

DERECHO INTERNACIONAL Y DERECHO INTERNO. EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ARGENTINO

International and National Law. The Constitutional Argentine System

ARTURO SANTIAGO PAGLIARI*

RESUMEN: El trabajo está referido a las relaciones entre el derecho internacional y los derechos internos de los Estados, especialmente con respecto al ordenamiento jurídico de la República Argentina. Aborda la relación jerárquica entre las normas internacionales, la Constitución Nacional, los tratados en general y los tratados de derechos humanos en particular.

PALABRAS CLAVE: derecho internacional – derecho interno – incorporación del derecho internacional al derecho interno argentino – Constitución Nacional – tratados

ABSTRACT: The present work is referred to the relations between international law and the domestic law of States, especially with respect to the internal legal system of the Argentine Republic. It

* Abogado y Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba. Profesor de Derecho Internacional Público, Universidad Nacional de Córdoba. <apagliari@arnet.com.ar>.

Artículo recibido el 9 de junio y aprobado el 5 de julio de 2011.

addresses the hierarchy between international norms, the National Constitution, treaties in general and human rights treaties in particular.

KEY WORDS: international law – domestic law- incorporation of international law to argentine domestic law – National Constitution - treaties

I. INTRODUCCIÓN

En los últimos tiempos el derecho internacional ha sufrido una honda expansión que ha impactado en las normas internas de los distintos Estados, especialmente en sus constituciones, influenciando las decisiones de sus máximos órganos judiciales encargados de interpretar y aplicar las normas jurídicas. No ha escapado a este fenómeno nuestro país, máxime teniendo en cuenta la reforma de la Constitución de 1994, que ha influido en las decisiones que sobre el particular ha tomado la Corte Suprema de Justicia en asuntos sometidos a su competencia en temas en los que ha entrado en conflicto la norma internacional con la interna, especialmente en materia de aplicación de los tratados y de normas y principios generales de derecho internacional lo que ha motivado una interesante jurisprudencia sobre el particular. Así han debido abordarse necesariamente temas como la incorporación de las normas internacionales al derecho interno (tanto las convencionales como los principios generales, la costumbre, e incluso la aplicación del *ius cogens*), el orden de prelación de las normas que forman parte del orden jurídico nacional, la compatibilidad de la Constitución y las leyes internas con las normas internacionales de distinta naturaleza, la jerarquía constitucional de los tratados sobre derechos humanos y la aplicación de los tratados en particular, y de las normas de derecho internacional en general. Estos son los temas que esbozaremos en este trabajo, dedicando un espacio en particular a la problemática del inc. 22 del artículo 75 de la Constitución en lo referido al tema de la jerarquía constitucional de los tratados sobre Derechos Humanos.

II. INCORPORACIÓN Y APLICACIÓN EN EL ÁMBITO INTERNO DE LAS NORMAS DEL DERECHO INTERNACIONAL

El Derecho Internacional remite al ordenamiento jurídico interno de cada Estado la decisión acerca de cómo habrán de incorporarse las normas del Derecho Internacional en el derecho interno. Así, las normas de un Estado pueden disponer la aplicación automática y directa de las normas internacionales -en la medida en que fueran operativas- en el ámbito interno, o exigir que cada norma internacional tenga que ser receptada por una norma interna que la incorpore. Por otra parte, y de acuerdo con las reglas del Derecho

Internacional Público, también corresponde al orden jurídico interno resolver las relaciones de jerarquía normativa entre las normas internacionales y las normas internas.

Según parte de la doctrina y cierta jurisprudencia, la Constitución Argentina ha optado por la directa aplicación¹ de las normas internacionales en el ámbito interno. Ello significa que las normas internacionales vigentes con relación al Estado argentino no precisan ser incorporadas al derecho interno a través de la sanción de una ley que las recepte, sino que ellas mismas son fuente autónoma de derecho interno junto con la Constitución y las leyes de la Nación. Esta interpretación tiene base en lo establecido en el artículo 31 de la Constitución, que enumera expresamente a los tratados con potencias extranjeras como fuente autónoma del derecho positivo interno, y, en lo que atañe a la costumbre internacional y a los principios generales de derecho, en lo dispuesto por el artículo 118, que dispone la directa aplicación del Derecho de Gentes como fundamento de las sentencias de la Corte Suprema. En efecto, las normas del Derecho Internacional vigentes para la República Argentina -tanto los tratados, como las normas consuetudinarias y los principios generales de derecho- revisten el doble carácter de normas internacionales y normas del ordenamiento jurídico interno y, en este último carácter, integran el orden jurídico nacional junto a las leyes y la Constitución. Asimismo la Corte Suprema de Justicia, en numerosos fallos, ha considerado que las normas del *ius cogens* del Derecho Internacional consuetudinario también forman parte del Derecho interno. En tal sentido ha sostenido que es su función velar por el cumplimiento del *ius cogens*. Normas de esta naturaleza, por ejemplo², son las consagradas en la *Convención sobre Desaparición Forzada de Personas*, ya que la desaparición forzada de personas³ constituye no sólo un atentado contra el derecho a la vida, sino también es un crimen contra la humanidad.⁴ La Nación Argentina ha manifestado su clara voluntad de hacer

¹ En el caso de la Corte Suprema. *Quebrachales Fusionados c. Capitán del Buque Águila* (1927) se sostuvo la aplicación directa de la norma internacional.

² El art. 2 de la *Convención sobre Desaparición Forzada de Personas*; el art. 1 de la *Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes* y la *Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad*, que comprende en la definición "otros actos inhumanos", según la remisión al art. 6.c del *Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg*.

³ Tales conductas tienen como presupuesto básico la característica de dirigirse contra la persona o su dignidad, en las que el individuo ya no cuenta, sino en la medida en que sea miembro de una víctima colectiva a la que va dirigida el delito.

⁴ La comunidad mundial se ha comprometido a erradicar crímenes de esa laya, pues merecen una reprobación tal de la conciencia universal al atentar contra los valores

respetar irrenunciablemente esos derechos y ha reconocido el principio fundamental según el cual esos hechos matan el espíritu de nuestra Constitución y son contrarios al *ius cogens*. De conformidad al criterio de la Corte, los delitos derivados de violaciones a normas de *ius cogens* no son prescriptibles.⁵ Por lo tanto si la naturaleza de los delitos de lesa humanidad está sujeta a los principios del *ius cogens* del Derecho Internacional, no se aplica el instituto de la prescripción con respecto a esos delitos. En tal sentido, la Corte ha sostenido que los delitos de lesa humanidad nunca han sido prescriptibles en el Derecho Internacional⁶ ni en el derecho argentino. No importa que las normas de *ius cogens* se encuentren fijadas por el derecho consuetudinario o se hayan cristalizado en tratados internacionales⁷; en ambos casos, son normas que deben ser consideradas como parte integrante del derecho interno

humanos fundamentales, que ninguna convención, pacto o norma positiva puede derogar, enervar o disimular con distracción alguna.

