

ERNESTO ADRIÁN LÖFFLER

Doctor en Derecho (Universidad Austral). Juez de la Cámara de Apelaciones de Tierra del Fuego. Posdoctorando en Derechos Fundamentales (Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales). Magister en Derecho y Magistratura Judicial (Universidad Austral). Especialista en Derecho Constitucional (Universidad de Salamanca). Profesor titular de Derecho Constitucional Político, de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, de Aspectos Esenciales de la Constitución de Tierra del Fuego y de Taller de Metodología de la Investigación (UCES). Diputado nacional por Tierra del Fuego (1997-2001)

Supremacía y primacía normativa

*La Constitución nacional frente
a los tratados internacionales
de derechos humanos*

Estudio preliminar de

ALFONSO SANTIAGO



CORTE SUPREMA BIBLIOTECA	
SIG. TOPOGRAFICA	INVENTARIO
F6472	151.283

Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma

CIUDAD DE BUENOS AIRES

ÍNDICE GENERAL

ESTUDIO PRELIMINAR	9
ÍNDICE DE ABREVIATURAS	35
INTRODUCCIÓN	39

P A R T E P R I M E R A

ORIGEN DEL PRINCIPIO DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD. EVOLUCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN PERSPECTIVA INTERNACIONAL

CAPÍTULO PRIMERO

GÉNESIS Y EVOLUCIÓN DEL CONSTITUCIONALISMO, DEL PRINCIPIO DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD. CONCEPTUALIZACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN ARGENTINA

1. Evolución histórica del constitucionalismo en relación con los institutos que tuvieron influencia en la Constitución argentina	51
a) El origen del constitucionalismo	52
b) Las constituciones modernas	58
c) Origen del principio de supremacía constitucional.	61
2. Acerca del concepto de Constitución	63
3. Dentro de qué categoría se ubica a la Constitución argentina	69
a) Conceptualización de la Constitución originaria	69
b) Conceptualización de la Constitución argentina luego de la reforma constitucional de 1994	74
4. Síntesis del capítulo	76

CAPÍTULO II

NACIMIENTO Y EVOLUCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL
DE LOS DERECHOS HUMANOS
POST CONSTITUCIONALISMO CLÁSICO

5. Nueva conceptualización del derecho internacional de los derechos humanos.	79
a) La internacionalización de los derechos humanos: como "ius commune", "ius gentium" o "lex universalis"	79
b) De la aparición del derecho internacional de los derechos humanos	83
1. De la "res declarata"	88
2. De la "res pactata", de la "res iudicata" y de la "res interpretata"	92
c) ¿Cómo juega la obligatoriedad como característica central de los derechos humanos respecto de su inserción en los ordenamientos locales?	95
Dimensión jurídica de los derechos humanos. Influencia de la actividad jurisdiccional	97
d) Acerca del derecho natural y el "ius cogens"	103
e) El "ius cogens" y la competencia de los tribunales internacionales de derechos humanos	108
6. Breve mirada sobre la penetración del "ius cogens" en el sistema interamericano	109
a) La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y el "ius cogens"	109
b) La Corte Interamericana de Derechos Humanos y el "ius cogens"	115
c) Una última consideración sobre el tópico	123
7. Síntesis del capítulo	125

CAPÍTULO III

DESCRIPCIÓN DE LOS SISTEMAS DE INCORPORACIÓN
DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES
Y DEL "IUS COGENS" AL ORDENAMIENTO
JURÍDICO ARGENTINO

.	131
8. En la Constitución originaria	137
a) A través de los tratados celebrados por escrito	137
b) A través del derecho internacional consuetudinario	142
9. En la Constitución de 1994	143
a) A través de los tratados celebrados por escrito	143
b) A través del derecho internacional consuetudinario	147
10. Síntesis del capítulo	149

PARTE SEGUNDA

LA PROGRESIVA INCORPORACIÓN DEL DERECHO
INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS
AL ORDENAMIENTO JURÍDICO ARGENTINO
Y LOS FUNDAMENTOS DE SU PRETENDIDA
SUPREMACÍA SOBRE LAS NORMAS
CONSTITUCIONALES

