DOCTRINA

**LA RELACIÓN DE LOS
TRATADOS INTERNACIONALES
CON LA CONSTITUCIÓN NACIONAL**

Comunicación del académico Dr. Gregorio Badeni, en la sesión privada de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, el 24 de mayo de 1995

LA RELACIÓN DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES CON LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

Por el académico DR. GREGORIO BADENI

I

Una de las reformas más importantes introducidas a la Constitución Nacional por la Convención reformadora de 1994, consiste en la modificación del orden jerárquico normativo que establecía su art. 31, de acuerdo con la interpretación jurisprudencial y doctrinaria.

En forma reiterada, la Corte Suprema de Justicia de la Nación había sostenido que los tratados internacionales celebrados por el Estado nacional y aprobados por ley del Congreso, se encontraban en un plano de igualdad con las leyes de la Nación y que ambas categorías de normas jurídicas estaban subordinadas a la Ley Fundamental para disfrutar de validez constitucional. De modo que, si un tratado se oponía a las disposiciones de la Constitución, y sin perjuicio de conservar su validez en el orden internacional con la consecuente obligación externa para el Estado, carecía de validez en el derecho interno por aplicación del principio de la supremacía constitucional.

En cuanto a la relación entre las leyes internas y los tratados, la Corte Suprema sostuvo que ni el art. 31, ni el actual art. 116 de la Constitución, atribuían prelación o superioridad a los tratados respecto de las leyes del Congreso, ni a estas últimas respecto de los primeros. Ello acarrea la siguiente conclusión:

las leyes del Congreso y los tratados internacionales, como integrantes del ordenamiento jurídico interno, estaban sujetos al principio con arreglo al cual las normas posteriores derogan a las de fecha anterior que se les opongan.

Tal fue el criterio adoptado por la Corte al resolver, el 6 de noviembre de 1963, el caso "Martin & Cía. Ltda. S.A. c/ Administración General de Puertos" (Fallos C.S. 257-101). En esa oportunidad, la Corte les asignó validez a las disposiciones del decreto ley 6575/58, ratificado por la ley 14.467, que modificaba en forma unilateral las cláusulas del Tratado de Comercio y Navegación celebrado con el Brasil en 1940 y ratificado por ley 12.688.

También, el 5 de diciembre de 1983, al resolver el caso "Cabrera c/ Comisión Técnica Mixta de Salto Grande" (Fallos C.S. 305-2150), la Corte declaró la inconstitucionalidad de la cláusula del acuerdo celebrado por la Nación el 15 de abril de 1977 con la Comisión, y aprobado por la ley 21.756, que establecía la inmunidad de jurisdicción de esta última. La Corte sostuvo que, por aplicación de los arts. 27 y 31 de la Ley Fundamental, se debía reconocer a la parte actora el derecho a la jurisdicción reconocido por la Constitución.

Asimismo, en el caso "Eusebio" (Fallos C.S. 310-1080), del 9 de junio de 1987, la Corte sostuvo que el art. 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que establece la igualdad de derechos entre los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio, constituye una cláusula programática que requiere de una ley reglamentaria y que la circunstancia de haber sido sancionada esa ley, bajo el N° 23.264, con posterioridad a la Convención, no le acordaba efectos retroactivos. Agregó la Corte que el art. 27 de la Convención de Viena, según el cual el Estado parte en una convención internacional no puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado, configura una regla aplicable a las relaciones jurídicas que se plantean entre los Estados signatarios, pero no cuando se trata de un caso donde se debate la aplicación de las normas del derecho interno y la interpretación que corresponde asignar, en ese derecho interno, a las reglas de un tratado internacional, para determinar el alcance de los derechos que tienen los habitantes del país.

Esa corriente jurisprudencial se inspiraba en la doctrina secular de la Suprema Corte de los Estados Unidos, expuesta a partir de los casos "Cherokee Tobacco" (1871) y "Whitney vs. Robertson" (124 US 190 - 1888), según la cual:

1. Los tratados internacionales están en un plano de igualdad con las leyes del Congreso.

2. En caso de conflicto entre una ley federal y un tratado, debe prevalecer la norma de fecha posterior porque, así como un tratado puede derogar a una ley anterior, una ley del Congreso puede igualmente derogar a un tratado de fecha anterior.

Sin embargo, a partir de mediados de la última década, comenzó a desenvolverse una corriente de pensamiento que entendía razonable asignar a los tratados internacionales, especialmente a los que versan sobre derechos humanos, un rango superior al que tienen las leyes del Congreso. Esta corriente fue receptada por la Corte Suprema de Justicia a partir del caso "Ekmekdjian c/ Sofovich" (L.L. 1992-C-543), resuelto el 7 de julio de 1992.

En ese caso, el actor demandó el cumplimiento de la cláusula del art. 14 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que establece el derecho de rectificación o respuesta a través de los medios de prensa, mal llamado derecho de réplica. La Corte había sostenido en los casos "Costa c/ Municipalidad de la Capital", del 12 de marzo de 1987 (L.L. 1987-B-267), "Sánchez Abelenda c/ Ediciones de la Urraca", del 1 de diciembre de 1988 (E.D. 131-547) y, en igual fecha, en el caso "Ekmekdjian c/ Neustadt" (E.D. 131-530), la inaplicabilidad del derecho de réplica, por cuanto la cláusula de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que lo prevé tiene carácter programático, requiriendo de una ley del Congreso que le diera operatividad precisando sus alcances y efectos. En estos casos, la Corte no se pronunció sobre la constitucionalidad de ese derecho, por entender que la cuestión era abstracta en función del criterio que había adoptado para resolver las cuestiones planteadas.

Al decidir el caso "Ekmekdjian c/ Sofovich", la Corte entendió que la inexistencia de una ley reglamentaria del derecho de réplica, fruto a su criterio de una morosidad criticable del órgano legislativo, le otorgaba a ese Tribunal la obligación de precisar las modalidades con las cuales debía ser aplicado al caso concreto por imperio del art. 27 de la Convención de Viena. Sin embargo, corresponde destacar que, en su pronunciamiento, la

Corte se abstuvo de analizar la eventual constitucionalidad o inconstitucionalidad del derecho de réplica a la luz de las normas de la Constitución Nacional.