⁵ La ley n° 25.778, sancionada simultáneamente con la n° 25.779, otorgan "*jerarquía constitucional a la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, adoptada por la Asamblea General de Organización de las Naciones Unidas, el 26/11/1968 y aprobada por la ley 24584*". Esta Convención, según entendió esta Corte Suprema en la causa *Arancibia Clavel* (2004), no hace imprescriptibles crímenes que antes eran prescriptibles, sino que se limita a codificar como tratado lo que antes era *ius cogens* en función del Derecho Internacional Público consuetudinario; siendo materia pacífica que en esta rama jurídica, la costumbre internacional es una de sus fuentes. En consecuencia, la prescripción establecida en la ley interna no extingüía la acción penal con anterioridad a esa ley, y, por tanto, su ejercicio en función de la misma no importa una aplicación retroactiva de la ley penal.

⁶ En el debate que precedió a la aprobación por parte de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas de la *Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad*, se impuso la posición según la cual el principio de imprescriptibilidad ya entonces existía en el Derecho Internacional, por lo que la Convención no podía enunciarlo sino afirmarlo (Comisión de Derechos Humanos, 22° período de sesiones, 1966). Es por ello que el verbo "*afirmar*" reemplazó al verbo "*enunciar*" que contenía el proyecto original. Esta afirmación del principio de imprescriptibilidad importó, entonces, el reconocimiento de una norma ya vigente en función del Derecho Internacional Público consuetudinario. Así, se ha sostenido que en virtud de las manifestaciones reseñadas y de las prácticas concordantes con ellas, el principio de imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad integra el Derecho Internacional general como un principio del Derecho de Gentes generalmente reconocido, o incluso como costumbre internacional.

⁷ Por ejemplo, en el caso de las *Convención de la Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad* y la *Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas*.

argentino. Tampoco impide la aplicación de tales normas la circunstancia de que la *Convención de la Imprescriptibilidad de Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad* y la *Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas* hayan sido ratificadas con posterioridad a la comisión de la conducta ilícita tipificada por tales convenciones; ello, por cuanto considera que en razón de la calificación provisional de los delitos, corresponde considerar que no se presenta en esos casos una cuestión de conflicto de leyes en el tiempo, pues el crimen de lesa humanidad lesionó antes y ahora el Derecho Internacional (antes el consuetudinario, ahora también el convencional, codificador del consuetudinario).

La Suprema Corte Argentina ha sostenido que la contradicción entre el principio de imprescriptibilidad de las acciones contrarias a una norma *ius gentium* y el principio de irretroactividad de las leyes fijado constitucionalmente, es sólo aparente.⁸ En efecto, la *Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad* reconoce una conexidad lógica entre imprescriptibilidad y retroactividad. Ante el conflicto entre el principio de irretroactividad que favorecía al autor del delito contra el *ius gentium* y el principio de retroactividad aparente de los textos convencionales sobre imprescriptibilidad, debe prevalecer este último pues ese carácter es inherente a las normas imperativas de *ius cogens*, y para la Corte, tal conflicto es sólo aparente, pues las normas de *ius cogens* que castigan el delito de lesa humanidad han estado vigentes desde tiempo inmemorial. La inaplicabilidad de las normas de derecho interno de prescripción de los delitos de lesa humanidad tiene base en el Derecho Internacional, ante el cual el derecho interno es sólo un hecho. Por ello, la regla de la imprescriptibilidad para los crímenes de lesa humanidad tiene a partir de la reforma del 1994 valor y jerarquía constitucionales, y por su especificidad respecto de los delitos que contempla, tiene un ámbito material distinto y particular respecto de la norma general de prescriptibilidad sobre los demás delitos. Ambas reglas, imprescriptibilidad e irretroactividad, tienen la misma jerarquía constitucional, y por consiguiente, las normas especiales de imprescriptibilidad sólo rigen para los delitos contemplados en la Convención citada, que no está por

⁸ En disidencia, FAYT opina que sin embargo, tampoco puede resolverse la cuestión a favor de la aplicación del principio de imprescriptibilidad, en tanto otros aspectos no menos importantes que subyacen al *nullum crimen nulla poena sine lege*, se verían claramente violados. En efecto, la aplicación de la costumbre internacional contrariaría las exigencias de que la ley penal deba ser cierta -exhaustiva y no general-, estricta -no analógica-, concretamente con relación al *sub lite*, escrita -no consuetudinaria-. Sintetizando: las fuentes difusas -como característica definitoria de la costumbre internacional- son también claramente incompatibles con el principio de legalidad.

debajo de la Constitución Nacional sino a su misma altura. La *Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad* está subordinada a la Constitución, pues se identifica con ella. El principio de imprescriptibilidad consagrado en la Convención ya citada, al alcanzar jerarquía constitucional, integra el conjunto de principios de derecho público de la Constitución.

En disidencia con esta opinión, se arguye el escollo que constituye el artículo 18 Constitución Nacional, en tanto desconoce la validez de la aplicación de normas *ex post facto*. Para sortear dicho "escollo" se sostiene que esa regla no puede ser invocada en el ámbito del derecho penal internacional -en el que existiría la posibilidad de aplicación retroactiva-, derecho que debe ser directamente aplicado en virtud de la preeminencia del Derecho de Gentes establecida en el artículo 118 de la Constitución. Sin embargo, la disposición del artículo 18 no puede sortearse con la aplicación directa del derecho penal internacional en virtud de una pretendida preeminencia del Derecho de Gentes que encontraría su fundamento en el art. 118, derecho que no necesariamente revelaría idéntica sujeción al principio de legalidad.⁹ Esta cláusula constitucional regula una modalidad de los juicios criminales: aquellos que derivan de los *delicta iuris gentium*. En este aspecto, impone al legislador el mandato de sancionar una ley especial que determine el lugar en que habrá de seguirse el juicio, de suerte tal que, a falta de la ley especial que prevé la norma (se refiere además a hechos acaecidos en el exterior), resulta inaplicable.¹⁰ De tal modo, no cabe concluir que por esta vía el Derecho de Gentes tiene preeminencia sobre el derecho interno del Estado argentino. En definitiva, la mención en la Constitución del Derecho de Gentes se efectúa sólo para determinar la forma en que se juzgarán los delitos cometidos en el exterior contra esos preceptos; pero de ningún modo -más allá de su indiscutible valor- se le confiere jerarquía constitucional ni -menos aún- preeminencia sobre la Ley Fundamental. Por otra parte, no debe confundirse el valor

⁹ El art. 118 de la Constitución Nacional establece que "...la actuación de estos juicios [juicios criminales ordinarios] se hará en la misma provincia donde se hubiera cometido el delito; pero cuando éste se cometa fuera de los límites de la Nación, contra el Derecho de Gentes, el Congreso determinará por una ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio".

¹⁰ La Corte ha precisado el alcance acotado que debe asignarse a la escueta referencia que contiene esta norma. VILLALBA (1943) p. 225, da cuenta de su origen, que se remonta a la Constitución de Venezuela de 1811, la que del mismo modo simplemente estatuye que en el caso de que el crimen fuese perpetrado contra el Derecho de Gentes -en ese momento, piratería y trata de esclavos- y fuera de los límites de la Nación, el Congreso determinará por una ley especial el paraje donde haya de seguirse el juicio.

indiscutible del Derecho de Gentes y su positiva evolución en el ámbito del Derecho Internacional, con la posibilidad de aplicar sus reglas directamente en el derecho interno. Parece a todas luces exagerado inferir sobre la base del texto del art. 118 que sea posible la persecución penal sobre la base de las reglas propias del derecho penal internacional. De allí no se deriva en modo alguno que se puede atribuir responsabilidad individual con base en el Derecho Internacional, en tanto no se establece cuáles son los principios y normas que rigen la persecución de crímenes *iuris gentium*. Por lo tanto, la norma citada no permite concluir que sea posible en la República Argentina la persecución penal con base en un derecho penal internacional que no cumpla con los mandatos del principio de legalidad. Afirmar que la alusión del artículo 118 al Derecho de Gentes obliga a los tribunales nacionales a aplicar directamente las reglas propias del Derecho Internacional resulta absolutamente dogmático. De todo ello, deriva la imposibilidad de aplicación retroactiva o consuetudinaria del postulado de imprescriptibilidad, principio que se encuentra también reconocido -aunque con menor extensión- a través de los instrumentos que han sido incorporados por mandato del art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional (arts. 9 *Convención Americana sobre Derechos Humanos*; 15.1 *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*; 11.2 y 29.2 *Declaración Universal de Derechos Humanos*).