.	153
-----------	-----

CAPÍTULO IV

FUNDAMENTOS PARA SOSTENER LA SUPREMACÍA
Y PRIMACÍA DEL DERECHO INTERNACIONAL
DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL SISTEMA
DE FUENTES DEL ORDENAMIENTO
JURÍDICO ARGENTINO, SEGÚN LA TESIS
INTERNACIONALISTA

.	155
11. Argumentos que surgen del propio texto de la Constitución argentina	156
a) El alcance del artículo 27 de la Constitución: el concepto estricto de tratados de paz y comercio	158
b) ¿Inexistencia de límites a las facultades del poder constituyente reformador de 1994?	166
12. Argumentos a favor de la tesis internacionalista que surgen de las cláusulas incorporadas por la reforma constitucional de 1994	173
a) ¿Cómo se incorporan los tratados internacionales de derechos humanos al ordenamiento local en función a lo reglado por el artículo 75 inciso 22 de la Constitución nacional, según la tesis internacionalista?	173
b) ¿Cómo interpreta la tesis internacionalista la frase: "... en las condiciones de su vigencia ..." del artículo 75, inciso 22, 2º párrafo?	183
1. La opinión de la doctrina	183
2. La opinión de la CSJN	186
c) ¿Cómo interpreta la tesis internacionalista la cláusula: "... tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos", del artículo 75, inciso 22, 2º párrafo?	189
1. La opinión de la doctrina	189
2. La opinión de la CSJN	194

13. Argumentos a favor de la tesis internacionalista que surgen de normas originadas en el derecho internacional. 196
- a) Conflicto entre normas internacionales y normas internas Alcances de los artículos 26, 27 y 46 de la Convención de Viena según la tesis internacionalista 196
- b) Argumentos para esgrimir la supraconstitucionalidad de la CADH sobre las normas de derecho interno incluida la Constitución argentina 205
14. Síntesis del capítulo 208

CAPÍTULO V

APORTE E INCIDENCIA DE LA JURISPRUDENCIA
DE LA CORTE IDH PARA DETERMINAR LA RELACIÓN
JERÁRQUICA ENTRE LOS TRATADOS INTERNACIONALES
DE DERECHOS HUMANOS Y EL DERECHO NACIONAL

15. El control de convencionalidad como herramienta para asegurar la primacía del derecho internacional de los derechos humanos. El rol de la Corte IDH 213
- a) Funciones y alcances de sus sentencias 216
- b) Control de convencionalidad: breve explicación sobre sus orígenes y desarrollo 219
16. ¿Quiénes ejercen el control de convencionalidad desde la perspectiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? 227
17. ¿Qué normas internacionales se deben confrontar para ejercer el control de convencionalidad? 232
18. ¿Sobre qué normas nacionales se ejerce el control de convencionalidad? 234
19. Control de oficio de convencionalidad 236
20. ¿Qué consecuencias se derivan del control de convencionalidad? 241
21. Síntesis del capítulo 243

CAPÍTULO VI

ARGUMENTOS QUE SURGEN DE LA JURISPRUDENCIA
DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN
PARA ESTABLECER LA PRIMACÍA DE LAS NORMAS
INTERNACIONALES SOBRE LA CONSTITUCIÓN
Y LAS LEYES INTERNAS

22. Posición de la CSJN y la doctrina 247
- a) Criterios jurisprudenciales de la Corte Federal anteriores a la reforma de 1994 vinculados a la jerarquía normativa de los tratados internacionales 248