Posteriormente, en el caso "Fibraca", del 7 de julio de 1993 (E.D. 23-9-93), la Corte sostuvo que el fallo dictado por un tribunal arbitral no podía ser revisado en sede judicial, porque ese tribunal había sido creado en virtud de un tratado internacional ratificado por ley del Congreso que le otorgaba inmunidad jurisdiccional respecto a cualquier procedimiento judicial o administrativo. Añadió que el art. 27 de la Convención de Viena le otorga al derecho convencional internacional una primacía sobre las leyes internas que se le opongan y que, por añadidura, la Corte carecía de atribuciones para revisar las decisiones de un tribunal arbitral, salvo si se cuestiona la constitucionalidad del tratado, lo cual no había acontecido en el caso concreto.

Un criterio similar fue adoptado por la Corte en los casos "La Virginia" y "Cocchia c/ Estado Nacional". En este último, del 2 de diciembre de 1993 (L.L. 1994-B-633), la Corte sostuvo que el Tratado de Asunción de 1991, ratificado por la ley 23.981 que establece el Mercosur, constituye la culminación de un proceso de toma común de conciencia entre las naciones de la región, y es una clara definición de política legislativa que el derecho interno no puede contradecir, dificultar u omitir en su implementación práctica.

Juntamente con aquella doctrina que propiciaba acordar a los tratados internacionales una jerarquía superior a la asignada a las leyes del Congreso, algunos juristas prestigiosos, como Germán Bidart Campos (*Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, T. I, pág. 183, Ediar, Bs. As. 1993), formularon una variante, a la cual llamaron "intermedia", que estableciera por vía de la reforma constitucional, la supremacía del derecho internacional de los derechos humanos respecto de todo el derecho interno, incluida la propia Constitución. Pero esa prelación del derecho internacional debía estar condicionada a que éste no desfigurara la ideología personalista y democrática de la Constitución.

Semejante propuesta, cuyos fines loables están fuera de discusión, resulta difícil de instrumentar jurídicamente. ¿Quién decidirá si los tratados internacionales se apartan de la ideología personalista y democrática de la Constitución? Si es el propio

Estado nacional, en tal caso sus actos jurídicos tendrán supremacía sobre el derecho internacional y, si es un organismo internacional, no habrá garantía efectiva alguna para preservar aquella ideología personalista y democrática porque su acabada comprensión difícilmente podrá ser abordada por una entidad internacional.

II

La corriente doctrinaria que asignaba a los tratados internacionales una jerarquía superior a las leyes del Congreso fue receptada por la Convención reformadora de 1994. El inciso 22 del art. 75 de la Constitución establece expresamente que los tratados tienen jerarquía superior a las leyes del Congreso. De modo que todos los tratados concertados por la República, tanto antes como después de la última reforma constitucional, están jurídicamente en un peldaño superior al asignado a las leyes por el art. 31 de la Ley Fundamental.

Pero, a su vez, esos tratados internacionales no están en un plano de igualdad, porque la Ley Fundamental se encarga de establecer una escala jerárquica entre ellos.

Existen cinco categorías de tratados:

1) Todos los tratados aprobados por el Congreso hasta la reforma de 1994, con exclusión de los enunciados en el inc. 22 del art. 75, y todos los tratados que se aprueben en lo sucesivo por el voto de la mayoría absoluta de los miembros presentes de cada una de las cámaras del Congreso cualquiera sea la materia sobre la cual versen. Estos documentos internacionales tienen jerarquía superior a la de las leyes e inferior a los tratados sobre derechos humanos y a los de integración que se aprueben por las mayorías especiales impuestas por los incs. 22 y 24 del art. 75.

2) Los tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales, y que se celebren con Estados latinoamericanos. Estos tratados deben ser aprobados por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada una de las cámaras del Congreso.

3) Los tratados de integración que prevean una delegación similar a la de los anteriores y que se celebren con Estados que no sean latinoamericanos. En estos casos, una vez celebrado el

tratado, el Congreso, por la mayoría de los miembros presentes de sus cámaras, debe declarar la conveniencia de su aprobación y, una vez transcurridos 120 días, podrá aprobarlo por el voto de la mayoría absoluta de la totalidad de sus miembros.

Cabe destacar que, para todos los casos de tratados de integración, la Constitución establece que las normas dictadas por las organizaciones supraestatales tienen jerarquía superior a la de las leyes siempre que: a) el tratado se celebre en condiciones de igualdad y reciprocidad; b) respeten el orden democrático; c) respeten los derechos humanos.

4) Los tratados sobre derechos humanos que enuncia el inc. 22 del art. 75.

5) Los tratados sobre derechos humanos que, en lo sucesivo, apruebe el Congreso por el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada una de sus cámaras. Es un requisito necesario para que estos tratados disfruten de jerarquía constitucional.

Con respecto a los tratados sobre derechos humanos que enuncia la Constitución, y los que en lo sucesivo se aprueben por la mayoría especial requerida, todos ellos tienen jerarquía constitucional, aunque no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución debiendo entenderse como complementarios de los derechos y garantías que ella reconoce.

En cuanto a la denuncia de los tratados por el Poder Ejecutivo, ella es viable sólo por decisión del Congreso adoptada por una mayoría igual a la requerida para su aprobación.

III

Conforme a la Ley Fundamental, todos los tratados están por encima de las leyes, cuya validez está condicionada a su adecuación a los primeros.

Con respecto a la relación de los tratados entre sí, su escala jerárquica es la siguiente:

- 1) Tratados sobre derechos humanos.
- 2) Tratados de integración.
- 3) Los restantes tratados que apruebe el Congreso.

