

LA UTILIDAD PRÁCTICA EN EL DERECHO INTERNO DEL PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA¹

Sumario:

I. Introducción

II. Principios Básicos

- a) Presunción de Auto-ejecutividad
- b) El Deber de Adoptar Medidas Internas
- c) Provisión de un Estándar Mínimo de Protección
- d) Irreversibilidad
- e) El principio *pro homine*
- f) El Principio *pro actione*

III. Colofón

Abstract:

En este artículo el autor analiza los principios rectores contenidos en el Pacto de San José de Costa Rica y su influencia en la aplicación cotidiana del derecho.

I. Introducción

Inmediatamente después de la recuperación de la democracia, el 10 de diciembre de 1983, el Poder Ejecutivo Nacional envió al Congreso los proyectos de aprobación de la mayoría de los tratados internacionales existentes a esa fecha en materia de derechos humanos.

El Congreso de la Nación trató el proyecto de aprobación del Pacto de San José de Costa Rica (en adelante “el Pacto”), ente los días 9 de febrero (Cámara de Diputados) y 1 de marzo de 1984 (Cámara de Senadores). La ley resultante, número 23.054² fue promulgada el 19 de marzo, publicada en el Boletín Oficial el 27 del mismo mes y el instrumento de ratificación fue depositado por el Poder Ejecutivo Nacional ante el Secretario General de la OEA con fecha 5 de septiembre de 1984.

El Pacto, cuyo nombre oficial es Convención Americana sobre Derechos Humanos, es la culminación de un fecundo proceso llevado a cabo en el marco de la Organización de Estados Americanos (OEA):

- a) En Abril de 1948 se adopta la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.

¹ Publicado en *La Ley* 2009-B:1139.

² *ADLA* XLIV-B-1984.

- b) En 1959 se crea la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en la V Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores celebrada en Chile, que en 1960 entró en funciones, con el objeto de recibir comunicaciones sobre violaciones a los derechos humanos.
- c) En 1965, la II Conferencia Interamericana Extraordinaria, celebrada en Río de Janeiro, amplió sus funciones.
- d) En 1966 la reforma de su Estatuto le permitió conocer respecto de comunicaciones individuales respecto de todos los estados miembros de la OEA.
- e) En 1967 la III Conferencia Interamericana Extraordinaria, celebrada en Buenos Aires, se le da un importante impulso al elevarla a la categoría de órgano principal de la Organización de los Estados Americanos, ya que antes se limitaba a documentar las violaciones de los derechos humanos³. Ello implicó: por una parte insertarla en el marco de un tratado (la carta de la OEA) y no de una mera resolución y por la otra, ampliar su competencia *rationae personae* a todos los miembros de la OEA, a la vez que se la habilitó a tramitar denuncias individuales provenientes de personas u organizaciones que reclamaban por violaciones de los derechos humanos.
- f) En 1969, similarmente a lo ocurrido en el orden universal, se codifican en un tratado la mayoría de los derechos contenidos en la Declaración, al adoptarse el Pacto, que amplía la lista de derechos y los define con mayor precisión, a la vez que regula el procedimiento para las denuncias ante la Comisión y las demandas ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH).
- g) En 1978, al recibir el número exigido de instrumentos de ratificación (once instrumentos según su art. 74), entró en vigor el Pacto.
- h) En 1979 entró en funciones la Corte IDH, ocupándose en un principio de emitir opiniones consultivas y a partir de 1988 comenzó a dictar sentencias en casos contenciosos.
- i) En la reforma constitucional argentina de 1994 el Pacto y la Declaración fueron elevados a la jerarquía constitucional por mandato del art. 75 inciso 22.

El Pacto contiene la consagración normativa de una serie de derechos. Algunos de ellos son reiteración de los ya contemplados en nuestra constitución nacional (por ejemplo, los derechos a la intimidad, integridad física, prohibición de la tortura, etc.), otros implican el reciclado, modernización o enriquecimiento de derechos ya contenidos en la constitución (por ejemplo, la libertad de expresión es completada con el derecho de réplica y con la prohibición de medios indirectos de coerción sobre la prensa) y por último otros son novedosos (la doble instancia en materia penal, el derecho a la tutela judicial efectiva, la duración razonable de los procesos, etc.).

³ Conf. Padilla, David, “La Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, en *Estudios Básicos de Derechos Humanos I*, San José, 1994, IIDH, pág. 229.

