicación inmediata.

12.- Una norma es operativa -es decir, "opera", "funciona" directamente sin necesidad

de mayor abundamiento normológico interno- cuando está dirigida a una situación de la realidad en la que puede actuar inmediatamente, sin necesidad de otros institutos o especificaciones normativos que pudiere establecer el congreso federal.

13.- La interpretación del *Pacto de San José de Costa Rica* debe hacerse de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, uno de cuyos objetivos es la interpretación de ese Pacto. Cabe señalar aquí que nuestra Corte elogia mucho, en este punto, la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

Hasta aquí lo que dijo la Corte en el caso que llamamos "Ekmekdjian II". Nosotros podemos añadir que la admisión de la primacía del derecho de los tratados sobre el derecho interno es el paso más audaz que ha dado el estado argentino en la materia desde la ratificación del *Pacto de San José*.

XXI.- LA FUERZA DE LA LEY

Aun a costa de parecer insistentes, es preciso decir una vez más que una sentencia intrépida sobre los derechos humanos no es, por sí misma, la vigencia de esos derechos. La vigencia se ve solamente en las conductas, porque todo derecho es cuestión de conductas preferibles, mejorables, perceptibles. Por eso decía con razón Juan Francisco Linares que cada uno de los artículos de nuestra constitución es el primer párrafo de un tratado de derecho administrativo: la administración, es decir, los gestores de las acciones políticas, somos los que tenemos de frente a la gente y sus problemas, y ante ellos no se puede recitar la Carta Magna impuesta a Juan sin Tierra espada en mano, sino resolver, decidir, ajustar los aspectos ingratos de la realidad, dar a cada uno lo suyo, tutelar donde no hay tutela, proteger donde no hay protección.

Por lo pronto nos interesa analizar el concepto agonizante de soberanía, y cómo ese concepto, que es uno de los más manipulables en el derecho internacional, tiene ahora para nosotros un nuevo sentido y un nuevo perfil. Es, en resumidas cuentas, lo que ha cambiado fuertemente de rumbo.

XXII.- OTRO DESTINO PARA LA VIEJA SOBERANIA

De acuerdo a esta forma curiosa de ver el poder, la soberanía sería en los hechos una barrera infranqueable que los estados pueden utilizar en protección de sus intereses legítimos, o para impedir que las malas costumbres de sus gobiernos sean juzgadas por la comunidad internacional.

La historia del concepto de soberanía ya la muestra como una característica propia del autoritarismo. El término apareció con el sentido actual en la edad media, y era utilizado en

relación a la monarquía: sólo el rey era soberano, y en última instancia, era él El Soberano. En forma adjetiva o sustantiva, la soberanía recaía siempre sobre el monarca.

Con la distribución del poder feudal, cada señor fue soberano en su señorío: el barón en su baronía, el conde en su condado, etc.-

Luego el término comenzó a ser limitado por formas calificativas: soberanía nacional, popular, interna, externa, absoluta, etc.-

Con estas formas calificadas surge el concepto moderno de soberanía: desarrollado por Jean Bodin, la soberanía se definió como un poder supremo sin restricciones legales que ejerce el estado contra los súbditos [15] .

En general, el poder soberano suele ser definido como perpetuo, absoluto, imprescriptible, inalienable.

En síntesis, la soberanía podría ser resumida así: (a) Es una cualidad expresada como supremacía, (b) cuyo ejercicio corresponde a un poder especial superior a todos los otros, (c) que se ejerce contra todos, sin distinción, y (d) no está sujeta a restricciones legales de ningún tipo.

Sus calidades suelen ser la superioridad indiscutible, la ilimitabilidad de sus alcances, el absolutismo de su existencia, la indivisibilidad de su complexión, la perpetuidad de su vigencia y la imprescriptibilidad de su eficacia.

El problema siempre ha sido el de la titularidad de la soberanía: ¿Quién es el depositario de semejante poder? ¿Quién, siendo el depositario de un poder supremo, ilimitado, absoluto, indivisible, perpetuo e imprescriptible, puede ejercerlo? Existiendo un depositario de un poder tal, ¿Quién lo invistió de semejante capacidad? ¿Con qué criterios?

Estas preguntas son retóricas: o no tienen respuestas o las conocemos demasiado bien. Bodin daba respuestas diversas: el poder soberano lo ejerce el pueblo, una minoría gobernante, un príncipe. Da lo mismo.

