

**ACADEMIA NACIONAL
DE CIENCIAS MORALES
Y POLÍTICAS**

**LOS TRATADOS INTERNACIONALES
DE DERECHOS HUMANOS Y
LA CONSTITUCIÓN NACIONAL**

Horacio A. García Belsunce



**BUENOS AIRES
2006**

**LOS TRATADOS INTERNACIONALES
DE DERECHOS HUMANOS Y
LA CONSTITUCIÓN NACIONAL**

Por el académico DR. HORACIO A. GARCÍA BELSUNCE

Las ideas que se exponen en esta publicación son de exclusiva responsabilidad de los autores, y no reflejan necesariamente la opinión de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas.

Fotografía de portada de Marcos Chamudes

ISSN: 0325-4763

Hecho el depósito legal

© Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas

Avenida Alvear 1711, P.B. - Tel. y fax 4811-2049

(1014) Buenos Aires - República Argentina

ancmyp@infovia.com.ar

Se terminó de imprimir en Talleres Gráficos de Roberto Peiró
Solís 2116 - Capital Federal en el mes de mayo de 2006.

JUNTA DIRECTIVA 2005 / 2006

<i>Presidente</i>	Académico Gregorio Badeni
<i>Vicepresidente</i>	Académico Alberto Rodríguez Varela
<i>Secretario</i>	Académico Hugo O. M. Obiglio
<i>Tesorero</i>	Académico Jorge Emilio Gallardo
<i>Prosecretario</i>	Académico Isidoro J. Ruiz Moreno
<i>Protesorero</i>	Académico Horacio Sanguinetti

ACADÉMICOS DE NÚMERO

Nómina	Fecha de nombramiento	Patrono
Dr. Segundo V. LINARES QUINTANA .	03-08-76	Mariano Moreno
Dr. Horacio A. GARCÍA BELSUNCE .	21-11-79	Rodolfo Rivarola
Dr. Pedro J. FRÍAS	10-12-80	Estanislao Zeballos
Dr. Alberto RODRÍGUEZ VARELA . .	28-07-82	Pedro E. Aramburu
Dr. Natalio R. BOTANA	11-07-84	Fray Mamerto Esquiú
Dr. Ezequiel GALLO	10-07-85	Vicente López y Planes
Dr. Horacio SANGUINETTI	10-07-85	Julio A. Roca
Dr. Carlos María BIDEGAIN	25-06-86	Fray Justo Santa María de Oro
Dr. Carlos A. FLORIA	22-04-87	Adolfo Bioy
Dr. Leonardo MC LEAN	22-04-87	Juan B. Justo

Nómina	Fecha de nombramiento	Patrono
Monseñor Dr. Gustavo PONFERRADA .	22-04-87	Nicolás Avellaneda
Dr. Gerardo ANCAROLA	18-12-92	José Manuel Estrada
Dr. Gregorio BADENI	18-12-92	Juan Bautista Alberdi
Dr. Eduardo MARTIRÉ	18-12-92	Vicente Fidel López
Dr. Isidoro J. RUIZ MORENO	18-12-92	Bernardino Rivadavia
Dr. Jorge R. VANOSI	18-12-92	Juan M. Gutiérrez
Dr. Félix LUNA	23-04-97	Roque Sáenz Peña
Dr. Víctor MASSUH	23-04-97	Domingo F. Sarmiento
Dr. Hugo O. M. OBIGLIO	23-04-97	Miguel de Andrea
Dr. Alberto RODRÍGUEZ GALÁN	23-04-97	Manuel Belgrano
Dr. Fernando N. BARRANCOS Y VEDIA	28-04-99	Benjamín Gorostiaga
Dr. Dardo PÉREZ GUILHOU	28-04-99	José de San Martín
Dr. Adolfo Edgardo BUSCAGLIA	10-11-99	Dalmacio Vélez Sarsfield
Dr. Juan R. AGUIRRE LANARI	27-11-02	Justo José de Urquiza
Dr. Bartolomé de VEDIA	27-11-02	Carlos Pellegrini
Dr. Carlos Manuel MUÑIZ	24-09-03	Nicolás Matienzo
Dr. Miguel M. PADILLA	24-09-03	Bartolomé Mitre
Sr. Jorge Emilio GALLARDO	14-04-04	Antonio Bermejo
Dr. René BALESTRA	14-09-05	Esteban Echeverría
Dr. Alberto DALLA VÍA	14-09-05	Félix Frías
Dr. Rosendo FRAGA	14-09-05	Cornelio Saavedra
Embajador Carlos ORTIZ DE ROZAS . .	14-09-05	Ángel Gallardo
Dr. Mario Daniel SERRAFERO	14-09-05	José M. Paz
Dr. Juan Vicente SOLA	14-09-05	Deán Gregorio Funes

LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS Y LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

Por el académico DR. HORACIO A. GARCÍA BELSUNCE

1.- La cuestión antes de la reforma constitucional de 1994

El art. 31 del texto constitucional de 1853/60 –que permanece sin modificación expresa hasta el presente– establece: “*Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras, son la ley suprema de la Nación, y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella,...*”.

Este precepto junto con otros que citaremos más adelante, constituye el núcleo central que consagra la *supremacía de la Constitución Nacional*.

Cierta doctrina constitucional ha puesto en tela de juicio si la enumeración del art. 31 citado implica estrictamente la fijación de un orden de prioridad normativo en el derecho constitucional argentino, o si de él resulta solamente la supremacía de la Constitución como consecuencia de una interpretación sistemática de dicho artículo con la norma del art. 28, que dispone la limitación de la relatividad de los derechos constitucionales que, según el art. 14, no

son absolutos pues su ejercicio puede ser reglamentado por las leyes que al efecto se dicten, pero el citado art. 28 dice enfáticamente que “los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”, de lo que surge claramente la subordinación de las leyes a la Constitución y también con el art. 27 que, al disponer que los tratados con las potencias extranjeras deben estar en conformidad con los principios de derecho público establecidos en la Constitución, implica la subordinación de aquéllos a ésta. Por ello, y haciendo una interpretación sistemática de las normas constitucionales citadas, es que el constitucionalista y académico, Dr. Gregorio Badeni, sostiene en varios de sus trabajos que mencionaremos más adelante que el único orden jerárquico que no estaba explícitamente expuesto en la Constitución de 1853/60 era el que se presentaba entre los tratados y las leyes.

Hasta 1983 la Corte Suprema de Justicia de la Nación consideró que los tratados internacionales estaban en un plano de igualdad con las leyes de la Nación, en tanto y cuanto aquéllos hubieren cumplido los recaudos formales señalados por la Constitución; es decir, haber sido concluidos y firmados por el Poder Ejecutivo, conforme lo disponía el art. 86, inc.14 (actualmente art. 99, inc.11), y aprobados posteriormente por una ley del Congreso de la Nación tal como lo exigía el art. 67, inc.19 (actualmente art. 75, incs.22 y 24). Consecuencia de esta interpretación, era que una ley nacional podía dejar sin efecto, total o parcialmente, las cláusulas de un tratado internacional conforme al principio según el cual las leyes posteriores derogan a las anteriores.

Tal doctrina judicial fue conmovida por la Convención de Viena sobre derecho de los tratados (aprobada por la ley 19.865 del 3-10-72, y que entró en vigencia el 27-01-80) que en su art. 27 establece categóricamente la primacía del derecho internacional sobre el derecho interno, pero tal primacía no puede entenderse como que el derecho internacional esté por encima de la Constitución, cuyas normas podría derogar o modificar. Así lo hemos afirmado en un trabajo anterior (*Reflexiones jurídicas en torno de la doctrina de*

la Corte Suprema en el caso *Arancibia Clavel*, en *La Ley, Suplemento de Derecho Constitucional*, del 13 de octubre de 2004, pág. 89). En fallo de la Corte Suprema dictado el 5 de diciembre de 1983 en los autos “*Cabrera c/Comisión Técnica Mixta de Salto Grande*” (Fallos 305, 2150), haciendo suya la opinión del Procurador General de la Nación sostuvo que “Los tratados internacionales no prevalecen en nuestro derecho constitucional sobre la Constitución Nacional, porque la rigidez de ésta no tolera que normas emanadas de los órganos del poder constituido la alteren o violen, pues ello equivale a reformarla y porque el art. 27 es terminante en exigir que los tratados estén de conformidad con los principios de derecho público de la Constitución”.