1. Período 1863-1992 248
2. Caso "Ekmekdjian" (1992) 253
3. Caso "Fibraca" (1993) 255
4. Caso "Cafés La Virginia" (1994) 257
- b) Criterios de la Corte Suprema luego de la reforma de 1994 259
1. Caso "Priebke" (1995) 259
- I. De los hechos 259
- II. De los argumentos de la Corte 261
- i) Voto de la mayoría y concurrentes 261
- ii) Conclusión 262
2. Caso "Giroldi" (1995) 263
- I. Hechos 263
- II. Fundamentos de la Corte Suprema 263
3. Caso "Bramajo" (1996) 264
- I. Hechos 264
- II. Las normas analizadas por la Corte 265
- III. Resolución de la Corte 266
4. Caso "Acosta" (1998) 268
- I. Los hechos del caso 268
- II. Resolución de la Corte 269
5. Caso "Espósito" (2004) 272
- I. La CSJN respecto de la obligatoriedad de las sentencias de la Corte IDH 273
- II. Primacía de la jurisprudencia emanada del derecho internacional sobre el derecho doméstico 274
6. Caso "Arancibia Clavel" (2004) 274
- I. Muy breve repaso de los hechos 274
- II. Fundamentos de los votos de la mayoría 275
- i) De la importancia y jerarquía del "ius cogens" 275
- ii) De la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad 276
- iii) La importancia de la jurisprudencia de la Corte IDH para el voto del juez Petracchi 278
- iv) El derecho natural como fuente del Derecho . . 280
7. Caso "Simón" (2005) 281
- I. Breve sumario de los hechos 281
- II. Argumentos de la mayoría de la decisión 282
- III. Los argumentos de la Corte para aplicar normas indisponibles del derecho internacional 283
- IV. A modo de síntesis 289
- v. La posición que asumen los votos mayoritarios en torno de la justificación de la prescripción y la finalidad de la pena 292
8. Caso "Mazzeo" (2007) 293

I. Breve repaso de los hechos	293
II. Argumentos centrales de la Corte Suprema	294
9. Caso "Ministerio de Relaciones Exteriores" (2017)	296
I. Aclaraciones preliminares	296
II. Argumentos de la minoría en torno a la obligatoriedad de las decisiones de los organismos internacionales de derechos humanos	296
III. La opinión de la doctrina conteste con la disidencia del juez Maqueda	297
23. Recapitulación de los fundamentos de la tesis internacionalista expuestos en la jurisprudencia de la CSJN	298
24. Síntesis del capítulo	307

CAPÍTULO VII

LA SUPRACONSTITUCIONALIDAD DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN EL DERECHO COMPARADO

.....	311
25. Chile	312
26. Perú	321
27. Guatemala	331
28. Colombia.	335
29. Holanda y Luxemburgo.	338
30. Síntesis del capítulo	342

PARTE TERCERA

PROGRESIVA INCORPORACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS AL ORDENAMIENTO JURÍDICO ARGENTINO EN ESCENARIOS DE SUPRALEGALIDAD, INFRACONSTITUCIONALIDAD Y CONSTITUCIONALIDAD DEFERENTE O MODERADA

CAPÍTULO VIII

ARGUMENTOS A FAVOR DE LA PRIMACÍA Y SUPREMACÍA DE LAS DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES (TESIS CONSTITUCIONALISTA) EN EL MARCO DEL SISTEMA JURÍDICO ARGENTINO

.....	347
31. La relación entre la Constitución nacional y el derecho internacional de los derechos humanos según la tesis constitucionalista	349

a) Acerca del carácter de norma suprema de la Constitución argentina	353
1. La Constitución como norma fundante del ordenamiento jurídico nacional	358
I. Supremacía constitucional sobre los tratados internacionales	359
i) Alcance del artículo 31 de la Constitución nacional	362
ii) Interpretación armónica de los artículos 27 y 31 de la Constitución nacional	363
II. Primacía del poder constituyente sobre el poder constituido	369
i) Alcances del artículo 30 de la Constitución argentina	371
ii) Límites a las facultades del poder constituyente reformador	374
iii) La primacía normativa de la Constitución argentina como decisión reservada al Poder Constituyente	382
2. La lealtad del juez nacional en caso de conflicto normativo entre la Constitución y los artículos 27 y 46 de la Convención de Viena de 1969	385
3. El proceso de desconstitucionalización: la modificación del principio de supremacía constitucional por vías de hecho	391
• Los gobiernos de facto y la ruptura con los principios de supremacía y de rigidez. El rol de la Corte Suprema de Justicia en torno al asunto	391
4. Las reformas de 1994: Límites a la nueva jerarquía de los tratados y los intentos de trasgresión a los principios de supremacía y de rigidez	395
b) Argumentos que surgen de las cláusulas incorporadas por la reforma constitucional de 1994 para la tesis constitucionalista	403
1. La "fórmula argentina" como herramienta para que el juez local pueda resolver conflictos normativos	403
2. Los tratados internacionales de derechos humanos en el ordenamiento local en función a lo reglado por el artículo 75 inciso 22 de la Constitución nacional según la tesis constitucionalista	411
3. ¿Cómo interpreta la tesis constitucionalista la expresión: "... en las condiciones de su vigencia ..."?	416
I. La opinión de los convencionales constituyentes	416
II. La opinión de la doctrina	418