III. EL ORDEN DE PRELACIÓN DE LAS NORMAS QUE INTEGRAN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ARGENTINO

En la República Argentina rige la Constitución de 1853 con sucesivas reformas siendo la última de ellas la del año 1994. Con esta reforma constitucional de 1994 vigente, algunos artículos referidos a este tema (arts. 27 y 31) han mantenido su vigencia y otros se han incorporados (arts. 75, incisos 22, 23 y 24, 116, 117 y 118). Los artículos 27, 31, 75 y 117, hacen referencia exclusivamente a los tratados, mientras que el art. 118 se refiere al Derecho de Gentes en forma general. El artículo 27 establece que los tratados deben guardar conformidad con los principios de derecho público establecidos en la Constitución.¹¹ Si bien el artículo 31 establece un orden jerárquico normativo¹², con la reforma debe ser interpretado de conformidad con el artículo 75 inc. 22 que en su primera parte, aclarando el orden jerárquico, dispone

¹¹ “El Gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución”.

¹² “Esta constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras, son ley suprema de la Nación;...”

que los tratados tienen jerarquía superior a las leyes.¹³ Los incisos 22 y 24, hacen particular referencia a determinada clase de tratados referidos a derechos humanos y tratados de integración, respectivamente, estableciendo para ellos reglas precisas en cuanto a su jerarquía y condiciones de vigencia y aprobación.

Es un principio establecido el que consagra la supremacía de la Constitución sobre las demás normas del derecho positivo nacional, incluidas las normas de Derecho Internacional vigentes para el Estado argentino (artículos 27 y 31 de la Constitución Nacional).

En cambio, en lo atinente a las relaciones de jerarquía entre las leyes nacionales y las normas del Derecho Internacional vigentes para el Estado argentino, la interpretación de nuestra Constitución ha transitado varias etapas. El Profesor Ernesto REY CARO distingue cuatro etapas en la interpretación y aplicación del sistema normativo constitucional argentino: 1) una primera etapa que se extiende desde la sanción de la Constitución, en 1853 hasta 1963, en ella no se discutía la preeminencia de las reglas constitucionales con la excepción sostenida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso *Merck Química Argentina c/ Gobierno de la Nación* (1948) en la que se pronuncia sobre la validez superior al ordenamiento constitucional de los Tratados en época de guerra; 2) la segunda se inicia con el caso *Martín y Cía. S.A. c/ Administración general de Puertos* (1963) de cuyo fallo resulta el reconocimiento de la igual jerarquía de las leyes y los tratados, pronunciándose, en consecuencia, por la vigencia del principio *leges posteriores priores contrarias abrogant* entendiéndose asimismo que la eventual responsabilidad internacional en la podría incurrir el Estado es cuestión ajena a la jurisdicción interna, 3) la tercera etapa tiene su inicio con la solución del caso *Ekmekdjian, Miguel c/ Sofovich, Gerardo y otros* (1992) en la que se sostiene que un tratado constitucionalmente celebrado es una norma compleja en razón de la participación de dos poderes en su celebración (el ejecutivo y el legislativo) y que, su derogación por una ley del Congreso, importaría un avance inconstitucional del Poder Legislativo sobre competencias del Poder Ejecutivo por lo que, en aplicación de la *Convención sobre el Derecho de los Tratados de Viena* de 1969, debe reconocerse la primacía de los tratados sobre la leyes nacionales; 4) La cuarta etapa corresponde a lo dispuesto por la Constitución Nacional reformada en 1994. A criterio del citado autor, si se tiene presente que el texto del artículo 31 de la Constitución no ha sido alterado y se admite que los tratados tienen una jerarquía normativa superior a las leyes de la Nación, ello implicaría una modificación esencial de la regla

¹³ "...Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes."

constitucional del artículo 31 citado.¹⁴ Sin embargo, con posterioridad a la reforma constitucional, la Corte Suprema sostuvo que el artículo 75, inc. 22, al asignar dicha prioridad de rango, sólo vino a establecer en forma expresa lo que ya surgía en forma implícita de una correcta interpretación del artículo 31 de la Constitución en su redacción originaria.

Una opinión diferente¹⁵, sostiene que en el derecho argentino, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 27 de la Constitución, los tratados deben ajustarse y guardar conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución. Este artículo consagra la supremacía de la Constitución -más precisamente, de los principios constitucionales- frente a los tratados internacionales.¹⁶ En consecuencia, los tratados que no se correspondan con los principios de derecho público establecidos en la Constitución serán nulos. A través de esta cláusula la Constitución Nacional condiciona a los tratados sobre aquellas cuestiones que pudieran afectar la soberanía y la independencia de la Nación y los principios fundamentales de derecho público sobre los que reposa la organización política de la República. Un tratado no puede alterar la supremacía de la Constitución Nacional. Es por ello que el art. 27, a la par que prescribe al gobierno federal el deber de afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de los tratados, le impone la condición de que ha de ajustarse a los preceptos de la misma Constitución.

Que en concordancia con el art. 27 de la Constitución, también desde la ciencia del Derecho Internacional se reconoce actualmente lo que se denomina un *margen nacional de apreciación*.¹⁷ Su esencia es garantizar, ciertamente, la existencia de la autonomía estatal, por la cual cada Estado tiene reservado un margen de decisión en la introducción al ámbito interno de las normas que provienen del ámbito internacional. Es claro que dentro de los principios que sin lugar a dudas integran ese *margen de apreciación* autónomo de cada Estado -en el que la soberanía estatal no cede frente a normas

¹⁴ REY CARO ha tratado el tema en diversas oportunidades. Ver, entre otros, su trabajo de la Asociación Argentina de Derecho Internacional. Córdoba (1994/1995).

¹⁵ Disidencia del Dr. FAYT en Corte Suprema. *Simón y otros* (2005).

¹⁶ De él proviene la *cláusula constitucional* o *fórmula argentina* expuesta en la Conferencia de la Paz de La Haya en 1907 por Roque SÁENZ PEÑA, Luis M. DRAGO y Carlos RODRÍGUEZ LARRETA, por la que se deben excluir de los tratados en materia de arbitraje "*las cuestiones que afectan a las Constituciones de cada país*".

¹⁷ Doctrina nacida en la Comisión Europea de Derechos Humanos, adoptada por la Corte Europea de Derechos Humanos y recogida también por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Cf. Opinión consultiva* n° 84 (1984).

que se insertan desde el plano internacional- se encuentran los derechos fundamentales garantizados a los individuos por las Constituciones estatales. De esta manera la introducción de principios de Derecho Internacional encuentra su límite en la afectación de esos derechos fundamentales. Es decir, se trata de adaptar las exigencias del Derecho Internacional -con el espacio de autonomías que se reservan los Estados individuales- sin restringir las garantías básicas de las personas.