Al resolver la Corte Suprema los casos “*Fibraca*”, el 7 de julio de 1993 (Fallos 316, 1669), y “*Ekmekdjian c/Sofovich*”, el 7 de julio de 1992 (Fallos 315, 1503), admitió la prevalencia de los tratados internacionales sobre las disposiciones del derecho interno.

2.- *La cuestión después de la reforma constitucional de 1994*

El nuevo inc. 22 del art. 75 preceptúa que: “*Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes*” y, a continuación, enumera diez tratados internacionales de derechos humanos, concluidos, firmados y aprobados con las formalidades requeridas por la Constitución Nacional a las que antes hemos mencionado, respecto de los cuales preceptúa que: “*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... Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional*”.

En el inc.24 del mismo art. 75 agrega, como facultad del Congreso, “*Aprobar tratados de integración que deleguen compe-*

tencias 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”.

Si bien los tratados de integración regulados por el precitado inc. 24 no han generado aún problemas interpretativos en cuanto, si bien tienen jerarquía superior a las leyes, no se les ha dado jerarquía constitucional; muy distinta es la situación que resulta respecto de las convenciones y tratados sobre derechos humanos a los que el inc. 22 les asigna jerarquía constitucional, concepto que ha suscitado y seguirá suscitando grandes dudas respecto de si esa jerarquía equivale o no también a la prevalencia de ellos por encima de la Constitución Nacional. No cabe duda alguna de que dichos tratados tienen carácter *supralegal*, pero el gran interrogante es si también tienen o no carácter *supraconstitucional*.

Gregorio Badeni en su trabajo *El caso “Simón” y la supremacía constitucional* (Suplemento de jurisprudencia penal y procesal penal de *La Ley*, 29 de julio de 2005, p.11 y sts.) analiza prolijamente los debates suscitados en la Convención Reformadora de 1994 acerca del punto que nos ocupa. Menciona que el convencional Rodolfo Barra, tras destacar que todos los tratados tienen jerarquía supralegal pero *infraconstitucional*, sostuvo que algunos de ellos son elevados al rango constitucional y que, al tener tal jerarquía constitucional, están en pie de igualdad con la Constitución Nacional, pero que no la integran estrictamente sino que la complementan y que no se niega el carácter supremo de la Constitución porque los tratados no son normas de la Constitución ni se incorporan a ella. Respecto al carácter “complementario” que la Constitución le atribuye a los tratados, el mencionado convencional señaló que su inserción obedeció al propósito de aseverar que ellos no pueden modificar los artículos 1 a 35 de la Ley Fundamental porque, en caso contrario, se estaría vulnerando el art. 7° de la ley 24.309, que declaró la necesidad de la reforma constitucional, que “fulmina de nulidad absoluta cualquier modificación que se quiera introducir a la Primera Parte de la Constitución Nacional y agregó que,

conforme a este principio, los derechos que consagran los tratados no colisionan con los preceptos constitucionales sino que los complementan, explicitan o perfeccionan” y que, si en algún caso concreto, se llegara a presentar una contradicción, “no existirá la complementariedad exigida ahora por el constituyente, por lo tanto, estos derechos no estarán perfeccionados, con lo que no podrán aplicarse”. Refiriéndose al art. 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos –incorporada al art. 75, inc.22–, Barra destacaba que las normas de ella no pueden limitar los derechos tal como están enunciados en la Constitución y que, “la palabra complementario tiene mucha importancia, porque en la relación de complementación, lo complementario debe seguir a lo complementado, es accesorio a ello”. El convencional Ernesto Maeder señaló que el contenido de los tratados internacionales debe ser considerado “como parte de los derechos y garantías no enumerados, previstos en el art. 33 siempre que no afecten otros ya consagrados y en concordancia con lo establecido en el art. 27” y, en similar línea de pensamiento, el convencional Humberto Quiroga Lavie sostuvo: “lo que hace la nueva norma de la Constitución es afirmar claramente la supremacía de la Constitución por encima de todo el resto del ordenamiento jurídico”.

