

# Derecho Privado en la Reforma Constitucional

## Los Tratados Constitucionales de Derechos Humanos.

Jorge Raúl MURILLO (\*)

*“Nuestras Facultades no han de educar a ingenieros sociales y mucho menos aún a ajedrecistas de normas: deben formar a Juristas”.*

*(Werner GOLDSCHMIDT, Prólogo a su Introducción Filosófica al Derecho de 1967)*

*Existen dos clases de hombres y, por consiguiente, de abogados: los **hombres de derecho** y los **hombres de leyes**; los **primeros** creen firmemente que la ley sirve a la justicia y a la dignidad humana, los **segundos** piensan exactamente todo lo contrario.*

### A) Introito.

La Constitución de 1994 fue realizada, principalmente, en la ciudad de Santa Fe, con lo cual nuestra Provincia ha reafirmado, una vez más, su incuestionable tradición de “Cuna de la Constitución Argentina”.

### B) ¿Nueva Constitución o reforma constitucional?

El texto constitucional de 1994 ha revestido a la Carta Argentina de un nuevo *techo ideológico: el humanista.*

De tal suerte, la estructura constitucional, muestra que, amén de las bases filosóficas liberal, católica (Constitución de 1853) y social (Constitución de 1957, art. 14 bis.), el humanismo ha terminado la obra desde la perspectiva filosófica, más allá de las consideraciones técnicas que pueden y deben hacerse, verbigracia: ¿es esta Carta Constitucional Argentina más federal que las anteriores? Pero este tema es, sólo por hoy, harina de otro costal.

De consiguiente, *el cambio en el tuétano de la Constitución es tan trascendental que lamentable sería no reconocer que la de 1994 es una Nueva Constitución y no sólo un parche reformista.*

(\*) A la Abuela “Mari”, con amor

Es nueva porque por su espíritu y su letra corre savia nueva, y, ahora, puede incluso ser reformada obviando el artículo 30. Esto es, a través de la incorporación al rango de jerarquía constitucional de otros tratados de derechos humanos (art. 75 de la Nueva Carta Fundamental). Y esto es saludable y auspicioso, es permitir actualizarnos -sin rigideces y con mucho de humano- en el tiempo.

De tal guisa, más allá de adquisiciones doctrinarias acerca de si la ley de convocatoria permitía o no realizar la obra que se realizó, lo cierto es que existe y que, ora por haber sido mayoritariamente votada por los convencionales, ora porque recibió una amplia acogida en la sociedad política, ora porque se nos presenta más humana; estamos ante una Nueva Constitución.

### **C) El Derecho Constitucional de la Persona Humana.**

#### **Derechos Humanos. Derecho de la integración.**

La Carta Magna de 1994 se enrola definitivamente entre las Constituciones de la 3ª generación o de los Derechos Humanos. Así es, el péndulo en la historia del constitucionalismo moderno -y ahora en nuestro país- está llegando al justo equilibrio entre Derechos Individuales (Constitución de 1853/60) y Derechos Sociales y Económicos (Constitución de 1949; Constitución de 1957, Art. 14 bis) reconociendo que la base misma de todo derecho radica en la persona humana: estamos en presencia de la Constitución de los Derechos Humanos o "Constitución de la Persona Humana". He aquí la ubicación de nuestra Constitución Argentina de 1994 (1).

**Reafirmar la centralidad de la persona en la Constitución Nacional** no es una idea antojadiza (2). Por el contrario, implica rescatar al Hombre -en tanto persona única, igual y comunitaria- como protagonista, causa y fin último del Derecho. El Derecho es para el Hombre; es sólo un medio de lograr el más pleno desarrollo, realización y felicidad de la persona humana en cuanto ser que es al propio tiempo individual, social, comunitario y cósmico. Esta es la bandera que levanta la última de las reformas constitucionales de nuestro país, rescatando la más básica de las ideas de lo que es -y debe ser- el horizonte último del Derecho; el ser humano.