Como se puede observar, la República Argentina con la reforma constitucional del año 1994 no ha terminado de resolver completamente las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno en cuanto a los problemas de primacía de uno sobre el otro. En efecto, en general a todas las clases de tratados se les confiere sólo primacía en relación a las leyes nacionales, lo que en principio se encuentra en contradicción con lo dispuesto por el artículo 27 de la *Convención Viena sobre el Derecho de los Tratados* de 1969, convención esta que se encuentra incorporada al derecho interno argentino. Una interpretación adecuada obligaría a los jueces a respetar lo establecido por el artículo 27 de la Constitución que se encuentra plenamente vigente y que la Convención constituyente se encontraba inhibida de modificarla. Con este criterio, aún los tratados sobre derechos humanos podrían ser declarados inconstitucionales.

IV. LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN LA CONSTITUCIÓN ARGENTINA

En materia de tratados podemos afirmar que actualmente la Constitución Argentina distingue tres clases: 1) Los tratados en general y los concordatos que tienen jerarquía superior a las leyes (art. 75, inc. 22 primera parte); 2) Los tratados sobre Derechos Humanos y los esa naturaleza que se incorporen en el futuro, gozan de jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22, 2º parte); 3) Tratados relativos a procesos de integración en general y en particular con Estados de Latinoamérica (difieren en cuanto a las modalidades requeridas para su aprobación), también tienen jerarquía superior a las leyes.

1. *Tratados y concordatos*

La reforma parcial de la Constitución Nacional de 1994, incorporó el dispositivo del artículo 75 inc. 22, que en primera parte dispone expresamente: "*Corresponde al Congreso: ...22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes*".

Si bien la jurisprudencia nacional siempre reconoció la supremacía de la Constitución sobre las demás normas del derecho positivo nacional, incluidas las normas de Derecho Internacional vigentes para el Estado argentino, en cambio, en lo atinente a las relaciones de jerarquía entre las leyes nacionales y los tratados internacionales, la interpretación de nuestra Constitución, transitó, como hemos expuesto precedentemente, varias etapas que culminaron con el reconocimiento expreso por obra del dispositivo citado en el que establece la primacía de los tratados y concordatos sobre las leyes nacionales.

Sin embargo, a pesar de lo categórico de dicha norma, parte de la doctrina y algunas disidencias de miembros de la Corte Suprema, sostienen que tampoco la reforma constitucional de 1994 conmueve la vigencia de los artículos 27 y 30 de la Constitución, y que en caso de conflicto entre un tratado y la Constitución, es esta última la que debe primar.¹⁸

2. Tratados sobre derechos humanos

Con la reforma constitucional de 1994, como queda dicho, se incorpora el dispositivo del artículo 75 inc. 22. Esta norma expresa:

“Corresponde al Congreso: ...22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; La Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana de Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos,

¹⁸ Sobre la primacía del tratado internacional ante un eventual conflicto con una norma de derecho interno contraria, cabe recordar que, tal como ocurría al dictarse el *leading case* *Martín y Cía. S.A.* (1963), los arts. 27, 30 y 31 CN., continúan regulando los vínculos entre el Derecho Internacional y el interno, normas cuya vigencia no debe desatenderse. Es por ello que lo afirmado no resulta desvirtuado por lo resuelto en la causa *Ekmekdjian* (1992). Allí, sobre la base del art. 27 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, se estableció que debía prevalecer el tratado internacional sobre la norma interna. Mas esto no significa en modo alguno que la Corte Suprema haya conferido mediante esta norma primacía al Derecho Internacional sobre el derecho interno. Lo que sí afirmó la Corte es que, a diferencia del precedente *Martín y Cía. S.A.* (1963), la incorporación de la *Convención de Viena* proporcionaba fundamentos para acordar prioridad al tratado sobre la ley. Sólo así el art. 27 de la Convención sería compatible con el sistema constitucional argentino.

Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio; La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, 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. Sólo podrán ser denunciados por el PE nacional, previa aprobación de los dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Los demás tratados y convenciones sobre derecho humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de jerarquía constitucional”.

Como se observa, la segunda parte del inc. 22, incorpora con jerarquía constitucional, a 11 instrumentos internacionales referente a derechos humanos. Estos instrumentos, además de ser jerárquicamente superiores a las leyes, se encuentran en un mismo plano que la Constitución. Aunque no se encuentren insertados en ella, integran el *Bloque de Constitucionalidad*¹⁹, expresión esta de origen francés, adoptada por BIDART CAMPOS, y que en definitiva pretende explicar la *jerarquía constitucional* de estos instrumentos en el Derecho Constitucional. Este *Bloque de Constitucionalidad* puede disminuir o aumentar de conformidad a lo dispuesto por la última parte del inc. 22 del art. 75.²⁰

Respecto a esas declaraciones y tratados sobre derechos humanos el inciso establece las siguientes pautas: a) tienen jerarquía constitucional, b) en las condiciones de su vigencia; c) no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución; d) son complementarios de los derechos y garantías reconocidos por la Constitución.

¹⁹ BIDART (1998) *passim*, entiende por *Bloque de Constitucionalidad* se entiende el conjunto normativo que parte de la constitución, y añade y contiene disposiciones, principios y valores que son materialmente constitucionales fuera del texto de la constitución.

²⁰ Esta potestad ha sido utilizada para incorporar al *Bloque* la *Convención sobre la Desaparición Forzada de Personas* y la *Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad*.

A) JERARQUÍA CONSTITUCIONAL DE LAS DECLARACIONES Y TRATADOS SOBRE DERECHOS HUMANOS

Cabe preguntarse si estos instrumentos internacionales y los que se pueden incorporar en el futuro (vía la última parte del inciso 22), forman parte de la Constitución Nacional. Parte de la doctrina se inclina por la repuesta afirmativa sosteniendo que tales tratados son normas constitucionales a tenor de lo dispuesto por el art. 75: *Tienen jerarquía constitucional*. Sólo difieren de las demás normas constitucionales en cuanto a su rigidez, dado que pueden ser denunciados bajo ciertas condiciones. En contraposición con esta doctrina, se encuentran los que niegan que formen parte de la Constitución, alegando que el citado texto legal al contener la expresión “*tienen jerarquía constitucional*”, es claramente indicativa que tienen tal jerarquía constitucional, pero que no forman parte de la Constitución misma. La distinción no es menor, ya que de aceptarse esta postura, serían distintas las consecuencias derivadas de la interpretación y aplicación de estos instrumentos. Por otra parte, es importante recordar que el artículo 75 autoriza al Congreso a dar jerarquía constitucional en el futuro a otros instrumentos internacionales sobre derechos humanos; esto implicaría, si fuera aceptable que estos tratados forman parte de la Constitución, a reformar ésta por una ley del Congreso, lo que evidentemente es inaceptable a la luz de lo dispuesto por el artículo 30 de la propia Constitución. En definitiva, para esta doctrina, tales tratados que tienen jerarquía constitucional, no forman parte de la Constitución, sino que la complementan a tenor de lo dispuesto por la misma norma legal.²¹ Es decir,