Al ocuparse del tema, Bidart Campos (*Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, 1995, t. III, p. 276) manifiesta que “la asignación de jerarquía constitucional, a más de definir una prioridad sobre las leyes, quiere decir que los tratados se sitúan al mismo nivel de la Constitución, comparten supremacía y que encabezan con ella nuestro ordenamiento jurídico y que no afirmamos que estos instrumentos estén ‘incorporados’ o integrados a la Constitución formal, ni que formen parte de ella, pero sí enfatizamos que revisten su mismo rango, ubicándose en el llamado *bloque de constitucionalidad*, fuera de la Constitución documental”. Agrega que la asignación de igual jerarquía y rango se reafirma en el concepto del inc. 22 que reza: “no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse como complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”.

Ya en 1997 Badeni, en *Instituciones de derecho constitucional* (t. I, p. 199), sostiene en términos categóricos que “los tratados internacionales sobre derechos humanos, a pesar de tener jerarquía constitucional, están subordinados a una Constitución que no pueden modificar porque ello se lo impiden los arts. 27 y 30 de la Ley Fundamental”.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, al resolver las causas “Arancibia Clavel” (2004, *La Ley* 2004-E, 827), “Espósito” (2004, *La Ley* 2005-B, 803) y “Simón” (2005, *La Ley* 2005-F, 24) asigna primacía a los tratados de derechos humanos sobre las normas de la Constitución Nacional. Atento a que la doctrina judicial que sientan los integrantes del Alto Tribunal en esos tres casos es similar en su concepción central, nos vamos a limitar a comentar en particular dos de los votos que contiene la sentencia en el caso “Arancibia Clavel”. El Juez Boggiano, que integra la mayoría, dijo que “... La armonía o concordancia entre los tratados y la Constitución es un juicio constituyente ... no pueden (los tratados) ni han podido derogar la Constitución pues esto sería un contrasentido susceptible de ser atribuido al constituyente ... los tratados complementan las normas constitucionales sobre derechos y garantías ... las cláusulas constitucionales y las de los tratados tienen la misma jerarquía, son complementarias y, por lo tanto, no pueden desplazarse o destruirse recíprocamente ... el Congreso hace un juicio constituyente de armonía de todos estos preceptos que no pueden entrar en colisión o tener preeminencia pues constituyen la Constitución misma” (considerandos 9 y 10 de su voto). Estos conceptos, muy parecidos a los que hemos citado de la obra de Bidart Campos, significan que coloca a la Constitución y los tratados de jerarquía constitucional como un bloque de constitucionalidad (al decir de Bidart Campos) o con la misma jerarquía normativa (Boggiano), pero así no se resuelve el problema que nos venimos planteando. Agregamos, además, que nos resulta utópico el concepto de Boggiano al decir que entre la Constitución y los tratados no puede haber colisión pues, precisamente, en el caso “Arancibia Clavel” se da la colisión entre la convención sobre imprescriptibilidad y la irre-

troactividad del art. 18 de la Constitución Nacional y de otros tratados incorporados a ella.

Con sentido jurídico y realista el Juez Fayt dice en su voto en disidencia en esta causa que: “la inclusión de tratados con jerarquía constitucional no puede significar en modo alguno que en caso de que esas categorías de tratados contuvieran disposiciones contrarias a la Primera Parte de la Constitución (como la retroactividad de la ley penal) aquéllos deben primar sobre el derecho interno ... *La Constitución Nacional se erige sobre la totalidad del orden normativo* (lo destacado es nuestro)”.