Al mismo tiempo, esta concepción de la persona como medular en el ordenamiento constitucional, impone dos desafíos importantes (léase, *aperturas mentales*) al jurista argentino:

**1. En primer lugar**, el Derecho debe ser concebido como una unidad armónica y dinámica en la que las divisiones entre Derecho Público y Privado se ha desdibujado porque **el ser humano es complejo, es al propio tiempo, público y privado. Si el corazón del Derecho vuelve a ser la persona humana, importará reivindicar para ella**

(1) Sobre el Constitucionalismo clásico y su evolución, remitimos, entre otros autores, a: BIDART CAMPOS, Germán J., "Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino. El Derecho Constitucional de la libertad", Ediar, 1988, Buenos Aires, T.1, págs. 209 y ss.

(2) El desarrollo del principio de la centralidad de la persona humana en la nueva Constitución Nacional, lo encontramos brillantemente explicado en: LORENZETTI, Ricardo Luis, "El derecho privado como protección del individuo particular" en Revista de Derecho Privado y Comunitario N° 7, Derecho Privado en la Reforma Constitucional, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1994.

*sus Derechos Humanos y Fundamentales (he aquí, primordial pero no exclusivamente al Derecho Público) y sus Derechos Personalísimos (encontramos primordial pero no exclusivamente al Derecho Privado). Por tanto, hablar de Derechos Humanos no es sólo una cuestión política-filosófica de Derecho Público, es al mismo tiempo, un riquísimo bagaje de normas de Derecho Privado.*

***El Derecho Internacional de los Derechos Humanos es la nueva sangre que vivifica la Constitución Nacional.*** La Nueva Constitución de 1994 "se trata de una reforma que, más allá de ciertas imperfecciones técnicas, merece aprobación y que guarda armonía con la filosofía de nuestra Constitución, orientada - en su parte dogmática- al pleno respeto de la dignidad de la persona"(3).

**2. En segundo lugar,** la Constitución de 1994 -gracias a Dios- nos impone la **idea de La Integración**, que por lo demás, es consecuencia natural y necesaria de la defensa de los derechos humanos.

¿Qué implica la Integración de los Pueblos sino buscar, ante todo, mejor alimentación, educación, vivienda digna, acceso a la información y a la cultura, igualdad de oportunidades, libre expresión de las creencias, seguridad física y moral, desarrollo de las potencialidades de las personas, protección de la salud y del medio ambiente, vida familiar y comunitaria en paz y alegría, justicia para todos; en fin, derechos que hagan al hombre más hombre?

De consiguiente, desde la perspectiva del Derecho Privado Constitucional, la centralidad de la persona humana, importa armonizar, compatibilizar y reinterpretar las relaciones que existen entre los Derechos Humanos de las declaraciones internacionales, con los Derechos y Garantías de la Constitución Nacional y los Derechos Personalísimos y normas consecuentes del Derecho Privado Nacional y, en breve tiempo, Comunitario.

Con lo dicho, la Constitución Nacional de 1994 ha venido a proclamar que la soberanía del Estado Argentino tiene, al menos, dos limitaciones -que ya impone per se sobre todo ordenamiento interno (e independientemente del mismo) el Derecho Internacional Público-: a) El Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en virtud del cual, el orden público internacional permite la protección directa de los derechos fundamentales de las personas, aún invadiendo la soberanía de un Estado particular (la evolución del Derecho Internacional permite, hoy en día, que la persona defienda directamente sus derechos e intereses contra un estado propio o extranjero, sin hacerlo a través de su propio estado o de las leyes del mismo, v.gr.: la Corte de Estados Unidos de Norteamérica sostuvo que *la tortura realizada por un oficial del Estado, en violación a la Constitución y a las leyes de la República del Paraguay, no puede ser caracterizado*