²¹ Una cosa es incorporar esos tratados como formando parte de la Constitución Nacional y otra, muy distinta, es depararle idéntica jerarquía que la de la Constitución Nacional. Los instrumentos sobre derechos humanos previstos en el inc. 22 del art. 75, gozan de jerarquía constitucional sin estar incorporados a la Constitución Nacional, y en este contexto, integran el llamado *Bloque de Constitucionalidad federal*. Los primeros casos en que la Corte se refirió a este tema fueron *Chocobar Sixto c. Ansses* (1996) y *Monges c. Universidad de Bs. As* (1996) en los cuales indicó que tal expresión significa que “*el constituyente efectuó un juicio de comprobación en virtud del cual se han cotejado los tratados incorporados y los artículos constitucionales y se ha verificado de que no se produce derogación alguna, juicio que no pueden los poderes constituidos desconocer o contradecir*”. Asimismo en la causa *Petric* (1998) amplió tal definición indicando que el intérprete debe tratar de armonizar los diferentes derechos consagrados en los tratados y en la Constitución Nacional. Se denomina a esta interpretación la *Doctrina de la Verificación* en el sentido de que las normas de los tratados y las de la Constitución Nacional, no se encuentran enfrentados, asignándoles a ambos carácter de normas constitucionales.

que los tratados de derechos humanos no forman parte de la Constitución pero “*valen como ella*”.²²

B) *LAS CONDICIONES DE VIGENCIA DE LOS TRATADOS SOBRE DERECHOS HUMANOS*

El art. 75, inc. 22, establece en su segunda parte que las declaraciones y demás instrumentos internacionales allí enumerados, “*en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional...*”. Es decir, que tales instrumentos se incorporan a la Constitución en las condiciones de su vigencia, lo que determina, por una parte, que el tratado debe estar vigente en el ámbito internacional y por la otra, que deben tenerse en cuenta las condiciones en que la Argentina se ha obligado, esto es, en los términos de la ratificación de dichos tratados. Esta pauta indica que deben respetarse las reservas que Estado incluyó en el instrumento mediante el cual llevó a cabo la ratificación internacional. Las condiciones de su vigencia significa determinar en qué condiciones el tratado se encuentra en vigor para la Argentina, es decir, en qué forma ha sido aprobado o ratificado por la Argentina, lo que comprende las reservas y aclaraciones de todo tipo que haya realizado.²³ Es decir, que hay que efectuar un juicio de comprobación sobre dos aspectos: a) Si el tratado en cuestión se encuentra efectivamente en vigor en el ámbito internacional o entre los Estados partes; y b) Si de ese tratado vigente internacionalmente la Argentina es Estado parte. Sólo a un tratado vigente, tanto internacionalmente como internamente en la Argentina, el Congreso puede otorgarle jerarquía constitucional.²⁴ La Corte Suprema de la Argentina ha interpretado la

²² SAGÜES (1994) *passim*.

²³ Una posición maximalista pretende incluir dentro de las condiciones de vigencia para nuestro país, no sólo a las reservas sino también a las aclaraciones, excepciones, reservas de derechos y declaraciones interpretativas. En este último sentido, sostiene que los tratados tienen validez sólo en los términos de la ley que los aprueba y sólo en los términos de las reservas y declaraciones interpretativas. Jurídicamente, y mas estrictamente desde el punto de vista del derecho internacional, se hace difícil aceptar esta interpretación. En efecto, existe una diferencia fundamental entre el alcance de una reserva y una declaración interpretativa. Mientras que la reserva, es una declaración que tiene por objeto excluir o modificar el efecto jurídico de un tratado en su aplicación al Estado, la declaración interpretativa es simplemente una declaración que se limita a exponer la manera en que un Estado interpreta una disposición, pero no excluye ni modifica dicha disposición en su aplicación a ese Estado

²⁴ Desde otra perspectiva cabría preguntarse si las llamadas *condiciones de la vigencia* de los tratados son las que al tiempo de entrar en vigor la reforma constitucional del 94 surgían del previo reconocimiento o ratificación o adhesión internacional que les había otorgado la Argentina a cada uno de dichos instrumentos, incluyendo las reservas e

expresión “*en las condiciones de su vigencia*”, en el sentido de que significa la conversión, por obra de la incorporación a la Constitución Nacional, de los tratados en derecho interno. Es decir, que los tratados del art. 75, inc. 22, no se han “*incorporado*” a la Constitución Argentina convirtiéndose en derecho interno, sino que los tratados se aplican tal como rigen en el derecho internacional. Por ello se hace necesario compatibilizar las leyes nacionales con las normas internacionales que son a la vez normas internas del orden jurídico nacional de jerarquía constitucional.²⁵ Las normas nacionales que contuvieran disposiciones contrarias a esos tratados internacionales, o hicieren imposible el cumplimiento de las obligaciones en ellos asumidas, comportarían una trasgresión al principio de jerarquía de las normas y serían constitucionalmente inválidas.²⁶ La jerarquía constitucional de tales tratados ha sido establecida por voluntad del constituyente “*en las condiciones de su vigencia*”, esto es, tal como rigen en el ámbito internacional y considerando su efectiva aplicación por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación. Mantienen toda la vigencia y vigor que internacionalmente tienen, y éstas le provienen del ordenamiento internacional. De modo que la referencia que hace la Constitución a esos tratados es tal como rigen en el derecho internacional. De nada serviría la referencia a los tratados hecha por la Constitución si su aplicación se viera frustrada o modificada por interpretaciones basadas en uno u otro derecho nacional.²⁷

interpretaciones deducidas en cada caso; o bien, se refiere a las condiciones de vigencia de tales instrumentos en el momento de la reforma, es decir, cuando adquirieron rango constitucional; y también, considerar si las condiciones de vigencia se extienden a las “*condiciones*” hacia el futuro, es decir las condiciones en la que subsistirá o no cada uno de esos instrumentos en el ámbito internacional.

²⁵ Normas por ejemplo, que imponen al Estado argentino el deber de investigar y sancionar las violaciones de los derechos humanos y los crímenes contra la humanidad (arts. 1.1 *Convención Americana sobre Derechos Humanos* y 2.2 *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*).

²⁶ Es un principio entendido por la doctrina y la jurisprudencia internacionales que las obligaciones que derivan de los tratados multilaterales sobre derechos humanos para los Estados parte no se agotan en el deber de no violar los derechos y libertades proclamados en ellos (deber de respeto), sino que comprenden también la obligación de garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción (deber de garantía). En el ámbito regional, ambas obligaciones se hallan establecidas en el art. 1.1 *Convención Americana sobre Derechos Humanos*.

²⁷ Ello implica también, por conexidad lógica razonable, que deben ser aplicados en la Argentina tal como funcionan en el ordenamiento internacional. A los fines de la aplicación, las condiciones de su vigencia incluyen, en su caso, las normas de derecho internacional consuetudinario reconocidas como complementarias por la práctica internacional

C) *LOS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS NO DEROGAN ARTÍCULO ALGUNO DE LA PRIMERA PARTE DE LA CONSTITUCIÓN*

El inc. 22 del artículo 75, establece que tales instrumentos internacionales, además de tener jerarquía constitucionales según las condiciones de su vigencia, *"no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos"*. Para cierto sector de la doctrina, esta expresa aclaración, en caso de conflicto de normas, significaría que la Constitución prevalecería sobre la norma internacional y esta incluso, podría ser declarada inconstitucional. Mas aún, ante cualquier conflicto entre una norma internacional y una de la Constitución, ya sea de la primera o de la segunda parte, prevalecerían las normas constitucionales a tenor de lo dispuesto por el artículo 27 de la Constitución, según el cual los instrumentos internacionales deben conformarse con los principios de derecho público de la Constitución.