Pero no es en los derechos protegidos donde queremos poner el énfasis en estas líneas, sino en aquellos principios básicos contenidos en el Pacto, que prestan utilidad como rectores en la aplicación cotidiana del derecho, tanto el derecho internacional de los derechos humanos, cuanto el derecho constitucional y procesal constitucional, cuanto el derecho común (civil, penal, laboral, etc.). Creemos que el gran mérito del Pacto no está en la sumatoria de nuevos derechos, ni en el reciclado de derechos ya contemplados, sino en la introducción, al sistema de derecho interno argentino, de esos principios. Esto es en razón de la profusa proyección de ellos en todo el sistema jurídico y de cómo su aplicación hace mutar los criterios clásicos de interpretación del derecho por los jueces nacionales.

En el siguiente punto analizaremos uno por uno los principios que consideramos básicos e influyentes.

II. Principios Básicos:

a) Presunción de Auto-ejecutividad:

El art. 2 del Pacto contiene este principio, aunque con alguna falencia en su redacción⁴, en cuanto expresa: “*Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviera ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los estados parte se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades*”.

La Corte IDH lo ha interpretado del siguiente modo: “*el sistema mismo de la convención está dirigido a reconocer derechos y libertades y no a facultar a los estados para hacerlo*”⁵. Análogamente, la Comisión Europea de Derechos Humanos, por su parte, en los albores del funcionamiento de ese sistema, ha sostenido “*Las partes... tienen la obligación de velar para que la legislación interna se conforme al Convenio Europeo de Derechos Humanos y adoptar, eventualmente, las medidas de adaptación que resulten necesarias, ya que el Convenio... se impone a todas las autoridades de los estados parte, incluido el Poder Legislativo*”⁶. Hemos resaltado el término “eventualmente” por cuanto revela que las medidas internas sólo son necesarias cuando la norma internacional así lo requiera, pero no en todos los casos; es decir, no

⁴ La cual fue aprovechada por los Estados Unidos de Norteamérica para formular una declaración interpretativa por la cual con base en esa norma, entienden que los arts. 1 a 32 del Pacto no son auto-ejecutivos.

⁵ Opinión Consultiva n° 7/87.

⁶ Caso “Becker” del 9 de junio de 1958.

cuando son auto-ejecutivas. La doctrina internacional, en forma mayoritaria⁷ se ha expedido por la aplicación inmediata de las normas contenidas en los tratados de derechos humanos en el derecho interno.

De la aplicación inmediata se infiere la presunción de operatividad de sus normas, es decir su aplicación al caso concreto sin necesidad de una ley de derecho interno que lo reglamente, salvo el caso de normas que ineludiblemente son programáticas⁸, ya que no se bastan a sí mismas y precisan de otra norma que las complete. Desde ese punto de vista, Jiménez de Aréchaga⁹ define los requisitos para que una norma sea auto-ejecutiva del siguiente modo: (i) que se pueda derivar de ella en forma directa un derecho a favor de un individuo y (ii) que la regla sea lo suficientemente específica como para poder ser aplicada judicialmente sin que su ejecución esté subordinada a un acto legislativo o administrativo. La Corte IDH ha sostenido que el hecho de que un artículo de un tratado haga referencia a la ley no es suficiente para que pierda autoejecutividad¹⁰. En el mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (en adelante CSJN) ha sostenido que “*cuando una ley es clara y no exige mayor esfuerzo interpretativo no cabe sino su directa aplicación*”¹¹ y que “*siempre que contenga descripciones lo suficientemente concretas de los supuestos de hecho que hagan posible su aplicación inmediata*”¹².

Por lo tanto, siempre que de un instrumento internacional de derechos humanos surja el reconocimiento de un derecho con la suficiente precisión como para poder ser aplicado por un juez, esa norma es directamente aplicable a cualquier causa que tramite ante el poder judicial o ante la administración del Estado. Y aún en el caso que la norma presentare alguna falencia o no sea todo lo explícita que puede esperarse de una norma -por ejemplo- contenida en un código; el juez puede, y debe, realizar una interpretación integradora de la misma a lo efectos de proteger el derecho de que se trate.

La CSJN ha reconocido expresamente este principio en los siguientes términos: “*Los preceptos del Pacto de San José de Costa Rica son operativos con base en la presunción de operatividad que tienen los tratados internacionales sobre derechos*

⁷ Conf. Cançado Trindade, Antonio, *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI*, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2001, pág. 285 y Ayala Corao Carlos, “El Derecho de los Derechos Humanos” en *El Derecho* 160:758 y toda la doctrina allí citada (Buergethal Th., Nikken P., Jiménez de Aréchaga E., Bidart Campos G., Monroy Cabra G., y otros)

⁸ Travieso, Juan “La Recepción de la Convención Americana de Derechos Humanos en el Sistema Jurídico Argentino”, *La Ley* 1987-C:645.