(3) PIZARRO, Ramón Daniel, "Los Tratados y Convenciones Internacionales sobre derechos humanos, el derecho de réplica y la reforma de la Constitución Nacional de 1994" en Revista de Derecho Privado y Comunitario Nº 7: Derecho Privado en la Reforma Constitucional, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1994.

como un acto del Estado. Esta sentencia fue la primera en la que un tribunal de un Estado se declaró competente para conocer en una acción civil basada en la tortura realizada en el territorio de otro Estado, ante la complicidad de las autoridades de éste, y fijó las bases para futuros casos de la jurisprudencia norteamericana); b) **El Derecho de la integración**, en tanto la “soberanía” de un país quedaría relegada a las competencias no delegadas por ese Estado a la comunidad regional o internacional (4).

*Más aún, la idea de la integración regional sólo es posible si empezamos por el principio, por el hombre; si existe la Unión Europea es porque, antes que todo, los Estados decidieron defender los derechos humanos (La Convención Europea de Derechos Humanos es anterior a las Comunidades de la CECA, EURATOM y CEE). “La integración sólo será posible entonces, con el respeto a los derechos y libertades fundamentales de las personas en el marco de un sistema democrático con participación pluralista”*(5).

**Por tanto, Derechos Humanos e Integración se reclaman recíprocamente.**

“La protección regional de los derechos humanos sólo puede alcanzar un éxito total si constituye un elemento de una política de integración por parte de los Estados de una región determinada. Únicamente a este precio es posible permitir el golpe que el regionalismo asesta en materia de derechos humanos al necesario universalismo que deriva de la naturaleza intrínseca de todos los hombres”(6).

#### **D) Los Tratados de Derechos Humanos Constitucionales.**

La regulación que hace el texto constitucional de 1994 respecto de los tratados internacionales resalta primordialmente tres aspectos:

- 1) la jerarquización de los Derechos Humanos;
- 2) el afianzar y desarrollar los procesos de integración; y
- 3) el mayor protagonismo de las provincias argentinas en el orden internacional (7), siendo desde ahora, *verdaderos estados con subjetividad jurídico internacional propia*, aunque parcial o limitada (8).

Sin entrar al análisis pormenorizado que de los tratados internacionales -ahora con jerarquía superior a las leyes- y de la clasificación que de ellos hace la nueva

(4) Seguimos el pensamiento de: EKMEDJIAN, Miguel Angel, “Introducción al Derecho Comunitario Latinoamericano con especial referencia al Mercosur”, Buenos Aires, Depalma, 1994, págs. 8 y ss. Asimismo: LLANOS MANSILLA, Hugo, “La persona humana como sujeto de derecho internacional”, anteproyecto de ponencia presentado al XIV Congreso del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional realizado en San José de Costa Rica en marzo de 1985, Secretaría del I.H.L.A.D.I.

(5) Ver en tal sentido, ALBANESE, Susana, “Promoción y protección internacional de los derechos humanos”, La Roca, Buenos Aires, 1992.

(6) VASAK, Karel, “Las dimensiones internacionales de los derechos humanos”, UNESCO, 1982, Volumen III, pág. 620.

(7) Ver en tal sentido: SAGUES, Néstor Pedro, “Los Tratados Internacionales en la Reforma Constitucional Argentina de 1994”, Buenos Aires, Diario de La Ley del 08.11.94.

(8) Consultar al respecto: VERDROSS, Alfred, “Derecho Internacional Público”, trad. de TRUYOL Y SERRA, Antonio, Aguilar, Madrid, 1980, págs. 179 a 181. La buena doctrina -anterior a la Reforma de 1994- sostenía la subjetividad internacional parcial de las provincias argentinas, aunque los tratados estaban sujetos a la aprobación del Congreso Nacional; obviamente, este requisito no existe en la actualidad. Ver la opinión de BIDART CAMPOS, op. cit. pág. 163.