Es necesario que volvamos a destacar el hecho inaudito de que se siga utilizando todavía hoy un concepto que niega en total al estado de Derecho: la soberanía implica que hay un titular de ella que no es pasible de someterse a la ley; el estado de Derecho implica que todos los sujetos de derecho sean súbditos de la ley: un gobierno de leyes y no de hombres.

[15] Cf. Bodin, Jean; Oeuvres philosophiques, edición a cargo de P. Mesnard, en el "Corpus General des philosophes françaises. Auteurs modernes", Argel-Paris 1941. Y el clásico Los seis libros de la República, Trad. Anastro Isunza, Turín 1950.

La paradoja es irresoluble.

Con el surgimiento de la idea de "nación" propia de la edad moderna, la soberanía comenzó a ser un atributo propio de ésta. La invocación a la soberanía nacional solía ser suficiente para justificar que los estados pudieran comportarse de cualquier modo con sus súbditos, y en especial para defender las fronteras y el derecho de administración de los seres y las cosas en su interior.

Obviamente, la "nación" -como el estado- no puede "ejercer" la soberanía por sí sola. Quienes detentan el poder de decisión de aquella nación o de este estado son en realidad quienes pueden utilizar el criterio de soberanía cuando lo crean conveniente.

Es curioso que desde 1576, en que Bodin escribió sus ya citados Six livres sur la République , se haya mantenido firme la idea de que un ente absolutamente abstracto como una nación pudiera ejercer un poder: el más absoluto y terrible de todos.

XXIII.- DISTRIBUCION ARBITRARIA DEL PODER SOBERANO

La monarquía absoluta encontró en la soberanía el concepto que buscaba para justificar teóricamente sus descalabros.

El iusnaturalismo, y en buena parte las ideas de Locke, no hicieron más que transladar la titularidad de la soberanía de un sujeto abstracto a otro: de la nación a la ciudadanía. Los monarcómanos calvinistas Francisco Hotman y Theodore de Béze tomaron la misma posición. Rousseau, como podía preverse, llevó hasta sus limites la idea de que sólo la comunidad es soberana [16] .

No obstante, la novedad más sorprendente en Rousseau es que no se refiere a la comunidad, como Suárez o Béze. Se refiere al pueblo. El conjunto del pueblo reunido es el único que puede hacer la ley. Es la misma idea que recogerá la doctrina democrática, pero añadiendo que la capacidad legisferante del pueblo solo puede ser ejercida por medio de sus representantes.

Bajo aquella influencia de Rousseau, la constitución francesa de 1793 adjudicó la soberanía al pueblo, mientras que la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y la constitución de 1791 la adjudicaban a la nación.

[16] Cf. Rousseau, Jean Jacques; El Contrato Social, capítulos "El soberano", "La soberanía es inalienable" y "La soberanía es indivisible". Hotman, François; Franco-Gallia, Ginebra 1573. Sobre las ideas de Béze puede verse el importantísimo trabajo de P. F. Geisendorf, Theodore de Béze, Ed. Labor & Fides, 1949.

Con muchísimo acierto, autores como Boutmy, Kelsen, de Jouvenel, Friedrich y Sartori señalan que la expresión "soberanía del pueblo" está sujeta de tres abstracciones imposibles: la primera, que puede existir un poder tan monstruoso como la soberanía; la segunda, que existe más allá de las personas de carne y hueso una entidad con vida propia que puede llamarse "pueblo"; y la tercera, la más surrealista, que la primera abstracción puede adjudicarse a la segunda.

En realidad, la expresión "soberanía del pueblo" es solo una afirmación de carácter negativo: no significa que el pueblo ejerza realmente la soberanía, sino que nadie -uno solo, un grupo, una colectividad- puede ejercerla por encima de él.

Los llamados "doctrinarios" franceses -mucho más cercanos a los derechos humanos que los anteriores juristas, excepción hecha de Rousseau- intentaron liquidar el concepto de soberanía por considerarlo tal como lo que es: despótico y perverso.

Así, Roger-Collard decía: "preguntar donde reside la soberanía no solo es ser despótico; también es declararlo". Guizot, por su parte, atribuía la soberanía elegantemente a "la razón" y a Dios por elevación [17].

Estas indignaciones francesas tienen antecedentes anglosajones: Sir Edward Coke sostuvo durante el siglo XVII que la naturaleza de la Carta Magna no admitía la existencia de un poder soberano [18] -posición muy acorde con el constitucionalismo moderno- y El Federalista había sostenido que "la razón del pueblo" está siempre por encima de su gobierno.