En cuanto a la operatividad de los tratados que quedan incorporados al derecho interno, ella se concreta después de su

publicación y desde el día que se determine en la ley aprobatoria o se cumplan las condiciones previstas a tal fin. En su defecto, será después de los 8 días siguientes al de su publicación oficial (art. 2 del Código Civil). Sin embargo, si el documento internacional condiciona su aplicabilidad interna a la sanción de una ley, o si el carácter programático de sus cláusulas impone la necesidad de un acto legislativo del Congreso para precisar normativamente sus contenidos, el tratado no tendrá aplicabilidad jurídica interna hasta que se sancione una ley que le brinde operatividad.

La cláusula constitucional que les asigna a los tratados jerarquía superior a la de las leyes tiene efecto retroactivo. Sin embargo, los tratados sobre derechos humanos, con excepción de los enunciados en la Constitución, y los tratados de integración celebrados con anterioridad a la reforma constitucional, si bien tienen jerarquía superior a la de las leyes, no encuadran en las categorías especiales que prevé la Ley Fundamental en los incs. 22 y 24 del art. 75.

Con respecto a la reglamentación de los tratados, se trata de una función que incumbe al Congreso. Pero, si sus cláusulas son operativas, consideramos que esa reglamentación puede emanar del Poder Ejecutivo.

IV

La reforma constitucional de 1994 no alteró el principio de la supremacía constitucional establecido en el art. 31 de la Constitución. Todos los tratados internacionales, inclusive los aprobados por las mayorías especiales previstas en los incs. 22 y 24, están subordinados a la Ley Fundamental y sujetos al control de constitucionalidad a cargo del Poder Judicial.

Todos los derechos humanos y sus garantías disfrutaban de reconocimiento en el articulado personalista de la Constitución. Ya sea en forma expresa o de manera implícita como consecuencia de la cláusula residual establecida en el art. 33. De manera que es imposible, al menos en el marco generoso y pluralista de la Constitución argentina, que un tratado internacional pueda añadir nuevos derechos y garantías constitucionales, por la sencilla razón de estar ya previstos en la Ley Fundamental. Solamente el desconocimiento de las más elementales reglas de

interpretación constitucional, que difieren sustancialmente de las aplicables en otras disciplinas jurídicas, puede conducir a una solución diferente.

Lo que sí pueden efectuar los tratados internacionales es precisar enriqueciendo ciertas modalidades bajo las cuales se exterioriza el ejercicio de tales derechos, siempre que ello no conduzca a la negación, desnaturalización o debilitamiento de la tipificación que a esos derechos y a los restantes les asigna la Constitución (arts. 28 y 31 CN).

El inc. 22 del art. 75 establece que un tratado internacional, a pesar de tener jerarquía constitucional cuando versa sobre derechos humanos, no deroga artículo alguno de la primera parte de la Constitución donde, precisamente, se enuncian esos derechos y sus garantías. Y, si no deroga artículo alguno de esa parte, significa que su jerarquía es inferior a la atribuida a la Constitución por su art. 31. Si un tratado no puede derogar las normas constitucionales, es evidente que está subordinado a sus disposiciones.

Además, el inc. 22 define claramente cuál es el efecto asignado a los tratados internacionales con la expresión "tienen jerarquía constitucional". Dice que solamente "deben entenderse complementarios de los derechos y garantías" que reconoce la Constitución.

El carácter complementario significa que solamente pueden enriquecer o ampliar la tipificación que la Constitución establece para los derechos y garantías. Pero jamás pueden restringir esos derechos, o enriquecerlos a costa del desmembramiento de otros derechos. De modo que el carácter complementario importa en la práctica una reglamentación de tales derechos y garantías, aunque quizás insuficiente para hacer operativas tales modalidades, sin que ella pueda concretar una reducción de su magnitud constitucional y de la interpretación teleológica resultante de la Ley Fundamental. Esa reglamentación también puede emanar de una ley del Congreso aunque, claro está, que tendrá jerarquía inferior a las prescripciones de un tratado.

Si mediante un tratado de esta naturaleza no es viable la derogación de artículo alguno de la primera parte de la Constitución, que además de enunciar derechos y garantías, también formula declaraciones y principios de organización estatal federal y de gobierno republicano y democrático, significa que los tratados internacionales sobre derechos humanos, a pesar de te-

ner cierta "jerarquía constitucional", están subordinados a una Constitución que no pueden modificar.

Esta conclusión, resultante de una interpretación teleológica y sistemática de la Constitución, se fortalece con un argumento adicional. Si se llegara a aceptar que esta categoría de tratados está por encima de la Ley Fundamental o equiparada a ella, tendríamos que admitir que se habrá reformado el art. 30 de la Constitución que reserva, de manera expresa y excluyente, el ejercicio de la función constituyente a un órgano extraordinario, la Convención Reformadora, que debe ser convocada por el Congreso en ejercicio de su potestad preconstituyente. Sin embargo, nada autoriza a reconocer a los órganos ordinarios del gobierno -Poder Ejecutivo y Congreso- la función reformadora de la Ley Fundamental que transformaría a una Constitución rígida en otra de naturaleza flexible.

Por último, cabe recordar que el art. 7° de la ley N° 24.309 declarativa de la necesidad de la reforma, dispuso que la Convención no estaba habilitada para introducir modificación alguna en las declaraciones, derechos y garantías contenidas en la primera parte de la Constitución, y el art. 6° sanciona con la nulidad absoluta el acto de la Convención que se aparte de aquella disposición.

V

Igual situación se presenta respecto de los tratados de integración previstos en el inc. 24 del art. 75. Con ellos es viable la delegación de competencias y jurisdicción en organizaciones supraestatales, pero bajo las condiciones ineludibles de: 1) reciprocidad e igualdad; 2) respeto del orden democrático; 3) respeto de los derechos humanos.

Cumplidas tales condiciones, cuya verificación en cada caso concreto incumbe al Poder Judicial, el inc. 24 establece que las normas dictadas en consecuencia del tratado de integración por las entidades multinacionales tienen jerarquía superior a las leyes del Congreso, pero no a la Constitución a la cual quedan subordinadas en orden a la validez interna.