Constitución, sí resaltaremos algunas consideraciones que imponen **Los Tratados de Derechos Humanos con jerarquía Constitucional** o, más propiamente, **Tratados de Derechos Humanos Constitucionales** (CN, 75, inc.22, párr.2), los que, en las condiciones de su vigencia:

a. “no derogan artículo alguno de la primera parte de esta constitución y...”

b. “... deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”.

**Aquí queremos adelantar algunas afirmaciones:**

1. *Complementar* es *perfeccionar* y no reglamentar (al respecto, consultar Diccionario de la Real Academia).

2. Algo que es *complementario* es algo que *modifica* (*perfecciona*) por extensión o especificación.

3. El inc. 22 del art. 75 de la CN sí dice que: los tratados con jerarquía constitucional son complementarios de las declaraciones, derechos y garantías por ella reconocidos y que no derogan artículo alguno de la primera parte. *Pero no dice que: no pueden agregarse otros derechos y garantías* y, nos preguntamos, ¿agregar no es una forma de modificar? y ¿un agregado no puede superar en calidad y cantidad lo ya existente? y ¿si lo modifica por ser mejor y más valioso no lo está, de algún modo, derogando? La respuesta es sí en los tres casos.

#### **D.1. Ubicación de los Tratados de Derechos Humanos Constitucionales en el nuevo texto constitucional.**

Desde el punto de vista sistemático la forma de introducir el tema de los Tratados Internacionales no podía ser peor: se regula el tema en la Segunda Parte del texto constitucional (Autoridades de la Nación, Atribuciones del Congreso) y no en la Parte Primera de la Constitución, como hubiera correspondido.

Sin embargo, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos debía ser inyectado en la Constitución Argentina; de tal guisa, “la intención de los constituyentes fue hacer una concesión política en virtud de la cual, este capítulo del derecho malogre la prohibición establecida en la ley de convocatoria”(9).

Esta ubicación en la sistemática constitucional producirá más de una disputa:

**Cuestión 1:** ¿Para el caso de conflicto entre disposiciones irreconciliables o incompatibles de un tratado de Derechos Humanos de jerarquía constitucional con otro de igual rango; cuál de ellas privaría?

Supongamos que debemos definir el alcance y amplitud del *derecho de propiedad*: difiere notoriamente entre algunos de los tratados de jerarquía constitucional que menciona expresamente nuestra Carta Magna.

(9) VANOSSI, Jorge, intervención realizada en la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas al tratarse el tema “La relación de los tratados internacionales con la Constitución Nacional”. Publicación de la Academia de 1995, Buenos Aires.

**Cuestión 2:** ¿Para el caso de conflicto entre disposiciones irreconciliables o incompatibles de un tratado de derechos humanos de jerarquía constitucional y de la Primera Parte de la Constitución Nacional, cuál de ellas privaría?

El tema es mucho más real que teórico, y sus consecuencias más trascendentales para “el hombre concreto” que para el análisis jurídico de gabinete; por ejemplo:

a) La libertad de prensa sin censura previa y el derecho de propiedad inviolable están asegurados en los arts. 14 y 17 de la CN, respectivamente; sin embargo, no ocurre lo mismo con el derecho de réplica que sí lo reconoce el Pacto de San José de Costa Rica (Art. 14, párr. 1).

En pocas palabras, La primera parte de la Constitución Nacional (Declaraciones, Derechos y Garantías) sí posibilita a un medio periodístico publicar libremente ideas e informaciones y asegura el señorío del derecho de propiedad; empero, habrá más de una resistencia a permitir rectificaciones o réplicas porque la Constitución Nacional las recepta a través del Pacto de San José de Costa Rica, que se encuentra en la Segunda Parte (Autoridades de la Nación). Luego, la libertad de expresión y el derecho de propiedad están ubicados “antes” que el derecho de réplica en la sistemática de la Constitución Nacional. Luego, el derecho de réplica, en ciertos casos, puede llegar a obstaculizar la libertad de expresión, y casi siempre, el derecho de propiedad. Conclusión: en esos casos, el derecho de réplica morirá en más de una máquina de escribir de alguna editorial.

b) El Derecho de Propiedad está explícitamente reconocido en el Art. 17 de la CN; no así, el derecho a la vida desde el momento mismo de la concepción que proclama el Art. 4 del Pacto de San José de Costa Rica, y no sólo desde el embarazo, Art. 75 inc. 23 de la CN.