⁹ Jiménez de Aréchaga, Eduardo, “La Convención Interamericana de Derechos Humanos como Derecho Interno” en *Revista del Instituto Interamericano De Derechos Humanos*, San José, Enero-Junio 1988, pág. 29.

¹⁰ Opinión Consultiva n° 7/87.

¹¹ *Fallos* 218:56.

¹² *Fallos* 315:1492.

humanos, mayormente cuando su formulación y contenido excluyen la naturaleza “nítidamente programática” que podría hacer ceder la presunción indicada”¹³.

b) El Deber de Adoptar Medidas Internas:

El art. 2 del Pacto establece: “*Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviera ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los estados parte se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades*” (el resaltado nos pertenece). El art. 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante PIDCP) resulta similar.

El principio que se infiere de esta norma es una manifestación del principio básico del derecho internacional público, por el cual “*el estado que asume un compromiso internacional debe adecuar su legislación interna a éste*”, que ha sido expresado desde antiguo por la Corte Permanente de Justicia Internacional¹⁴, y consagrado positivamente en el art. 27 de la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados¹⁵.

En virtud de este principio, los Estados asumen la obligación de compatibilizar su normativa interna a las normas internacionales de derechos humanos. El problema de la jerarquía, al igual que en el caso del principio *pro homine* (al que nos referiremos más abajo), pasa a un segundo plano, puesto que el poder constituyente argentino, al elevar a la jerarquía constitucional una serie de normas que lo contienen (art. 75 inciso 22 CN), ha jerarquizado esta obligación, que pesa sobre todos los demás poderes (y sobre el propio poder constituyente futuro), de adecuar la normativa interna a las obligaciones internacionalmente asumidas en la materia. No habrá, en lo sucesivo, una norma superior que desplace a una inferior, sino simplemente una obligación de adecuar unas a otras. En otras palabras, todos los poderes del Estado: el poder el constituyente, el legislativo, el reglamentario y el judicial deben hacer el esfuerzo para la adecuación de la normativa vigente, produciendo las reformas que fuere menester a tal efecto. La única diferencia en la tarea que emprenden es que cuando la adecuación la hace el poder judicial, la norma que se dicte solo tendrá efecto para el caso concreto

¹³ CSJN, Setiembre 8 de 1992, autos “*Servini de Cubría, María c/ Borensztein, Mauricio*” voto del ministro Enrique Petracchi (Fallos 317:771).

¹⁴ Caso del “*Intercambio de Poblaciones Griegas y Turcas*” de 1925, donde sostuvo “*Un estado que ha contraído validamente obligaciones internacionales está obligado a introducir en su legislación las modificaciones que sean necesarias para asegurar la ejecución de los compromisos asumidos*” (conf. CPJI, 1925, Serie B, n° 10, pág. 20).

¹⁵ “*Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado...*”.

(salvo el caso especial de los efectos expansivos de la cosa juzgada en los amparos colectivos y en las acciones de clase no patrimoniales, recientemente creadas por la CSJN).

Todos los poderes del Estado: el poder el constituyente, el legislativo, el reglamentario y el judicial deben hacer el esfuerzo para la adecuación de la normativa vigente, produciendo las reformas que fuere menester a tal efecto.

En este sentido, el deber de adoptar medidas internas se transforma también en un coadyuvante para la armonización de las normas que integran el bloque de constitucionalidad¹⁶, ya que produce una ampliación del número de sujetos activos que debe propender a esa armonización, por cuanto obliga no sólo a los órganos de aplicación del derecho (básicamente el poder judicial) sino también a los órganos de creación de derecho (poder constituyente, poder legislativo, y, en ciertos casos, poder ejecutivo). Fue este principio el que permitió, por ejemplo, el dictado del fallo “*Ekmekdjian c/ Sofovich*”¹⁷ en 1992, en el cual la CSJN constató que la mora del legislador en sancionar la norma interna que reglamentara el derecho de réplica constituía una violación al Pacto, toda vez que imposibilitaba el ejercicio de ese derecho. Frente a ello, entendió que el poder judicial debía dictar la medida “*de otro carácter*” necesaria para la operatividad del derecho y lo hizo efectivo en el caso concreto traído a juicio.

c) Provisión de un Estándar Mínimo de Protección:

Este principio se desprende del art. 29 inciso b) del Pacto, que aclara que éste no será interpretado como negación o limitación de cualquier derecho que pueda estar reconocido en la legislación interna de los Estados parte. Otro tanto se infiere del art. 5.1 del PIDCP.