La concepción del poder soberano estatal configura una creación doctrinaria estática desarrollada con el objeto inmedia-

to de brindar orden y seguridad a la convivencia social. Pero como el Estado no es un fin en sí mismo, aquella concepción aparece acompañada por una idea política dominante que determina cuáles son los fines mediatos del Estado. En síntesis, con la doctrina del poder soberano se busca el orden y la seguridad mediante la consolidación del Estado, a fin de alcanzar los grandes fines que impulsaron a los hombres en el acto de la constitución de la sociedad política global, o al adoptar la decisión política de preservar su subsistencia.

Esa finalidad mediata, que surge de la idea política dominante en la sociedad, y que en vísperas del siglo XXI está reflejada en la libertad y dignidad del hombre como valores supremos en la escala axiológica, coincidiendo sus contenidos con los fines personalistas del secular movimiento constitucionalista, es esencialmente dinámica. Mientras que la estructura del poder soberano estatal es estática, la idea política dominante en el seno de la sociedad es esencialmente dinámica.

Consecuencia de las variaciones que se operan en esa idea política dominante, es lo que se ha denominado la "crisis del concepto de soberanía" con motivo del desarrollo experimentado, en el curso del siglo actual, de las organizaciones internacionales que agrupan a Estados soberanos con el propósito de avalar una convivencia pacífica entre las naciones y salvaguardar las libertades del hombre quien es, en definitiva, el artífice del Estado y destinatario de sus fines personalistas.

Es así que, frente al llamado concepto clásico del poder soberano estatal, se alzan teorías que propician limitar, reducir, su magnitud mediante transferencias totales o parciales de competencias nacionales en beneficio de organizaciones supraestatales de carácter económico o político. Todo ello mediante un proceso de integración internacional o asignando, a las normas de los tratados internacionales, un rango superior o equivalente al de las constituciones locales. Se trata de un movimiento doctrinario que no está satisfecho con los logros alcanzados en salvaguarda de la libertad y dignidad del hombre dentro del marco tradicional de la conformación estatal. Es que, muchas veces, la estructura estatal ha sido un medio eficiente para concretar las aberraciones más escandalosas en detrimento de la dignidad humana. De todos modos, y sin perjuicio de rescatar el propósito loable que inspira a semejante concepción, no podemos incurrir

en el desvarío de imputar a la estructura estatal la responsabilidad por aquellas atrocidades porque, en definitiva, su autor ha sido el hombre apartándose de los fines personalistas de una sociedad. La modificación de las estructuras organizativas del poder soberano es un camino estéril si está desprovisto de la previa, o simultánea, educación del hombre para vivir en libertad.

Son numerosas las vías para la integración de los Estados, así como también sus modalidades y características, de cuya extensión dependerá la subsistencia de un Estado con poder soberano o su sustitución por novedosas formas de organización política global y soberana.

La integración puede limitarse a ciertos aspectos económicos de los Estados. Al propósito de fortalecer y profundizar sus relaciones comerciales con el objeto de mejorar la calidad de vida material de sus ciudadanos. Puede tratarse de una primera etapa extensiva, posteriormente, al ámbito cultural, ya que el intercambio comercial ha sido la herramienta más eficaz para incrementar el entendimiento entre las naciones y sus pueblos. Asimismo, la integración económica puede desembocar en la gestación de zonas de libre comercio o en áreas multinacionales sujetas a una estricta regulación normativa concertada por los Estados partes.

Mediante tratados internacionales resulta viable la creación de organismos técnicos supraestatales destinados a ejecutar los detalles de la política económica acordada por los Estados, sin que ello implique una delegación o transferencia de sus atributos políticos. En tales casos, la política económica común es adoptada por la totalidad de los Estados en ejercicio de sus poderes soberanos, pero las decisiones de índole técnica, si bien pueden resultar de un acuerdo entre la mayoría de los Estados o de resoluciones del organismo supraestatal, carecen de *imperium* para ser ejecutadas internamente sin el consentimiento específico del Estado miembro.

La integración supraestatal puede responder a objetivos mucho más ambiciosos. No solamente de carácter económico, sino también mediante la incorporación de los Estados con la totalidad de sus sistemas culturales, militares y jurídicos, creando sistemas políticos multinacionales revestidos de un poder total o parcialmente soberano. En estos casos, se establecen mecanismos institucionales, donde los órganos de gobierno representativos de los intereses de los Estados miembros coexis-

ten con órganos supraestatales cuya misión es representar e interpretar los intereses comunes que motivaron la integración. La fórmula de solución de las colisiones producidas entre los actos de los órganos nacionales y supraestatales, permitirá verificar el grado que presenta el poder soberano de los Estados y la vigencia de su independencia externa.

Tal verificación permitirá advertir si los Estados miembros, o algunos de ellos, han transferido una porción de su poder soberano renunciando a su independencia absoluta para dictar el derecho aplicable en sus territorios. Asimismo, en caso afirmativo, la transferencia se formaliza mediante un tratado internacional que será la Constitución del ente supraestatal, al cual quedarán subordinadas, total o parcialmente, las Constituciones locales de los Estados miembros.

Para que se opere la transferencia, total o parcial, del poder soberano de un Estado en beneficio de cierta comunidad internacional, no es suficiente con atribuir a sus órganos la facultad de sancionar normas jurídicas, sino también la potestad de asignar carácter obligatorio a los actos jurídicos que emanen de ellos. Tales actos son aplicables en el territorio de los Estados miembros, ya sea en forma inmediata o porque estos últimos asumen la obligación ineludible de darles ejecución mediante su poder coercitivo interno. Inclusive, el derecho de integración dictado por los órganos supraestatales y aplicado por los órganos estatales, puede quedar sujeto a una interpretación vinculante emanada de organismos jurisdiccionales dependientes de la comunidad multinacional.