D) *SON COMPLEMENTARIOS DE LOS DERECHOS Y GARANTÍAS RECONOCIDOS POR LA CONSTITUCIÓN*

Para gran parte de la doctrina, en materia de derechos humanos, la reforma de 1994 ha seguido una orientación internacionalista a fin de alcanzar la mayor uniformidad posible en las decisiones, evitando todo apego a soluciones de *genius loci* particularista. En este sentido considera, debe interpretarse que las cláusulas constitucionales y las de los tratados sobre derechos humanos tienen la misma jerarquía, son complementarias y, por lo tanto, no pueden desplazarse o destruirse recíprocamente. Esta interpretación se refuerza con la expresión *"complementarios"* a que alude la norma; complementarios de qué: de los derechos y garantías de la primera parte de la Constitución cuya derogación no es viable de ningún modo según lo prescripto por la propia reforma constituyente.²⁸ Para otro sector de la doctrina,

pertinente y la jurisprudencia internacional relativa a esos tratados. Sobre este último aspecto, jurisprudencia internacional, cabe recordar a los fines interpretativos que *"... según el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno..."*. Estas reglas pueden ser consideradas como principios generales del derecho y han sido aplicadas, aun tratándose de disposiciones de carácter constitucional, por la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia.

²⁸ El artículo 7 de la ley 24.309 dispuso la Convención constituyente no podía introducir modificaciones a las declaraciones, derechos y garantías de la primera parte de la Constitución Nacional y el art. 6 sancionaba con nulidad absoluta el acto de la Convención que se apartara de esa disposición.

el carácter complementario significa que los tratados tienen carácter reglamentario de los derechos enunciados en la Constitución. Si mediante un tratado internacional no es admisible la derogación de artículo alguno de la Constitución, ello significa que los tratados internacionales, incluso los referentes a derechos humanos a pesar de tener jerarquía constitucional, se encuentran subordinados a la Constitución, la cual no pueden modificar. Sobre la naturaleza y alcance de la *complementariedad*, otros autores²⁹ entienden que esa condición no afecta la jerarquía constitucional, y que sólo si existiera contradicción con algún artículo de la primera parte de la Constitución, cedería el texto del tratado a favor del texto constitucional. Este razonamiento parecería indicar la opinión de que los tratados se encontrarían en un escalón inferior a la Constitución. Si la complementariedad no significa accesoriedad, la armonización e interpretación entre ambas normas debería realizarse conforme a la pauta hermeneútica sostenida por la Corte conforme a la cual *“las normas constitucionales no deben ser puestas en pugna entre sí, sino que debe buscarse la manera de armonizarlas a todas (o ambas) a fin de que conserven igual valor y efecto”*. Es decir, que la voz *complementarios*, induce a una tesis armonizadora entre esas normas (las internacionales y las de la Constitución), por lo que el intérprete deberá en lo posible amalgamar ambos órdenes de derechos y emitir repuestas jurídicas inspiradas en pautas de compatibilización y no de oposición.³⁰ El aparente paso de un sistema dualista a uno monista que inspira la reforma de 1994, implica una mayor flexibilidad y apertura del orden jurídico interno para con el orden internacional, aunque esto no necesariamente permita inferir que se ha modificado el sistema de reforma de la Constitución. *“La complementariedad resulta respecto de toda la Constitución, no sólo de la primera parte sino también de la segunda, por aplicación del artículo 27 y teniendo en cuenta el Principio de Unidad de la Constitución, que es un principio fundamental e insoslayable de interpretación constitucional”*.³¹

E) LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE

La jurisprudencia no es concluyente acerca de si los tratados internacionales con jerarquía constitucional tienen, en rigor, esa misma jerarquía u otra inferior.³² La Constitución Nacional, al conferir jerarquía constitucional a los tratados internacionales sobre derechos humanos, tal como lo hace su

²⁹ Ver VANOSI y DALLA (2000).

³⁰ SAGÜES (1994) *passim*.

³¹ BIDART (1998) *passim*.

³² Causas de la Corte Suprema de la Nación, *Petric* (1998), *Arancibia Clavel* (2004), *Espósito* (2004).

art. 75, inc. 22, presenta un fenómeno jurídico que puede caracterizarse, en rigor, como referencia al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y al Derecho Internacional universal.³³ La Corte Suprema ha sostenido que el art. 75, inc. 22, mediante el que se otorgó jerarquía constitucional a los tratados, establece en su última parte que aquéllos no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos, es indicativo que los constituyentes de 1994 efectuaron un juicio de comprobación en virtud del cual cotejaron los tratados y los artículos constitucionales y verificaron que no se producía derogación alguna, juicio que no pueden los poderes constituidos desconocer o contradecir.³⁴ De ello se desprende que la armonía o concordancia entre los tratados y la Constitución es un juicio del constituyente. En efecto, así lo han juzgado al hacer referencia a los tratados que fueron dotados de jerarquía constitucional, y por consiguiente no pueden ni han podido derogar la Constitución pues esto sería un contrasentido inadmisibles de ser atribuido al constituyente, cuya imprevisión no cabe presumir. De tal modo los tratados complementan las normas constitucionales sobre derechos y garantías, y lo mismo cabe predicar respecto de las disposiciones contenidas en la parte orgánica de la Constitución, aunque el constituyente no ha hecho expresa alusión a aquélla, pues no cabe sostener que las normas contenidas en los tratados se hallen por encima de la parte 2ª de la Constitución.³⁵ Por el contrario, debe interpretarse que las cláusulas constitucionales y las de los tratados tienen la misma jerarquía, son complementarias y, por lo tanto, no pueden desplazarse o destruirse recíprocamente.

Las normas internacionales integran el derecho interno, criterio reafirmado por la Convención Nacional Constituyente en 1994, expresamente sancionado por el inc. 22 del art. 75 Constitución, es decir, que por lo menos desde el fallo en el caso *Ekmekdjian* (1992) impera en la jurisprudencia de la Corte Suprema el llamado criterio del *derecho único*. Tesis correcta, desde que su contraria, la llamada del *doble derecho*, según la cual la norma internacional obliga al Estado pero no constituye derecho interno, es hoy casi unánimemente rechazada por los internacionalistas.³⁶

³³ Corte Suprema de la Justicia de la Nación. *Monges* (1996).

³⁴ Voto del Dr. BOGGIANO en *Simón* y otros (2005).

³⁵ Corte Suprema de la Justicia de la Nación. *Monges* (1996) considerandos 20, 21 y 22.