El derecho internacional de los derechos humanos establece pautas mínimas a las que los estados se obligan. Esas pautas apuntan tanto a la cantidad de derechos como al alcance y amplitud que se le reconoce a cada derecho (es decir, son cuantitativas y cualitativas). El Estado se obliga entonces a garantizar un piso mínimo de derechos a las personas sujetas a su jurisdicción, pero nada le impide reconocer en su derecho interno más derechos o reconocerlos en mayor medida que los instrumentos internacionales.

¹⁶ Puede verse, al respecto, nuestro libro *El Bloque de Constitucionalidad. La Recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho Constitucional Argentino*, Buenos Aires, La Ley, 2003, pág. 196 y ss.

¹⁷ Fallos 315:1492.

El necesario complemento de este carácter mínimo es el principio *pro homine* (al cual nos referiremos más abajo) según el cual el intérprete debe elegir la norma más benéfica para el sistema de derechos humanos, sin reparar en si ella está contenida en un tratado, en la constitución, o en la ley.

d) Irreversibilidad:

El art. 4 del Pacto, al referirse a la pena de muerte establece que aquellos Estados que la hubieren abolido, no podrán restablecerla y que los que la tuvieren prevista, no extenderán su aplicación a delitos a los que no se aplique actualmente.

El art. 7.6 establece con referencia al hábeas corpus preventivo, que aquellos estados que lo tuvieren previsto en su legislación, no podrán restringirlo ni abolirlo en lo sucesivo.

Este principio ha sido definido como “*la imposibilidad de desconocer la condición de un derecho como inherente a la persona humana una vez que el estado así lo ha hecho en un instrumento internacional*”¹⁸. Es decir que una vez que al ratificar un tratado se reconoce un derecho como inherente a la persona, no existe la posibilidad de dar marcha atrás sobre el tema: el Estado queda obligado a continuar reconociendo ese derecho aun cuando, luego, denuncie ese tratado. En otras palabras, aun cuando el continente (tratado) pierda vigencia, su contenido (derechos) se mantiene como obligación del Estado. Desde un punto de vista filosófico, Nikken ha sostenido “*La dignidad humana no admite relativismos, de modo que sería inconcebible que lo que hoy se reconoce como un atributo inherente a la persona, mañana pudiera dejar de serlo por una decisión gubernamental*”¹⁹.

Creemos necesario hacer una precisión: que el principio requiere, para su funcionamiento, la existencia de una cláusula de derechos implícitos o no enumerados en la constitución nacional. En derecho constitucional comparado, las cláusulas de derechos implícitos, invariablemente hacen referencia expresa o implícita a la *dignidad* de la persona humana como fuente de derechos²⁰, la cual –huelga decirlo- es también la fuente de inspiración de los derechos humanos contemplados en derecho internacional²¹. Por lo tanto, si el Estado ya reconoció ese derecho como derivado de la dignidad humana, deberá seguir reconociéndolo. Como vemos, este fenómeno ocurre, no solo por obra del derecho internacional de los derechos humanos, sino por obra del derecho constitucional,

¹⁸ Ayala Corao, Carlos, op. cit. en nota 6, pág. 781.

¹⁹ Nikken Pedro, “El Concepto de Derechos Humanos” en *Estudios Básicos de Derechos Humanos I*, San José, IIDH, 1994, pág. 24.

²⁰ Conf. Redlich, Norman, “Are There ‘Certain Rights...’ Retained by The People?” en la obra colectiva *The Rights Retained by The People*, Virginia, George Mason University Press, 1989, pág. 127 y ss.

²¹ Conf. Verdross, Alfred, “La Dignité de la Personne Humaine base des Droits de l’Homme” en *Osterr. Z. Offentl. Recht und Volkerrecht* 31, Janvier 1980, pág. 271.

que luego de la (hipotética) denuncia del tratado, sigue alojando y conteniendo en su seno a dicho derecho, como implícito. Ello se aclara si agregamos que, a partir de la denuncia del tratado, el Estado queda liberado internacionalmente de responder –en ese ámbito- por un eventual incumplimiento del mismo; esto es la prueba de nuestra afirmación en el sentido que es el derecho constitucional el que obliga al Estado luego de ese evento²².