Las formas de integración que se expresan en comunidades o sociedades de Estados con organismos supraestatales facultados para adoptar decisiones que son obligatorias e ineludibles para los Estados miembros, y que ejecutan y controlan su aplicación por vía jurisdiccional, configuran la antesala de nuevas organizaciones políticas globales diferentes de los Estados nacionales. En ellas, los Estados transfieren a los organismos supraestatales competencias políticas propias y se someten a un régimen internacional de sanciones, suscitando un problema complejo de índole constitucional (Segundo V. Linares Quintana, *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, T. I, pág. 332, Ed. Plus Ultra, Bs. As. 1977) desde el momento en que los órganos nacionales están delegando y renunciando -aunque sea bajo condición de reciprocidad- al ejercicio de potesta-

des inherentes a sus poderes soberanos. Y, en la medida en que el poder soberano de un Estado deja de ser tal, ya sea total o parcialmente, en el orden interno o externo, nos enfrentamos con un nuevo tipo de organización política global titular del poder soberano que no participa de las características propias y clásicas del Estado, o al menos de una de ellas como es la existencia de una comunidad nacional.

La integración de los Estados con poder soberano en entidades supraestatales a las cuales se transferirá aquel atributo, constituye una meta anhelada por un sector importante de nuestra doctrina constitucional.

La aceptación de este punto de vista importará privar al poder del Estado de su carácter de soberano, y la consecuente creación de una nueva forma de organización política global que estará sometida al poder soberano de una entidad supraestatal.

La pretendida sustitución de los Estados nacionales se trata, a nuestro entender, de una fórmula que no se compadece de manera realista con el estado actual de las relaciones internacionales y, menos aún, con la idea política dominante que, sobre el particular, alberga la sociedad argentina. Profundizar y afianzar las relaciones internacionales es una meta loable y necesaria cuyo logro, a esta altura del desarrollo histórico de la civilización, no impone una claudicación del poder soberano de los Estados. Quizás, en un futuro no lejano, ello sea posible. Pero en el estado actual de las relaciones internacionales y teniendo en cuenta la disparidad de condiciones culturales, económicas y sociales existentes entre las naciones, no resulta una solución conveniente si es que se aspira a desembocar en un sistema sólido, estable y dotado del consenso indispensable que sólo puede aportar la idea política dominante en la sociedad.

Esa realidad sociológica y política impone un deber de prudencia para el legislador. Debe procurar la integración para que un Estado no quede a la zaga de las tendencias modernas imperantes sobre el particular, pero tiene que obrar con particular cautela a fin de evitar el enrolamiento en concepciones utópicas, carentes de realismo, que restrinjan o anulen, al menos en el marco jurídico, el poder soberano del Estado mediante la sujeción al *imperium* de entidades supraestatales.

Un ilustre pensador y analista de los sistemas políticos comparados señalaba que la integración, en su faz política,

constituye un proceso en el cual las aldeas se convirtieron en distritos o condados que, a su vez, se combinaron en ducados o provincias para fundirse posteriormente en reinos que, por su parte, se han amalgamado muchas veces en federaciones o imperios. Analizando ese proceso, que fue descrito por Dante a fines del siglo XIII, y su proyección histórica, podremos vislumbrar la presencia de un gobierno mundial. "¿No podríamos terminar constituyendo gobiernos más vastos a partir de las divisiones más pequeñas que tenemos ahora?" (Karl W. Deutsch, *El nacionalismo y sus alternativas*, págs. 12 y sig., Ed. Paidós, Bs. As. 1972). Para Deutsch, el Estado nacional se encuentra en conflicto potencial con todas las filosofías o religiones que enseñan normas universales acerca de la verdad, de lo bueno y lo malo, sin consideración de naciones o razas, cuando ellas pretenden extenderse sobre el ámbito de las relaciones políticas (Karl W. Deutsch, *Política y gobierno*, pág. 130, Fondo de Cultura Económica, Madrid 1976). Sin embargo, tras admitir que el Estado nacional realiza más servicios que los que ha llevado a cabo cualquier otro tipo de gobierno en la historia del mundo, recomienda que el realismo de un proceso de integración esté supeditado al principio de la autodeterminación de los pueblos porque el incremento paulatino de sus capacidades cognitivas para la convivencia internacional es el requisito ineludible que condiciona la concreción de una integración eficaz, realista y consentida (Karl W. Deutsch, *Política y gobierno*, pág. 565, ob. cit.).

El dinamismo de la vida social y de las relaciones internacionales torna conveniente instrumentar un proceso de integración, aunque de manera gradual y realista. Esa integración debe estar condicionada a la asimilación cultural y política del fenómeno por la sociedad -y no solamente por una minoría ilustrada cuyas buenas intenciones están fuera de duda- y a la preservación, en instancia final, del poder soberano del Estado para contrarrestar los efectos de una hipótesis de conflicto inconciliable con la salvaguarda de los intereses locales. En esta línea de pensamiento se enrola Linares Quintana, (*Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, T. I, pág. 333, ob. cit.) quien, a la luz de un enfoque jurídico, afirma que el principio de la supremacía de la Constitución, establecido por su art. 31, se impone frente a toda norma jurídica, inclusive los tratados internacionales, los

cuales para su validez deben ajustarse a los principios de la Ley Fundamental, que no autorizan una delegación o transferencia, definitiva o incondicional, del poder soberano del Estado tal como lo requieren ciertas especies del proceso de integración.

Con los tratados de integración previstos en el inc. 24 del art. 75 es viable la delegación de competencias y jurisdicción en organizaciones supraestatales, pero bajo las condiciones ineludibles de: 1) reciprocidad e igualdad; 2) respeto del orden democrático y de los derechos humanos (los convencionales de 1994 adoptaron la fórmula propuesta doctrinariamente por Germán Bidart Campos, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, T. I, pág. 183, ob. cit.).

Cumplidas tales condiciones, cuya verificación en cada caso concreto incumbe al Poder Judicial, el inc. 24 establece que las normas dictadas en consecuencia del tratado de integración por las entidades multinacionales tienen jerarquía superior a las leyes del Congreso, pero no a la Constitución a la cual quedan subordinadas en orden a la validez interna.