En su conferencia de incorporación a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión pública del 22 de septiembre de 2005, el académico Dr. Gregorio Badeni se formula una serie de interrogantes que le surgen de los considerandos de las sentencias de la Corte Suprema en los tres casos que hemos mencionado anteriormente. Así, se pregunta: “¿La Constitución Federal está subordinada a los tratados internacionales, a la Convención de Viena, a los principios del derecho internacional y la costumbre internacional aunque ellos, en un caso concreto colisionen con los preceptos contenidos en nuestra Ley Fundamental?, ¿La Corte Suprema de Justicia dejó de ser el Tribunal Supremo de la Nación, quedando sus decisiones sujetas a la revisión por tribunales u organismos internacionales?, ¿Puede una convención reformadora de la Constitución apartarse de la ley que declaró la necesidad de su reforma?, ¿Es viable, mediante un tratado internacional, modificar el texto de la Constitución?, ¿Pueden el Presidente de la República y el Congreso, mediante una actuación conjunta y concordante ejercer la función constituyente del art. 30 de la Constitución?, ¿El art. 27 de la Constitución está subordinado a los tratados internacionales?, en definitiva, ¿Cuál es el ordenamiento jurídico vigente en la Argentina?”. Y a continuación nos hace la distinción de expresar que: “Tales interrogantes fueron, directa o implícitamente, resueltos de manera acertada por el académico García Belsunce, particularmente con referencia a su aplicación en el ámbito penal al comentar el fallo dictado en el caso ‘Arancibia Clavel’”.

El constitucionalista Pablo Luis Manili, en su obra *El bloque de constitucionalidad. La recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho constitucional argentino* (Ed. La Ley, 2003, p.170) en la que analiza con gran prolijidad y casuismo la cuestión que nos ocupa, pero enrolado en la posición contraria, al sostener que el derecho del internacional de los derechos humanos está por encima de la Constitución Nacional, dice, entre muchas otras consideraciones, que debemos omitir por razones de tiempo que “quienes pensaban que el art. 31 trazaba una ordenación jerárquica entre tratados y leyes, hoy deberían asumir, para mantener la coherencia, que el nuevo párrafo del art. 75 inciso 22 ha modificado esa norma; y como ella no podría ser reformada por la expresa prohibición de la ley 24.309, deberían considerar que el constituyente de reforma se excedió y que, por lo tanto, dicho párrafo es nulo. Los únicos que guardan esa coherencia en este punto son Sabsay y Onaindia (*La Constitución de los argentinos*, 2^a edición, 1994, Errepar, p. 122) quienes afirman que ‘sobre la validez de estas modificaciones pesa la sombra de la disposición del art. 7 de la ley 24.309’”. Lamentamos que Manili no haya podido tener en consideración nuestra opinión acerca de la nulidad de la reforma al art. 31 por aplicación de la ley 24.309. En nuestro trabajo *La inconstitucionalidad o nulidad de una reforma constitucional. Implicancias de su declaración* (comentario al fallo en el caso “Fayt”, en *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, año 2000, t. 38, p. 175 y sts.) dijimos que si se considerara que el art. 31 ha sido modificado en la reforma de 1994 por los incs. 22 y 24 del art. 75 “sería nula de nulidad absoluta por aplicación de lo dispuesto en los arts. 6º y 7º de la ley 24.309”. Dicha opinión la hemos reiterado en nuestro comentario sobre el caso “Arancibia Clavel” (posterior a su obra citada) y lo hemos vuelto a decir en nuestra Conferencia titulada *La crisis institucional* (en *El Derecho* del 22 de diciembre de 2005). No obstante la ponderación que nos merece su obra, pese a estar en una posición doctrinaria contraria a la nuestra, debemos señalar que no parece estar en su postura tan convencido como nosotros pues, en las conclusiones (p. 172) dice: “f) creemos que aún queda camino por recorrer en este

punto, ya que lo ideal hubiera sido proclamar la superioridad jerárquica del derecho internacional –no sólo de los tratados– sobre todo el ordenamiento jurídico interno, pero incluyendo a la propia Constitución”.