Seguramente, no faltarán los eternos exégetas de las leyes al servicio de la destrucción del espíritu mismo de la ley y, casi siempre, en beneficio de intereses bastardos.

Seguramente una mente especuladora fundamentará la constitucionalidad de una ley que legalice el aborto en que ello implica asegurar el derecho de propiedad de la madre sobre su cuerpo, y este derecho se halla en la primera parte de la CN. El niño concebido sólo tiene un derecho de segunda porque su derecho se halla en la segunda parte de la CN. La perversidad jurídica ha llegado. La interpretación sistemática, integradora y justa ha desaparecido. El sentido humano, el sentido común: también.

## D.2. ¿Qué hacer para resolver los problemas que plantean las cuestiones 1 y 2?

**Respuesta: Afianzar la Justicia = Mayor Dignidad de la Persona + Equidad (Justicia del caso concreto)**

Entiéndase, no se trata con estos ejemplos de negar el derecho de propiedad o la libertad de expresión; por el contrario, hacen a la esencia misma del sistema democrático y de la convivencia entre los hombres. Se trata, tan sólo, de mostrar las dos caras de la luna, la cara y la ceca de la Democracia, si tengo libertad para decir lo que quiero de otro; el otro tendrá libertad, al menos, para defenderse de mi exceso de libertad; o también el derecho de la madre a disponer de su cuerpo tiene como límite la vida del hijo concebido, no porque sea "su" hijo o "su" cuerpo, sino porque el niño concebido tiene como ciudadano iguales derechos que ella, y cualitativamente, superiores, por ser él más débil y más necesitado. El Derecho de Propiedad, para el presente caso, deberá rendirse feliz ante la maravilla de la vida (10).

Lo que se busca para estos casos, es que no existan libertades de primera o elitistas (por ej.: la de la madre, la de la prensa) y libertades de segunda o descartables (La del nasciturus, la de todos los ciudadanos).

La Constitución de mi país no tiene hijos y entenados, tiene hermanos (iguales) en la justicia, y eso es lo que sostiene el Art. 16. y proclama su Preámbulo: "**Afianzar la Justicia**".

*La jerarquía constitucional no admite grados (11).*

## E) Conclusión

**En orden a estos Tratados Constitucionalizados se propicia:**

**I. Considerar a las Convenciones y Tratados Internacionales como integrantes de la parte dogmática de la Constitución.** No tienen un nivel inferior a las declaraciones, derechos y garantías de la primera parte de la CN.

**II. Los Tratados de Jerarquía Constitucional complementan** los derechos y garantías de la primera parte de la Constitución en el sentido que son formulación de: a. nuevos derechos constitucionales no mencionados explícitamente en la CN; b. especificación de derechos y garantías ya reconocidos. En cualquier caso tienen igual jerarquía que las disposiciones de la parte dogmática; es más son parte de la parte dogmática de la CN y no violan, ni desnaturalizan, ninguno de los derechos y garantías ya reconocidos. A todo efecto, son derechos explícitos que en el peor de los supuestos encuentran su justificación en el art. 33 de la CN (derechos no enumerados).

**III. En caso de incompatibilidad** entre disposiciones constitucionales de los Tratados y disposiciones constitucionales de la Primera Parte de la Carta Magna se buscará ante todo una interpretación armónica en la que prime el sentido de equidad, justicia y el criterio teleológico, como asimismo, la conservación de los nuevos y los viejos

(10) "No hay nada más triste que sentir el deber de escribir un alegato en favor de la vida, porque significa que ella corre graves riesgos, que debe ser exaltada por necesidad, que los tiempos modernos tienen por supremo valor su destrucción progresiva..." Germán J. BIDART CAMPOS - D. E. HERRENDORF.