Bajo tales condiciones, no se advierte una efectiva transferencia del poder soberano del Estado. Ello es así, porque la validez de los tratados de integración está subordinada, entre otros requisitos, al respeto del orden democrático impuesto por la Constitución que integran: 1) la forma federal del Estado, tal como está tipificada en la Constitución; 2) el gobierno republicano y representativo con todas las cualidades resultantes de una interpretación sistemática de la Ley Fundamental. Y ese orden democrático establecido por la Constitución resulta ilusorio e inconcebible si llega a estar desprovisto de un poder soberano que lo origina y cuyo ejercicio, en última instancia, está configurado por el poder constituyente previsto en el art. 30 de la Constitución. Artículo, este último, que no fue reformado en 1994 y que les asigna a los ciudadanos, por medio de sus representantes especiales -los convencionales-, la facultad de modificar la Ley Fundamental a la cual están subordinados los tratados internacionales, cualquiera sea su especie

VI

Tanto respecto de los tratados sobre derechos humanos, como de los tratados de integración generadores de entidades supraestatales, es plenamente aplicable el art. 27 de la Constitución. Esa norma condiciona la validez de todos los tratados a que sean conformes con los principios de derecho público establecidos en la Ley Fundamental, siendo que todos los enunciados de una Constitución son, necesariamente, de derecho público y de orden público. Asimismo, la prohibición contenida en el art. 29, que veda al Congreso la concesión de potestades extraordinarias al Poder Ejecutivo, es extensible a cualquier otro organismo nacional o internacional impidiendo su concreción mediante un tratado.

Sin embargo, y prescindiendo irrazonablemente de las cláusulas de la Constitución, con frecuencia se invoca el art. 27 de la Convención de Viena para sostener la improcedencia de todo acto gubernamental mediante el cual se pretenda desconocer la vigencia de un tratado internacional por vulnerar cláusulas de la Ley Fundamental.

El art. 27 de la Convención de Viena establece que un Estado no puede invocar las disposiciones de su derecho interno para justificar el incumplimiento de un tratado. Pero la propia Convención, en su art. 46, dispone que un Estado puede alegar la nulidad del tratado por violación de las disposiciones de su derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados -tanto formal como sustancial-, cuando ella es manifiesta y afecta a una norma de importancia fundamental de su derecho interno.

Toda Constitución, y todas sus cláusulas, son normas de importancia fundamental conforme al art. 46 de la Convención de Viena. Es la ley suprema de un país de la cual depende la validez de las restantes normas del derecho interno; es un instrumento de gobierno; y es un símbolo de la nacionalidad que explicita los fines del Estado. De modo que, si para la Constitución argentina -norma de importancia fundamental- los gobernantes no pueden celebrar, aprobar, ni ratificar tratados que se opongan a sus preceptos, la concertación de un documento internacional que presente semejante vicio determina su insalvable nulidad y, por consiguiente, la inaplicabilidad del art. 27 de la Convención

de Viena. No solamente porque esa es la solución que emana del art. 27 de la Constitución, sino también porque así lo establece la propia Convención en su art. 46.

Por otra parte, la eventual descalificación interna de un tratado por estar en pugna con la Constitución, no autoriza la aplicación de sanciones por un ente supraestatal al Estado nacional porque importaría desconocer el atributo soberano del poder estatal. El art. 27 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, aprobada por ley N° 17.281, establece que toda agresión contra la soberanía de un Estado americano "será considerada como un acto de agresión contra los demás Estados Americanos". Asimismo, la Resolución 2131 (XX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, del 21 de diciembre de 1965, para citar sólo algunos de los documentos internacionales sobre el particular, establece que ningún Estado o grupo de Estados puede aplicar o fomentar el uso de medidas económicas, políticas o de cualquier otra índole para impedir que otro Estado pueda ejercer sus derechos soberanos. Y pretender que un Estado se subordine a normas jurídicas internacionales que vulneran su Ley Fundamental, constituye una actitud que desconoce el poder soberano de ese Estado y su condición de entidad independiente en el orden exterior.

OBSERVACIONES Y COMENTARIOS **presentados por los señores académicos:**

Académico Dr. Horacio A. GARCÍA BELSUNCE

El Dr. Badeni en su brillante exposición no ha hecho sino ratificar, como corresponde con el transcurso del tiempo, mejorar y corregir su edición anterior. Yo le llamo la edición anterior al debate que tuvimos en el año 1994 sobre este tema, el 9 de noviembre exactamente. En esta oportunidad el Dr. Badeni sostiene la primacía de la Constitución Nacional, sobre lo que puede haber controversia. Acá lo que se ha modificado por vía de los incisos 22) y 24) del art. 75, es que los tratados tienen jerarquía constitucional. ¿Significa ello que tienen supremacía sobre la Constitución? Evidentemente no se nos escapa que esto va a desatar una gran controversia con el derecho comunitario. El derecho comunitario para algo existe y vamos a tener Tribunales del Mercosur y jurisdicción supranacional a la cual un tratado nacional, ratificado por el Congreso, le habrá delegado competencia en el orden internacional y ¿qué va a pasar cuando ese orden internacional dé decisiones, fallos, dictámenes que sean contrarios a las decisiones de nuestros más altos tribunales? ¿Cuál va a ser el derecho que predomine? Yo no hago más que plantearlo, porque a mí me gustaría que el Dr. Badeni tuviera razón. Cuando él sostiene que el inc. 22 impide agregar derechos a la Constitución Nacional porque dice que estos tratados son complementarios y con jerarquía constitucional y no pueden derogar las declaraciones, derechos y garantías, no significa que no puedan “agregar” y yo hago allí una interpretación que es peligrosa: “agregar” es una forma de “modificar” y la ley de convocatoria a la reforma prohíbe introducir “modificación” alguna en las declaraciones, derechos y garantías contenidas en la primera parte de la Constitución, con lo que cualquier “agregado” tornaría nula la reforma (art. 6, ley 24.309). Con el mayor respeto por la opinión del Dr. Badeni, considero que hay “derechos nuevos” incorporados en la reforma constitucional. Por ejemplo, el Pacto de San José de Costa Rica reconoce el