En conclusión, la irreversibilidad no es patrimonio exclusivo del derecho internacional de los derechos humanos, sino que necesita para su concreción del derecho constitucional, aunque no por ello deja de ser un principio general del primero.

e) El principio *pro homine*:

El art. 29 del Pacto establece: "*Ninguna disposición de la presente convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los estados partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos estados...*"

El art. 5 del PIDCP, el art. 23 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y el art. 41 de la Convención sobre los Derechos del Niño establecen principios similares. También contienen este principio otros tratados de derechos humanos sin jerarquía constitucional, como la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados²³, la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas²⁴,

²² Existe otra explicación posible al punto, y es la siguiente: que el núcleo de los derechos humanos, una vez consagrados en los tratados, pasa a ser una norma consuetudinaria internacional, por lo cual una vez denunciado el tratado, la obligatoriedad permanece con fundamento en la costumbre. No obstante, creemos que la explicación que sostenemos es más satisfactoria pues no requiere demostrar la existencia de esa costumbre y porque es inmediata, es decir no necesita que transcurra el tiempo requerido para que la norma contenida en un tratado pase a ser costumbre internacional.

²³ Art. 5: "*Ninguna disposición de esta convención podrá interpretarse en menoscabo de cualesquiera otros derechos y beneficios independientemente de esta convención otorgados por los Estados contratantes a los refugiados*" (Aprobada por Res. 2198 (XXI) de la AG ONU el 28 de julio de 1951, en vigor desde el 22 de abril de 1954, conf. HCR/INF/29/Rev.2; y 189 UNTS, 137). Argentina adhirió el 15 de noviembre de 1961, luego de su aprobación por ley 15.869.

²⁴ Art. 5, similar (conf. UN Doc., A/CONF. 9/15, de 1954, en vigor desde el 6 de junio de 1969). Aprobada por el Congreso Argentino por ley 19.510, y depositado el instrumento de adhesión el 1 de junio de 1972).

y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos Sociales y Culturales o Protocolo de San Salvador²⁵

El principio *pro homine* es uno de los pilares del régimen de protección internacional de derechos humanos. Ha sido utilizado por los órganos internacionales de aplicación de normas en distintos modos, conforme señala Pinto²⁶:

a) *Como pauta de hermenéutica*, según la cual las normas de protección de derechos humanos más específicas deben preferirse a las más genéricas (por ejemplo, la Convención contra la Tortura desplaza la aplicación de los artículos 7 del PIDCP y 5 del Pacto que se refieren al mismo tema), y las que brindan una protección mayor a aquellas que brindan una menor²⁷. En este sentido, nuestra CSJN ha dicho: “los tratados sobre derechos humanos deben entenderse en función de la protección de los derechos esenciales del ser humano y no para beneficio de los estados contratantes”²⁸. Y la Corte IDH ha remarcado “la necesidad de interpretar e integrar cada norma de la convención utilizando principios yacentes, o subyacentes o suprayacentes en otros instrumentos internacionales o en los propios ordenamientos internos... todos los cuales se encuentran en alguna medida incorporados a la convención en virtud del... art. 29...”²⁹.

b) *Como límite a las restricciones legítimas a los derechos humanos*, en el sentido que sólo son admitidas aquellas restricciones que se ordenen por ley (en sentido formal) clara y precisa y que sean *estrictamente necesarias* para mantener el orden público, la moral, la seguridad, etc. (volveremos sobre este tema más abajo).

c) *Como límite a la suspensión del ejercicio de determinados derechos humanos*: en virtud de este principio se acumulan, en cabeza del Estado, todas las limitaciones que surgen de normas internacionales e internas en esta materia; es decir las normas constitucionales que regulan el estado de sitio y las normas internacionales que regulan los estados de emergencia o excepción (el art. 27 del Pacto, el art 4 del PIDCP y el 23 CN).

El principio *pro homine* puede ser definido, entonces, como aquel por el cual, ante una pluralidad de normas aplicables a una misma situación jurídica, el intérprete debe elegir aquella que brinde una protección más favorable para la persona humana, en el sentido de darle la mayor extensión posible a las que consagran derechos y el menor alcance posible a las que posibilitan restricciones, limitaciones o suspensiones.