³⁶ Por otra parte, por mucho que la coherencia interna del orden jurídico sea un valor positivo, en función de la necesaria racionalidad de los actos de gobierno como requisito del principio republicano, esto no autoriza a dar prioridad a una parte de la Constitución (o del Derecho Internacional incorporado a ella) sobre otra, desconociéndose la vigencia de esta última. No es admisible que para no violar las convenciones incorporadas a la

No se trata, por ende, de una estricta reforma constitucional, porque el tratado al que se le confiere jerarquía constitucional, no modifica, altera o deroga la Constitución sino que la complementa y confirma con normas que si bien pueden desarrollar o hacer explícitos los derechos y garantías constitucionales, guardan siempre el espíritu de tales derechos. Por analogía, el Congreso hace un juicio constituyente de armonía de todos estos preceptos que no pueden entrar en colisión o tener preeminencia unos sobre otros, pues todos integran la Constitución misma con igual rango. Y es la Constitución misma la que confiere poderes al Congreso para elevar el tratado a la jerarquía constitucional. No puede afirmarse que tal facultad (art. 75, inc. 22) quebranta la rigidez del artículo 30, sencillamente porque no hay normas constitucionales inconstitucionales. Las cláusulas de la Constitución no pueden interpretarse en contradicción unas con otras, ni jerarquizando unas sobre las otras.

3. Tratados de integración

La primera parte del inciso 24 del artículo 75 establece como atribución del Congreso: "*Aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes*". Este dispositivo está referido a tratados de integración que: a) Que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones internacionales supraestatales, b) En condiciones de igualdad y reciprocidad, c) Que honren el orden democrático y, d) Que observen los derechos humanos. "*Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes*". Lo importante de esta norma constitucional es que le otorga jerarquía superior a las leyes no solo al tratado, sino también a las decisiones o resoluciones adoptadas por los órganos competentes de tales organizaciones supraestatales, ya que estas tienen, conforme el texto convencional, fuerza obligatoria. Su naturaleza jurídica es la de la "*Legislación Internacional*" es decir, actos obligatorios emanados de

Constitución se desconozcan garantías penales y procesales que la propia Constitución establece. Más aún, el propio Derecho Internacional se opone a esta priorización de normas, al prohibir las interpretaciones de mala fe de las convenciones y al establecer las llamadas cláusulas *pro homine*. Ello es así, porque al admitirse la jerarquización de las normas constitucionales se firma el certificado de defunción de la propia Constitución. Cuando se distingue entre normas superiores y que hacen al espíritu mismo de la Constitución y normas constitucionales simplemente legales, se habilita a desconocer estas últimas para mantener la vigencia de las primeras. (Voto del Dr. ZAFFARONI en fallo *Simón y otros* (2005)).

un órgano internacional, que en este caso, la Constitución le otorga una jerarquía superior a las leyes.³⁷ La segunda parte del inciso 24, prescribe sobre el procedimiento de su aprobación.³⁸

V. LA COSTUMBRE Y LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO

Hasta aquí hemos examinado la integración y jerarquía de los tratados internacionales en relación al ordenamiento jurídico argentino. Resta ocuparse de los las otras fuentes principales del derecho internacional, la costumbre y los principios generales del derecho, para analizar como se integran en el orden jurídico interno y su referencia con nuestra norma jurídica máxima, la Constitución. Para MONCAYO, VINUESA, GUTIERREZ POSSE³⁹, en el sistema constitucional argentino, la costumbre internacional y los principios generales del derecho integran directamente su orden jurídico positivo. Fundamentan esta afirmación, en el hecho de que le corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores nacionales el conocimiento y decisión sobre los tratados internacionales y las causas concernientes a embajadores y cónsules (arts. 116 y 117 de la Constitución), como así también el artículo 118 al referirse a los juicios criminales cometidos fuera de los límites de la Nación contra *El Derecho de Gentes*. La Corte ha sostenido en numerosos fallos como fundamento de los mismos, que de conformidad a lo dispuesto por el artículo 118 de la Constitución, la costumbre internacional y los principios generales de derecho, son de directa aplicación, denominándolos de distinta forma: *derecho de gentes, práctica internacional, jurisprudencia universalmente consentida, principios universalmente reconocidos en el derecho internacional público, normas del ius cogens del Derecho Internacional consuetudinario*. Con respecto a las normas imperativas⁴⁰, la Corte ha expresado que también forman parte del Derecho interno, no importando que las normas de *ius cogens*

³⁷ Sin embargo, no establece procedimiento alguno para incorporar tales prescripciones legales al derecho interno y, en consecuencia, satisfacer la obligación asumida convencionalmente. Esta referida omisión plantea el problema del encuadramiento, en la Constitución, de dichas reglas que, por no tratarse de Tratados, están exentas de aprobación legislativa.

³⁸ Cuando se celebren con Estados de América Latina (mayoría absoluta de la totalidad de miembros de cada Cámara) diferenciándolos de los que tengan lugar con otros Estados en cuyo caso cada Cámara declarará la conveniencia de su aprobación (mayoría absoluta de miembros presentes) requiriéndose (para ésta aprobación) la mayoría exigida para los concluidos con Estados latinoamericanos luego de transcurrido un plazo de ciento veinte días.

³⁹ MONCAYO *et al.* (1985) *passim*.

⁴⁰ Ver *supra* punto II.

se encuentren fijadas por el derecho consuetudinario o se hayan cristalizado en tratados internacionales.

VI. CONCLUSIONES

- Las normas internacionales integran el derecho interno, criterio reafirmado por la Convención Nacional Constituyente en 1994, expresamente sancionado por el inc. 22 del artículo 75 de la Constitución, es decir, que por lo menos desde el fallo en el caso *Ekmekdjian* (1992) impera en la jurisprudencia de esta Corte el llamado criterio del *derecho único*.
- Son de aplicación en el orden interno las normas internacionales tanto convencionales, como consuetudinarias reconocidas por la práctica pertinente y la jurisprudencia internacional. En efecto, la jurisprudencia internacional ha establecido que “...según el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno...”. Estas reglas pueden ser consideradas como principios generales del derecho y han sido aplicadas, aun tratándose de disposiciones de carácter constitucional, por la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia.⁴¹
- Siguiendo un principio general del derecho (todo acuerdo de voluntad es ley para las partes), el artículo 26 de la *Convención de Viena* de 1969 establece una norma fundamental del derecho internacional: *La pacta sunt servanda*: Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe. La vigencia del tratado es la condición para tal obligatoriedad de lo acordado y constituye una de las fuentes principales del derecho internacional. También este artículo remarca otro de los principios aplicables en materia internacional: El de la buena fe, siguiendo en este sentido lo dispuesto por la Carta de las Naciones Unidas, La Resolución 2625 (XXV) y el propio Preámbulo de la Convención. La buena fe constituye una verdadera obligación jurídica para los Estados que forma parte, en este caso, del principio fundamental de la *pacta sunt servanda*.

⁴¹ Caso de las Comunidades Greco - Búlgaras (1930), caso de Nacionales Polacos de Danzig (1932), caso de las Zonas Libres (1932). Asimismo, estas reglas han sido codificadas en los arts. 26 y 27 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados* de 1969.