derecho a la doble instancia. Nuestra Corte ha dicho antes de ahora que ello no es una garantía constitucional. Pero, puede salir un particular agraviado que diga: "A mí la Convención de San José de Costa Rica me da el derecho a la doble instancia porque la Convención de San José de Costa Rica está por encima del Código Procesal, porque es un tratado sobre una ley". Entonces, ¿cuál es el que tiene preeminencia o prevalencia? Este es un punto en el que me quedan grandes dudas, porque de acuerdo con la teoría amplificadora del Dr. Badeni todo está implícito en la Constitución por vía del art. 33, pero, sin embargo, veo que hay supuestos y otros ejemplos que ya di la vez pasada, como es la inconstitucionalidad de la vía de repetición para discutir los impuestos en vez de ir a un tribunal independiente previo como dice el Convenio de San José de Costa Rica, que es otro ejemplo que demuestra que no todo está comprendido en el art. 33. Creo que a este tema vamos a tener que analizarlo en profundidad y va a dar lugar a algún pronunciamiento de la Corte que es, como dijo el Dr. Badeni, quien va a tener la palabra para resolver este problema. Pienso que vamos a tener importantes conflictos internos, particularmente con el Mercosur.

*

* *

Académico Dr. Jorge R. VANOSI

Debemos realmente felicitar al Dr. Badeni por la magnífica exposición. Porque ha hecho una disección profunda y un análisis muy pormenorizado del sistema clásico y el sistema nuevo de nuestra Constitución en materia de tratados y actos internacionales.

Y lo ha hecho además con esa "rara avis" que es la capacidad de síntesis, para, en pocos minutos, ilustrarnos cabalmente sobre el tema.

Yo creo que el tema tiene tres niveles de análisis, que están evidentemente expresa e implícitamente en este trabajo.

El primer nivel de análisis es el de la prudencia, el del sentido común, el que indica el Derecho Comparado como ten-

dencia general en este momento en el mundo occidental, que es en definitiva la interpretación a la cual arriba el Dr. Badeni.

Yo creo que si los constituyentes se hubieran limitado a establecer el primer párrafo del inciso 22 del nuevo artículo 75 reconociendo a los Tratados un rango superior a la ley pero conforme a la Constitución, no sólo hubieran recogido la jurisprudencia de los casos “Fibraca”, “La Virginia” y “Ekmedjian”, sino que hubieran seguido la tendencia de la razonabilidad que impera en gran parte de las constituciones modernas. No estoy hablando del tema de la integración, que es un problema aparte. Y además, creo que es justo reconocerlo, esas doctrinas de mayoría reconocen dos antecedentes importantes en la propia Corte, que quiero traer a colación en homenaje a sus autores.

Uno, el voto en disidencia del Dr. Tomás de Casares a comienzos de la década del 50, donde estableció esa tesis; él pretendía modificar el criterio mayoritario de la Corte en esa época. Y luego el del Dr. Luis María Boffi Boggero, en la década del 60, donde también se anticipó a esa tesitura de que una ley posterior no podía dejar sin efecto a un tratado anterior, reconociendo lo que dijo el Dr. Badeni, es decir, la distinta filiación de una ley y de un tratado. La ley es un acto unilateral de nuestro Poder Legislativo y el Tratado requiere el consenso de otras naciones con las cuales se celebra.

De modo que yo creo que el Dr. Badeni ha dado en el blanco, para decirlo en términos deportivos. Es decir, ha señalado el camino que la sensatez imponía en la interpretación que él hace.

El segundo nivel de análisis es el de la intención de los constituyentes con nombre y apellido que aprobaron esta enmienda y ahí no estoy tan seguro de que el nivel de análisis coincida.

Sin perjuicio también de tomar en consideración la importante referencia anecdótica que ha traído aquí a la mesa el Dr. Badeni.

Pero yo creo que en la intención de los constituyentes no estuvo una posición de esa moderación. Más aun, creo que los compromisos políticos con ciertos sectores a efectos de que permanecieran en el recinto y votaran y juraran la Constitución, cosa que efectivamente ocurrió, con la única disidencia de Monseñor de Nevares, incluían la incorporación de estas cláusulas y

creo que esto no es una mera suposición sino que está de alguna manera, no digo enteramente corroborado, está de alguna manera acompañado por los pasos del trámite y del protagonismo que tuvieron los miembros de ese sector político, un protagonismo muy destacado primero en las comisiones y después en el recinto a efectos de la inclusión del inciso 22, especialmente el tema de la mención de lo que yo llamo tratados con nombre y apellido, de los cuales nadie ha podido dar una explicación de por qué en definitiva de cuarenta pasaron a ser diez, como pudieron haber sido veinte o cien. Y hay una lista de Tratados y convenios de casi equivalente importancia política internacional que no fueron incluidos.

A la pregunta que les hemos formulado a muchos constituyentes, la única respuesta es que algunos de ellos han dicho: constituían "un sistema". Pero ninguno ha explicado en qué consiste ese sistema, sin decir qué sistema es y por qué otros quedaron fuera del sistema.

Yo he hecho una nómina de otros Tratados que son ley de la Nación y que tienen como materia los derechos de la mujer, los derechos del niño, el derecho humanitario, que es otra rama muy importante en la actualidad del Derecho Internacional, genocidio, etc., etc. y la nómina indica que habría por lo menos otro número equivalente, otra docena de compromisos internacionales, que inexplicablemente si tomáramos un patrón de medida equivalente tendrían que estar y no están.

Yo creo entonces que la intención de los constituyentes fue hacer una concesión política, en virtud de la cual, este capítulo del derecho malogre la prohibición establecida en la ley de convocatoria, prohibición muy clara y muy enfática que mencionó en la parte final de su brillante exposición el Dr. Badeni.

Pasaron por encima de esa prohibición a través de un artificio que es ponerlo en el artículo sobre atribuciones del Congreso, lo que obviamente modificaba el artículo 27 de la Constitución que no podían modificar.