4. ¿Cómo se interpreta según la tesis constitucionalista el párrafo: "... tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos"?...	420
I. La opinión de los convencionales constituyentes...	420
II. La opinión de la doctrina...	421
5. Argumentos que surgen del artículo 36 de la Constitución nacional. El imperio de la Constitución	422
c) ¿Corte Suprema de Justicia de la Nación o Corte condicionada?...	426
d) Argumentos para sostener la inconstitucionalidad parcial de la reforma constitucional de 1994, en tanto altera la primacía de la Carta Magna sobre los tratados y leyes de la Nación	430
Alcances de los artículos 6° y 7° de la ley 24309. El caso "Fayt"	430
32. Síntesis del capítulo	432

CAPÍTULO IX

ARGUMENTOS QUE SURGEN DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA -VOTOS DE LA MAYORÍA O MINORÍA- Y DICTAMEN DEL PROCURADOR PARA DETERMINAR LA RELACIÓN JERÁRQUICA ENTRE LA CONSTITUCIÓN, LAS NORMAS INTERNACIONALES Y LA JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

.....	437
33. Dictamen del Procurador General de la Nación en el caso "Acosta" (2010)	438
a) El valor de las sentencias de la Corte IDH conforme el derecho interamericano. Postura de la tesis constitucionalista	439
b) El valor jurídico de las sentencias de la Corte IDH conforme el derecho y la jurisprudencia argentinas	443
34. Caso "Priebke" (1995)	446
De los argumentos de los votos disidentes	447
35. Caso "Acosta" (1998)	447
Argumentos a favor de la tesis constitucionalista	447
36. Caso "Cantos" (2003)	448
a) De los hechos	449
b) Argumentos a favor de la tesis constitucionalista	449
37. Caso "Espósito" (2004)	451

De los hechos	451
1. De la obligatoriedad de las decisiones contenciosas de la Corte IDH -artículo 68.1, CADH-. Alcances de su competencia	452
2. Alcances del artículo 27 de la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados	455
38. Caso "Arancibia Clavel" (2004)	456
a) De los hechos	456
b) Fundamentos vinculados a derechos de jerarquía constitucional. Supremacía de la Constitución -principios de derecho público-	458
39. Caso "Simón" (2005)	461
a) De los hechos	461
b) Fundamentos esgrimidos por la minoría	462
1. Respeto del control judicial de constitucionalidad	462
2. Supremacía de la Constitución -principios de derecho público-	463
3. Los tratados deben subordinarse a la Constitución	464
4. Alcance de la expresión "los tratados se incorporan en las condiciones de su vigencia"	465
5. Supremacía del Poder Constituyente sobre el Poder Constituido	466
6. Alcances del artículo 27 de la Constitución nacional como fórmula de reserva argentina o margen de apreciación nacional	466
7. Principio de rigidez constitucional	468
8. Orden jerárquico del sistema jurídico argentino	468
9. Alcances del "ius cogens" en el derecho argentino	469
40. Caso "Mazzeo" (2007)	473
a) De los hechos	473
b) Cómo llegan las actuaciones a la Corte Suprema	474
c) De la importancia del "ius cogens"	476
d) Importancia del precedente	476
e) Del valor de la cosa juzgada en el voto disidente de la jueza Argibay	477
f) Del valor de la cosa juzgada en el voto disidente del juez Fayt	480
41. Caso "Derecho" (2007)	481
De los hechos	482
1. Los delitos investigados no eran de lesa humanidad	483
2. Valor de la cosa juzgada frente a delitos comunes. Competencia de la Corte IDH	484
42. "Ministerio de Relaciones Exteriores" (2017)	485
a) De los hechos del caso tratado recientemente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación	485