XXIV.- EL DERECHO A VIVIR MANCOMUNADOS

Actualmente es usual atribuir la soberanía a la constitución. No obstante, hay opiniones muy autorizadas que se pueden compartir sin dificultad -como las de Friedrich y Lipset [19] - que consideran que constitución y soberanía son conceptos antagónicos que se repugnan entre sí. La constitución no necesita de una voluntad omnímoda, orbicular, ubicua, ilimitada. Se trata de gobernar a hombres libres, y nada más.

[17] Cf. Roger-Collard, en la compilación de dos series y tres volumenes de Faguet, Emile, Politiques et moralistes au XIXe. siècle, Ed. Lecene & Audin, 1891-1900. De Guizot, Fraçois, Historia de la civilización en Europa, Ed. Alianza, Madrid 1966/68/72.

[18] Cf. las ideas de Sir Edward Coke en la compilación de J. F. C. Hearnshaw (comp.), The Social and Political Ideas of Some Great Thinkers of the Sixteenth and Seventeenth Centuries, Ed. Barnes and Noble, New York 1949. Hay una edición londinense de 1926.

[19] Cf. Friedrich, Karl; Man and his government: an empirical theory of politics, Ed. McGraw-Hill Book Co., New York 1963. De Lipset, Seymour Martin, El hombre político, Ed. Eudeba, Trad. Elías Mendelievich, Buenos Aires 1933.

XXV.- LAS EXEQUIAS DE LA SOBERANIA

La escuela alemana modificó sensiblemente las cosas haciendo sobre el concepto de soberanía algunas distinciones.

Carré de Malberg, por ejemplo, hacia esta distinción triple [20] :

a.- soberanía del estado, es decir, el carácter supremo de su poder independiente;
b.- poderes del estado, como un conjunto de facultades comprendidas en el poder del estado;
c.- soberanía en el estado, es decir, la posición que ocupa dentro del estado el titular supremo de la soberanía.

Jellinek explica esta distinción de la siguiente forma [21] :

a.- la soberanía del estado implica la no subordinación de éste a cualquier otro poder superior a él. Internamente, importa la obediencia de todos los súbditos del estado para con él. Externamente, importa la no obediencia del estado a otro u otros estados ajenos a él.
En este punto se ve claramente el anacronismo de la noción. El derecho comunitario de la actualidad, la regionalización del mundo, la existencia de organismos internacionales con capacidad de decidir a través del funcionamiento de sus tratados y pactos signados sobre una nación o sobre varias, los tribunales internacionales con competencia sobre los estados que han aceptado su jurisdicción, y, en fin, la creciente idea de la aldea planetaria hace de este concepto de "soberanía del estado" una idea innecesaria, funcional en la pasada edad moderna y totalmente intempestiva en la actualidad.
b.- Los poderes del estado son las competencias internas: legislar, juzgar, administrar, etc.- En realidad, la denominación "poderes" no es muy exacta. Cabe suponer que el estado ejerce un tipo de poder especial con competencias específicas: legislativas, administrativa, de policía, de acuñación de moneda, de supervisión de las llamadas "personas jurídicas" [22] , etc.-
c.- La soberanía en el estado hace referencia al órgano interno que detenta esa soberanía y la ejerce. Por ejemplo, suele suponerse que la constitución es soberana, pero, como ya fue señalado, el concepto es contradictorio en tanto que todas las constituciones democráticas repugnan de poderes tan omnímodos como el que se pretende para la soberanía.

Asimismo, suele decirse que una convención constituyente también es soberana:

[20] Cf. Carré de Malberg, Raymond; Teoría general del Estado, Ed. Fondo de Cultura Económica, Trad. José Lion Depetre, México 1948.

[21] Jellinek, Georg; Teoría general del Estado, Ed. Albatros, Trad. Fernando de los Ríos Urruti, Buenos Aires, 1943.

[22] En otro lado hemos discutido la imposibilidad óntica y ontológica para la existencia de otras "personas" que no sean las llamadas "personas físicas", a pesar de la insistencia de juristas como Kelsen, Ross u Olivecrona acordes en la posibilidad del estado de "personificar" números, animales y cosas por el estilo. Cf. nuestro libro El estado actual de la Teoría General del Derecho, Ed. Cárdenas, México 1990.

naturalmente, no lo es en tanto que ha sido convocada de acuerdo a las pautas que la constitución prescriba para su convocatoria. Y en caso de ser una convención constituyente originaria, estaríamos ante el caso de un acto jurígeno previo -una revolución, una ocupación por la fuerza, una usurpación del poder- que es un hecho fáctico y no jurídico-positivo; por lo tanto la dicha convención constituyente originaria no puede ejercer ningún poder jurídico formalmente superior al hecho fáctico que lo engendró.