Manili en un trabajo posterior titulado *Primeras reflexiones sobre el fallo “Simón”: una disidencia ajustada a derecho* (Suplemento Constitucional de *La Ley*, 25 de octubre de 2005, p. 24 y sts.), sin renegar o sostener implícitamente la preeminencia de los tratados, se pronuncia en contra del criterio de la Corte Suprema que en el caso “Simón” –como en el anterior “Arancibia Clável”– ha aplicado normas no existentes al momento de la comisión de los hechos, diciendo expresamente: “En derecho constitucional y en derecho internacional de los derechos humanos existe el principio de irretroactividad de las normas (art. 18 y 19 de la Constitución y arts. 9º del Pacto San José de Costa Rica y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) y en derecho internacional público, el de inter-temporalidad del derecho que es su sucedáneo. Es decir, es falso que no existe una prohibición en derecho internacional, para la aplicación retroactiva de las normas” (op.cit. p.29). Agregando que “La única conclusión posible de una interpretación armonizante de esas normas es que no puede soslayarse el principio de ley anterior al hecho del proceso, que surge del art. 18 CN y de varias normas internacionales con jerarquía constitucional” (op. cit. p. 30). Cita en su apoyo las opiniones de Bidart Campos y de Marienhoff en el sentido de que la reforma no puede privar de los derechos adquiridos bajo la vigencia de la Constitución anterior a la reforma. Manifiesta que “lamentablemente, al momento de los hechos y al momento de sanción de las leyes de ‘obediencia debida’ y de ‘punto final’, no existían normas de jerarquía superior a ellas que prohibieran su sanción o que las invalidaran constitucionalmente. ¿Implica ello que el derecho argentino y el internacional estaban atrasados para cubrir este tipo de contingencias? Muy probablemente. Pero este atraso no puede subsanarse con la aplicación retroactiva de normas posteriores a los hechos” (op. cit. p. 32).

Con referencia a la ley que declaró la nulidad de las llamadas leyes del perdón, avalada por el Alto Tribunal en la causa “Simón”, manifiesta que: “ante la validez de esas leyes durante tan prolongado término y su convalidación por la Corte Suprema en múltiples fallos, no se advierte cómo la declaración de inconstitucionalidad de aquéllas puede acarrear la nulidad de los derechos adquiridos en virtud de sentencias y prescripciones correspondientes al período en que no fueron nulas” (op. cit. p. 34/35) y adhiere a la disidencia del Dr. Fayt, diciendo que ese voto “es la interpretación estricta que el ministro formula del art. 27 de la Constitución Nacional y de los ‘principios de derecho público’ de la Constitución allí mencionados. Esa norma actúa, a su criterio, como valladar a la aplicación de las normas internacionales estableciendo la jerarquía de la Constitución por sobre ellas, y es la que remite al principio de ley previa, impidiendo la aplicación a rajatabla de las normas internacionales que establecen la obligación de castigar y la imprescriptibilidad (retroactiva) de ciertos crímenes” (op. cit. p. 35). Concluye su trabajo diciendo: “con interpretaciones forzadas y con aplicación retroactiva de normas o de nuevas jerarquías, se está incurriendo en el mismo vicio: considerar que los represores tampoco tienen derecho al debido proceso y a la irretroactividad de la ley y que deben ser condenados a cualquier precio” (op. cit. p. 37). Consideramos que estos puntos de vista de Manili atemperan la contundencia con que en su tesis principal pospone los derechos constitucionales a los derechos de los tratados internacionales de derecho humanos.