El tercer nivel de análisis es el de la interpretación de este inciso 22 y aquí creo que es donde estamos peor, porque ojalá tuviéramos un parámetro firme al cual atenernos, o la interpretación del Dr. Badeni, que es la sensata y razonable, o la intención de los constituyentes, que es totalmente opuesta pero sería clara y precisa.

Pero la interpretación tiene un marco abierto de posibilidades, como diría Kelsen. Las palabras que se han agregado allí, el término complementarios, los términos de su vigencia, cuando habla de que “tiene jerarquía constitucional en los términos de su vigencia” y que deben ser complementarios de los derechos sancionados en la Constitución sin que implique derogar etc., etc. Es un juego de palabras tan contradictorio en términos lógicos que me recuerda mucho una frase muy irónica de quien fuera miembro de esta Academia, el Dr. Carlos Sánchez Viamonte, cuando se refería a las cláusulas de ciertas constituciones de este tipo y decía “son como la sonrisa de la Gioconda, admiten toda clase de interpretaciones”; y en efecto, cuando uno observa el retrato de la Gioconda uno no sabe si sufre o goza, si se ríe o llora, incluso no se sabe si es hombre o mujer, porque hay también una tesis con respecto a que podría ser un autorretrato. Es decir, que admite toda clase de interpretaciones. Creo entonces que estamos a merced de lo que los jueces digan que es el inciso 22 y este inciso da pie a cualquier tipo de interpretación, según sea la palabra o párrafo que le sirva de soporte. La palabra misma “complementario”, ¿qué es complementario? Puede ser algo que no modifica pero también puede ser algo que modifica.

Cuando las leyes se remiten al Código Penal “y leyes complementarias”, están refiriéndose a normas que modifican al texto codificado original. Estamos entonces a merced de la Corte y por lo tanto estamos a merced del criterio político que la concreta composición de la Corte en el momento concreto quiera convertir en una decisión política.

Creo entonces que lo que ha resultado afectado más allá de la frondosidad tropical del texto con que está redactado, es el valor de la seguridad jurídica: la gran víctima va a ser en definitiva la seguridad jurídica.

*

* *

Académico Dr. Alberto Antonio SPOTA

A manera de síntesis de estas valiosas exposiciones que nos han hecho los académicos Badeni, García Belsunce y Vannossi y todos los demás señores académicos que han hecho uso de la palabra, queda para mí una idea muy clara. Esa idea se sintetiza de esta suerte:

La redacción de la Constitución Nacional, de acuerdo con su reforma de agosto de 1994, en lo que se refiere específicamente al artículo 75, incisos 22 y 24, ante la claridad y vigencia del art. 31 de nuestra norma constitucional de base, importa y significa para con la realidad político jurídica argentina, una consecuencia grave que no tiene signo positivo. Esa nueva realidad se concreta y se expresa en los hechos como una enorme inseguridad jurídica, en lo que se refiere al orden de prelación de normas en la dinámica operativa del plexo jurídico argentino. Es esta para mí la consecuencia y conclusión más seria y más preocupante que queda en el espíritu de todos, luego de esta interesantísima reunión y exposiciones a las que hemos asistido esta tarde, en ésta nuestra Academia. Me voy en consecuencia con una sensación de disgusto y de miedo, pues la inseguridad jurídica en una sociedad significa la antípoda de lo que debe ser. Somos una sociedad integrada por personas que cuando tomen conciencia de la temática en análisis, sin duda se sentirán dubitativas frente a las normas a interpretar, enunciadas en esos incisos 22 y 24 del artículo 75, desde que las mismas importan y posibilitan al menos varias lecturas contradictorias, ante la continuada vigencia del art. 31. Y esto significa además y fundamentalmente inseguridad. Y, consecuentemente, es muy bueno que la sociedad argentina vaya comprendiendo en toda su intensidad que se ha abierto una enorme incógnita, que va a agregar intranquilidad general, cuando la comunidad tome conciencia de la temática que se ha desarrollado esta tarde en nuestra Academia. Por todo ello considero que esta Academia inicia con razón y validez general, con el debate al que hoy hemos asistido, el análisis de un tema de enorme importancia y trascendencia para todos. He deseado ser breve en mi exposición. Por ello doy la misma por finiquitada, ratificando que la conclusión que surge imparcialmente de un análisis intensivo del artículo 75, incisos

22 y 24 de la Constitución Nacional con su texto de agosto de 1994, ante el artículo 31, importa y significa, en la efectiva realidad, inseguridad jurídica. Y esto no es bueno, lo reitero. Deseo repetir las felicitaciones al expositor académico Badeni y a todos los señores académicos que comentaron el tema que va en estudio. Lo jurídico intenta permanentemente ofrecer y dar seguridad a la sociedad, ante el arbitrio que caracteriza el quehacer de lo político. Ahora, con el tema que nos ocupa, hemos dado marcha atrás. Nos encontramos, en consecuencia, que ha crecido el ámbito de la decisión política a costa de la seguridad jurídica. Antes teníamos una clara enunciación del orden de prelación de normas, de acuerdo con el artículo 31 de la Constitución Nacional. Ahora tenemos una confusión en la jerarquía y prelación normativa, ante el artículo 31 que ha subsistido, y el artículo 75, en sus incisos 22 y 24. Las interpretaciones ingresarán en función de las apetencias y decisiones de lo político, en relación inmediata y directa con el arbitrio, así que interese tal o cual respuesta. La eficiencia para lograr lo que se apetezca y el voluntarismo tendrán primacía. La anterior seguridad jurídica se habrá perdido.

*

* *

Académico Dr. Alberto BENEGAS LYNCH

Manifiesta su coincidencia con lo expresado por el académico Vicepresidente Alberto A. Spota sobre la inseguridad jurídica, y que ese es el saldo doloroso que queda sobre el tema. Coincide con el académico Horacio A. García Belsunce en que no puede aceptarse la idea de que un organismo internacional pueda reformar nuestra Constitución, porque si se agrega o reforma algún derecho ello implicaría modificar la Constitución por un camino distinto al de sus artículos 30 y 31.

Propone la confección de una separata con la Comunicación y los comentarios sobre la misma.