Como puede verse, también se trata de un concepto equívoco.

Por estos motivos, son muchas las doctrinas que se han levantado enérgicamente en contra de seguir manteniendo la idea clásica de soberanía.

Duverger, por ejemplo, considera a los estados como una formación histórica y cultural, y concluye:

a.- que las soberanías de los estados no tienen carácter permanente, no corresponden a todas las modalidades históricas de asociación y organización política, y son pasibles de cambio, transformación y extinción.

b- que las soberanías de los estados no pueden ser absolutas nunca, porque siempre habrá comportamientos independientes (desde adentro) e influencias internacionales formales (desde afuera) [23] .

XXVI.- DERECHOS HUMANOS LIMITADOS POR FRONTERAS

Sobre esta base, Friedrich termina admitiendo que el concepto "soberanía del estado" va en detrimento de los derechos humanos y de los sistemas para su protección y tutela [24] .

El estado moderno, antes que soberano, es responsable. Este criterio será desarrollado más adelante.

Contra la natural vocación absorbente y totalizadora del estado, y en contra de la noción clásica de soberanía, surgieron las teorías pluralistas que sostienen que todo estado está conformado por grupos y sociedades intermedias que no están integrados a él y que tienen un máximo de independencia.

Althusius en el siglo XVII, Proudhon y Gierke en el XIX y Maitland en el XX han sostenido la idea de la existencia de sociedad intermedias con la misma capacidad jurídico-

[23] Cf. Duverger, Maurice; Instituciones políticas y derecho constitucional, Ed. Ariel, Trad. Jesús Ferrero, Barcelona, 1962.

[24] Cf. Friedrich, Karl; ob. y ed. cits.

formal que los estados, y la misma espontaneidad de origen [25] .

Laski, por su parte, sostiene que un sindicato o una iglesia son tan soberanos en su ámbito como el estado en el suyo. El moderno sindicalismo francés, el guildismo británico y algunas tendencias funcionalistas están inspiradas en este tipo de pluralismo [26] .

Durante el curso de este siglo, y al conjuro de la creciente formalización de una teoría general de los derechos humanos, la idea de soberanía fue cada vez más atacada.

Los más destacados francotiradores hacia ese blanco fueron Charles Merriam, James Bryce, Raggi, Hugo Preuss y Leon Duguit. En general comparten la idea de que el concepto de soberanía es incompatible con el de estado de Derecho, con la organización jurídica internacional, con el federalismo, con la vida plena e independiente de las asociaciones, y con los derechos de la persona humana [27] .

Asimismo, Duguit sostiene que el estado no tiene ni puede tener voluntad: no hay más voluntad que la de los gobernados. Suponer que el estado tiene una voluntad propia es una excusa de los gobernantes para llevar a cabo sus propósitos y endosárselos a un ente inimputable [28] .

Una de las denostaciones más celebres contra la noción de soberanía la dio, seguramente, Jacques Maritain: "Los dos conceptos de soberanía y absolutismo fueron forjados juntos sobre el mismo yunque. Los dos deben ser pulverizados juntos" [29] .

Como puede verse hasta aquí, casi todo el problema radica en un problema de valores no jurídicos.

Quien valore muy alto la dignidad humana, preferirá vivir en un mundo en que los estados no se encierren en el círculo de un dogmatismo anacrónico para justificar un tipo de poder totalmente innecesario cuando se trata de defender la libertad y los derechos fundamentales.

XXVII.- ANACRONISMO PERTINAZ DE LAS IDEAS

[25] Sobre las ideas de estos autores puede verse la obra de Joseph Leclerc, Histoire de la tolérance au siècle de la Reforme, Ed. Aubier, 1955.

[26] Cf. Laski, Harold J.; El Estado moderno: sus instituciones políticas y económicas, Tomo I, Ed. Bosch, Trad. T. González García, Barcelona 1932.

[27] Cf. Merriam, Charles E.; A study of power, Ed. The free press, Glencoe, Illinois 1950. Bryce, James; La república norteamericana, Ed. La España Moderna, Trad. de Adolfo Buylla y Adolfo Posada, Tomo I, Madrid s/f. Duguit, Leon; Manual de derecho constitucional, Ed. F. Beltrán, Trad. José G. Acuña, Madrid 1921.