(11) PIZARRO, Ramón Daniel, op. cit.

derechos.

IV. Para el caso de disputa se privilegiará a la Constitución o al Tratado según cuál fuera de los dos el que *brinde mayor tutela a la dignidad del hombre en el caso concreto*.

Propiciamos firmemente esta postura porque implica:

1. *Afianzar la Justicia* (Preámbulo de la CN que es principio rector de toda la Constitución y prima dikelógica, normológica y sociológicamente);

2. *Reconocer el techo ideológico humano y personalista de la nueva Constitución*; de lo contrario se borraría con el codo lo escrito con la mano por los convencionales de 1994;

3. Porque el único supuesto en que no llegaría nunca a prevalecer un tratado internacional sobre la parte dogmática de la CN sólo tendría lugar si violara *un principio de Derecho Público de la Constitución Nacional* (CN, 27); constituyendo un grosero error confundir norma constitucional con principio constitucional (12);

4. *Por un principio de coherencia*: si puedo elevar a la jerarquía constitucional a nuevos tratados de Derechos Humanos, sería insensata tal elevación si la parte dogmática de la CN los volviera inoperantes;

5. *Por novedad legislativa y presunción social de mayor justicia* (13).

6. *Por razón de sentimiento humano de justicia y por sentido común*.

V. *Los Derechos Enumerados en los Tratados con jerarquía constitucional se presumen siempre operativos por ser una concepción valiosa para el hombre y para el derecho y la justicia*.

VI. *En la interpretación y alcance de los derechos que enumeran los Tratados Internacionales será prevalente la jurisprudencia internacional y comunitaria* (por ej. Corte Interamericana de Derechos Humanos) con el único límite de no violación de los principios de Derecho Público del art. 27 de la CN (14).

(12) Ya decía el maestro don Werner GOLDSCHMIDT: "el orden público no está en las disposiciones; hay que calar más hondo, puesto que se halla en los principios en que las disposiciones se inspiran"; al respecto, consultar su obra "Derecho Internacional Privado", Depalma, 8ª edición, 1992, Buenos Aires, pág. 151.

(13) "...el nuevo derecho tiene con relación al viejo cierta presunción social de mayor justicia. Los cambios del derecho objetivo se introducen con la convicción legislativa de establecer un derecho más justo, más acorde a las nuevas circunstancias, más armónico con las prevalecientes valoraciones sociales locales o aun las que predominan en los distintos sistemas jurídicos comparados. Naturalmente la novedad legislativa no es garantía de un régimen jurídico más justo. Pero parece plausible entender que para los criterios del legislador las nuevas valoraciones son consideradas positivamente más justas que las viejas". En tal sentido, BOGGIANO, Antonio, "Curso de derecho internacional privado", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, págs. 868 y ss.

(14) Que la interpretación del Pacto debe, además, guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos -uno de cuyos objetivos es la interpretación del Pacto de San José (C.S.J.N., julio 7-1992. EKMEDJIAN, Miguel A. c/ SOFOVICH, Gerardo y otros. Considerando 21, párr. 1). Con ello está afirmando la obligatoriedad vinculante de la jurisprudencia de un órgano supranacional para los tribunales argentinos en la interpretación de una norma jurídica (el Pacto de San José de Costa Rica), que integra el orden jurídico positivo argentino. Obligatoriedad de naturaleza similar a las dictadas en un recurso de casación o de inaplicabilidad de ley (EKMEDJIAN, Miguel Angel, "Introducción al derecho comunitario latinoamericano con especial referencia al Mercosur". Depalma. Buenos Aires, 1994, pág. 16).