²⁵ Art. 4: “No podrá restringirse o menoscabarse ninguno de los derechos reconocidos o vigentes en un Estado en virtud de su legislación interna o de convenciones internacionales, a pretexto de que el presente Protocolo no los reconoce o los reconoce en menor grado”.

²⁶ Pinto, Mónica, “El Principio Pro Homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en la obra colectiva *La Aplicación de los Tratados de Derechos Humanos por los Tribunales Locales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997, pág. 165.

²⁷ Pinto, Mónica, *Temas de Derechos Humanos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997, pág. 80.

²⁸ *Fallos* 320:2153.

²⁹ Opinión Consultiva n° 4/84, opinión separada del juez Piza Escalante.

La Corte IDH, en igual sentido, ha señalado: “*si en una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana*”³⁰. Existen otras denominaciones para este principio, así, Karel Vasak lo ha denominado “*Cláusula del individuo más favorecido*”³¹ en analogía con la cláusula de la nación más favorecida en derecho internacional general; Becerra Ramírez lo ha denominado “*principio de in dubio pro ser humano*” teniendo en cuenta que en el derecho internacional de los derechos humanos se encuentra “*el Estado vs. el ser humano; el Estado con todos sus poderes frente al simple ser humano que no cuenta con más que su persona*”³². En nuestra doctrina, Sagüés lo denomina “*principio de mejor derecho*”³³.

Cabe aclarar, como señala Bidart Campos³⁴, que el principio bajo análisis, tal como lo acabamos de definir, no pierde aplicabilidad en caso que se presentare un conflicto, no entre un particular y el Estado, sino entre dos o más particulares. En ese caso, se pregunta “*¿cuál será la norma más beneficiosa para la persona y sus derechos si tanto el sujeto activo como el pasivo son personas, y por ende la norma más favorable para una de ellas no favorecería a la otra?*”. A lo cual contesta: “*ha de buscarse la norma más favorable para el derecho de la parte que en el conflicto, guarda relación con un bien o interés jurídico de mayor alcurnia que el de su oponente, todo ello de acuerdo a una opción razonable y objetiva en la escala axiológica*”. En definitiva, y siguiendo en parte al referido maestro, creemos que cuando existe una diversidad de normas jurídicas aplicables a un conflicto entre dos particulares, el principio *pro homine* mantiene su significado original, pero debe formularse con un matiz distinto: en lugar de significar que debe elegirse la norma más favorable al derecho de la persona, debemos buscar la solución que más favorezca al sistema de derechos humanos de toda la comunidad. Pero no sin aclarar ésta es una definición sólo utilizable en derecho constitucional, ya que en el derecho internacional de los derechos humanos la relación se plantea: individuo *versus* Estado, y no individuo *versus* individuo.

La aplicación de este principio, en la acepción recién descripta, hubiera hecho variar notoriamente lo decidido por la CSJN en la causa “*Simón*”³⁵, de 2005; pero

³⁰ Opinión Consultiva n° 5/85, párrafo 52.

³¹ Vasak, Karel, *Las Dimensiones Internacionales de los Derechos Humanos*, trad. de Sabaté y Rodellar, Serbal/Unesco, Barcelona, 1984, T° III, pág. 872.

³² Becerra Ramírez, Manuel, “Las Decisiones Judiciales como fuente del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en *Liber Amicorum Héctor Fix Zamudio*, San José, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pág. 431 y ss., esp. 439.

³³ Sagüés, Néstor, *Elementos de Derecho Constitucional*, Tomo I, 2° edición, Buenos Aires, Astrea, 1997, pág. 224.

³⁴ Bidart Campos, Germán, “Las Fuentes del Derecho Constitucional y el Principio Pro Homine” en la obra colectiva *El Derecho Constitucional del Siglo XXI*, Buenos Aires, Ediar, 2000, pág. 11 y ss., esp. 13.

³⁵ Fallos 328:2056.

lamentablemente el tribunal, a nuestro entender, omitió su aplicación³⁶. Si hubiera aplicado el principio *pro homine*, habría considerado que, frente al derecho de las víctimas y frente a la obligación del Estado de castigar hechos atroces, existía el derecho de los procesados en esa causa por crímenes contra la humanidad (aunque, a nuestro entender, su accionar es éticamente deleznable) a la irretroactividad del derecho y a la cosa juzgada. Por ello, no se podía aplicar retroactivamente ni la obligación de castigar, ni la tipificación hecha por normas internacionales, ni la imprescriptibilidad de un crimen, por grave que éste sea, en una causa que había sido cerrada por decisión judicial firme anterior a esta reapertura. Se oponen a ello el art. 18 CN y varias normas insertas en los mismos instrumentos internacionales de derechos humanos.