Para que no quede la sensación de que la opinión de Gregorio Badeni y la nuestra constituyen una disidencia aislada o solitaria frente a la nueva interpretación que prohijan los sostenedores de la prevalencia de los tratados internacionales de derechos humanos en desmedro de la primacía de la Constitución Nacional, debemos agregar que en un brillante trabajo el constitucionalista Alfonso Santiago (h) (*La dimensión temporal del derecho y el consciente y deliberado apartamiento de los principios de legalidad e irretroactividad en materia penal por parte de la Corte Suprema en el caso “Simón”*, (El Derecho, 14 y 15 de noviembre de 2005) manifiesta,

entre muchas conclusiones acertadas, que se torna imposible comentar por razones de tiempo, que : “la protección internacional de los derechos humanos constituye uno de los aspectos más significativos que caracterizan al constitucionalismo actual; sin embargo, la protección internacional de los derechos humanos no puede dejar de lado las garantías ya establecidas por el constitucionalismo clásico original. Esta nueva protección, proveniente del derecho internacional, es complementaria de los derechos de primera generación, establecidos en los textos constitucionales nacionales, como bien pone de manifiesto el art. 75 inc. 22 de nuestra Constitución Nacional cuando señala, respecto de los tratados internacionales a los que otorga jerarquía constitucional que ‘no derogan artículo alguno de la Primera Parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos’”. Recuerda este autor que la Convención reformadora desestimó incluir en el art. 75 inc. 22, la cláusula que decía: “En relación a los tratados internacionales de derechos humanos, los delitos de lesa humanidad no podrán ser objeto de indulto, conmutación de penas ni amnistía. Las acciones a su respecto serán imprescriptibles”.

Señala este constitucionalista que la contradicción que existe entre los votos del Dr. Petracchi en los casos “Camps” (1987) y “Simón” (2005), es el botón de muestra más claro y elocuente de la aplicación retroactiva que se está haciendo de las normas del derecho penal, en violación del art. 18 de la CN. Agrega que el Dr. Petracchi no niega esa contradicción, pero la pretende justificar trasladando su responsabilidad a una instancia supranacional: la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Y añade que pareciera que se da aquí un supuesto que guarda analogía con las conclusiones derivadas del denominado “experimento de Milgram”: los jueces, como las demás personas, pueden ser capaces de adoptar cualquier clase de decisión en la medida en que piensen que pueden transferir a otros la responsabilidad final de las mismas. Y termina su trabajo el constitucionalista Santiago diciendo que: “La sentencia de la Corte Suprema es también portadora de una decisión política sumamente desafortunada y de con-

secuencias negativas e imprevisibles para nuestra historia institucional”.

Por último, pero no menos importante, es que la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires en un dictamen, aprobado por unanimidad de sus miembros titulares, se ha pronunciado sobre el tema objeto de la presente comunicación en fecha 25 de agosto de 2005 (reproducido en *La Nación* del 28 de agosto siguiente, 1ª sec., p. 1), diciendo expresamente (acápite 5) que: “La doctrina judicial que asigna primacía a los tratados de derechos humanos y a la costumbre internacional sobre las normas de la Constitución Nacional implica conculcar su art. 31, que establece el orden de prelación jurídica del sistema normativo argentino y, si aceptáramos que la reforma constitucional ha modificado dicho Art. 31, la reforma sería nula de nulidad absoluta, porque así lo disponen los arts. 6º y 7º de la ley 24.309”.

Si en varias oportunidades hemos dicho y escrito, a título de juicio de valor, que a pesar de que durante décadas la doctrina y la jurisprudencia argentina han sostenido que la Corte Suprema de Justicia de la Nación es el *guardián de la Constitución*, estos fallos ponen en duda esa afirmación, agregamos como más importante juicio los conceptos del académico Gregorio Badeni en su conferencia de incorporación a la Academia Nacional de Derecho, a la que antes hemos hecho referencia. En ella dice, cerrando su disertación, que: “la doctrina recientemente adoptada por la Corte Suprema de Justicia, al sustituir la Constitución por el derecho internacional como unidad de análisis para determinar la validez de las normas, coadyuva a pervertir el orden constitucional mediante una interpretación falsa del orden jurídico interno. Interpretación que responde a ciertas apetencias ideológicas extrañas a la Ley Fundamental, fomentando la indiferencia de gobernantes y gobernados por la violación de ella, y una aptitud psicológica que puede conducir a la atrofia de la conciencia constitucional bajo cuyo amparo se organizó la Nación Argentina y la desarticulación de la plena vigencia del estado de derecho”.