- El artículo 27 de la *Convención de Viena* de 1969 de la cual es parte la República Argentina, en consonancia con otras disposiciones de la Convención y lo observado en materia internacional al respecto, establece que una parte no podrá invocar disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de las disposiciones de un tratado.
- En la Argentina, el aparente paso de un sistema dualista a uno monista que inspira la reforma constitucional de 1994, implica una mayor flexibilidad y apertura del orden jurídico interno para con el orden internacional.
- Sin embargo, es justo reconocer que la Argentina con la Reforma del 1994 no ha terminado de resolver completamente las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno en cuanto a los problemas de primacía de uno sobre el otro. En efecto, en general, a todas las clases de tratados se les confiere sólo primacía en relación a las leyes nacionales, lo que en principio se encuentra en contradicción con lo dispuesto por el artículo 27 de la Convención de Viena de 1969, Convención esta que se encuentra incorporado al derecho interno argentino.
- La cuestión que debe dilucidarse es si la primacía del Derecho Internacional comprende a la propia Constitución Nacional. Si la respuesta fuera afirmativa, el Derecho Internacional prevalecería sobre el Derecho interno del país, consagrándose así el monismo en su concepción más extrema. Una interpretación contraria, obligaría a los jueces a respetar lo establecido por el artículo 27 de la Constitución que se encuentra vigente. Con este criterio, aún los tratados sobre derechos humanos podrían ser declarados inconstitucionales.
- Que en concordancia con el artículo 27 de la Constitución, también desde la ciencia del Derecho Internacional se reconoce actualmente lo que se denomina un "*margen nacional de apreciación*". Su esencia es garantizar, ciertamente, la existencia de la autonomía estatal, por la cual cada Estado tiene reservado un margen de decisión en la introducción al ámbito interno de las normas que provienen del ámbito internacional.
- Cualquier interpretación que se asigne al artículo 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados que implique hacer prevalecer al Derecho Internacional sobre el Derecho Interno, sería violatoria del artículo 27 de la Constitución Nacional. En base a esta norma, es al Poder Judicial a quien corresponde, mediante el control de constitucionalidad, evaluar, en su caso, si un tratado internacional -cualquiera sea

su categoría- guarda “conformidad con los principios de derecho público establecidos en la Constitución”.

- De conformidad a esta postura la jerarquía normativa del orden jurídico argentino quedaría conformado de la siguiente forma: a) en primer lugar, la Constitución Nacional se erige sobre la totalidad del orden normativo; b) en segundo término se ubican los tratados sobre derechos humanos individualizados en el párrafo 2º del art. 75, inc. 22 y los tratados de derechos humanos que adquieran esta categoría en el futuro (párrafo 3º, del art. 75, inc. 22); c) en tercer lugar, los demás tratados, concordatos y las normas dictadas a propósito de los tratados de integración; d) y por último, las leyes nacionales.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

VILLALBA, Seco (1943): *Fuentes de la Constitución argentina* (Buenos Aires, Ed. Depalma) 296 p.

REY CARO, Ernesto (1994/1995): “Los Tratados internacionales en el ordenamiento jurídico argentino. Consideraciones sobre la reforma constitucional”, *Anuario Argentino de Derecho Internacional* (vol. 6): pp. 233 y ss.

BIDART CAMPOS, Germán (1998): *Manual de la Constitución reformada* (Buenos Aires, Ediar) Tomo I.

SAGÜES, Nestor (1994): "Los tratados internacionales en la reforma constitucional de 1994", *La Ley*: E-1036.

VANOSSI, Jorge Reinaldo y DALLA VIA, Alberto Ricardo (2000): *Régimen constitucional de los tratados* (2ª edición, Buenos Aires, Abeledo Perrot) 291 p.

MONCAYO *et al.* (1985): *I Derecho Internacional Público* (Buenos Aires, Zavalía) 176 p.

NORMAS JURÍDICAS CITADAS

Constitución de Venezuela de 1811.

Constitución Nacional de la República de Argentina de 1953 y sus posteriores reformas. Ley n° 28057. *Boletín Oficial*, 10 enero 1995.

Convención Americana sobre Derechos Humanos. Aprobada por Ley n° 23.054. *Boletín Oficial*, 27 marzo 1984.

Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Aprobada por Ley n° 23.338. *Boletín Oficial*, 26 febrero 1987.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

Convención interamericana sobre desaparición forzada de personas, aprobada Ley n° 24.556. *Boletín Oficial*, 18 octubre 1995.

Convención sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad. Aprobada por la Ley n° 24.584. *Boletín Oficial*, 29 noviembre 1995.

Estatuto del Tribunal Militar Internacional de Nüremberg. Adoptado el 6 de octubre de 1945.

Ley n° 24.309. Declara la necesidad de reforma de la Constitución Nacional. *Boletín Oficial*, 31 diciembre 1993.

Ley N° 24.820. Aprueba jerarquía constitucional de la Convención interamericana sobre desaparición forzada de personas. *Boletín Oficial*, 29 mayo 1997.

Ley n° 25.778. Aprueba jerarquía constitucional de la Convención sobre imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de lesa humanidad. *Boletín Oficial*, 3 septiembre 2003.

Ley n° 25.779. Declara la nulidad de leyes de obediencia debida. *Boletín Oficial*, 3 septiembre 2003.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Aprobado por Ley n° 23.313. *Boletín Oficial*, 17 abril 1986.

JURISPRUDENCIA CITADA

Quebrachales Fusionados c. Capitán del Buque Águila (1927): Corte Suprema de la Nación Argentina, sentencia 9 diciembre 1927. (Fallo 150:84).

Caso de las Comunidades Greco - Búlgaras (1930): *Interpretation of the Convention Between Greece and Bulgaria Respecting Reciprocal Emigration, Signed at Neuilly-Sur-Seine on November 27th, 1919*(Question of the "Communities") (1930): Opinión consultiva n° 17, Corte Permanente de Justicia Internacional, 31 julio de 1930, Serie B n° 17.

Caso de Nacionales Polacos de Danzig: *Treatment of Polish Nationals and Other Persons of Polish Origin or Speech in Danzig Territory* (1932): Opinión consultiva n° 17, Corte Permanente de Justicia Internacional, 4 febrero 1932, Series A/B n° 44.

Caso de las Zonas Libres: *Case of the Free Zones of Upper Savoy and the District Of Gex* (1932): Sentencia n° 17, Corte Permanente de Justicia Internacional 7 junio 1932, Series A/B n° 46.

Merck Química Argentina c/ Gobierno de la Nación (1948): Corte Suprema de Justicia de la Nación, sentencia, 9 junio 1948.

Martín y Cia. S.A. c/ Administración general de Puertos (1963): Corte Suprema, sentencia, 6 noviembre 1963. (Fallos: 257:99).

Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización (1984): Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-4/84, 19 enero 1984. Serie A n° 4.

Ekmekdjian, Miguel c/ Sofovich, Gerardo y otros (1992): Corte Suprema, sentencia, 7 julio 1992. (Fallos 315:1492).

Chocobar Sixto c. Ansses (1996): Corte Suprema de la Nación Argentina, sentencia 27 diciembre 1996, Expediente C. 278. XXVIII. (Fallo 319:3241)

Monges c. Universidad de Bs. As. (1996): Corte Suprema de la Nación Argentina, sentencia 26 diciembre 1996, Expediente M. 399 y 381 XXXII. (Fallo 319.3148).

Petric (1998): Corte Suprema de la Nación Argentina, sentencia 16 abril 1998, Expediente P. 534 XXXI. (Fallo 321.885).

Arancibia Clavel, Lautaro y otros (2004): Corte Suprema, 24 agosto 2004, recurso de hecho, causa n° 259, expediente A. 533. XXXVIII.

Espósito, Miguel Á. s/incidente de la prescripción penal (2004): Corte Suprema, pronunciamientos 24 agosto y 23 diciembre de 2004, Expediente E. 224 XXXIX.

Contra Simón y otros (2005): Corte Suprema, 14 junio 2005, recurso de hecho, causa n° 17.768, expediente S. 1767. XXXVIII.