[28] Cf. Duguit, Leon, ob. y ed. cits.-

[29] Cf. Maritain, Jacques; El hombre y el Estado, Ed. Guillermo Kraft, Trad. Manuel Gurrea, Buenos Aires 1968.

Es curioso que las ideas ingresen en la historia con tanto retraso. Ésta es una situación, no obstante, muy común en las ciencias: en general, las ideas dominantes entre los científicos -que suelen llevar alguna ventaja a los políticos- tienden a un anacronismo singular.

Se trata de un proceso sencillo y relativamente inexplicable, que entierra las ideas históricamente relevantes y las exhuma con mucho retraso. Hay ejemplos que parecen inverosímiles; Aristarco, en el siglo III antes de Cristo elaboró la idea del sistema heliocéntrico; pero tuvieron que pasar 1700 años para que Copérnico vulgarizara esa misma idea. La descripción anatómica de la Trompa de Eustaquio la efectuó por primera vez Alcmeón en el siglo VI antes de Cristo, pero sólo adquirió esta teoría sustento histórico 2200 años después, cuando Bartolomeo Eustaquio la publicó, dando su nombre a lo descubierto.

Hay infinidad de casos semejantes. En ciencias sociales hay una tendencia a repetir por décadas ideas que han demostrado una inutilidad inmensa. Y los políticos tienen una inclinación natural por reciclar las ideas que han fracasado y probarlas otra vez en un fracaso novedoso, distinto, y previsible desde el primer momento. Para ejemplo, me remito al universo. Y en cuanto al tema que tratamos, adviértase la situación de un concepto condenado a inutilidad hacia el siglo XVIII -el concepto de soberanía- y que es invocado a gritos todavía hoy, doscientos años después, como una gran novedad.

Lo más curioso del concepto de soberanía no es solo su decrepitud histórica, sino su absoluta inutilidad práctica y su contradicción con los intereses que supone defender. Todo el Estado de Derecho en bloque, por ejemplo, se le opone.

En definitiva, cualquiera sea la definición de soberanía que se asuma, siempre implicará aceptar un gobierno sin limitaciones, sin restricciones y con la posibilidad de ejercer un control superabundante sobre la libertad de las personas.

Es bien cierto que la escuela alemana intentó despersonalizar al titular del ejercicio de la soberanía, con la idea de no otorgar un poder tan amplio a una persona o a un grupo de personas. Pero la atribución de ese poder a una entelequia también es una ficción. Como escribió James Burnham "no se puede atribuir la soberanía a las nubes".

El estado es un fenómeno de poder. Si el estado ejerce la soberanía siempre habrá una minoría que, dominando los controles del estado, podría "personalizarla" y hacerla propia.

Es la misma ilusión del stalinismo que predicaba una imposible dictadura del proletariado. Muy buena respuesta dio el primer traductor de El Capital al español, Juan B. Justo, a Lenin, en la Internacional Socialista: "Sí, se trata de la dictadura del proletariado sobre el pueblo todo; y de la dictadura del estado soviético sobre el proletariado; y de la

dictadura del partido comunista sobre el estado soviético; y de la dictadura de una docena de hombres sobre el partido comunista; y de la dictadura que Ud. ejerce, Lenin, sobre esa docena de correligionarios" [30] .

Siempre hay alguien en "el estado", en "la nación", en "el partido" o en nombre de "el pueblo" que tiene capacidad para tomar la decisión final. La deshonra de los pueblos está en juego en ese trance.

XXVIII.- RESGUARDO DE LAS INDEPENDENCIAS NACIONALES

En cuanto a la necesidad de diferenciar un estado de otro u otros, y la importancia de la no ingerencia en asuntos internos ajenos, es preferible el concepto de "independencia" que el de soberanía, por las razones múltiplemente apuntadas.

El problema es, en la actualidad, solamente terminológico. Por ejemplo, la invocación a la soberanía del art. 2do. de la Carta de las Naciones Unidas que establece el "principio de la igualdad soberana de todos sus miembros", y la misma terminología usada por el art. 5to. de la Carta de la OEA disponiendo que "el orden internacional está esencialmente constituido por el respeto a la personalidad, soberanía e independencia de los Estados" debe interpretarse como un llamado al respeto de las independencias de los pueblos, y no como un reconocimiento a un poder totalitario de los estados.