Otro tema interesante de analizar es el siguiente: si buscamos la norma más favorable sin importar el origen de la misma (convencional, constitucional, legal, etc.) ¿Significará ello que se infravalora el orden jerárquico de las fuentes y las normas?³⁷ La respuesta sería: toda vez que el principio *pro homine* es de rango constitucional (porque el art. 75 inciso 22 CN jerarquizó varios instrumentos internacionales que lo contienen) *es la propia fuente constitucional la que desde su vértice nos remitirá a cualquier otra fuente y su norma derivada, que sean capaces de suministrar la mejor solución*". Así como el derecho internacional penetra en el derecho interno que le brinda recepción, a su vez asume al derecho interno cuando éste es más generoso y holgado en su sistema de derechos y puede rendir resultado más benéfico que el internacional³⁸.

De este modo, el principio *pro homine* se relaciona indisolublemente con el carácter *mínimo* (ya analizado) que debe reconocerse a las normas internacionales de derechos humanos en el sentido de que ellas marcan el "piso" de protección que el Estado está obligado a garantizar a las personas sometidas a su jurisdicción, pero las normas internas pueden ir más allá de ese piso mínimo y brindar una protección más amplia³⁹. En tal caso, por aplicación del principio *pro homine*, el intérprete debe aplicar esa norma interna.

³⁶ Puede verse al respecto nuestro artículo "Una Disidencia Ajustada a Derecho", en *La Ley*, 2005-F:15. A nuestro criterio, el tribunal también omitió aplicar la reserva que Argentina había formulado respecto del art. 15 del PIDCP.

³⁷ Bidart Campos, Germán, "Las Fuentes..." cit., pág. 15.

³⁸ Conf. Bidart Campos, Germán, "La Responsabilidad del Estado en Tratados con Jerarquía Constitucional" en *Revista Entre Abogados*, Año V, n° 1, San Juan, 1997, pág. 4 y ss.

³⁹ En el mismo sentido, Ariel Dulitzky señala una doble implicancia del carácter mínimo: a) Que en los instrumentos internacionales sólo se incluyen los derechos fundamentales y b) que las fórmulas normativas tienen el detalle mínimo descriptivo de esos derechos y de su contenido (conf. "La Jerarquía Constitucional de los Tratados de Derechos Humanos en la Nueva Constitución Argentina" en *El Derecho* 163:936).

En esa misma dirección se encamina la postura de Cançado Trindade⁴⁰, quien se refiere al “*Criterio de primacía de la norma más favorable a las víctimas*” y afirma: “*No hay más pretensión de primacía de uno u otro ordenamiento jurídico, como en la polémica clásica y superada ente monistas y dualistas. En el presente dominio de protección, la primacía es de la norma más favorable a las víctimas, sea ella de derecho internacional o de derecho interno. Este y aquél interactúan en beneficio de los seres protegidos*”. Adherimos a esa postura, en la convicción de que el principio bajo estudio actúa como un corte transversal entre ambas fuentes de derechos humanos, la interna y la internacional. Frente a este principio, toda pretensión de primacía se torna estéril. Por lo tanto, cualquier diferencia entre normas de la constitución y normas de los instrumentos internacionales de derechos humanos deberá ser solucionada por aplicación del principio *pro homine*, según el cual, ante una pluralidad de normas que protegen derechos humanos, hay que aplicar aquella que sea más específica a ese fin⁴¹, más favorable para la víctima⁴² y más beneficiosa para el sistema de derechos⁴³; sin atender al origen constitucional o internacional de las normas.

En síntesis: por aplicación del principio *pro homine*, toda discusión acerca de la primacía del derecho interno o del derecho internacional, en materia de derechos humanos, deviene abstracta, por cuanto el intérprete debe siempre elegir la norma que ampare de modo más amplio los derechos de la persona. Con ello, el principio *pro homine* no sólo sirve como pauta para armonizar las normas que integran el bloque de constitucionalidad, sino que además constituye una demostración de la existencia de éste: ya no importa la ordenación jerárquica de las normas que amparan los derechos humanos; de todas ellas, *en bloque*, debemos elegir la más beneficiosa.

e) El Principio Pro Actione:

El art. 8 del Pacto prescribe: “*Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal... o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter...*”.