b) Principales argumentos del voto mayoritario de la Corte Suprema de Justicia de la Nación –jueces Lorenzetti, Highton y Rosenkrantz–	487
1. Del carácter no jerárquico, subsidiario y diferenciado que tiene el sistema interamericano de tutela de los derechos humanos en relación con la protección principal a cargo de las normas de derecho interno de los tribunales locales	487
2. La Corte Interamericana de Derechos Humanos no se constituye como una cuarta instancia con poder casatorio sobre las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación	488
3. La Corte hace valer que los compromisos que asume el Estado argentino son los que surgen expresamente de la letra de los tratados internacionales (“res legislata”)	489
4. La Corte se define por la primacía final de la Constitución sobre los tratados internacionales, incluidos los de derechos humanos, a los que el convencional constituyente en 1994 les reconoció carácter complementario y jerarquía constitucional.	491
c) Argumentos del voto del juez Rosatti	493
43. Síntesis del capítulo	496

CAPÍTULO X

LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL
EN EL DERECHO COMPARADO

.....	501
44. España	502
45. Rusia	504
46. Reino Unido	508
47. Alemania	510
48. Italia	514
49. Estados Unidos de América	518
50. Chile	522
51. República Dominicana	528
52. Brasil	531
53. Uruguay	533
54. Costa Rica	537
55. México	543
56. Venezuela	552
57. Síntesis del capítulo	555

PARTE CUARTA

NOCIÓN DE LOS CONFLICTOS NORMATIVOS ✓

CAPÍTULO XI

CONFLICTOS NORMATIVOS INSALVABLES ENTRE DISPOSICIONES
CONSTITUCIONALES, TRATADOS INTERNACIONALES
Y JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL
SOBRE DERECHOS HUMANOS

58. El concepto de conflicto normativo	559
Distinción entre contradicción normativa y conflicto normativo	563
59. Clasificación de los distintos modos de resolución de los conflictos normativos	566
a) Criterios de pertenencia de la norma	567
b) Criterio de jerarquía	569
c) Criterio de validez	572
d) Distinción conforme a la operatividad de la norma hecha por Alexy	572
60. La inconventionalidad como conflicto normativo	575
61. Síntesis del capítulo	582

PARTE QUINTA

RESOLUCIÓN DE LA “QUAESTIO” PLANTEADA ✓

CAPÍTULO XII

¿A QUIÉN LE DEBE LEALTAD EL JUEZ NACIONAL EN CASO
DE CONFLICTO NORMATIVO ENTRE LA CONSTITUCIÓN,
LOS TRATADOS INTERNACIONALES CON JERARQUÍA
CONSTITUCIONAL Y LA JURISPRUDENCIA
DE LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES
DE DERECHOS HUMANOS?

.....	587
62. Conclusiones	601
BIBLIOGRAFÍA	611
JURISPRUDENCIA CITADA	639
1. Jurisprudencia argentina	639
a) Corte Suprema de Justicia de la Nación	639
b) Otros tribunales de la Nación	644

c) Tribunales provinciales.....	644
2. Jurisprudencia internacional.....	645
a) Tribunales y órganos internacionales de derechos hu- manos.....	645
Jurisprudencia de la Corte Interamericana de De- rechos Humanos.....	645
Recomendaciones e Informes de la Comisión Interame- ricana de Derechos Humanos.....	647
Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Hu- manos.....	648
b) Otros tribunales internacionales.....	648
c) Tribunales nacionales en el derecho comparado.....	648