Ser exteriormente soberano tiene asimismo un alcance negativo: un estado no puede hacer lo que quiere fuera de su jurisdicción, ni puede ingerir en la política de otros estados. Toda esta legislación internacional apunta en último término, a defender la igualdad de los estados entre sí.

En el mismo plano del derecho internacional, Hans Kelsen afirmaba que si quiere mantenerse la idea de una comunidad internacional con órganos coordinados jurídicamente entre sí, es preciso que renuncien a la soberanía para admitir la idea de un orden jurídico internacional, o derecho de gentes, que se ubique por encima de todos ellos coordinando las competencias [31] .

Es lo que se ha denominado el primado del orden jurídico internacional, que es la piedra angular del derecho internacional de los derechos humanos.

Por eso Kelsen insistía en que "la soberanía de un Estado es incompatible con la de los

[30] Cf. Justo, Juan Bautista; Teoría y Práctica de la Historia, Ed. Libera, Buenos Aires 1969.

[31] Cf. Kelsen, Hans; Teoría general del Derecho y del Estado, Ed. Imprenta Universitaria, México, 1940. Trad. Eduardo García Maynez. Ver también al respecto Sánchez Agesta, Luis; Principios de teoría política, Ed. Editora Nacional, Madrid 1966.

restantes" [32] .

La historia de la paulatina regionalización del mundo y del surgimiento de diversos derechos comunitarios es ya larga: La Corte Centroamericana de Justicia de 1907, la Sociedad de las Naciones, la Carta del Atlántico, las Conferencias de Moscú y Teherán de 1943, la Conferencia de Dumbarton-Oaks en 1944, la Conferencia de Yalta, la creación de las Naciones Unidas, la Organización de los Estados Americanos, la Comunidad Económica Europea, la Organización de la Unidad Africana, el -aunque frustrado- Pacto Andino, el Mercado Común Sudamericano, la Comunidad de Estados Independientes y la gran cantidad de tratados, pactos y protocolos, amén de las instituciones internacionales que surgieron de los organismos señalados, marcan un rumbo irreversible que el mundo está siguiendo de manera ascendente.

Por todo esto resulta algo más que curiosa la perseverancia en la reactualización eventual del concepto de soberanía que los estados invocan.

Acaso sea cierta la aventurada idea borgeana de que los políticos son lectores de bibliotecas viejas y convierten a la realidad en un museo de objetos en desuso. En desuso e inservibles.

Es preciso, no obstante, hacer aquí una reserva. La renuncia -o el olvido- que deben ejercer los estados respecto de sus soberanías clásicas no importa, de ninguna manera, la posibilidad de otros estados para invadirlos, manipularlos, decidir sobre sus asuntos internos y modalidades semejantes, usualmente empleadas por las grandes potencias.

Para señalar algunos casos, la antigua invasión de Panamá, el reciente secuestro de personas por parte de personal de la DEA fuera del territorio estadounidense, son algunos de los réprobos ademanes que reconducen a los estados débiles a pensar que un olvido de su soberanía sera también una renuncia a su independencia.

Sería muy difícil en este texto discutir los procedimientos de invasión de un estado por otro, especialmente por tratarse de cuestiones políticas muy coyunturales, que no requiere más análisis que el puramente político. A ese género habremos de dejar las críticas imprescindibles [33] .

XXIX.- SENTIDO HISTORICO DE LA SENTENCIA

La sentencia recaída en "Fibraca" revierte completamente el criterio de "soberanía" que sustentaba la Corte desde el caso "Merck" de 1948 -con los paliativo mencionado del caso

[32] Cf. Kelsen, Hans; ob. y ed. cits.-

[33] Cf., respecto del secuestro de personas fuera de la propia jurisdicción, Herrendorf, Daniel E., Caso Alvarez Machaín: la fuerza contra el derecho, en "El Nacional", primera plana, año LXIV, T. II, 10 de julio de 1992, México 1992.

"Ekmekdjian c/ Sofovich", ya mencionados- se instala a la Argentina en la comunidad mundial, internacionalizando su derecho y abriendo las puertas de su sistema normativo. El paso es gigantesco en términos de una sociedad multirrelacionada, que busca formas de asociación cada vez más eficaces y declives de fronteras que no son precisas para un mundo planetario que tiene el deseo de entenderse cabalmente y hablar el mismo idioma jurídico.

CLAUDIA BELLO
CONVENCIONAL CONSTITUYENTE
CAPITAL FEDERAL