Y el art. 25 reza: “*1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces... que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los estados parte se comprometen... b) a*

⁴⁰ Cançado Trindade, Antonio, *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001, pág. 308.

⁴¹ Conf. Pinto, Mónica, “El Principio Pro Homine...” loc. cit.

⁴² Cançado Trindade, Antonio, *idem*.

⁴³ Bidart Campos, Germán, “Las Fuentes...” cit., pág. 13.

desarrollar las posibilidades de recurso judicial...”. El art. 3 del PIDCP, el art. XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y el art. 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos contienen normas similares.

Resulta esclarecedora la interpretación que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos formuló del derecho a la tutela judicial efectiva: “*El principio de la tutela judicial efectiva puede traducirse en la garantía de libre entrada a los tribunales para la defensa de los derechos e intereses ante el poder público, aún cuando la legalidad ordinaria no haya reconocido un recurso o acción concreto*”⁴⁴ (el destacado nos pertenece).

Según el principio bajo análisis, el juez debe buscar en cada caso la interpretación más favorable al ejercicio de la acción, eludiendo siempre su rechazo *in limine*. Este principio se encamina entonces a no entorpecer ni obstruir el derecho a la tutela judicial efectiva⁴⁵. Es el mismo principio que ya había sido introducido en 1957 por la CSJN, en el célebre caso “*Siri, Angel*”⁴⁶, en el cual ese tribunal operativizó ciertas normas constitucionales que carecían de una vía procesal adecuada para su defensa, creando así la acción de amparo contra actos del Estado, y unos meses más tarde, en 1958 la extendió a actos de particulares en el caso “*Kot, Samuel*”⁴⁷. En esa misma línea se inscriben los fallos “*Ekmekdjian c/ Sofovich*”, ya citado, que introdujo el amparo colectivo, y el reciente “*Halabi, Ernesto*”, de 24 de febrero de 2009, que introdujo las acciones de clase en materias no patrimoniales (con cita expresa de los tres fallos recién mencionados).

En definitiva, no debemos olvidar el viejo principio según el cual “*son las reglas procesales las que infunden vida a los derechos sustantivos, las que activan dichos derechos para hacerlos efectivos*”⁴⁸. Por ello, en caso de duda entre abrir o no una determinada vía procesal en defensa de un derecho humano, por aplicación de este principio, hay que estar a la respuesta afirmativa⁴⁹.

Incluso, el principio bajo estudio resulta condición indispensable para el ejercicio de otro derecho humano fundamental, como es el debido proceso, consagrado en cantidad de instrumentos internacionales de derechos humanos y en todas las constituciones del mundo. No puede haber debido proceso si, primero, no se abre el proceso. Por lo tanto, por aplicación de este principio, en caso que la normativa interna

⁴⁴ CIDH, Informe n° 80/99, emitido en el caso n° 10.194 (“*Palacios N. C/R. Argentina*”)

⁴⁵ Conf. Bidart Campos, Germán, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Tomo I-A, Buenos Aires, Ediar, 2000, pág. 392.

⁴⁶ *Fallos* 239:459

⁴⁷ *Fallos* 241:291.

⁴⁸ Cappelletti, Mauro y Garth, Bryant, *El Acceso a la Justicia*, trad. de Mónica Miranda, México, Fondo de Cultura Económica, 1996, pág. 47.

⁴⁹ Puede verse al respecto nuestro trabajo “Introducción al Derecho Procesal Constitucional” en la obra colectiva *Derecho Procesal Constitucional*, coordinada por el autor, Buenos Aires, Universidad, 2005, pág. 37 y ss.

(constitucional, legal o reglamentaria) no provea un remedio adecuado y rápido para una determinada lesión de un derecho humano fundamental, los tribunales podrán recurrir a las normas internacionales referidas para, en el caso concreto, crear el remedio necesario, como lo hizo la CSJN en los casos “*Siri*” y “*Kot*”.

III. Colofón:

Habiendo transcurrido veinticinco años desde la aprobación y ratificación del Pacto resulta importante refrescar la memoria acerca de su influencia en el derecho interno argentino. Hemos procurado demostrar, en este ensayo, la enorme utilidad de los principios básicos contenidos en el Pacto.

Se trata de pautas de aplicación práctica cotidiana, lejos de las declamaciones o de las declaraciones de derechos vacías de contenido.

Es necesario que los abogados y los jueces se familiaricen con ellas, a fin de que todos los operadores constitucionales cooperen en la efectiva vigencia de los derechos humanos.